



FAU Studien aus der Rechtswissenschaft 1

Stefanie Kronawitter

Korruption im Gesundheitswesen

Die Strafbarkeit des niedergelassenen Arztes
nach § 299a StGB

Stefanie Kronawitter

Korruption im Gesundheitswesen

FAU Studien aus der Rechtswissenschaft

Band 1

Herausgeber der Reihe:

Prof. Dr. Heinrich de Wall, Prof. Dr. Hans Kudlich und

Prof. Dr. Bernd Mertens

Stefanie Kronawitter

Korruption im Gesundheitswesen

Die Strafbarkeit des
niedergelassenen Arztes nach § 299a StGB

Erlangen
FAU University Press
2018

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind
im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Das Werk, einschließlich seiner Teile, ist urheberrechtlich geschützt.
Die Rechte an allen Inhalten liegen bei ihren jeweiligen Autoren.
Sie sind nutzbar unter der Creative Commons Lizenz BY-NC-ND.

Der vollständige Inhalt des Buchs ist als PDF über den OPUS Server
der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg abrufbar:
<https://opus4.kobv.de/opus4-fau/home>

Verlag und Auslieferung:

FAU University Press, Universitätsstraße 4, 91054 Erlangen

Druck: docupoint GmbH

ISBN: 978-3-96147-121-8 (Druckausgabe)
eISBN: 978-3-96147-122-5 (Online-Ausgabe)
ISSN: 2625-2112
DOI: 10.25593/978-3-96147-122-5

Korruption im Gesundheitswesen

—

Die Strafbarkeit des niedergelassenen Arztes nach §299a StGB

Dem Fachbereich Rechtswissenschaft
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der
Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen-Nürnberg
zur
Erlangung des Doktorgrades Dr. iur.

vorgelegt von

Stefanie Kronawitter

aus Pfaffenhofen an der Ilm

Als Dissertation genehmigt
vom Fachbereich Rechtswissenschaften
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der
der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

Tag der mündlichen Prüfung: 23.11.2017

Vorsitzende/r des Promotionsorgans: Prof. Dr. Kudlich

Gutachter/in: Prof. Dr. Kudlich
Zweitgutachter/in: Prof. Dr. Jäger

Vorwort

Rechtswissenschaft ist für mich keine Kunst um ihrer selbst Willen, sondern steht in einem beständigen Austausch und wechselseitigem Formungsprozess mit den Sachverhalten des täglichen Lebens. Der Schwerpunkt dieser Dissertation liegt daher auf praktischen Problemen, denen meine medizin(straft-)rechtlich tätigen Anwaltskolleginnen und -kollegen im täglichen Umgang mit den §§ 299a, 299b StGB begegnen. Hier möchte ich mich bei Herrn Professor Jäger bedanken, dessen wertvolle Hinweise verhinderten, dass bei allem Fokus auf die Praxis die Dogmatik zu kurz kommt.

Frau Eva Volleth und Herr Markus Putnings von der FAU University Press haben in Zeiten, in denen sich viele Verlage hinter einer Paywall verschanzen, meine Dissertation für jedermann frei verfügbar gemacht; Freiheit der Forschung und Lehre, so wie sie meiner Meinung nach sein sollte.

Der wechselhafte Gesetzgebungsprozess der §§ 299a, 299b StGB brachte zahlreiche Überarbeitungen dieser Dissertation mit sich. Mein Dank gilt all jenen, die mich in den von Höhen und Tiefen durchzogenen Jahren unterstützt, inspiriert und wenn nötig auch ertragen haben.

Der Beste kommt zum Schluss: Herr Professor Kudlich, vielen, vielen Dank für die wunderbare Zusammenarbeit, die konstruktiven Gespräche und die freundschaftliche und herzliche Atmosphäre. Trotz der räumlichen Entfernung habe ich mich jederzeit unterstützt und gut aufgehoben gefühlt. Einen besseren Doktorvater hätte ich mir nicht wünschen können.

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
Kapitel 1: Grundlagen	3
<u>1.1</u> <u>Sozialrechtliche Grundlagen</u>	3
1.1.1 Historische Entwicklung	3
1.1.2 Krankenkassen	4
1.1.3 Ärzte	4
1.1.3.1 Der Privatarzt	5
1.1.3.2 Der Vertragsarzt	8
1.1.3.3 Sonderformen im Rahmen der Zusammenarbeit mit Krankenhäusern	10
1.1.3.3.1 Belegärzte	11
1.1.3.3.2 Konsiliarärzte	12
1.1.3.3.3 Honorarärzte	13
1.1.4 Medizinische Versorgungszentren	14
1.1.5 Sonstige Leistungserbringer	16
1.1.6 Patienten	17
1.1.7 Beispiel	17
<u>1.2</u> <u>Strafrechtliche Grundlagen</u>	20
1.2.1 Definition von Korruption	20
1.2.2 Inzidenz von Korruptionsdelikten	22
1.2.3 Dogmatische Grundlagen	26
1.2.3.1 30. Abschnitt: Die §§ 331 ff. StGB	26
1.2.3.2 26. Abschnitt: § 299 StGB	29

Kapitel 2:	Der Weg hin zu § 299a, § 299b StGB	33
<u>2.1</u>	<u>Die Rechtsprechung zur Korruptionsstrafbarkeit bis hin zur Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen</u>	33
2.1.1	Die Rechtsprechung vor der Entscheidung des Großen Senats	33
2.1.1.1	Der Beschluss des BGH vom 25.11.2003	33
2.1.1.2	Neue Impulse aus der Literatur	35
2.1.1.3	Der Beschluss des OLG Braunschweig vom 23.02.2010	37
2.1.1.4	Die Urteile des LG Stade vom 04.08.2010 und LG Hamburg vom 09.12.2010	38
2.1.2	Vorlagefrage 1: Der niedergelassene Arzt als Amtsträger	39
2.1.2.1	Die Krankenkasse als Behörde oder sonstige Stelle Der	40
2.1.2.2	Vertragsarzt als Amtsträger	42
2.1.2.2.1	Bestellung	42
2.1.2.2.2	Aufgaben öffentlicher Verwaltung	45
2.1.2.3	Ergebnis	47
2.1.3	Vorlagefrage 2: Der niedergelassene Arzt als Beauftragter der Krankenkassen	47
2.1.3.1	Der niedergelassene Arzt als Betriebsinhaber: Der Privatarzt	48
2.1.3.2	Der niedergelassene Arzt als Beauftragter der Krankenkassen: Der Vertragsarzt	49
2.1.3.2.1	Die Krankenkasse als geschäftlicher Betrieb gem. § 299 Abs. 1 StGB	49
2.1.3.2.2	Vertragsarzt als Beauftragter der Krankenkassen	50
2.1.3.3	Ergebnis	54
<u>2.2</u>	<u>Der Gang der Gesetzgebung</u>	56
2.2.1	Vorschläge	56
2.2.1.1	Änderung des SGB V	56
2.2.1.2	Gesetzesentwurf des Bundesrates vom 14.08.2013	57
2.2.1.3	Stellungnahme der Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht des DAV	59
2.2.1.4	Bayerischer Entwurf	60
2.2.1.5	Referentenentwurf	61
2.2.1.6	Gesetzesentwurf der Bundesregierung	63
2.2.2	Die endgültige Fassung	66
2.2.3	Tabellarische Übersicht	70

Kapitel 3:	§§ 299a und 299b StGB in der praktischen Anwendung	79
3.1	<u>Die Verfassungsmäßigkeit der §§ 299a, 299b StGB</u>	79
3.1.1	Das ultima-ratio-Prinzip	79
3.1.1.1	Subsidiarität und fragmentarischer Charakter des Strafrechts	79
3.1.1.2	Verbotsvorschriften außerhalb des Strafrechts	80
3.1.1.2.1	Unzulässige Zusammenarbeit zwischen Leistungserbringern und Vertragsärzten: § 128 SGB V	80
3.1.1.2.2	Verbot der Zuweisung gegen Entgelt § 73 Abs. 7 SGB V	81
3.1.1.2.3	Berufsrecht: §§ 30 - 33 MBO-Ä und § 33 Abs. 2 S. 3 Ärzte-ZV	82
3.1.1.2.4	Heilmittelwerberecht: § 7 Abs. 1 S. 1 HWG	83
3.1.1.3	Das am wenigsten eingriffsintensive Mittel	84
3.1.1.4	Ergebnis	86
3.1.2	Das Bestimmtheitsgebot	87
3.1.2.1	Die Bestimmung der Bestimmtheit	87
3.1.2.2	Die Bestimmtheit der §§ 299a, 299b StGB	91
3.1.3	Kollision mit Europarecht? Das Geschäftsherrenmodell in § 299 StGB und die Folgen für die §§ 299a, 299b StGB	95
3.1.4	Ergebnis	101
3.2	<u>Die neuen Tatbestände der §§ 299a, 299b StGB</u>	102
3.2.1	Rechtsgut	102
3.2.2	Rechtliche Einordnung	106
3.2.3	Objektiver Tatbestand § 299a	111
3.2.3.1	Tauglicher Täter	111
3.2.3.2	Tathandlungen	113
3.2.3.2.1	Verordnung	113
3.2.3.2.2	Bezug zur unmittelbaren Anwendung durch den Heilberufsangehörigen	114
3.2.3.2.3	Zuführung	116
3.2.3.2.4	Handeln im Zusammenhang mit der Berufsausübung	119
3.2.3.2.5	Fordern, Sichversprechenlassen oder Annehmen eines Vorteils	121
3.2.3.3	Verknüpfung von Vorteil und Gegenleistung:	
	Die Unrechtsvereinbarung	124
3.2.3.3.1	Gegenseitigkeitsverhältnis	124
3.2.3.3.2	Bevorzugung	125
3.2.3.3.3	Unlauterkeit	126

3.2.3.3.1	Angemessenheit der Vergütung: Literatur	128
3.2.3.3.2	Angemessenheit der Vergütung: Eigener Ansatz	135
3.2.3.3.3	Praktische Umsetzung	140
3.2.3.3.4	Im Wettbewerb	142
3.2.4	Objektiver Tatbestand § 299b StGB	143
3.2.5	Subjektiver Tatbestand	144
3.2.6	Rechtswidrigkeit	145
3.2.7	Schuld	146
3.2.8	Schwerer Fall gem. § 300 StGB	148
3.2.9	Konkurrenzen	149
3.3	<u>Formen der Zusammenarbeit im Gesundheitswesen und deren Strafbarkeitsrisiken</u>	151
3.3.1	Arzt und Pharmaindustrie: Anwendungsbeobachtungen	151
3.3.1.1	Einführung	151
3.3.1.2	Objektiver Tatbestand	155
3.3.1.2.1	Tauglicher Täter	155
3.3.1.2.2	Tathandlung	155
3.3.1.2.3	Unrechtsvereinbarung	156
3.3.1.2.4	Im Wettbewerb	157
3.3.1.3	Subjektiver Tatbestand	158
3.3.1.4	Rechtswidrigkeit, Schuld, schwerer Fall gem. § 300 StGB	158
3.3.1.5	Ergebnis	159
3.3.2	Arzt und Arzt: Objektträger	159
3.3.2.1	Einführung	160
3.3.2.2	Objektiver Tatbestand	161
3.3.2.2.1	Tauglicher Täter	161
3.3.2.2.2	Tathandlung	161
3.3.2.2.2.1	Bezug und Zuführung	161
3.3.2.2.2.2	Vorteil	162
3.3.2.2.2.3	Sozialadäquanz und Geringwertigkeit	163
3.3.2.2.3	Unrechtsvereinbarung	165
3.3.2.2.3.1	Gegenseitigkeitsverhältnis	165
3.3.2.2.3.2	Allgemein gewährte Rabatte und Skonti	165

3.3.2.2.3.3	Kein Verstoß gegen Berufsrecht: Hinreichender Grund gem. § 31 Abs. 2 MBO-Ä	166
3.3.2.2.3.4	Kein Verstoß gegen Berufsrecht: Wirtschaftliche Verordnungsweise gem. § 32 MBO-Ä	170
3.3.2.2.3.4.1	Wortlaut	171
3.3.2.2.3.4.2	Systematik	172
3.3.2.2.3.4.3	Historie	172
3.3.2.2.3.4.4	Telos	175
3.3.2.2.3.5	Zwischenergebnis	177
3.3.2.3	Subjektiver Tatbestand	178
3.3.2.4	Rechtswidrigkeit, Schuld, schwerer Fall gem. § 300 StGB	178
3.3.2.5	Ergebnis	180
3.3.2.6	Exkurs: Die Teilgemeinschaftspraxis, § 18 MBO-Ä	180
3.3.3	Arzt und Hilfsmittelhersteller: Sprunggelenksschienen	183
3.3.3.1	Einführung	184
3.3.3.1.1	Monopole	184
3.3.3.1.2	Beteiligung an Unternehmen im Gesundheitswesen	186
3.3.3.2	Objektiver Tatbestand	187
3.3.3.2.1	Tauglicher Täter	187
3.3.3.2.2	Tathandlung	187
3.3.3.2.2.1	Verordnung	187
3.3.3.2.2.2	Bezug	187
3.3.3.2.2.3	Zuführung	187
3.3.3.2.2.4	Fordern eines Vorteils	190
3.3.3.2.3	Unrechtsvereinbarung	191
3.3.3.2.3.1	Unlautere Bevorzugung	191
3.3.3.2.3.1.1	Verstoß gegen § 31 Abs. 1 MBO-Ä	191
3.3.3.2.3.1.2	Verstoß gegen § 128 Abs. 2 S. 3 SGB V	193
3.3.3.2.3.1.3	Verkürzter Versorgungsweg und Depotverbot	195
3.3.3.2.3.1.4	Vereinbarung Mindestmenge	198
3.3.3.2.3.1.5	Unrechtsvereinbarung durch „Klebeeffekt“	200
3.3.3.2.3.1.6	Zwischenergebnis	203
3.3.3.2.3.2	Im Wettbewerb	203
3.3.3.3	Ergebnis	205
3.3.4	Arzt und Krankenhaus: Der Belegarzt	207
3.3.4.1	Einführung	208
3.3.4.1.1	Der Belegarztvertrag	208
3.3.4.1.2	Geburtshilfe	209
3.3.4.2	Objektiver Tatbestand	210
3.3.4.2.1	Tauglicher Täter	210

3.3.4.2.2	Tathandlung	210
3.3.4.2.3	Unrechtsvereinbarung	211
3.3.4.2.3.1	Wettbewerb	211
3.3.4.2.3.2	Unlautere Bevorzugung	212
3.3.4.3	Ergebnis	215
3.3.4.4	Exkurs: Das Krankenhaus-MVZ	216
3.3.5	Arzt und Krankenhaus: Die Vergütung des Honorararztes über anteilige DRGs	218
3.3.5.1	Einführung	219
3.3.5.2	§ 299a StGB: Objektiver Tatbestand	221
3.3.5.2.1	Tauglicher Täter	221
3.3.5.2.2	Tathandlung	221
3.3.5.2.3	Unrechtsvereinbarung	222
3.3.5.2.3.1	Umgehung von § 18 Abs. 3 KHEntgG	222
3.3.5.2.3.2	Erbringung der wahlärztlichen Leistung durch den Honorararzt	225
3.3.5.2.3.3	Angemessenheit der Vergütung	229
3.3.5.3	Subjektiver Tatbestand	231
3.3.5.4	Rechtswidrigkeit, Schuld, schwerer Fall gem. § 300 StGB	231
3.3.5.5	Ergebnis	231
3.3.5.6	Exkurs: Konsiliarärzte	232
3.3.6	Die Aufweichung der Sektoren	233
3.3.6.1	§ 115a SGB V: Vor- und nachstationäre Behandlung	233
3.3.6.1.1	Darstellung	233
3.3.6.1.2	Strafrechtliche Risiken in Bezug auf §§ 299a, 299b StGB	237
3.3.6.2	§ 39 Abs. 1a SGB V: Entlassmanagement	238
3.3.6.3	§ 115b SGB V: Ambulantes Operieren im Krankenhaus	239
3.3.6.4	§ 116b SGB V: Ambulante spezialfachärztliche Versorgung	241
3.3.6.5	§ 140a SGB V: Besondere Versorgung	243
3.3.6.5.1	Darstellung	243
3.3.6.5.2	Strafrechtliche Risiken in Bezug auf §§ 299a, 299b StGB	247

Kapitel 4: Berufsrechtliche Konsequenzen	251
~~4.1~~ <u>Kontrollinstanzen: Stellen zur Bekämpfung von Fehilverhalten im Gesundheitswesen: § 81a, § 197a SGB V</u>	251
~~4.2~~ <u>Ahndungsmöglichkeiten</u>	252
4.2.1 Rüge und berufsgerichtliches Verfahren	252
4.2.2 Widerruf der Approbation: § 5 Abs. 2 i. V. m. § 3 Abs. 1 Nr. 2 BÄO	253
4.2.3 Disziplinarmaßnahmen im Vertragsarztrecht	255
4.2.3.1 Das Disziplinarverfahren: § 81 Abs. 5 SGB V	255
4.2.3.2 Das Zulassungsentziehungsverfahren: § 27 Ärzte-ZV in Verbindung mit § 95 Abs. 6 SGB V	256
4.2.4 Das Verhältnis der dargestellten Verfahren zueinander	257
~~4.3~~ <u>Berufsrechtlicher Überhang</u>	258
Ergebnis	263
Zusammenfassung	267
Literaturverzeichnis	273

Einleitung

„Wir haben ungern vernommen, dass der in Deutschland bestehende Gebrauch, nach welchem die Apotheker den practizierenden Aerzten ihres Orts mit Zucker, Kaffee, Gewürzen und andern dergleichen Material-Waaren sogenannte Weihnachtsgeschenke machen, auch in Unsern Staaten hergebracht ist. Es fällt in die Augen, dass diese Observanz, so alt sie auch immer seyn mag, mit den Grundsätzen einer guten Staatsverwaltung un-erträglich ist.“ Mit diesen Worten begründete König Friedrich-Wilhelm von Preußen seine am 17.11.1798 erlassene Verordnung zur Bekämpfung dieses, aus seiner Sicht, Missstandes.¹ Und auch Johann Anselm von Feuerbach verurteilte bereits 1812 die Korruptionsdelikte aufs Schärfste: „Unter allen Verbrechen [...] verdient in der That keines so sehr die Aufmerksamkeit des Gesetzgebers als die Bestechung. Es ist die Quelle vieler andern, und eine Krankheit des Staates, welche, sobald sie überhandgenommen, dessen edelsten Theile und zuletzt ihn selbst zerstört.“²

Die Korruption von Leistungserbringern im Gesundheitswesen ist mitnichten ein neuzeitliches Phänomen. Wie das Zitat belegt, sah sich die durch Geschenke versüßte Zusammenarbeit zwischen Ärzten³ und Heilmittelherstellern bereits im 18. Jahrhundert massiver Kritik ausgesetzt. Nachdem Ende der 90er Jahre die angestellten Klinikärzte im Rahmen des sog. Herzkloppenskandals ins Visier der Ermittler geraten waren⁴, gewann die Frage nach einer Korruptionsstrafbarkeit der niedergelassenen Vertragsärzte mehr und mehr an Brisanz.

1 *König Friedrich-Wilhelm von Preußen*, Verordnung wegen Abschaffung des Gebrauchs, nach welchem die Apotheker den practizierenden Aerzten sogenannte Weihnachtsgeschenke machen vom 17.11.1798, abrufbar unter <http://web-archiv.staatsbibliothek-berlin.de/altedrucke.staatsbibliothek-berlin.de/Rechtsquellen/NCCT101798/start.html>, zuletzt geprüft am 22.10.2016.

2 *Feuerbach, Paul Johann Anselm von*, Themis oder Beiträge zur Gesetzgebung S. 190.

3 Im Folgenden wird der Begriff Arzt als generisches Maskulinum benutzt und schließt Ärztinnen mit ein. Zur besseren Lesbarkeit wird in der Arbeit generell das generische Maskulinum verwendet. Die jeweiligen Formulierungen umfassen gleichermaßen weibliche und männliche Personen.

4 Vgl. *Dieners/Lembeck, et al.*, PharmR 1999, 156; *Fenger/Göben*, Sponsoring im Gesundheitswesen S. 102 f.

Ab 2010 geriet die Korruption im Gesundheitswesen durch Entscheidungen der Obergerichte⁵ sowie durch einen Beschluss des Großen Senats für Strafsachen⁶ in den Fokus medialer Aufmerksamkeit. Dabei wurde das Bild eines von Korruption durchseuchten Gesundheitssystems gezeichnet. So arbeiteten Ärzte „in einem Spannungsfeld ständiger Zuwendungen und Offerten seitens der Gesundheitsindustrie. Diese Beeinflussung ist so systemimmanent, dass es praktisch unmöglich ist, sich ihr zu entziehen – sie wird als normal und unvermeidlich angesehen.“⁷ Der SPIEGEL konstatiert, dass „es im Gesundheitswesen nicht nur einzelne schwarze Schafe gibt, sondern ein ebenso cleveres wie weitverbreitetes Schmiergeldsystem, von dem Ärzte, Apotheken und Sanitätshäuser profitieren“.⁸ Diesem mutmaßlichen Missstand will der Gesetzgeber durch die §§ 299a und 299b StGB, die die Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen unter Strafe stellen, begegnen.

Die folgende Arbeit wird die §§ 299a und 299b StGB mit Blick auf die niedergelassenen Ärzte näher untersuchen. Nach einem kurzen Überblick über die rechtliche Stellung des Arztes im Gesundheitssystem werden die Entwicklung der Rechtsprechung hin zur Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen vom 29.03.2012 sowie der Gang der Gesetzgebung bis zum Inkrafttreten der §§ 299a, 299b StGB dargestellt. Im 3. Kapitel folgt eine Auseinandersetzung mit der Verfassungsmäßigkeit und den Tatbestandsmerkmalen der §§ 299a, 299b StGB. Im selben Kapitel werden heute bereits übliche Kooperationsformen zwischen Ärzten und sonstigen Leistungserbringern auf ihre Strafbarkeit untersucht. Ein Überblick über die berufsrechtliche Ahndung derartiger Handlungsweisen rundet die Arbeit ab.

⁵ Vgl. *OLG Braunschweig*, Beschluss vom 23.02.2010 – Ws 17/10, NStZ 2010, 392.

⁶ Vgl. *BGH*, Beschluss vom 29.03.2012 – GStSt 2/11, NJW 2012, 2530.

⁷ Zitat von Frau Dr. Angela Spelsberg, Vorstandsmitglied von Transparency Deutschland, in: *Transparency International*, Gleichbehandlung als Amtsträger vom 11.05.2010.

⁸ *Grill*, SPIEGEL 2012, Heft 26, 47 (47).

Kapitel 1: Grundlagen

1.1 Sozialrechtliche Grundlagen

1.1.1 Historische Entwicklung

Ein kurzer Blick in die Geschichte hilft beim Verständnis des Vertragsarztsystems in seiner heutigen Form. Die Einführung der gesetzlichen Krankenkassen, die die ambulante ärztliche Behandlung ihrer Versicherten sicherstellen sollten, geschah auf Grund des Gesetzes betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter vom 15.06.1883.⁹

Die Krankenkassen schlossen verständlicherweise daraufhin nur mit solchen Ärzten Verträge ab, die sich ihren Bedingungen und insbesondere ihren Honorarvorstellungen beugten.¹⁰ Die Ausgrenzung mancher Ärzte bei der Zulassung zur Behandlung der Versicherten sowie die befürchtete wirtschaftliche Abhängigkeit von den Krankenkassen nahmen die Ärzte zum Anlass für Zusammenschlüsse, wie etwa dem am 13.09.1900 gegründeten „Hartmannbund“.¹¹ Durch die Selbstorganisation ihrer Interessen gelang es den Ärzten bereits sehr früh, ein annähernd paritätisches Gegengewicht zum Nachfragemarkt der Krankenkassen herzustellen.¹²

Aus diesen Verbänden entstand durch die Verordnung über die Kassenärztliche Vereinigung Deutschland vom 02.08.1933 die Kassenärztliche Vereinigung Deutschland mit den ihr untergeordneten Landesstellen als Körperschaft des öffentlichen Rechts.¹³ Durch das Gesetz über das Kassenarztrecht vom 17.08.1955 entstanden schließlich die Spitzenverbände der Ärzte und Krankenkassen in ihrer heutigen Form.¹⁴

⁹ RGBl. 1883, 73; siehe auch *Becker/Kingreen*, SGB V S. XII.

¹⁰ Vgl. *Krauskopf*, in: Handbuch des Arztrechts, § 22 Rn. 2.

¹¹ Vgl. *Quaas/Zuck*, Medizinrecht § 4 Rn. 9.

¹² Vgl. *Quaas/Zuck a.a.O.* § 4 Rn. 10.

¹³ RGBl. 1933, I 567.

¹⁴ Vgl. *Krauskopf*, in: Handbuch des Arztrechts, § 22 Rn. 9.

1.1.2 Krankenkassen

Grundsätzlich obliegt es den Krankenkassen, die ärztliche Versorgung ihrer Mitglieder sicherzustellen, §§ 1, 2 SGB V. Im Gegensatz zur landläufigen Meinung, nach welcher die Krankenkassen mehr oder minder als bloße Bezahlstellen wahrgenommen werden, schulden sie ihren Versicherten eine adäquate ärztliche Versorgung und haben damit eine zentrale Rolle bei der Sicherung der öffentlichen Gesundheit in Deutschland. Finanziert werden die gesetzlichen Krankenkassen durch die von ihren Mitgliedern erhobenen Beiträge, § 3 SGB V. Die Krankenkassen unterliegen der staatlichen Rechtsaufsicht, §§ 87, 90 SGB IV, § 195 I SGB V, durch das Bundesversicherungsamt. Um die vertragsärztliche Versorgung sicherzustellen, wirken die Krankenkassen gemäß § 72 Abs. 1 S. 1 SGB V mit Ärzten, Zahnärzten, Psychotherapeuten und medizinischen Versorgungszentren zusammen.

Die Krankenkassen selbst sind rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung, § 4 Abs. 1 SGB V, deren organisatorische Strukturen in den §§ 207 ff. SGB V gesetzlich geregelt sind. Sie können sich auf Länderebene zu Landesverbänden der Krankenkassen zusammenschließen, § 207 Abs. 1 S. 1 SGB V. Die Landesverbände sind ebenfalls Körperschaften des öffentlichen Rechts, § 207 Abs. 1 S. 2 SGB V. Auf Bundesebene bilden die gesetzlichen Krankenkassen den Spitzenverband Bund der Krankenkassen, kurz GKV-Spitzenverband, § 217a Abs. 1 SGB V. Die bislang bestehenden Bundesverbände wurden gemäß § 212 Abs. 1 S. 1 SGB V zum 01.01.2009 in Gesellschaften des bürgerlichen Rechts umgewandelt.

1.1.3 Ärzte

Sucht ein Patient einen Arzt auf, um behandelt zu werden, ist diesem nur selten bewusst, ob er den Arzt als Privatarzt, Konsiliararzt oder etwa Belegarzt vor sich hat. Obwohl die Tätigkeit des Arztes stets direkt oder indirekt¹⁵ die Behandlung von Patienten zum Inhalt hat, unterscheiden sich die rechtlichen Rahmenbedingungen, in welchen er tätig wird, stark voneinander. In einem kurzen Überblick sollen die wichtigsten Formen dargestellt werden.

¹⁵ Etwa bei Tätigkeiten im Labor oder in der Forschung.

1.1.3.1 Der Privatarzt

Rechtsgrundlage für die ärztliche Behandlung sind §§ 630a, 630b, 612 Abs. 2 BGB.¹⁶ Geschuldet wird vom Arzt dabei die Behandlung nach den Regeln der ärztlichen Kunst und nicht der Heilungserfolg.¹⁷ Das gilt auch für Schönheitsoperationen, bei denen die Herbeiführung eines bestimmten, meist optisch ansprechenden Ergebnisses typischerweise im Mittelpunkt steht.¹⁸ Bei diesen wird vom Patienten in der Regel ein bestimmter, optisch wahrnehmbarer Erfolg angestrebt; dies ändert jedoch nichts an der Rechtsnatur des Arztvertrages, da auch in diesen Fällen wegen der Unberechenbarkeit des lebenden Organismus ein bestimmter Behandlungserfolg nicht garantiert werden kann.¹⁹

Die ärztliche Leistung wird in der Regel nur gegen Entgelt erbracht, wobei ein solches jedoch meist nicht ausdrücklich vereinbart wird. Außerhalb der Abrechnung im GKV-System, die im nächsten Punkt näher dargestellt werden wird, richtet sich der Vergütungsanspruch des Arztes direkt gegen seinen Patienten. Er bemisst sich nach der GOÄ, § 612 BGB, § 12 MBO, § 11 BÄO, § 1 GOÄ. Die GOÄ ist eine Rechtsverordnung, die von der Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates erlassen wird. Sie gliedert sich in den Paragraphenteil mit den allgemeinen Liquidationsvorschriften und das Gebührenverzeichnis. Wie in § 11 BÄO bestimmt, ist die GOÄ in eine Rahmengebührenordnung. Der Arzt besitzt innerhalb des vorgegebenen Gebührenrahmens einen Spielraum, um die Vergütung für seine Leistung der Schwierigkeit des Einzelfalls angemessen anpassen zu können.²⁰

Die GOÄ trat am 01.04.1965 in Kraft²¹ und wurde erst durch die Gebührenordnung für Ärzte vom 12.11.1982²² grundlegend geändert und dem damals gültigen Leistungsverzeichnis des EBM angepasst.²³ Die Anwendung der GOÄ ist auch bei Wunschleistungen, etwa bei der Schönheitschirurgie,

¹⁶ Vgl. Weidenkaff, in: Palandt, Einf v § 611 Rn. 18; Weidenkaff, in: Palandt, § 630a Rn. 8.

¹⁷ Vgl. Müller-Glöge, in: MüKo BGB, § 611 Rn. 79.

¹⁸ Vgl. OLG Zweibrücken, Urteil vom 10.03.1983 – 4 U 76/82, NJW 1983, 2094; BGH, Urteil vom 20.09.1983 – VI ZR 35/82, NJW 1984, 661; Kraatz, Arztstrafrecht Rn. 11; Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts § 38 Rn. 27.

¹⁹ Vgl. OLG Zweibrücken, Urteil vom 10.03.1983 – 4 U 76/82, NJW 1983, 2094 (1333); BGH, Urteil vom 20.09.1983 – VI ZR 35/82, NJW 1984, 661 (661); Kraatz, Arztstrafrecht Rn. 11.

²⁰ Vgl. Lieber, Gebührenordnungen für Ärzte und Zahnärzte S. XIII.

²¹ BGBl. I 1965, 89.

²² BGBl. I 1982, 1522.

²³ Vgl. Bazan/Dann/Errestink, Rechtshandbuch für Ärzte und Zahnärzte Rn. 486.

nicht fakultativ, sondern zwingendes Preisrecht.²⁴ Ein Abweichen von der Gebührenordnung ist nur für ambulante ärztliche Leistungen in schriftlicher Form, § 2 Abs. 2 GOÄ, möglich. Durch die zahlreichen in § 2 GOÄ enthaltenen Einschränkungen ist die Einigung letztlich nur bezüglich des Steigerungssatzes gem. § 5 GOÄ möglich. Die Vereinbarung eines freien Honorars oder sogar eines Erfolgshonorars sind dabei nicht zulässig. Wenngleich die strenge Bindung eines Freiberuflers an eine Gebührenordnung auf den ersten Blick ungewöhnlich erscheint, hat das BVerfG die Verfassungsmäßigkeit dieser 1982 eingeführten und mit der heutigen Regelung übereinstimmenden Einschränkung bestätigt.²⁵ Die Gebührenregelung der GOÄ 1982 erhöhe demnach im Interesse der zahlungspflichtigen Patienten die Transparenz privatärztlicher Liquidationen. Sie diene einem vernünftigen Gemeinwohlgrund in geeigneter Weise. Ein milderer, ebenso effektives Mittel zur Sicherstellung der Transparenz stehe dem Gesetzgeber nicht zur Verfügung.²⁶ Diese Transparenz sei insbesondere deshalb wichtig, da die privaten Krankenversicherungen Überschreitungen der GOÄ-Sätze nicht anerkannten und öffentlich Bedienstete bei einer Überschreitung der GOÄ-Sätze grundsätzlich keine Beihilfe bekämen.²⁷ Diese Einschränkung der Vertragsfreiheit des Privatarztes entlaste den Arzt außerdem von der ansonsten bestehenden, unangenehmen Pflicht, mit seinem Patienten um den Preis der zu erbringenden Leistung feilschen zu müssen. Unabhängig davon, dass ein Erfolgshonorar dem Arztvertrag in Form eines Dienstvertrags zuwiderlaufe, würde es das Vertrauensverhältnis von Arzt und Patient nur unnötig belasten.²⁸ In der freien Marktwirtschaft sind diese Einschränkungen eines nach wie vor selbstständig ausgeübten Berufes unüblich. Da die Ausübung des ärztlichen Berufes jedoch nach Ansicht des BVerfG nicht nur zum Selbstzweck geschieht, sondern der Volksgesundheit und dem Funktionserhalt des Gesundheitssystems diene, wurde die Verhältnismäßigkeit des § 11 BÄO bzw. der Regulierung des ärztlichen Honorars mithilfe

²⁴ Vgl. BGH, Urteil vom 15.02.2006 – IV ZR 192/04, NJW 2006, 1876.

²⁵ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 19.04.1991 – 1 BvR 1301/89, NJW 1992, 737.

²⁶ BVerfG, NJW 1992, 737 (737).

²⁷ Hensen, NJW 1983, 1366 (1367).

²⁸ Taupitz, MedR 1996, 533 (541).

einer Gebührenordnung vom Bundesverfassungsgericht mehrfach bestätigt.²⁹ Die Grenzen der Zumutbarkeit seien erst dann erreicht, wenn unangemessen niedrige Einkünfte zugemutet würden und auf der Grundlage der bestehenden Vergütungsregelung eine wirtschaftliche Existenz generell nicht möglich sei.³⁰ Von der GOÄ umfasst werden alle beruflichen Leistungen eines Arztes. Dieses breite Spektrum wird von der GOÄ abgebildet, die von der Beratung über die Begutachtung bis hin zur operativen Leistungen reicht.³¹ Der Honoraranspruch nach GOÄ besteht nur gegenüber solchen Patienten, für die kein sonstiger, sozialrechtlicher Kostenschuldner, z. B. die Gesetzliche Krankenversicherung oder Sozialhilfe, existiert.³²

Seit den 80er Jahren des letzten Jahrhunderts wurde die GOÄ jedoch nicht mehr wesentlich geändert; 1996 fand eine Anhebung der Vergütung um 3,6 % statt,³³ und zur Einführung des Euro wurde am 01.01.2002 mit der letzten Änderung der Punktwert auf Cent umgestellt.³⁴ Das Leistungsverzeichnis der GOÄ befindet sich damit im Wesentlichen noch auf dem Stand von 1982 und bildet den Fortschritt und den heutigen Stand der Medizin nicht mehr angemessen ab. Um dem abzuweichen und den Ärzten eine Möglichkeit zu geben, auch von der GOÄ nicht umfasste Maßnahmen abzurechnen, haben die Ärzte ein sog. Selbstergänzungsrecht.³⁵ Gem. § 6 Abs. 2 GOÄ kann, wenn es keine entsprechende Gebührensiffer gibt, eine Leistung abgerechnet werden, die in Art, Kosten- und Zeitaufwand der tatsächlich erbrachten ähnelt. Die entsprechende Gebührensiffer wird dann analog angewandt und mit einem „A“ in der Rechnung gekennzeichnet. Um eine einheitliche Anwendung der Analogziffern zu gewährleisten, gibt die Bundesärztekammer Anwendungsregeln zur GOÄ heraus.³⁶

Bei der Abrechnung gegenüber Selbstzahlern, also solchen Patienten, für die kein anderer Kostenschuldner einstandspflichtig ist, ist unerheblich, ob der Patient privat krankenversichert ist oder die Krankenbehandlung aus

²⁹ Vgl. *BVerfG*, Beschluss vom 12.12.1984 – 1 BvR 1249/83 u. a., NJW 1985, 2185 (2187); *BVerfG*, Beschluss vom 19.04.1991 – 1 BvR 1301/89, NJW 1992, 737; *BVerfG*, Beschluss vom 15.12.1999 – 1 BvR 1904/95, NJWE-FER 2000, 117; *BVerfG*, Beschluss vom 25.10.2004 – 1 BvR 1437/02, NJW 2005, 1036 (1037).

³⁰ *BVerfG*, Beschluss vom 15.12.1999 – 1 BvR 1904/95, NJWE-FER 2000, 117 (119).

³¹ Vgl. *Hübner*, in: *Medizinrecht Kommentar*, § 1 GOÄ Rn. 2.

³² Vgl. *Kern*, in: *Handbuch des Arztrechts*, § 75 Rn. 1.

³³ Vgl. *Bazan/Dann/Errestink*, *Rechtshandbuch für Ärzte und Zahnärzte* Rn. 486.

³⁴ Vgl. *Lieber*, *Gebührenordnungen für Ärzte und Zahnärzte* S. IX.

³⁵ Vgl. *Lieber*, *Gebührenordnungen für Ärzte und Zahnärzte* S. XXIX.

³⁶ Vgl. *Bundesärztekammer*, *Verzeichnis der Analogen Bewertungen (GOÄ)* vom Januar 2013.

eigener Tasche bezahlt.³⁷ Die sog. private Krankenversicherung ist eine Krankheitskostenversicherung i. S. d. § 192 Abs. 1 VVG. Sie bietet im Gegensatz zur GKV, die die medizinische Versorgung als solche sicherstellt, nur eine finanzielle Absicherung der Krankheitskosten des Patienten im Sinne einer Schadensversicherung.³⁸ Ob und wie der Patient durch eine Versicherung finanziell abgesichert ist, ist irrelevant, da sich der Vergütungsanspruch des Arztes allein gegen den Patienten und nicht dessen Versicherung richtet.

Als in der 17. Legislaturperiode eine Neufassung der Gebührenordnung für Zahnärzte verabschiedet wurde,³⁹ bestand die Hoffnung, dass es noch in derselben Legislaturperiode ebenfalls zu einer Neufassung der Gebührenordnung für Ärzte kommen werde. Dies war jedoch nicht der Fall.⁴⁰ In 2014 waren die Verhandlungen zwischen der Bundesärztekammer und dem Verband der privaten Krankenkassen nach deren eigenem Ermessen auf gutem Weg.⁴¹ Eine Einigung kam jedoch nicht zu Stande; Mitte März 2016 beschloss der Vorstand der BÄK zur Überraschung der Beobachter einstimmig, das bis dahin erarbeitete Reformpaket nicht dem Bundesministerium für Gesundheit und für Verbraucherschutz vorzulegen.⁴² Mit einer Verabschiedung der neuen GOÄ vor den Bundestagswahlen im Herbst 2017 ist nicht zu rechnen.⁴³

1.1.3.2 Der Vertragsarzt

Der titelgebende Vertragsarzt ist ein niedergelassener, das heißt in eigener Praxis tätiger Arzt, der an der vertragsärztlichen Versorgung von in der GKV versicherten Patienten teilnimmt. Synonym dazu wird auch der Begriff des Kassenarztes verwendet. Im Unterschied zur Behandlung von Selbstzahlern rechnet im Fall der gesetzlichen Krankenversicherung der Arzt nicht gegenüber dem Patienten sondern gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung ab.

³⁷ Vgl. Kern, in: Handbuch des Arztrechts, § 75 Rn. 1.

³⁸ Vgl. Voit, in: Prölss/Martin, § 192 Rn. 2 f.

³⁹ Vgl. Deutsche Zahnärztekammer, GOZ vom Kabinett beschlossen vom 16.11.2011.

⁴⁰ Vgl. Flintrop, Deutsches Ärzteblatt 2013, 1.

⁴¹ Vgl. Deutsches Ärzteblatt, PKV: Verhandlungen zur GOÄ auf gutem Weg vom 14.09.2014.

⁴² Vgl. Schmedt, Deutsches Ärzteblatt 19.04.2016, 748, Vor weiteren Verhandlungen.

⁴³ Vgl. Die PVS Südwest, GOÄ-Reform nicht vor 2018 vom 08.04.2016.

Die oben dargestellten Verbände der Krankenkassen schließen zur Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung ihrer Mitglieder gemäß § 72 Abs. 2 SGB V Verträge mit den Kassenärztlichen Vereinigungen (kurz: KV). Bei diesen handelt es sich ebenfalls um Körperschaften des öffentlichen Rechts, § 77 Abs. 5 SGB V. Den KVen wurde per Gesetz die Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung der Versicherten übertragen, § 75 Abs. 2 S. 1 SGB V. Jeder in das Arztregister eingetragene Arzt kann sich um die Zulassung zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung bewerben, § 95 Abs. 2 S. 1 SGB V. Die zugelassenen Ärzte sind gemäß § 77 Abs. 3 S. 1 SGB V Pflichtmitglieder der Kassenärztlichen Vereinigung ihres jeweiligen Landes. Die Kassenärztlichen Vereinigungen zusammen bilden auf Bundesebene die Kassenärztliche Bundesvereinigung (KBV), § 77 Abs. 4 S. 1 SGB V, wiederum eine Körperschaft des öffentlichen Rechts.

Der Vergütungsanspruch eines Vertragsarztes für die erbrachte ärztliche Leistung richtet sich gegen „seine“ Kassenärztliche Vereinigung, nicht gegen die Krankenkasse.⁴⁴ Bei der Verteilung der Vergütung an die Vertragsärzte wendet die zuständige KV einen einheitlichen Honorarverteilungsmaßstab gem. § 87b Abs. 1 S. 2 SGB V an. Grundlage für diese Honorarverteilung bildet wiederum § 85 Abs. 1 SGB V: Die Krankenkassen entrichten mit befreiender Wirkung eine Gesamtvergütung für die gesamte vertragsärztliche Versorgung ihrer Mitglieder mit Wohnort im Bezirk der jeweiligen Kassenärztlichen Vereinigung. Diese Gesamtvergütung wird gem. § 87b Abs. 1 S. 2 SGB V an die Vertragsärzte verteilt.

Die Behandlung von in der GKV versicherten Patienten schließt die Anwendung der GOÄ jedoch nicht aus. Kommt der privatrechtliche Behandlungsvertrag zwischen Kassenpatient und Arzt zu Stande, tritt an die Stelle des Honoraranspruches der Vergütungsanspruch gegen die Kassenärztliche Vereinigung, soweit die Krankenkasse leistungspflichtig ist.⁴⁵ Steht bereits zu Beginn der Behandlung fest, dass die gesetzliche Krankenkasse ganz oder teilweise nicht eintrittspflichtig ist, besteht bereits von Anfang an ein unmittelbarer Zahlungsanspruch des Arztes gegen den Patienten gemäß § 611 BGB.⁴⁶ In wenigen Einzelfällen kann die GOÄ auch Gegenstand des Behandlungsvertrages eines Kassenpatienten sein, wenn dieser von der Möglichkeit Gebrauch macht, sich privat behandeln zu lassen und gemäß

⁴⁴ Siehe Zusammenfassung bei Schnapp, in: FS Herzberg, S. 801 f.

⁴⁵ Vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 09.04.2002 – 14 U 90/01, NJW-RR 2002, 1604 (1605).

⁴⁶ Vgl. OLG Schleswig, Urteil vom 19.03.1993 – 4 U 60/92, NJW 1993, 2996 (2996).

§ 13 Abs. 2 S. 1 SGB V anstelle der Sach- oder Dienstleistung die Kostenerstattung für Leistungen wählt.⁴⁷ Da die Wahl der Kostenerstattung viele generelle und individuelle Risiken in sich birgt, insbesondere da die Versicherten mit ihrer Vergütungsschuld gegenüber den Leistungserbringern ein erhebliches wirtschaftliches Vorfinanzierungsrisiko tragen müssen, hat gemäß § 13 Abs. 2 S. 3 SGB V der Leistungserbringer die Versicherten vor Inanspruchnahme der Leistung über deren Verpflichtung zu informieren, nicht von der Kasse übernommene Kosten selbst zu tragen. Diese Beratung haben die Versicherten nach § 13 Abs. 2 S. 4 SGB V schriftlich zu bestätigen.⁴⁸ In diesem Einzelfall wird auch gegenüber gesetzlich krankenversicherten Patienten nach der GOÄ abgerechnet.

Der Begriff „Kassenarzt“ bezeichnet im Folgenden einen niedergelassenen Arzt, der seine Leistung von der Kassenärztlichen Vereinigung und damit letztlich von den gesetzlichen Krankenkassen vergütet bekommt; ein „Privatarzt“ ist dagegen ein solcher, der gegenüber Selbstzahlern abrechnet. Bei beiden Begriffen handelt es sich nicht um verschiedene Arten von Ärzten, sondern um zwei Modalitäten derselben Berufsausübung. Ein und derselbe niedergelassene Arzt tritt seinen gesetzlich versicherten Patienten gegenüber als Kassenarzt, den Selbstzahlern gegenüber als Privatarzt auf. Für den wirtschaftlich rentablen Betrieb einer vertragsärztlichen Praxis gilt ein Anteil von mindestens 10 % Privatpatienten als erstrebenswert;⁴⁹ die Behandlung sowohl von gesetzlich als auch privat krankenversicherten Patienten ist für den niedergelassenen Arzt somit die Regel.

1.1.3.3 Sonderformen im Rahmen der Zusammenarbeit mit Krankenhäusern

Die Gesundheitsversorgung in Deutschland ist in zwei voneinander getrennte Sektoren aufgeteilt: Die ambulante und die stationäre Versorgung. Die ambulante Versorgung geschieht durch die niedergelassenen Ärzte, während die stationäre Versorgung durch die Krankenhäuser erbracht wird, § 39 Abs. 1 S. 1 SGB V. Die stationäre Versorgung ist der ambulanten dabei grundsätzlich nachrangig, § 39 Abs. 1 S. 2 SGB V. Durch die Verlagerung der medizinischen Schwerpunktversorgung in die Kliniken sind diese

⁴⁷ Vgl. Kern, in: Handbuch des Arztrechts, § 75 Rn. 1.

⁴⁸ Vgl. Koller, Der Frauenarzt 2009, 300 (300).

⁴⁹ Vgl. Cosack, ZIS 2013, 226 (227).

über ihre ursprüngliche Funktion der Ergänzung der ambulanten Versorgung hinaus zu einem abgegrenzten, eigenständigen Versorgungsbereich mit anerkannt hohem medizinischen Leistungspotential geworden.⁵⁰ Bis zum Inkrafttreten des Vertragsarztrechtsänderungsgesetzes (VÄndG) am 1.1.2007⁵¹ beinhaltete eine typische ärztliche Berufskarriere das Studium, die anschließende Facharztausbildung im Krankenhaus, gefolgt von der Niederlassung in einer Einzelpraxis oder den gesetzlich vorgeschriebenen Kooperationsformen gemeinsam mit anderen Ärzten. Die Alternative war auch nach Abschluss der Facharztausbildung im Krankenhaus zu verbleiben. Nach § 20 Ärzte-ZV in der bis zum 31.12.2006 geltenden Fassung waren Anstellung in einem Krankenhaus und vertragsärztliche Zulassung außerhalb eines Beleg- oder Konsiliararztvertrages nicht möglich.⁵² Nicht zuletzt, um dem um sich greifenden Ärztemangel zu begegnen,⁵³ wurden die Kooperationsmöglichkeiten zwischen Ärzten und Krankenhäusern mit der Lockerung des § 20 Ärzte-ZV erweitert: Neben den Belegarzt und Konsiliararzt trat der Honorararzt und die niedergelassenen Ärzte kehren an die Krankenhäuser zurück.⁵⁴ Diese verschiedenen Tätigkeitsformen sollen nun näher dargestellt werden.

1.1.3.3.1 Belegärzte

Eine der ältesten Formen der Zusammenarbeit zwischen Arzt und Krankenhaus⁵⁵ ist die Einbindung eines niedergelassenen Vertragsarztes als sog. Belegarzt. Belegärzte sind nicht am Krankenhaus angestellte Vertragsärzte, die berechtigt sind, ihre Patienten im Krankenhaus unter Inanspruchnahme der hierfür bereitgestellten Dienste, Einrichtungen und Mittel vollstationär oder teilstationär zu behandeln, ohne hierfür vom Krankenhaus eine Vergütung zu erhalten, § 121 Abs. 2 SGB V. Bezahlt werden die belegärztlichen Leistungen aus der vertragsärztlichen Gesamtvergütung, § 121 Abs. 3 S. 1 SGB V. In Abweichung zu diesem Modell sind auch Honorarverträge mit den Krankenhäusern möglich, § 121 Abs. 5 SGB V. Mit dieser letztgenannten Regelung, der Belegarzt mit Honorarvertrag, sollen die Wettbewerbschancen zwischen den Krankenhäusern mit Haupt- und Belegabteilung ausgeglichen werden. Wird das Honorarvertragsmodell

⁵⁰ Vgl. Quaas/Zuck, Medizinrecht § 25 Rn. 17.

⁵¹ Gesetz zur Änderung des Vertragsarztrechts und anderer Gesetze (Vertragsarztrechtsänderungsgesetz – VÄndG) vom 22.12.2006, BGBl. I 2006, 3439.

⁵² Vgl. Clausen/Schroeder-Printzen, ZMGR 2010, 3 (3).

⁵³ Vgl. Möller/Makoski, GesR 2012, 647 (647).

⁵⁴ Vgl. Clausen/Schroeder-Printzen, ZMGR 2010, 3 (3).

⁵⁵ Vgl. Wollersheim, in: FS Steinhilper, S. 163.

gewählt, sind die stationär erbrachten Leistungen nicht mehr vertragsärztlicher Natur, sondern werden aus dem Krankenhausbudget vergütet.⁵⁶ Bei der Abrechnung der Hauptabteilungs-DRGs⁵⁷ gegenüber der Krankenkasse hat diese die DRG auf 80% zu reduzieren, § 18 Abs. 3 S. 1 KHEntgG.⁵⁸

Die Regelform des Krankenhausvertrages ist der sog. totale Krankenhausaufnahmevertrag, das heißt der Krankenhausträger verpflichtet sich gegenüber dem Patienten, alle für die stationäre Behandlung erforderlichen Leistungen einschließlich der gesamten ärztlichen Versorgung zu erbringen.⁵⁹ Bei der Behandlung durch einen Belegarzt wird kein totaler, sondern ein sog. gespaltener Krankenhausaufnahmevertrag mit dem Patienten geschlossen. Der Belegarzt ist ausschließlicher Vertragspartner des Patienten für seinen Bereich und auch nicht Erfüllungsgehilfe des Krankenhauses ist. Eine Wahlleistungsvereinbarung in Bezug auf den Arzt ist hier bereits begrifflich ausgeschlossen.⁶⁰ Die sich bei Belegarztverträgen ergebenden Strafbarkeitsrisiken bei der Kooperation mit Krankenhäusern werden in Kapitel 3 Punkt 3.3.4. ab Seite 207 behandelt werden.

1.1.3.3.2 Konsiliarärzte

Niedergelassene Ärzte können auch als Konsiliarärzte am Krankenhaus tätig werden. Für Konsiliarärzte fehlt die gesetzliche Definition. Unter Rückgriff auf § 2 Abs. 2 KHEntgG umfasst die konsiliarärztliche Tätigkeit die externe Beratung – auch durch Belegärzte – von Krankenhausärzten zur Stellung oder Absicherung einer Diagnose, der Festlegung des Behandlungsplans oder der Untersuchung und Mitbehandlung des Patienten, insbesondere die Diagnostik und Therapie von Erkrankungen, die in Fachgebiete fallen, die im Krankenhaus selbst nicht vertreten sind.⁶¹ Nach etwas

⁵⁶ Vgl. *Becker*, in: *Becker/Kingreen*, § 121 SGB V Rn. 15.

⁵⁷ Diagnosis related groups. DRG bezeichnet die an Krankenhäusern übliche Abrechnung nach einem Fallpauschalensystem, in dem jede Aufnahme eines Patienten einen abrechenbaren Fall darstellt. Die Vergütung ist abhängig von der Schwere der Erkrankung, der sog. Hauptdiagnose, den erforderlichen Maßnahmen und Leistungen zur ihrer Behandlung, den während des Aufenthaltes festgestellten weiteren abklärungs- oder behandlungsbedürftigen Erkrankungen, sog. Nebendiagnosen, sowie u.a. der Liege- und Beatmungsdauer.

⁵⁸ Siehe auch *Ratzel*, *GesR* 2009, 561 (565).

⁵⁹ Vgl. *Quaas/Zuck*, *Medizinrecht* § 14 Rn. 10.

⁶⁰ Vgl. *Quaas/Zuck a.a.O.* § 14 Rn. 13.

⁶¹ Vgl. *Ratzel/Luxenburger*, in: *Handbuch Medizinrecht*, 21. Kapitel Rn. 34.

unsauberer Nomenklatur findet sich für den Konsiliararzt auch die Bezeichnung des Honorarkonsiliararztes.⁶²

Der Konsiliararzt erbringt seine Leistung aufgrund eines Dienstvertrages im Sinne des § 611 BGB gegenüber dem Krankenhaus, ohne bei dessen Träger angestellt zu sein oder in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis zu ihm zu stehen.⁶³ Die Liquidation bei Regelleistungspatienten erfolgt nach einzelvertraglicher Vereinbarung, wobei regelmäßig eine Vergütung nach GOÄ gewählt wird.⁶⁴ Bei Privatpatienten ist der Konsiliararzt Teil der Wahlleistungskette und liquidiert mit einem zwingenden Abschlag um 15 % nach GOÄ.⁶⁵ Im Einzelfall kann die Abgrenzung zum Honorararzt schwierig sein. Im Bezug auf eine Strafbarkeit nach den §§ 299a, 299b StGB werden die Konsiliarärzte in Kapitel 3 Punkt 3.3.5.6. ab Seite 232 näher behandelt werden.

1.1.3.3.3 Honorarärzte

Ein recht neues Betätigungsfeld, eingeführt durch das VÄndG zum 01.01.2007,⁶⁶ stellt die honorarärztliche Tätigkeit am Krankenhaus dar. Für den Honorararzt existiert kein gesetzlich definierter Rechtsbegriff. Gemeint ist damit der Einsatz von Vertragsärzten im Krankenhaus, die neben der Tätigkeit in der Praxis gleichzeitig am Krankenhaus tätig sind, um damit Versorgungsengpässe zu vermeiden. Ein Honorararzt kann negativ definiert werden als Arzt, der im stationären und/oder ambulanten Bereich des Krankenhauses ärztliche Leistungen für den Krankenhausträger erbringt, ohne bei diesem angestellt oder als Belegarzt oder Konsiliararzt tätig zu sein.⁶⁷ Im Rahmen dieses Tätigkeitsspektrums wird auch der Begriff des Honorarkooperationsarztes verwendet.⁶⁸ Die Tätigkeit des Honorararztes erfolgt auf freiberuflicher Basis im Rahmen eines freien Dienstvertrages, bei der das Entgelt unabhängig von den Vorgaben der GOÄ oder Tarifverträgen mit dem Krankenhaus vereinbart wird.⁶⁹ Strafbarkeitsrisiken im

⁶² Vgl. Ufer, ZMGR 2017, 3 (4).

⁶³ Vgl. Quaas/Zuck, Medizinrecht § 16 Rn. 144.

⁶⁴ Vgl. Quaas/Zuck a.a.O. § 16 Rn. 144.

⁶⁵ Vgl. Ratzel/Luxenburger, in: Handbuch Medizinrecht, 21. Kapitel Rn. 34.

⁶⁶ Gesetz zur Änderung des Vertragsarztrechts und anderer Gesetze (Vertragsarztrechtsänderungsgesetz – VÄndG) vom 22.12.2006, BGBl. I 2006, 3439.

⁶⁷ Vgl. Quaas/Zuck, Medizinrecht § 16 Rn. 146; Möller/Makoski, GesR 2012, 647 (647).

⁶⁸ In Abgrenzung zum Honorarvertretungsarzt, vgl. Ufer, ZMGR 2017, 3 (4 f.).

⁶⁹ Vgl. Eufinger, MedR 2017, 296 (296).

Zusammenhang mit der Vergütung von Honorärärzten über einen Anteil an der DRG werden in Kapitel 3 Punkt 3.3.5. ab Seite 218 erörtert werden.

In den vergangenen Jahren wurden in das SGB V Kooperationsformen integriert, die die strenge Trennung der Sektoren aufweichen oder sogar ganz ersetzen sollen: Hierzu gehören unter anderem die vor- und nachstationäre Behandlung nach § 115a SGB V sowie das ambulante Operieren nach § 115b SGB V. Diese meist in Honorararztverträge eingebetteten Kooperationsformen und ihre Strafbarkeitsrisiken werden in Kapitel 3 Punkt 3.3.6. ab Seite 233 behandelt werden.

1.1.4 Medizinische Versorgungszentren

Zum 01.01.2004 wurde vom Gesetzgeber nach dem Vorbild der DDR-Polikliniken ein gänzlich neuer Akteur im Gesundheitswesen installiert: Das Medizinische Versorgungszentrum (im Folgenden: MVZ) gem. § 95 SGB V,⁷⁰ grundlegend überarbeitet durch das GKV-VStG vom 22.12.2011, in Kraft getreten am 01.01.2012.⁷¹

Anders als bei den Leistungserbringern des traditionellen Typs, bei welchen Rechtssubjekte mit Erteilung der Approbation privatärztlich tätig sind und zusätzlich dazu vertragsärztlich tätig werden können, ist das MVZ ein rein vertragsarztrechtliches Gebilde, das gerade nicht an vorhandene privatärztliche Strukturen anknüpft.⁷² Das MVZ tritt nach außen selbst als vertragsarztrechtlicher Akteur auf, erbringt die eigentlichen ärztlichen Leistungen jedoch nicht selbst, da es nur eine Art Außenhülle für Leistungserbringer darstellt, die dem MVZ zugehörig, die vertragsärztliche Tätigkeit ausüben.⁷³ Das MVZ hat selbst Zulassungsstatus im Verhältnis zu den vertragsarztrechtlichen Institutionen, auch wenn die von ihm umhüllten Ärzte über eine eigene Zulassung verfügen.⁷⁴ Das MVZ selbst trägt die Verantwortung nach außen in technisch-administrativer Hinsicht, das heißt für Organisation und Abrechnung.⁷⁵

⁷⁰ Vgl. Clemens, in: FS Steinhilper, S. 11.

⁷¹ GKV-Versorgungsstrukturgesetz, BGBl. I 2011, 2983.

⁷² Vgl. Clemens a.a.O. S. 11.

⁷³ Vgl. Clemens a.a.O. S. 12.

⁷⁴ Vgl. Clemens a.a.O. S. 12.

⁷⁵ Vgl. Clemens a.a.O. S. 12.

Gem. § 95 Abs. 1a S. 1 Hs. 1 SGB V kann das MVZ von zugelassenen Ärzten, zugelassenen Krankenhäusern, Erbringern nicht-ärztlicher Dienstleistungen, zugelassenen oder ermächtigten gemeinnützigen Trägern oder Kommunen gegründet werden. Eine Beschränkung der Rechtsform des Gründers besteht nicht; ebenso kann ein und derselbe Rechtsträger mehrere MVZ gründen. Das Erfordernis, dass das MVZ eine fachübergreifende ärztlich geleitete Einrichtung sein muss, wurde durch das GKV-VSG zum 23.07.2015 gestrichen.⁷⁶ Nach § 95 Abs. 1 S. 2 SGB V ist nun auch die Gründung eines sog. „Mono-MVZ“ mit nur einer vertretenen Fachrichtung möglich. Die Rechtsformen des MVZ selbst sind auf die Personengesellschaft, die eingetragene Genossenschaft, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder eine öffentlich-rechtliche Rechtsform beschränkt, § 95 Abs. 1a S. 1 Hs. 2 SGB V.⁷⁷ Das MVZ muss über einen ärztlichen Leiter verfügen, der im MVZ selbst ärztlich tätig ist und in medizinischen Fragen weisungsfrei ist, § 95 Abs. 1 S. 2 SGB V. Sinn und Zweck der Vorgabe liegt darin, dass in ärztlichen Angelegenheiten eine nichtmedizinische Einflussnahme, etwa durch die nicht-ärztlichen Leitung des MVZ, ausgeschlossen sein soll.⁷⁸ Der ärztliche Leiter hat keine fachliche Verantwortung für jede einzelne Behandlungsmaßnahme, trägt jedoch die Verantwortung für die ärztliche Steuerung der Betriebsabläufe und hat u. a. bezüglich der Abrechnung, siehe § 1 Abs. 4 Honorarverteilungsmaßstab (HVM), die Gesamtverantwortung gegenüber der KÄV.⁷⁹ Die Fragen der Vertretung des MVZ nach außen sowie die Möglichkeit, ein MVZ durch Verträge zu verpflichten, richten sich nach der jeweiligen Rechtsform des MVZ. Es ist nicht erforderlich, dass der ärztliche Leiter in der Geschäftsführung des MVZ tätig ist; er ist allerdings auch nicht von der Geschäftsführung ausgeschlossen.⁸⁰

Gesellschafter bei einer Gesellschaft nach BGB oder PartG können nur selbst gründerfähige Leistungserbringer sein; fällt eine der Gründungsvoraussetzungen später weg, ist die Zulassung zu entziehen, § 95 Abs. 6 SGB V.⁸¹ Wird das MVZ als GmbH gegründet, muss der Geschäftsführer der MVZ-GmbH kein Arzt sein; ebenso wenig muss der ärztliche Leiter des MVZ dessen Geschäftsführer sein.⁸² Nach Wegfall des Erfordernisses der

⁷⁶ GKV-Versorgungsstärkungsgesetz, BGBl. I 2015, 1211.

⁷⁷ Vgl. für eine Darstellung der verschiedenen Möglichkeiten *Preißler*, in: FS Dahm, S. 335 ff.

⁷⁸ Vgl. *Jaeger*, in: Spickhoff Medizinrecht, § 95 SGB V Rn. 25.

⁷⁹ Vgl. *BSG*, Urteil vom 14.12.2011 – B 6 KA 33/10 R, MedR 2012, 695 (696).

⁸⁰ Vgl. *BSG*, MedR 2012, 695 (697).

⁸¹ Vgl. *Jaeger*, in: Spickhoff Medizinrecht, § 95 SGB V Rn. 52.

⁸² Vgl. *Möller*, in: Rechtshandbuch Medizinische Versorgungszentren, Kapitel V Rn. 68.

fachübergreifenden Versorgung von Patienten wird diskutiert, ob neben dem nicht-fachübergreifenden „Mono-MVZ“ nunmehr auch ein Eine-Person-MVZ und damit Eine-Person-GmbH gegründet werden kann.⁸³

In der Praxis existieren zu dem dargestellten Fall des „einfachen“ MVZ in Form der GmbH noch zahlreiche Komplizierungen. So ist eine Konstellation denkbar, in welcher sich eine Gesellschaft, die nicht im Bereich des Gesundheitswesens tätig ist, zu einem bestimmten Prozentsatz an einem Krankenhausträger beteiligt. Der Krankenhausträger gründet sodann ein MVZ als GmbH und überlässt der Gesellschaft im Innenverhältnis sämtliche Rechte, inklusive der Anstellung des ärztlichen Leiters und des Geschäftsführers. Ob diese Konstruktionen überhaupt zulässig sind, ist zweifelhaft, da sie dem Sinn und Zweck des § 95 Abs. 1a SGB V zuwiderlaufen: Der Betrieb von Medizinischen Versorgungszentren unter Mitwirkung von ausschließlich gewinnorientierten Investoren durch die Beschränkung des Gründerkreises soll gerade ausgeschlossen werden.⁸⁴ Die Behandlung der zahlreichen Varianten eines MVZ würde jedoch den Umfang der Arbeit sprengen und wird daher nicht weiter vertieft werden. Ebenfalls nicht weiter vertieft werden wird die interessante und sehr praxisrelevante Frage der Strafbarkeit nach den §§ 299a, 299b StGB im Zusammenhang mit MVZ. Da der Gegenstand der Arbeit der niedergelassenen Arzt ist, wird die Strafbarkeit im Rahmen der Tätigkeit eines MVZ nicht eigenständig behandelt, sondern bei der Strafbarkeit von Kooperationsformen niedergelassener Ärzte, sofern relevant, mit angesprochen werden.⁸⁵

1.1.5 Sonstige Leistungserbringer

Das vierte Kapitel des SGB V regelt die Beziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern. Der Begriff selbst ist nicht legal definiert. Aus den Vorschriften im vierten Kapitel des SGB V ist erkennbar, dass er jeden umfassen soll, der Leistungen für die Versicherten der gesetzlichen Krankenkasse erbringt. Hierzu zählen neben Ärzten, Zahnärzten, Psychotherapeuten gem. §§ 69 ff. SGB V, Krankenhäuser und andere stationäre Einrichtungen wie Rehabilitationseinrichtungen gem. §§ 107 ff. SGB V,

⁸³ Vgl. *Pflugmacher*, Deutsche Ärztezeitung 15.06.2015, Bricht jetzt die Zeit für Praxisketten an?; a. A. *Hellkötter-Backes*, in: LPK-SGB V, § 95 SGB V Rn. 41; zu mindestens zwei halben Vertragsarztzulassungen ratend *Möller*, in: FS Dahm, S. 310.

⁸⁴ Vertiefend unter Einbeziehung des GKV-VStG *Bäune/Dahm, et al.*, MedR 2012, 77 (79); instruktiv *Klöß*, NZS 2013, 368.

⁸⁵ Vgl. etwa die Ausführungen in Kapitel 3 Punkt 3.3.4.4. ab Seite 216.

Leistungserbringer von Heilmitteln wie Logopäden oder Ergotherapeuten gem. §§ 124 f. SGB V, Apotheken und pharmazeutische Unternehmen gem. §§ 129 ff. SGB V und sonstige Leistungserbringer wie die Anbieter häuslicher Krankenpflege, Betriebsärzte, Anbieter von Krankentransporten oder Hebammen gem. §§ 132 ff. SGB V.

Die spannende Frage, ob sich die genannten Leistungserbringer im Fall einer Kooperation mit dem Angehörigen eines Heilberufes, sofern sie nicht selbst dazu zählen, wegen Bestechlichkeit oder Bestechung im Gesundheitswesen strafbar machen können, wird wegen des Fokus dieser Arbeit auf den niedergelassenen Arzt nicht separat behandelt werden. Dort, wo es Parallelen zu den in Kapitel 3 behandelten Fallbeispielen gibt, wird ein kurzer Hinweis auf die Strafbarkeit der sonstigen Leistungserbringer erfolgen.

1.1.6 Patienten

Die dritte Interessengruppe im deutschen Gesundheitssystem besteht aus den bei der GKV versicherten Bürgern.⁸⁶ Die Bürger sind verpflichtet, gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V Mitglied in einer gesetzlichen Krankenversicherung zu sein, sofern sie nicht gemäß § 6 Abs. 1 SGB V versicherungsfrei sind oder gemäß § 8 SGB V von der Versicherungspflicht befreit werden.

Als Pflichtmitglieder einer gesetzlichen Krankenversicherung finanzieren sie durch ihre Beiträge gemäß § 3 S. 1 SGB V solidarisch die Krankenkassen. Im Gegenzug haben die Versicherten Anspruch auf Leistungen gegenüber den Krankenkassen gemäß § 11 SGB V. Dazu zählen unter anderem die Früherkennung und Behandlung von Krankheiten. Die hierzu notwendige ärztliche Behandlung wird von den Ärzten, die bei der vertragsärztlichen Versorgung gemäß § 72 SGB V mitwirken, erbracht. Es gilt dabei der Grundsatz der freien Arztwahl, § 76 Abs. 1 S. 1 SGB V.

1.1.7 Beispiel

Das Zusammenspiel aller vier Akteure soll an folgendem Beispiel verdeutlicht werden: Ein gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V Pflichtversicherter sucht seinen gemäß § 76 Abs. 3 S. 2 SGB V gewählten Hausarzt auf, weil er seit Tagen stark hustet. Der freiberuflich tätige Hausarzt wirkt als Pflichtmitglied in der für ihn zuständigen Kassenärztlichen Landesvereinigung bei

⁸⁶ Im Folgenden wird der Begriff Bürger als generisches Maskulinum benutzt und schließt Bürgerinnen mit ein. Dasselbe gilt für die Begriffe Patient und Pflichtversicherter.

der vertragsärztlichen Versorgung der in den gesetzlichen Krankenkassen Versicherten mit.

Der Hausarzt führt die Krankenbehandlung im Sinne des § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, Nr. 3 SGB V durch, stellt durch die Diagnose einer Bronchitis den Eintritt eines Versicherungsfalles fest und verordnet eine nach Zweck und Art bestimmte Behandlung, im vorliegenden Fall ein bestimmtes, rezeptpflichtiges Arzneimittel. Bei der Verordnung von Leistungen, im vorliegenden Falle eine Sachleistung, hat der Hausarzt gegenüber der Krankenkasse das Gebot der Wirtschaftlichkeit gemäß § 12 Abs. 1 S. 1 SGB V zu beachten.⁸⁷ Mit dem vom Arzt ausgestellten Rezept geht der Pflichtversicherte zur Apotheke, um sich gegen Vorlage der vertragsärztlichen Verordnung das Medikament vom Apotheker⁸⁸ aushändigen zu lassen.

Die rechtliche Einordnung dieses Vorgangs ist streitig: Das Bundessozialgericht ging in früherer Rechtsprechung davon aus, dass der Hausarzt bei der Verordnung des Arzneimittels gemäß § 72 Abs. 1, § 43 Abs. 2 SGB V als Vertreter der Krankenkassen handelt, indem er an ihrer Stelle das Rahmenrecht des einzelnen Versicherten auf medizinische Versorgung konkretisiert und erfüllt.⁸⁹ Der Vertragsarzt ist insofern mit der erforderlichen Rechtsmacht beliehen.⁹⁰ Als Vertreter gibt er das Angebot der Krankenkasse zum Kauf von Arzneimitteln dem Leistungserbringer, hier dem Apotheker, gegenüber ab. Der Pflichtversicherte fungierte durch das Überbringen des Rezepts lediglich als Bote. Der Leistungserbringer, der Apotheker, nahm dieses Angebot durch Aushändigung des Medikaments an den Pflichtversicherten an. Die Krankenkasse des Pflichtversicherten schloss durch ihren Vertreter, den Hausarzt, mit dem Leistungserbringer, dem Apotheker, einen Kaufvertrag zu Gunsten des Pflichtversicherten ab, § 69 S. 3 SGB V, §§ 328, 433 BGB.⁹¹ Kurz: Der niedergelassene Vertragsarzt besitzt nach dieser Ansicht als Beliehener die Rechtsmacht, im Außenverhältnis eine Zahlungspflicht der Krankenkasse zu begründen; bei Verstoß

⁸⁷ Vgl. Krick, A&R 2011, 3 (9).

⁸⁸ Im Folgenden wird der Begriff Apotheker als generisches Maskulinum benutzt und schließt Apothekerinnen mit ein.

⁸⁹ Vgl. BGH, Beschluss vom 25.11.2003 – 4 StR 239/03, NJW 2004, 454; BSG, Urteil vom 16.12.1993 – 4 RK 5/92, NZS 1994, 507; Ulsenheimer, MedR 2005, 622 (622).

⁹⁰ Vgl. BSG, Urteil vom 16.12.1993 – 4 RK 5/92, NZS 1994, 507 (281); krit. Anm. Neumann, in: Schnapp/Wigge, § 13 Rn. 7 ff.

⁹¹ sehr kritisch Schnapp, in: FS Herzberg, S. 804 f.

gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot gem. § 12 Abs. 1 SGB V verbleibt der GKV nur der Regress im Innenverhältnis.⁹²

Die jüngere Rechtsprechung des Bundessozialgerichts kehrt jedoch zu ihrer Herleitung des Rechtskonkretisierungskonzepts direkt aus dem SGB V zurück: Das subjektiv-öffentliche Recht des Patienten auf Krankenbehandlung, § 27 S. 1 SGB V, werde in einem ersten Schritt abstrakt-generell durch Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen im Hinblick auf das medizinisch Notwendige sowie dessen Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit und Erforderlichkeit konkretisiert.⁹³ In einem zweiten Schritt konkretisiere der Kassenarzt dieses Recht auf Krankenbehandlung in dem ihm aus dem im ersten Schritt vorgegebenen Rahmen auf die im konkreten Fall am Patienten medizinisch notwendige Heilbehandlung. Dem Arzt obliege nach dem Rechtskonkretisierungskonzept damit nur die medizinische Schlusskonkretisierung.⁹⁴ Die zentralen Argumente für die Aufgabe der Vertreterrechtsprechung in der neuesten Rechtsprechung des BSG⁹⁵ liegen darin, dass dem öffentlich-rechtlich gestalteten Konkretisierungsakt eine zivilrechtliche Vertretung fremd ist und außerdem einzelne Kaufverträge zwischen Apotheke und Krankenkasse wegen der sich aus § 129 SGB V nebst ergänzenden Rahmenverträgen ergebenden Verträgen zwischen Apotheke und Krankenkasse überflüssig sind.⁹⁶

Im Ergebnis kann die genaue rechtliche Einordnung des Vorgangs an diesem Punkt noch dahinstehen, da der Vertragsarzt jedenfalls eine wichtige Funktion im Bereich der Versorgung der Versicherten der gesetzlichen Krankenversicherung mit Arznei- und Hilfsmitteln hat.⁹⁷ Die Frage, ob diese „wichtige Funktion“ des Kassenarztes ausreicht, ihn zum tauglichen Täter des § 299 StGB oder der §§ 331, 332 StGB zu machen, wird in Kapitel 2 zu beantworten sein.

⁹² Vgl. *Krick*, A&R 2011, 3 (10).

⁹³ *BSG*, Urteil vom 16.12.1993 – 4 RK 5/92, NZS 1994, 507 (280).

⁹⁴ *Geis*, GesR 2006, 345 (350).

⁹⁵ Siehe *BSG*, Urteil vom 17.12.2009 – B 3 KR 13/08 R, GesR 2010, 693.

⁹⁶ Vgl. *Geis*, GesR 2011, 641 (645).

⁹⁷ In diesem Zusammenhang spricht *BGH*, Beschluss vom 05.05.2011 – 3 StR 458/10, NZS 2012, 236 (238) sogar von einer „Schlüsselposition“.

1.2 Strafrechtliche Grundlagen

Ist von Korruption im Gesundheitswesen die Rede, stellt sich die Frage, welche Handlungsweisen mit dem Begriff „Korruption“ grundsätzlich gemeint sind und wie stark das Gesundheitswesen von diesen betroffen ist.

1.2.1 Definition von Korruption

Der Begriff der Korruption ist nicht legal definiert. Verknüpft mit juristischen Straftatbeständen wird er als Oberbegriff der Amtsdelikte im Zusammenhang mit Bestechung (§§ 331 ff. StGB), Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB), Wählerbestechung (§ 108b StGB) sowie Abgeordnetenbestechung (§ 108e StGB) verwendet.⁹⁸

Nähert man sich dem Begriff über die Soziologie, ist die meistzitierte Definition die von J.S. Nye:

„Corruption is behaviour which deviates from the formal duties of a public role because of private-regarding (personal, close family, private clique) pecuniary or status gains; or violates rules against the exercise of certain types of private-regarding influence.“⁹⁹

Juristisch betrachtet sind von dieser Definition nur die Amtsträgerdelikte, §§ 331 ff. StGB umfasst, da nur in diesen der Täter eine „public role“ einnimmt.

Kriminologisch ist der Begriff „korrupt“ nicht mit dem Begriff „bestechlich“ identisch. Er ist weiter als dieser im außerrechtlichen Sinne von „moralisch verdorben“.¹⁰⁰ Um diese moralische Komponente mit einzubeziehen, wurde als Arbeitsdefinition einer empirischen Untersuchung zu den Möglichkeiten und Grenzen der Korruptionsprävention unter dem Begriff Korruption ein Handeln verstanden, das folgende Merkmale aufweist:

- Missbrauch einer amtlichen Funktion oder einer vergleichbaren Funktion in der Wirtschaft oder eines politischen Mandats
- sowohl auf Veranlassung als auch eigeninitiativ

⁹⁸ Vgl. *Peinemann*, Zur Frage der Strafbarkeit des geschäftsführenden Alleingesellschafters einer GmbH wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr S. 9.

⁹⁹ Nye, in: *The Political Economy of Development: Theoretical and Empirical Contributions* S. 465, deutsche Übersetzung in *Fleck/Kuzmics*, Korruption S. 13.

¹⁰⁰ Vgl. *Eisenberg*, Kriminologie § 47 Rn. 45 Fn. 44.

- Anstreben eines persönlichen Vorteils oder sogar Erlangung desselben
- Eintritt eines unmittelbaren oder mittelbaren Schadens oder Nachteils für die Allgemeinheit oder für ein Unternehmen
- Geheimhaltung oder Verschleierung dieser Machenschaften.¹⁰¹

Als juristische Definition ist die Heranziehung dieser Merkmale aus zwei Gründen ungeeignet: Erstens werden wegen der Heimlichkeit der Machenschaften Fälle der sog. entschleierte Schmiergelder¹⁰², also solcher, die mit Wissen und Billigung des Geschäftsherrn angenommen werden und gleichsam strafbar sind,¹⁰³ nicht umfasst. Zweitens ist ein Korruptionsbegriff, der sich um die allgemeine Verderbtheit und den Sittenverfall rankt, deutlich zu unspezifisch, um Korruption wirksam mit juristischen Mitteln bekämpfen zu können.¹⁰⁴

Das Bundeskriminalamt definiert den Begriff „Korruption“ als „Missbrauch eines öffentlichen Amtes, einer Funktion in der Wirtschaft oder eines politischen Mandats zugunsten eines anderen, auf dessen Veranlassung oder Eigeninitiative, zur Erlangung eines Vorteils für sich oder einen Dritten, mit Eintritt oder in Erwartung des Eintritts eines Schadens oder Nachteils für die Allgemeinheit (in amtlicher oder politischer Funktion) oder für ein Unternehmen (betreffend Täter als Funktionsträger in der Wirtschaft)“.¹⁰⁵ Diese Definition ist insoweit problematisch, da sie sich auf die passiv Bestochenen konzentriert, den aktiv Bestechenden jedoch ausklammert.

Bestechend sowohl in seiner Kürze als auch Präzision ist die folgende Definition: „Korruption ist ein regelwidriger Tausch von Vorteilen.“¹⁰⁶ In dieser Definition, die auch im Weiteren verwendet werden soll, ist sowohl die moral-ethische Komponente als auch die Tatsache enthalten, dass es zur Begehung einer korrupten Handlung immer zweier Täter bedarf, den aktiv Bestechenden und den passiv Bestochenen. Gegenstand der folgenden Arbeit ist somit der regelwidrige Tausch von Vorteilen im Gesundheitswesen und dessen Strafbarkeit nach den §§ 299a, 299b StGB.

¹⁰¹ So *Vahlenkamp*, in: *Korruption - hinnehmen oder handeln?*, S. 20.

¹⁰² Siehe hierzu *Tiedemann*, in: *FS Lampe*, S. 762; *Lampe*, in: *Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, S. 70 f.

¹⁰³ Vgl. als eine der ältesten Entscheidungen: *Korkengeld-Fall*, RGSt 48, 291 ff.

¹⁰⁴ Vgl. *Kaiser*, *Kriminologie* § 38 Rn. 58.

¹⁰⁵ *Bundeskriminalamt*, *Bundeslagebild Korruption 2012* S. 1.

¹⁰⁶ *Volk*, in: *GS Zipf*, S. 421.

1.2.2 Inzidenz von Korruptionsdelikten

Spricht man von Korruption im Gesundheitswesen, ist damit immer die sog. strukturelle Korruption gemeint, eine länger dauernde Korruptionsbeziehung, die auf „gewachsenen Beziehungen“ beruht. Der Gegensatz, die situative Korruption, in welcher aus der Gelegenheit heraus, also etwa beim Grenzübertritt oder im Rahmen einer Verkehrskontrolle, der regelwidrige Vorteilstausch zwischen Personen stattfindet, die sich in der Regel zuvor nie begegnet sind,¹⁰⁷ spielt im medizinischen Bereich regelmäßig keine Rolle und wird daher im Folgenden ausgeblendet werden. Vor dem Eingehen auf die Häufigkeit der strukturellen Korruption im Gesundheitswesen soll zunächst die generelle Inzidenz von Korruption in der deutschen Wirtschaft anhand der polizeilichen Kriminalstatistik untersucht werden:

Jahr	Wettbewerbs-, Korruptions- und Amtsdelikte, §§258a, 298-300, 331-353d, 355, 357 StGB insg.	Veränderung zum Vorjahr in %	Aufklärungsquote
2012 ¹⁰⁸	5.684	+ 8,5 %	79 %
2013 ¹⁰⁹	5.084	- 10,6 %	82 %
2014 ¹¹⁰	6.571	+ 29,2 %	82,3 %
2015 ¹¹¹	4.790	- 27,1 %	81,6 %
2016 ¹¹²	4.292	- 10,4 %	75,3 %

Die starken Schwankungen zwischen den einzelnen Jahren erklären sich durch komplexe Verfahren mit zahlreichen Einzelfällen, aber auch durch unterschiedliche Zählweisen in den einzelnen Bundesländern.¹¹³

¹⁰⁷ Siehe zu beiden Begriffen *Bundeskriminalamt*, PKS 2008 S. 232; *Bannenberg/Schaupensteiner*, Korruption in Deutschland S. 33.

¹⁰⁸ Vgl. *Bundeskriminalamt*, PKS 2012 S. 234.

¹⁰⁹ Vgl. *Bundeskriminalamt*, PKS 2013 S. 230.

¹¹⁰ Vgl. *Bundeskriminalamt*, PKS 2014 S. 274.

¹¹¹ Vgl. *Bundeskriminalamt*, PKS 2015 S. 315.

¹¹² Vgl. *Bundeskriminalamt*, PKS 2016 S. 128.

¹¹³ Vgl. *Bannenberg/Schaupensteiner*, Korruption in Deutschland S. 36.

Jahr	davon Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr	Veränderung zum Vorjahr in %	Aufklärungsquote
2012 ¹¹⁴	519	- 41,6 %	91,5 %
2013 ¹¹⁵	637	+ 22,7 %	97,3 %
2014 ¹¹⁶	423	- 33,6 %	85,6 %
2015 ¹¹⁷	404	- 4,5 %	97 %
2016 ¹¹⁸	165	- 59,2 %	92,7 %

Der Anteil der nichtdeutschen Tatverdächtigen lag 2012 bei 20,1 % bzgl. § 299 StGB.¹¹⁹ Der typische Täter struktureller Korruption ist somit männlich, deutsch, nicht vorbestraft und ehrgeizig – anders wäre er nicht in eine Position gelangt, in der er für Schmiergelder entsprechende Gegenleistungen erbringen könnte.¹²⁰ Der ermittelte Gesamtschaden lag bei 14,6 Millionen Euro und bildet damit das Schlusslicht unter den Delikten der Polizeilichen Kriminalstatistik, die der Wirtschaftskriminalität zugeordnet werden.¹²¹

Das Bundeslagebild Korruption, das seit 1994 zusätzlich vom Bundeskriminalamt herausgegeben wird, geht von einem Gesamtschaden der Korruption in Deutschland von 354 Millionen Euro aus.¹²² Hierzu zählen jedoch auch die Amtsträgerdelikte i. S. d. §§ 331 ff. StGB, so dass diese Schadenssumme für den hier untersuchten Bereich des Verstoßes gegen § 299 StGB nur sehr wenig aussagekräftig ist.

Es ist anzunehmen, dass eine hohe Dunkelziffer dieser Taten besteht, insbesondere, da beide Seiten des regelwidrigen Vorteilsaustausches als Täter in Betracht kommen und damit wenig Interesse an der Erstattung einer

¹¹⁴ Vgl. Bundeskriminalamt, PKS 2012 S. 234.

¹¹⁵ Vgl. Bundeskriminalamt, PKS 2013 S. 230.

¹¹⁶ Vgl. Bundeskriminalamt, PKS 2014 S. 274.

¹¹⁷ Vgl. Bundeskriminalamt, PKS 2015 S. 315.

¹¹⁸ Vgl. Bundeskriminalamt, PKS 2016 S. 128.

¹¹⁹ Vgl. Bundeskriminalamt a.a.O. S. 264.

¹²⁰ Vgl. Bannenbergh, in: Wirtschaftskriminalität und Korruption, S. 54.

¹²¹ Vgl. Bundeskriminalamt, PKS 2012 S. 265.

¹²² Vgl. Bundeskriminalamt, Bundeslagebild Korruption 2012 S. 8.

Strafanzeige haben.¹²³ Das Verbrechen geschieht fast immer nur unter vier Augen: „Kein Dritter horcht, keine Urkunde redet!“¹²⁴. Da es sich um ein sog. opferloses Delikt handelt, es mithin kein personifiziertes Opfer gibt, das geschädigt wurde, gestaltet sich die Dunkelfeldforschung schwierig.¹²⁵ Schätzungen eines mit der Strafverfolgung von Korruption befassten Praktikers belaufen sich auf ein Dunkelfeld von 95 %, so dass man sogar von Korruption als Teil der Geschäftspolitik sprechen könne.¹²⁶ Andererseits steht zu vermuten, dass angesichts der gestiegenen Verfolgungsintensität und wachsender Sensibilität für Korruption, auch durch Verbände wie Transparency International e. V., das Deutsche Netzwerk Wirtschaftsethik oder das Deutsche Forum Kriminalprävention, eine Verringerung des gleichwohl als hoch eingestuften Dunkelfeldes eingetreten ist.¹²⁷ Auch der Eindruck der Bevölkerung, die Korruption habe in den letzten 10 bis 15 Jahren zugenommen, lässt keine Rückschlüsse auf das Dunkelfeld zu,¹²⁸ zumal die PKS gegen eine solche Zunahme spricht, siehe oben. Dasselbe gilt für den Schaden, der durch korrupte Verhaltensweisen entsteht. Eine Bezifferung ist kaum möglich.¹²⁹ Sicher ist allenfalls, dass neben einem materiellen auch immer ein immaterieller Schaden in Form von Wettbewerbsverzerrungen durch Abhängigkeitsverhältnisse und eines Zustands diffuser Verstricktheit der Unternehmen untereinander entsteht.¹³⁰

Für einen speziellen Unterfall der Korruption im Gesundheitswesen, der Zuweisung gegen Entgelt unter Verstoß gegen § 31 MBO-Ä, beauftragte der GKV-Spitzenverband das Economy & Crime Research Center der Martin Luther Universität Halle-Wittenberg unter der Leitung von Professor Dr. Bussmann mit der Durchführung einer empirischen Studie zu Verbreitung, Ausmaß und Ursachen unzulässiger Zusammenarbeit im Gesundheitswesen.¹³¹ Befragt wurden neben 600 niedergelassenen Ärzten

¹²³ Vgl. *Bundeskriminalamt*, PKS 2012 S. 262; *Litzcke/Linssen, et al.*, Korruption: Risikofaktor Mensch S. 2.

¹²⁴ *Feuerbach, Paul Johann Anselm von*, Themis oder Beiträge zur Gesetzgebung S. 221.

¹²⁵ Vgl. *Berg*, Wirtschaftskriminalität in Deutschland S. 43; *Pragal*, Die Korruption innerhalb des privaten Sektors und ihre strafrechtliche Kontrolle durch § 299 StGB S. 34 ff.

¹²⁶ So *Schaupensteiner*, Kriminalistik 2003, 9 (10); *Bannenberg/Schaupensteiner*, Korruption in Deutschland S. 40.

¹²⁷ Vgl. *Göppinger*, Kriminologie § 25 Rn. 48.

¹²⁸ Vgl. *Zöller*, GA 2009, 135 (137).

¹²⁹ So auch *Bundeskriminalamt*, Bundeslagebild Korruption 2012 S. 8.

¹³⁰ Vgl. *Vahlenkamp*, in: Korruption - hinnehmen oder handeln?, S. 48 f.

¹³¹ Siehe *Bussmann*, Studie über Zuweisung gegen Entgelt vom September 2012 S. 6.

aus den verschiedenen Fachgruppen 361 nicht-ärztlicher Leistungserbringer sowie 180 leitende Mitarbeiter stationärer Einrichtungen.

Die Ergebnisse waren ernüchternd. Dies beginnt bereits mit der Frage, ob die Regelung in § 31 MBO-Ä bzw. § 128 SGB V überhaupt bekannt ist: 13 % der Ärzte, 19 % der nicht-ärztlichen Leistungserbringer und 16 % der stationären Einrichtungen gaben an, die entsprechende Regelung nicht zu kennen bzw. noch nie davon gehört zu haben.¹³² Aus der Gruppe derjenigen, denen die Regelungen bekannt waren, war die große Mehrheit (77 % bis 83 %) der Ansicht, dass Zuweisungen gegen wirtschaftliche Vorteile klar verboten sind.¹³³ Die Rechtslage wurde jedoch von 51 % der niedergelassenen Ärzte, 58 % der nicht-ärztlichen Leistungserbringer und 41 % der stationären Einrichtungen als unübersichtlich eingestuft.¹³⁴ Und auch wenn die Grundwertung des Verbots allgemein bekannt zu sein schien, relativierten 44 % der niedergelassenen Ärzte, 44 % der nichtärztlichen Leistungserbringer und 39 % der stationären Einrichtungen es zu einer bloßen Handlungsorientierung.¹³⁵ Dass die tägliche Praxis eher nicht auf der Wahrnehmung der Regelung als Verbot, sondern als Handlungsorientierung aufbaut, deckt sich mit Erfahrungen aus der anwaltlichen Beratungspraxis.¹³⁶

Bei der Frage nach der Häufigkeit gezielter Zuweisungen gegen wirtschaftliche Vorteile ergaben sich abhängig von der jeweiligen Perspektive stark unterschiedliche Angaben. 20 % der niedergelassenen Ärzte gaben an, dass Zuweisungen gegen wirtschaftlichen Vorteil zu anderen Ärzten und nicht-ärztlichen Leistungserbringern gelegentlich oder häufig erfolgten, 17 % schätzten Zuweisungen gegen Vorteile auch gegenüber Krankenhäusern so ein.¹³⁷ Dagegen schätzten 40 % der Krankenhäuser und 65 % der nichtärztlichen Leistungserbringer diese Zuweisungspraxis als gelegentlich oder häufig ein.¹³⁸ Angaben zum tatsächlichen Umfang der Zuweisung gegen Entgelt können zwar nicht gemacht werden, da sich die Gründe für diese Diskrepanz nicht eindeutig benennen lassen; Leugnung auf Seiten der

¹³² Vgl. Bussmann a.a.O. S. 7, 14-17.

¹³³ Vgl. Bussmann a.a.O. S. 25, 26.

¹³⁴ Vgl. Bussmann a.a.O. S. 26.

¹³⁵ Vgl. Bussmann a.a.O. S. 26.

¹³⁶ Vgl. Ratzel, in: Kommentar zur MBO, § 31 MBO-Ä Rn. 2; mit Bezug auf die Teilgemeinschaftspraxis Ratzel, in: Kommentar zur MBO, § 18, § 18a MBO-Ä Rn. 29; Ratzel, GesR 2009, 561 (562).

¹³⁷ Vgl. Bussmann, Studie über Zuweisung gegen Entgelt vom September 2012 S. 8, 32-33.

¹³⁸ Vgl. Bussmann a.a.O. S. 8, 34-35.

Ärzteschaft mag dabei ebenso eine Rolle spielen wie die selektive Wahrnehmung der Krankenhäuser und nicht-ärztlichen Leistungserbringer.¹³⁹ Nichtsdestotrotz handelt es sich bei der Zuweisung gegen Entgelt nicht um einige wenige Einzelfälle, sondern um einen Missstand, der von niedergelassenen Ärzten, nicht-ärztlichen Leistungserbringern stationären Einrichtungen auch als solcher wahrgenommen wird.¹⁴⁰ Dies wird darauf zurückgeführt, dass wirksame Kontrollen fehlen und das subjektive Entdeckungsrisiko zu gering ist, um eine Abschreckungswirkung und so präventive Wirkung zu erzeugen.¹⁴¹ Es ist trotz der oben angesprochenen Verringerung noch immer von einem großen Dunkelfeld auszugehen.¹⁴²

Zusammengefasst ist Korruption im Gesundheitswesen jedenfalls in der Form der unzulässigen Zuweisung gegen Entgelt ein Missstand, der über wenige Einzelfälle hinausgeht. Über diese pauschale Aussage hinaus können jedoch keine belastbaren Feststellungen zur Inzidenz oder sogar dem durch Korruption im Gesundheitswesen entstandenen, wirtschaftlichen Schaden getroffen werden.

1.2.3 Dogmatische Grundlagen

Handlungsweisen, die unter dem Oberbegriff der Korruption zusammengefasst werden, sind im StGB in den §§ 331 ff. StGB, § 299 StGB, § 108b StGB sowie § 108e StGB geregelt. Die dogmatischen Grundlagen der §§ 331 ff. StGB sowie des § 299 StGB vermitteln ein Verständnis der Strafbarkeit korrupter Handlungen, das bislang auf Amtsträger und den freien Wettbewerb gerichtet war und sich nun auch auf das Gesundheitswesen erstrecken soll. Sie bilden damit das Grundgerüst, auf das der Gesetzgeber bei der Schaffung der §§ 299a, 299b StGB aufbaute.

1.2.3.1 30. Abschnitt: Die §§ 331 ff. StGB

Der 30. Abschnitt enthält die wichtigsten (echten und unechten) Sonderdelikte für Amtsträger, die in ihrer historischen Entwicklung durch eine Verletzung des Treueverhältnisses zum Staat oder des Vertrauens der Öffentlichkeit in die Integrität des Beamtenapparates gekennzeichnet

¹³⁹ Vgl. *Bussmann a.a.O.* S. 38.

¹⁴⁰ Vgl. *Bussmann a.a.O.* S. 38.

¹⁴¹ Vgl. *Bussmann a.a.O.* S. 11, 66.

¹⁴² Vgl. *Bussmann a.a.O.* S. 11, 66.

sind.¹⁴³ Es ist in Einzelfragen umstritten, welches und wie viele Rechtsgüter die §§ 331 ff. StGB schützen.¹⁴⁴ In den neueren Entscheidungen bezeichnet der BGH das Vertrauen der Allgemeinheit in die Sachgerechtigkeit und die Nicht-Käuflichkeit dienstlichen Handelns sowie die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes als Normzweck der Bestechungsdelikte.¹⁴⁵ So soll bereits der böse Anschein möglicher Käuflichkeit eines Amtsträgers ausgeschaltet werden, indem einer Gefährdung der Integrität der Dienstausbübung entgegengewirkt wird.¹⁴⁶

Die §§ 331, 332 StGB sind echte Amtsdelikte, bei welchen nur Täter sein kann, werden von dem jeweiligen Tatbestand geforderten besonderen Status hat.¹⁴⁷ Der Begriff des Amtsträgers, des europäischen Amtsträgers, des Richters und des für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten wird für das Strafrecht in § 11 Abs. 1 Nr. 2, 2a, 3, 4 StGB festgelegt. Die Amtsträgereigenschaft ist dabei strafbegründendes besonderes persönliches Merkmal i. S. d. § 28 Abs. 1 StGB.¹⁴⁸ Die Amtsträgereigenschaft muss zum Zeitpunkt der Tat gegeben sein.¹⁴⁹

Nach § 331 Abs. 1 StGB wird der Amtsträger bestraft, der für die Dienstausbübung einen Vorteil für sich oder einen Dritten fordert, sich versprechen lässt oder annimmt. Wie das Wort „für“ zeigt, muss zwischen der Dienstausbübung und der Annahme des Vorteils ein Äquivalenzverhältnis in Form einer Unrechtsvereinbarung bestehen, welche das Kernstück aller Bestechungsdelikte darstellt.¹⁵⁰ Das Korruptionsbekämpfungsgesetz von 1997 hat eine Lockerung der Anforderungen an die Unrechtsvereinbarung bewirkt.¹⁵¹ Zuvor verlangte die Rechtsprechung, dass es sich um eine bestimmte Amtshandlung als Gegenleistung für den Vorteil handeln muss, auch wenn die „ins Auge gefasste Diensthandlung ihrem sachlichen Gehalt nach nur in

¹⁴³ Vgl. Heine/Eisele, in: Schönke/Schröder, Vor § 331 Rn. 1.

¹⁴⁴ Vgl. Korte, in: MüKo StGB, § 331 Rn. 2.

¹⁴⁵ Vgl. BGH, Urteil vom 23.05.2002 – 1 StR 372/01, NJW 2002, 2801; Korte, in: MüKo StGB, § 331 Rn. 5.

¹⁴⁶ Vgl. BGH, Urteil vom 25.02.2003 – 5 StR 363/02, MedR 2003, 688.

¹⁴⁷ Vgl. Heine/Eisele, in: Schönke/Schröder, Vor § 331 Rn. 2.

¹⁴⁸ Vgl. Sowada, in: Leipziger Kommentar, § 332 Rn. 3.

¹⁴⁹ Vgl. Schuhr, in: Spickhoff Medizinrecht, §§ 331 ff. StGB Rn. 13; BGH, Urteil vom 22.05.1958 – 1 StR 551/57, BGHSt 11, 345; BGH, Beschluss vom 01.03.2004 – 5 StR 271/03, NSTZ 2004, 568.

¹⁵⁰ Vgl. Korte, in: MüKo StGB, § 331 Rn. 93.

¹⁵¹ mit Bedenken hinsichtlich des Bestimmtheitsgebotes Schneider, in: FS Seebode, S. 337 m. w. N.

groben Umrissen erkennbar und festgelegt“ war.¹⁵² Nach der heute geltenden Fassung des § 331 StGB genügt es, dass der Vorteil ein Äquivalent für die Dienstausübung als solche ist, also einer unbestimmten, mehrerer unbestimmter oder auch aller Diensthandlungen.¹⁵³ Diese gelockerte Äquivalenzbeziehung ist schon dann gegeben, wenn Zuwendungen erfolgen, um das dienstliche Wohlwollen des Amtsträgers zu erringen.¹⁵⁴ Das „Anfüttern“ und die allgemeine Klimapflege sind damit nunmehr vom Straftatbestand umfasst. Im Gesundheitswesen kann das besonders bei Zuwendungen an einen Amtsträger relevant werden, der für die Auswahl und Beschaffung von Produkten zuständig ist, wobei ihm die diese herstellenden Pharmafirmen oder Medizinproduktunternehmen Vorteile gewähren.¹⁵⁵ Bei derartigen dienstlichen Berührungspunkten wird regelmäßig anzunehmen sein, dass die Zuwendung im Sinne eines Gegenseitigkeitsverhältnisses mit der Dienstausübung verknüpft ist.¹⁵⁶ Diese gelockerte Unrechtsvereinbarung ist im Einzelfall durch eine interpretatorische Gesamtwürdigung des Sachverhalts zu ermitteln.¹⁵⁷ Im Gesundheitswesen wurde die Lockerung der Unrechtsvereinbarung gerade mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot bzw. der Kriminalisierung erwünschter Formen der Zusammenarbeit zwischen Krankenhäusern und pharmazeutischer Industrie¹⁵⁸ äußerst kritisch gesehen. Dem trug der BGH in seiner „Herzklappenentscheidung“¹⁵⁹ Rechnung, indem er im Weg der teleologischen Reduktion argumentierte, dass sich ein bei einem Klinikum in öffentlicher Trägerschaft angestellter Arzt dann nicht wegen Vorteilsannahme strafbar mache, wenn er sich bei der Einwerbung von Drittmitteln an das hierfür erforderliche Verfahren halte.

Eine Strafbarkeit scheidet weiter wegen Rechtfertigung der Tat gem. § 331 Abs. 3 StGB aus, wenn der Täter einen nicht von ihm geforderten Vorteil sich versprechen lässt oder annimmt und die zuständige Behörde entweder die Annahme vorher genehmigt hat oder der Täter unverzüglich bei ihr Anzeige erstattet und sie die Annahme nachträglich genehmigt.¹⁶⁰ In § 331 Abs. 3 StGB sind die Fälle von der Genehmigungsfähigkeit ausgenommen,

¹⁵² Vgl. Heine/Eisele, in: Schönke/Schröder, § 299 Rn. 27.

¹⁵³ Vgl. Heine/Eisele a.a.O., § 299 Rn. 28.

¹⁵⁴ Vgl. Kuhlen, in: FS Hassemer, S. 878.

¹⁵⁵ Vgl. Roxin, in: Roxin/Schroth Medizinstrafrecht, S. 278 f.

¹⁵⁶ Vgl. BGH, Urteil vom 21.06.2007 – 4 StR 69/07, NStZ-RR 2006, 13 (310).

¹⁵⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 14.10.2008 – 1 StR 260/08, NJW 2008, 3580 (3582).

¹⁵⁸ Vgl. Kuhlen, in: FS Hassemer, S. 879.

¹⁵⁹ Siehe BGH, Urteil vom 23.05.2002 – 1 StR 372/01, NJW 2002, 2801.

¹⁶⁰ Vgl. Heine, in: Schönke/Schröder, § 332 Rn. 37.

in welchen der Täter den Vorteil aktiv fordert. Gleiches gilt generell für Richter und Schiedsrichter gem. § 331 Abs. 2 StGB.

§ 332 StGB regelt die erschwerte Form der Bestechung und enthält Qualifikationstatbestände zu § 331 Abs. 1, Abs. 2 StGB. Im Gegensatz zum Grunddelikt ist Bezugspunkt für § 332 StGB erstens eine bestimmte Diensthandlung, deren Vornahme zweitens die Dienstpflichten des Amtsträgers verletzt.¹⁶¹ Eine Diensthandlung ist dann pflichtwidrig, wenn sie gegen Gesetze, Verwaltungsvorschriften, Richtlinien, allgemeine Dienstanweisungen oder Anweisungen des Vorgesetzten verstößt.¹⁶²

Die §§ 331 ff. StGB werden auch im 2. Kapitel dieser Arbeit eine Rolle spielen, da vor der Entscheidung des Großen Senats auch diskutiert worden war, ob ein niedergelassener Vertragsarzt Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 2 StGB ist und sich nach den §§ 331 ff. StGB strafbar machen kann. Die Übernahme einiger Konzepte der §§ 331 ff. StGB war auch für die neuen §§ 299a, 299b StGB diskutiert worden, insbesondere unter dem Begriff des Schutzes des Patientenvertrauens in die Unabhängigkeit der heilberuflichen Entscheidung. Ob dieses Rechtsgut nach dem Wegfall des sog. „Berufsrechtsverstoßes“ noch relevant ist, wird im 3. Kapitel näher untersucht werden.¹⁶³ Zuvor werden jedoch die dogmatischen Grundlagen des § 299 StGB dargestellt, der die Blaupause für die §§ 299a, 299b StGB bildete.

1.2.3.2 26. Abschnitt: § 299 StGB

Die im 26. Abschnitt des Strafgesetzbuches geregelten Straftaten gegen den Wettbewerb bezwecken den Schutz des überindividuellen Rechtsguts des freien Wettbewerbs vor (abstrakten) Gefahren.¹⁶⁴ Dieses Rechtsgut wird nicht gesetzlich definiert, sondern vorausgesetzt. Der freie Wettbewerb erfüllt als tragendes Ordnungsprinzip der deutschen Wirtschaftsverfassung sowie der europäischen Wirtschaftsordnung wichtige ökonomische und gesellschaftspolitische Funktionen. Die Freiheit des Wettbewerbs dient dabei der wirtschaftlichen Freiheit der Marktbeteiligten und der Erreichung des möglichst optimalen Wohlstandes. Eine Wettbewerbsbeschränkung hat dagegen zu Folge, dass sich auf einem an der Leistung orientierten Markt nicht das beste und auskömmlichste Angebot durchsetzen kann, so

¹⁶¹ Vgl. Sowada, in: Leipziger Kommentar, § 332 Rn. 5, 7; Kühl, in: Lackner/Kühl, § 332 Rn. 2.

¹⁶² Vgl. Heine, in: Schönke/Schröder, § 332 Rn. 7; Fischer, in: StGB Kommentar, § 332 Rn. 8.

¹⁶³ Vgl. Kapitel 3 Punkt 3.2.1. ab Seite 102.

¹⁶⁴ Vgl. Rogall, in: SK-StGB, vor § 298 Rn. 2.

dass der freie Wettbewerb seine Funktion als Steuerungs- und Verteilungsinstrument des Wirtschaftslebens beeinträchtigt wird.¹⁶⁵ Entsprechend des Kollektivrechtsguts des freien Wettbewerbs ist § 299 StGB als abstraktes Gefährdungsdelikt ausgestaltet.¹⁶⁶ Das Rechtsgut des freien Wettbewerbs ist in seiner Ausgestaltung in hohem Maße akzessorisch. Die Akzessorietät zeigt sich bei § 299 StGB am Merkmal der Unlauterkeit einer Bevorzugung und dessen Bezugnahme auf die wertausfüllungsbedürftige Generalklausel des § 3 UWG.¹⁶⁷

§ 299 StGB liegt ein Drei-Personen-Verhältnis zu Grunde, bestehend aus dem Unternehmen, seinem Angestellten oder Beauftragten und dem Bestechenden, eine sog. Prinzipal-Agent-Beziehung.¹⁶⁸ Nach der principal-agent-theory gibt es zwei Wirtschaftssubjekte: den Prinzipal und den Agenten. Der Prinzipal beauftragt seinen Vertreter – den Agenten – zur Ausführung einer Leistung in seinem Namen, und zur Erleichterung dieser Aufgabe überträgt er dem Agenten einen gewissen Entscheidungsspielraum. Dabei besteht insofern eine Informationsasymmetrie, als 1.) die Tätigkeit des Agenten vom Prinzipal nicht unmittelbar beobachtet werden kann (verstecktes Handeln) oder 2.) der Agent eine Beobachtung machen kann, die der Prinzipal nicht gemacht hat (versteckte Information).¹⁶⁹ Der Prinzipal ist grundsätzlich kein tauglicher Täter des § 299 StGB.¹⁷⁰ Gemäß § 299 Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer als Angestellter oder Beauftragter eines geschäftlichen Betriebes im geschäftlichen Verkehr einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er einen anderen bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen im Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzugt.

Die Vorschrift wurde durch Art. 1 Nr. 3 des Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption vom 13.8.1997¹⁷¹ in das StGB eingefügt. Sie entspricht weitge-

¹⁶⁵ Vgl. Rogall a.a.O., vor § 298 Rn. 3; Tiedemann, in: Leipziger Kommentar, vor § 298 Rn. 1.

¹⁶⁶ Vgl. Rogall, in: SK-StGB, vor § 298 Rn. 8.

¹⁶⁷ Vgl. Rogall a.a.O., vor § 298 Rn. 6; Tiedemann, in: Leipziger Kommentar, vor § 298 Rn. 4.

¹⁶⁸ Vgl. Krick, in: MüKo StGB, § 299 Rn. 2.

¹⁶⁹ Vgl. Richter/Furubotn, Neue Institutionenökonomik S. 173 f.; Graeff/Grieger, Was ist Korruption? 34.

¹⁷⁰ Vgl. Krick, in: MüKo StGB, § 299 Rn. 2; Heine/Eisele, in: Schönke/Schröder, § 299 Rn. 8a; Heger, in: Lackner/Kühl, § 299 Rn. 2; Schuhr, in: Spickhoff Medizinrecht, §§ 299 ff. StGB Rn. 13.

¹⁷¹ Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 13.08.1997, BGBl. I 1997, 2038.

hend dem aufgehobenen § 12 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG. Bereits in § 12 UWG a. F. war der Betriebsinhaber von einer Bestrafung ausgeschlossen; strafbar sollten nur solche Personen sein, die auf die geschäftliche Tätigkeit eines anderen irgendwie Einfluss nehmen können.¹⁷² In der Neufassung des Tatbestandes nach dem Korruptionsbekämpfungsgesetz¹⁷³ wurde der Betriebsinhaber auch in den Tatbestand des § 299 StGB entgegen gewichtiger Stimmen in der Literatur¹⁷⁴ und einem entsprechenden Beschluss auf dem 61. Deutschen Juristentag (Annahme mit 71:44:4 Stimmen)¹⁷⁵ nicht mit aufgenommen. Dadurch wurde deutlich, dass der Gesetzgeber keine inhaltliche Änderung zu § 12 UWG wünschte. Lediglich um die Schwere des kriminellen Unrechts bei der Korruption zu unterstreichen, wurde der entsprechende Straftatbestand vom UWG in das StGB aufgenommen.¹⁷⁶ Die Fassung des Tatbestands wurde durch eine Änderung der Reihenfolge der Absätze weiter an die §§ 331 ff. StGB angeglichen. § 299 StGB erfasste nunmehr auch Drittzuwendungen, die von § 12 UWG a. F. nur erfasst wurden, soweit sie den bestochenen Angestellten oder Beauftragten mittelbar zugutekommen sollten bzw. gekommen sind.¹⁷⁷

Wie bei den §§ 331, 332 StGB ist die Unrechtsvereinbarung, also die Äquivalenz zwischen Vorteil und Bevorzugung, Kernstück des Straftatbestandes. Anders als bei den Straftaten im Amt hat der Gesetzgeber von einer Lockerung der Unrechtsvereinbarung bei § 299 StGB abgesehen.¹⁷⁸ § 299 StGB soll vor unlauteren Einflussnahmen in den Wettbewerb schützen, die geeignet sind, sachwidrige Marktentscheidungen zu begünstigen. Außerdem sind auch potentielle Vermögensinteressen der Mitbewerber und des Geschäftsherren geschützt.¹⁷⁹ Die Tat ist ein abstraktes Gefährdungsdelikt¹⁸⁰; der Tatbestand ist somit auch ohne den Eintritt eines Vermögensvorteils oder einer Täuschungshandlung gegen einen Dritten

¹⁷² Vgl. Hefermehl/Baumbach, Wettbewerbsrecht § 12 Rn. 4.

¹⁷³ Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 13.8.1997, BGBl. I 1997, 2038.

¹⁷⁴ Vgl. Lampe, in: Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, S. 95 f.; nur für eine Aufnahme der beratenden Berufe Dölling, Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Strafprozeßrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen? C 88.

¹⁷⁵ Vgl. Deutscher Juristentag, NJW 1996, 2994 (2997).

¹⁷⁶ Vgl. Deutscher Bundestag, BT-Drs. 13/5584 S. 15.

¹⁷⁷ Vgl. Krick, in: MüKo StGB, § 299 Rn. 1.

¹⁷⁸ Vgl. Fischer, in: StGB Kommentar, § 299 Rn. 22; Heine/Eisele, in: Schönke/Schröder, § 299 Rn. 16.

¹⁷⁹ Vgl. Heine/Eisele a.a.O., § 299 Rn. 2.

¹⁸⁰ Vgl. Krack, NStZ 2001, 505 (507).

erfüllt.¹⁸¹ Mangels Dispositionsbefugnis des Geschäftsherrn über die soeben genannten Rechtsgüter kommt eine rechtfertigende Einwilligung, vergleichbar § 331 Abs. 3 StGB, für § 299 StGB nicht in Betracht.¹⁸² Wie die §§ 331 ff. StGB ist auch § 299 Abs. 1 StGB ein Sonderdelikt, hier für Angestellte oder Beauftragte eines geschäftlichen Betriebes. Die Tat nach Abs. 2 kann dagegen von jedermann begangen werden.¹⁸³

§ 299 StGB wurde erst zum 26.11.2015¹⁸⁴ geändert. Diese Reform war europarechtlichen Vorgaben geschuldet, korruptives Verhalten auch ohne Wettbewerbsbezug als solches unter Strafe zu stellen. Bedeutsamste Änderung bezüglich § 299 StGB war die Einführung des sog. Geschäftsherrenmodells. Damit werden jetzt auch all die Fälle erfasst, in welchen die Gegenleistung für die Vorteilsgewährung in einem Handeln oder Unterlassen besteht, das eine Pflichtverletzung gegenüber dem Geschäftsherrn darstellt, wobei es auf die Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung nicht ankommt.¹⁸⁵

In den 26. Abschnitt wurden zum 04.06.2016 die §§ 299a, 299b StGB neu aufgenommen. Deren Entstehungsgeschichte wird im Anschluss in Kapitel 2 behandelt werden.

¹⁸¹ Vgl. *Fischer*, in: StGB Kommentar, § 299 Rn. 3.

¹⁸² Vgl. *Krick*, in: MüKo StGB, § 299 Rn. 39.

¹⁸³ Vgl. *Fischer*, in: StGB Kommentar, § 299 Rn. 31.

¹⁸⁴ BGBl. I 2015, 2025.

¹⁸⁵ Vgl. *Passarge*, DStR 2016, 482 (484); siehe zur Reform des § 299 StGB auch die Ausführungen unter Kapitel 3 Punkt 3.1.3. ab Seite 95.

Kapitel 2: Der Weg hin zu § 299a, § 299b StGB

2.1 Die Rechtsprechung zur Korruptionsstrafbarkeit bis hin zur Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen

Die im normalen Sprachgebrauch als „Korruption“ umschriebenen Delikte sind wie soeben dargestellt im 26. Abschnitt des Strafgesetzbuchs unter dem Titel „Straftaten gegen den Wettbewerb“, §§ 299 – § 302 StGB, sowie im 30. Abschnitt „Straftaten im Amt“, §§ 331 – 338 geregelt. Die Frage, ob sich ein niedergelassener Vertragsarzt nach diesen Vorschriften strafbar machen kann, beschäftigte die Gerichte schon einige Zeit vor der Entscheidung des Großen Senats vom 29.03.2012¹⁸⁶.

2.1.1 Die Rechtsprechung vor der Entscheidung des Großen Senats

2.1.1.1 Der Beschluss des BGH vom 25.11.2003

Den Stein ins Rollen brachte ein Beschluss des BGH vom 25.11.2003,¹⁸⁷ in welchem der 4. Strafsenat den Missbrauchstatbestand des § 266 StGB bei der Vorlage kassenärztlicher Rezepte ohne medizinische Indikation bejaht hatte. Der BGH entschied, dass der angeklagte Arzt durch die Ausstellung der Rezepte, deren sachliche Berechtigung vom einlösenden Apotheker nicht überprüft werde, seine im Außenverhältnis wirksame, aber im Verhältnis zum Geschäftsherrn bestimmungswidrige Ausübung der Befugnis zur Vermögensverfügung missbraucht habe. Die entsprechende Vermögensbetreuungspflicht leitete der BGH aus der bis dato aktuellen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts¹⁸⁸ ab. Das BSG vertrat die Ansicht, dass der Vertragsarzt bei der Ausstellung einer Verordnung als Vertreter der Krankenkassen handle.¹⁸⁹ Der BGH übernahm diese Ansicht ungeprüft eins zu eins.¹⁹⁰ Er führte weiter aus, dass der Arzt bei der Verschreibung von

¹⁸⁶ BGH, Beschluss vom 29.03.2012 – GSSt 2/11, NJW 2012, 2530.

¹⁸⁷ Siehe BGH, Beschluss vom 25.11.2003 – 4 StR 239/03, NJW 2004, 454.

¹⁸⁸ Vgl. BSG, Urteil vom 16.12.1993 – 4 RK 5/92, NZS 1994, 507; a. A. Schnapp, in: FS Herzberg, S. 804 f.

¹⁸⁹ BSG, Urteil vom 16.12.1993 – 4 RK 5/92, NZS 1994, 507.

¹⁹⁰ Sehr kritisch Ulsenheimer, MedR 2005, 622 (625).

Medikamenten ohne medizinische Indikation die ihm gesetzlich eingeräumten Befugnisse missbrauche. Nach dem Wirtschaftlichkeitsgebot gem. § 12 Abs. 1 SGB V dürften Leistungen, die nicht notwendig oder unwirtschaftlich sind, nicht bewirkt werden.

Weniger als ein halbes Jahr später folgte am 27.04.2004 ein weiterer Beschluss des BGH, diesmal des 1. Strafsenats, welche eine Strafbarkeit gemäß § 266 StGB bejahte, als der Krankenkasse gegenüber kick-back-Zahlungen, mit anderen Worten umsatzbezogene Rückvergütungen, seitens des Arzneimittelherstellers nicht offen gelegt wurden.¹⁹¹ Die Vermögensbetreuungspflicht sei verletzt, weil die dem Patienten verordneten Medikamente um den rückerstatteten Rabattanteil überteuert wären.¹⁹² Auch diese Entscheidung übernahm ungeprüft die Vertreter-Konstruktion des Bundessozialgerichts. Das OLG Hamm schloss sich in seinem Urteil vom 22.12.2004,¹⁹³ ebenfalls in Bezug auf kick-back-Zahlungen, dieser Rechtsprechung an.

Bereits zu diesem Zeitpunkt regte sich erster Widerstand gegen die den Entscheidungen zu Grunde liegende Tendenz, den Vertragsarzt unangemessen nah an die Krankenkasse zu rücken: Es wurde eingewandt dass, um ein Ausufern des Tatbestandes zu verhindern, Grundlage für eine Verurteilung wegen § 266 StGB nur eine qualifizierte Vermögensbetreuungspflicht sein könne. Diese sei dadurch gekennzeichnet, dass es sich bei der Vermögensbetreuungspflicht um eine Hauptpflicht im Verhältnis zum Geschäftsherrn handele. Ob die Vermögensbetreuung der Krankenkassen eine Hauptpflicht des behandelnden Vertragsarztes darstelle, sei rechtlich zweifelhaft.¹⁹⁴ In Bezug auf die unterlassene Weitergabe der Rabatte wurde eingewandt, dass § 266 StGB seinem klaren Wortlaut nach nicht bereits die unterlassene Vermögensmehrung, sondern erst die Nachteilszufügung unter Strafe stelle.¹⁹⁵

¹⁹¹ BGH, Beschluss vom 27.04.2004, NStZ 2004, 568.

¹⁹² Kritisch Schnapp, in: FS Herzberg, S. 807 m. w. N.

¹⁹³ Vgl. OLG Hamm, Urteil vom 22.12.2004 – 3 Ss 431/04, NStZ-RR 2006, 13.

¹⁹⁴ Ulsenheimer, MedR 2005, 622 (625); a. A. Taschke, StV 2005, 406 (408), Herffs, wistra 2006, 63 (65).

¹⁹⁵ Geis, GesR 2006, 345 (353).

Eine weitere Behandlung der Frage, ob der Vertragsarzt gegenüber der Krankenkasse eine Vermögensbetreuungspflicht hat würde den Umfang dieser Arbeit sprengen und soll daher dahingestellt bleiben.¹⁹⁶

2.1.1.2 Neue Impulse aus der Literatur

Wenngleich die Meinungen zur Vermögensbetreuungspflicht i. S. d. § 266 StGB des Vertragsarztes gemischt waren, bestand doch Einigkeit darüber, dass sich der Vertragsarzt bei den ausgeurteilten Verhaltensweisen nicht gem. § 299 StGB strafbar macht. Als Angehöriger eines freien Berufes, der weder zur kassenärztlichen Vereinigung noch zur Krankenkasse in einem Dienstverhältnis steht, war er nach der Ansicht der großen Mehrheit in der Literatur nicht als Beauftragter der gesetzlichen Krankenkassen einzuordnen.¹⁹⁷

Frischen Wind in die Diskussion brachte *Pragal* mit seinem Aufsatz zur Strafbarkeit des Pharma-„Marketing“ zu Gunsten der niedergelassenen Kassenärzte Anfang 2005.¹⁹⁸ Er führte aus, dass der Vertragsarzt als Beauftragter der Krankenkassen anzusehen sei und sich bei der Annahme von Vorteilen als Gegenleistung z. B. für die Verschreibung bestimmter Medikamente der Bestechlichkeit gem. § 299 StGB strafbar mache. Die Beauftragtenstellung ergebe sich daraus, dass der Vertragsarzt bei der Verordnung einer Sachleistung kraft der ihm durch das Kassenarztrecht verliehenen Kompetenzen als Vertreter der Krankenkasse handle.¹⁹⁹ Er gebe mit Wirkung für und gegen die Krankenkasse die Willenserklärung zum Abschluss eines Kaufvertrages über die verordneten Medikamente ab. Der Apotheker, dem das Kaufvertragsangebot der Krankenkasse mit Vorlage des Kassenrezeptes durch den Kassenpatienten als Boten angetragen werde, nehme dieses Angebot an, indem er dem Versicherten das verordnete Arzneimittel aushändige.

¹⁹⁶ Siehe zum Themenkreis von Vereinbarungen von „kick-backs“ die Dissertation von *Butenschön*, Der Vertragsarzt zwischen Untreue und Betrug; zur Verordnung von Heilmitteln ohne jegliche medizinische Indikation in der Kenntnis, dass die verordneten Leistungen nicht erbracht, aber gegenüber den Krankenkassen abgerechnet werden sollen vgl. *BGH*, Beschluss vom 16.08.2016 – 4 StR 163/16, MedR 2017, 134 mit den Besprechungen von *Leimenstoll*, MedR 2017, 96 sowie *Steinhilper*, MedR 2017, 138.

¹⁹⁷ Vgl. statt vieler *Taschke*, StV 2005, 406 (410); *Bernsmann/Schoß*, GesR 2005, 193 (195 f.).

¹⁹⁸ *Pragal*, NStZ 2005, 133.

¹⁹⁹ *Pragal*, NStZ 2005, 133 (134 f.).

Es handele sich im Ergebnis um einen zwischen der Krankenkasse und dem Apotheker, unter Einschaltung des Vertragsarztes als Vertreter der Krankenkasse, geschlossenen Vertrages zu Gunsten des Kassenpatienten.²⁰⁰

2006 erweiterte *Neupert* diesen Ansatz und thematisierte in einem Aufsatz die Strafbarkeit der niedergelassenen Kassenärzte nach den §§ 331 ff. StGB.²⁰¹ Im Jahr darauf griff wiederum *Pragal* diesen Gedanken auf und argumentierte in einem weiteren Aufsatz zusammen mit *Apfel* für eine Strafbarkeit des niedergelassenen Vertragsarztes bei der Annahme von Vorteilen nach § 299 StGB sowie den §§ 331 ff. StGB.²⁰² Zusätzlich zu seinen Argumenten aus dem Aufsatz aus 2005²⁰³ für die Strafbarkeit nach § 299 StGB legte er bezüglich der §§ 331 ff. StGB dar, dass der Vertragsarzt Amtsträger i. S. d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB sei. Die vom Vertragsarzt im Auftrag der Krankenkassen und der Kassenärztlichen Vereinigungen innerhalb der GKV erbrachte Behandlungsleistung stelle die Konkretisierung des subjektiven, öffentlichen Rahmenrechts der GKV-Versicherten gem. § 27 SGB V auf Heilbehandlung dar. Diese Kompetenz, mit Wirkung für das Vermögen der Krankenkasse Rezepte auszustellen, verschaffe dem Vertragsarzt eine herausragende Stellung mit einem selbstverantwortlichen Entscheidungsbereich. Der Vertragsarzt sei damit zu Recht vom BVerfG als Sachwalter der Kassenfinanzen betitelt worden. Er nehme als verlängerter Arm des Staates in einer Schlüsselrolle dessen Aufgabe der gesundheitlichen Versorgung der Bevölkerung im Rahmen der Daseinsvorsorge wahr, wenn er die ihm von den Krankenkassen und KVen durch die Zulassung zur Vertragsärztlichen Versorgung übertragene, öffentlich-rechtliche Kompetenz ausübe.²⁰⁴ Trotz heftiger Kritik²⁰⁵ erweiterte sich der Kreis der Befürworter einer Strafbarkeit jedenfalls nach § 299 StGB mit *Fischer* um einen prominenten Mitstreiter.²⁰⁶

²⁰⁰ *Pragal*, NStZ 2005, 133 (135); ebenso *Pragal*, Die Korruption innerhalb des privaten Sektors und ihre strafrechtliche Kontrolle durch § 299 StGB S. 165 ff.

²⁰¹ *Neupert*, NJW 2006, 2811.

²⁰² *Pragal/Apfel*, A&R 2007, 10.

²⁰³ *Pragal*, NStZ 2005, 133.

²⁰⁴ *Pragal/Apfel*, A&R 2007, 10 (16 f.).

²⁰⁵ Vgl. *Geis*, wistra 2005, 369; *Klötzer*, NStZ 2008, 12 m. w. N.

²⁰⁶ Nach anfänglichem Zögern *Fischer*, in: StGB Kommentar, § 299 59. Auflage 2012, Rn. 10b f.

Die Praxis ließ sich noch nicht überzeugen: Die Staatsanwaltschaft Ulm verneinte noch im Sommer 2009 eine Strafbarkeit wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr durch zwei Ärzte, die von einem großen Generikahersteller mit bis zu 8 % des Herstellerabgabepreises an den Verschreibungen beteiligt wurden, da es sich bei einem Kassenarzt mangels faktischen Dienstverhältnisses zur Krankenkasse und mangels Einflussmöglichkeit auf die betrieblichen Entscheidungen über den Bezug von Waren oder Dienstleistungen durch die Krankenkasse nicht um einen Angestellten oder Beauftragten von selbiger handele.²⁰⁷

2.1.1.3 Der Beschluss des OLG Braunschweig vom 23.02.2010

Erst ein gutes halbes Jahr später drehte der Wind: In einem obiter dictum bejahte das OLG Braunschweig in einem Beschluss vom 23.02.2010 eine Beauftragtenstellung des niedergelassenen Vertragsarztes in Bezug auf die Krankenkasse. Der Versicherte könne erst dann ein bestimmtes Arzneimittel von seiner Krankenkasse beanspruchen, wenn es ihm als ärztliche Behandlungsmaßnahme in Konkretisierung des gesetzlichen Rahmenrechts vom Vertragsarzt als einem mit öffentlich-rechtlicher Rechtsmacht "beliehenen" Verwaltungsträger verschrieben werde. Der Vertragsarzt könne so bei der Verordnung von Medikamenten Willenserklärungen mit Wirkung für die Krankenkasse als deren Vertreter abgeben.²⁰⁸ Was das OLG Braunschweig an dieser Stelle übersah, war das Urteil des Bundessozialgerichts vom 17.12.2009.²⁰⁹ In diesem Urteil wurde die rechtliche Konstruktion des Vertragsarztes als Vertreter der Krankenkassen ausdrücklich aufgegeben, da die Rechtsgrundlage des Vergütungsanspruchs des Apothekers unmittelbar im öffentlichen Recht liege.²¹⁰ Nichtsdestoweniger erntete das obiter dictum auch Zustimmung von dem Teil der Literatur, die darüber hinwegsah, dass ihre aus dem Sozialrecht entlehnten Kernargumente nach dem 17.12.2009 hinfällig waren.²¹¹ Überwiegend wurde der Beschluss jedoch als überbordende Auslegung des § 299 StGB abgelehnt²¹² und kritisiert, dass

²⁰⁷ Siehe *Staatsanwaltschaft Ulm*, Hintergründe des Verfahrenskomplexes ratiopharm vom 26.06.2009.

²⁰⁸ *OLG Braunschweig*, Beschluss vom 23.02.2010 – Ws 17/10, NStZ 2010, 392.

²⁰⁹ *BSG*, Urteil vom 17.12.2009 – B 3 KR 13/08 R, GesR 2010, 693.

²¹⁰ *BSG*, GesR 2010, 693 (695).

²¹¹ Vgl. *Schmidt*, NStZ 2010, 392; *Dannecker*, GesR 2010, 281 (284); *Geiger*, CCZ 2012, 172 (173); *Pragal*, NStZ 2005, 133; *Neupert*, NJW 2006, 2811; *Pragal/Apfel*, A&R 2007, 10; *Kölbel*, NStZ 2011, 195 (196); *OLG Braunschweig*, Beschluss vom 23.02.2010 – Ws 17/10, NStZ 2010, 392 (393); *Manthey*, GesR 2010, 601 (602 f.).

²¹² Vgl. *Steinhilper*, MedR 2010, 497 (500).

sich das OLG Braunschweig zum heimlichen Ersatzgesetzgeber aufgeschwungen hatte.²¹³ In der Praxis ließ nach dem *orbiter dictum* eines OLG eine Änderung der Rechtsprechung in den niedrigeren Instanzen ließ nicht mehr lange auf sich warten: Mit Urteil vom 26.10.2010 verurteilte das Amtsgericht Ulm - diametral unterschiedlich zu seiner Bewertung vom Juni 2009 - zwei Ärzte wegen Bestechlichkeit gemäß § 299 StGB.²¹⁴

2.1.1.4 Die Urteile des LG Stade vom 04.08.2010 und LG Hamburg vom 09.12.2010

Weitere Urteile folgten: Das Landgericht Stade²¹⁵ hatte 2010 in einem selbstständigen Verfallsverfahren nach § 440 StPO einen Fall zu entscheiden, in welchem ein niedergelassener Arzt den Mietzins eines von einer bestimmten Firma gemieteten, hochwertigen medizinischen Gerätes rückwirkend erstattet bekam, wenn er im Gegenzug seinen Patienten Verordnungen für den Bezug eines bestimmten Muskeltrainingsgerätes derselben Firma ausstellte. Die Kosten für die Überlassung der Geräte an die Patienten trug deren Krankenkasse. Je mehr Patienten dieses Muskeltrainingsgerät nutzten, desto höher war auch die entsprechende Erstattung der Krankenkasse an die Firma. In einer etwas einfacheren Konstellation vor dem LG Hamburg,²¹⁶ ebenfalls 2010, wurde dem verschreibenden Arzt eine Umsatzbeteiligung in Form einer kick-back-Zahlung versprochen. Genauer sollte er 5 % des Herstellerabgabepreises als Prämie dafür erhalten, dass er Arzneimittel eines ganz bestimmten Generikaherstellers verschrieb.

Sowohl das Landgericht Stade als auch das Landgericht Hamburg hatten die Amtsträgereigenschaft des Vertragsarztes und damit die Strafbarkeit gemäß §§ 331 ff. StGB verneint.²¹⁷ Bei der Prüfung der Strafbarkeit nach § 299 StGB verneinte das Landgericht Stade die Beauftragteneigenschaft

²¹³ Vgl. Weidhaas, ZMGR 2010, 198 (199).

²¹⁴ Siehe Berichterstattung in *ÄrzteZeitung* 29.10.2010; das Landgericht Ulm hob die Verurteilungen im Berufungsverfahren jedoch auf und sprach die Angeklagten frei, *Staatsanwaltschaft Ulm*, Staatsanwaltschaft Ulm stellt restliche Ermittlungsverfahren ein vom 22.05.2013.

²¹⁵ LG Stade, Urteil vom 04.08.2010 – 12 Kls 19/09, 12 Kls 170 Js 18207/09, ZMGR 2011, 148.

²¹⁶ LG Hamburg, Urteil vom 09.12.2010 – 618 Kls 10/09, GesR 2011, 164.

²¹⁷ Vgl. LG Stade, Urteil vom 04.08.2010 – 12 Kls 19/09, 12 Kls 170 Js 18207/09, ZMGR 2011, 148, Nr. 3 des Orientierungssatzes; LG Hamburg, Urteil vom 09.12.2010 – 618 Kls 10/09, GesR 2011, 164, Nr. 6 des Orientierungssatzes.

bei der Verordnung von Hilfsmitteln, bejahte diese jedoch bei Arzneimitteln.²¹⁸ Das Landgericht Hamburg sah den Vertragsarzt allgemein als Beauftragten der Krankenkasse, da nicht nur rechtsgeschäftliche, sondern auch gesetzliche Beauftragungen in den Anwendungsbereich des § 299 StGB fielen.²¹⁹

In beiden Verfahren wurde gegen die Entscheidung des Landgerichts Revision eingelegt. Der 3. Strafsenat des BGH entschied über das Verfahren vor dem Landgericht Stade, der 5. Strafsenat über das Verfahren vor dem Landgericht Hamburg. Beide Senate legten dem Großen Senat schließlich im Wesentlichen inhaltsgleiche Fragen zur Entscheidung vor:²²⁰

1. Handelt ein niedergelassener, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassener Arzt bei Wahrnehmung der ihm in diesem Rahmen übertragenen Aufgaben (§ 73 Abs. 2 SGB V; hier: Verordnung eines Hilfsmittels) als Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB?
2. Hilfsweise für den Fall der Verneinung von Frage 1: Handelt ein niedergelassener, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassener Arzt der Wahrnehmung der ihm in diesem Rahmen übertragenen Aufgaben (§ 73 Abs. 3 SGB V; hier: Verordnung eines Hilfsmittels) im Sinne des § 299 StGB als Beauftragter der gesetzlichen Krankenkassen?

2.1.2 Vorlagefrage 1: Der niedergelassene Arzt als Amtsträger

Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2a) StGB sind Beamte oder Richter. Das sonstige öffentlich-rechtliche Amtsverhältnis im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2b) StGB umfasst neben Notaren, auch Minister oder auch parlamentarische Staatssekretäre.²²¹

Für Ärzte kommt wegen ihrer Freiberuflichkeit nur § 11 Abs. 1 Nr. 2c) StGB in Betracht. Hiernach sind Amtsträger auch Personen, welche nach deutschem Recht oder sonst dazu bestellt sind, bei einer Behörde oder einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwal-

²¹⁸ Vgl. *LG Stade*, Urteil vom 04.08.2010 – 12 KLS 19/09, 12 KLS 170 Js 18207/09, ZMGR 2011, 148.

²¹⁹ Vgl. *LG Hamburg*, Urteil vom 09.12.2010 – 618 KLS 10/09, GesR 2011, 164; Klümper, A&R 2012, 147 mit einer Zusammenfassung beider vorangegangener Verfahren sowie Anm. zur Entscheidung des Großen Senats.

²²⁰ Vgl. *BGH*, Beschluss vom 05.05.2011 – 3 StR 458/10, NZS 2012, 236; *BGH*, Beschluss vom 20.07.2011 – 5 StR 115/11, NStZ-RR 2011, 303.

²²¹ Vgl. *Fischer*, in: StGB Kommentar, § 11 Rn. 16.

tung unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform wahrzunehmen. Ob sich ein Vertragsarzt der Vorteilsannahme gemäß § 331 StGB bzw. der Bestechlichkeit gemäß §§ 331, 332 StGB strafbar machen kann, entscheidet sich daran, ob eine Krankenkasse als „Behörde oder sonstige Stelle“ und ein Vertragsarzt als „Amtsträger“ im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2c) StGB zu qualifizieren sind.

2.1.2.1 Die Krankenkasse als Behörde oder sonstige Stelle

Nach einhelliger Meinung unterfallen Krankenkassen dem Behördenbegriff auch dann nicht, wenn sie unter öffentlicher Trägerschaft stehen.²²² Unter sonstigen Stellen i. S. d. § 11 Abs. 1 Nr. 2c) StGB werden dagegen behördenähnliche Institutionen verstanden, die zwar an sich keine Behörde, rechtlich aber dennoch befugt sind, bei der Ausführung von Gesetzen mitzuwirken und in den staatlichen Verwaltungsapparat eingegliedert oder an diesen auf Grund öffentlich-rechtlicher Vorschriften angebunden sind.²²³ Diese sonstigen Stellen müssen somit mit der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben betraut sein. Zu den öffentlichen Aufgaben der Verwaltung zählt nicht nur die staatliche Eingriffsverwaltung, sondern auch die staatliche Daseinsvorsorge, zu der auch die Krankenversorgung sowie das öffentliche Gesundheitswesen gehören.²²⁴ Staatliche Krankenhäuser²²⁵ und solche, in welchen sich die Öffentliche Hand der Organisationsform einer juristischen Person des Privatrechts bedient,²²⁶ sind demnach ebenfalls als "sonstige Stelle" anzusehen.

Für die Krankenkasse als sonstige Stelle spricht zunächst deren Organisationsform. Sie ist rechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung gem. § 4 Abs. 1 SGB V. Der Organisationsform allein kommt bei der Beurteilung der Behördenähnlichkeit zwar keine allein ausschlaggebende Aussagekraft zu; sie hat allerdings eine erhebliche indizielle Bedeutung.²²⁷

²²² Vgl. Radtke, in: MüKo StGB, § 11 Rn. 79 f.

²²³ Vgl. BGH, Urteil vom 19.12.1997 – 2 StR 521-97, BGHSt 43, 370; BGH, Urteil vom 16.07.2004 – 2 StR 486/03, NJW 2004, 3129; Radtke, in: MüKo StGB, § 11 Rn. 80.

²²⁴ Vgl. LG Kiel, Urteil vom 18.09.2010 – 3 kls 11/09, juris; OLG Hamburg, Beschluss vom 14.01.2000 – 2 Ws 243/99, juris.

²²⁵ Vgl. Schuhr, in: Spickhoff Medizinrecht, §§ 331 ff. StGB Rn. 17; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 26.10.1982 – 3 Ws 149/82, NJW 1983, 352.

²²⁶ Miessen, in: FS Mehle, S. 433; Taschke, in: Compliance im Gesundheitswesen, Rn. 6.

²²⁷ Vgl. BGH, Beschluss vom 05.05.2011 – 3 StR 458/10, NZS 2012, 236 (236).

Zur Organisationsform kommt noch die Mitwirkung der Krankenkasse an der staatlichen Daseinsvorsorge. Der weite Begriff der Daseinsvorsorge wird dadurch eingeschränkt, dass bei der staatlichen Tätigkeit die Wahrung des Allgemeininteresses deutlich im Vordergrund stehen muss und nicht die Erfüllung irgendeines Interesses oder aber erwerbswirtschaftliche Ziele.²²⁸ Bei den Krankenkassen ist dies, jedenfalls noch, der Fall. Wenn gleich die gesetzlichen Kassen immer mehr privaten Systemen angenähert werden, was eines Tages zur Aufgabenauslagerung in den privaten Sektor und zum Ende der Tätigkeit mit öffentlichem Charakter führen kann,²²⁹ ist dieser Zustand derzeit jedenfalls noch nicht erreicht. Nach § 1 SGB V ist die Erhaltung, Wiederherstellung oder Verbesserung der Gesundheit ihrer Mitglieder nach wie vor zentrale Aufgabe der gesetzlichen Krankenversicherung. Die Krankenkasse nimmt durch die Bereitstellung bestimmter Leistungen, die diesem Zwecke dienen, in dem gegliederten System der sozialen Sicherung in Deutschland im Rahmen der Gesundheits- und damit auch der Daseinsfürsorge eine wesentliche Aufgabe wahr.²³⁰ Aufgrund dieser Erwägungen hatte der 3. Senat des BGH bereits 2004 entschieden, dass der Vorstand einer betrieblichen Krankenkasse Amtsträger ist.²³¹

Der Große Senat entschied, dass der notwendige öffentlich-rechtliche Bezug, der die Krankenkassen Behörden gleichkommen ließe, sich aus den oben bereits dargestellten gesetzlichen Regelungen, der gesetzlichen Vorgabe der Verbandsstrukturen und der Gesetzesbindung der Krankenkassen, die durch staatliche Rechtsaufsicht sichergestellt werde, ergebe. Der Große Senat stellt die Krankenkassen in dieser Hinsicht den Sozialversicherungen gleich, die ihre Aufgaben in mittelbarer Staatsverwaltung erfüllen. Die Krankenkassen sind damit sonstige Stellen i. S. d. § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB.²³²

²²⁸ Vgl. *Ransiek*, NStZ 1997, 519 (522).

²²⁹ Vgl. *Geis*, wistra 2007, 361 (364).

²³⁰ Vgl. *BGH*, Beschluss vom 05.05.2011 – 3 StR 458/10, NZS 2012, 236 (Rn. 21 ff.); zustimmend *Pragal/Apfel*, A&R 2007, 10; *Neupert*, NJW 2006, 2811.

²³¹ Vgl. *BGH*, Urteil vom 28.10.2004 – 3 StR 460/03, NStZ 2005, 214.

²³² Vgl. *BGH*, Beschluss vom 29.03.2012 – GSSt 2/11, NJW 2012, 2530 (2531).

2.1.2.2 Der Vertragsarzt als Amtsträger

Vertragsärzte sind dann als Amtsträger einzustufen, wenn sie dazu bestellt sind, bei der Krankenkasse oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen.

2.1.2.2.1 Bestellung

Für die Amtsträgereigenschaft ist ein öffentlich-rechtlicher Bestellungsakt erforderlich, der jedoch auch formfrei oder konkludent, etwa durch einen Arbeitsvertrag, möglich ist.²³³ Die Bestellung ist ein öffentlich-rechtlicher Akt, der eine besondere Eigenschaft des Bestellten hervorhebt, welche ihn auf eine vergleichbare Stufe mit Beamten, Richtern oder Personen, die in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis stehen, hebt.²³⁴ Abgrenzungskriterium zum privatrechtlich Beauftragten ist hierbei, dass der Amtsträger nicht nur in einem Einzelfall, sondern für eine gewisse Dauer tätig werden soll oder zumindest in die organisatorische Struktur der Behörde oder sonstigen Stelle eingegliedert ist.²³⁵ Insbesondere bei Freiberuflern wird sonst die Grenze zwischen dem einzelnen, konkreten und zeitlich begrenzten Auftrag und einer dauerhaften Bestellung, welche allein geeignet ist, sie Beamten, Richtern und sonstigen Amtsträgern gleichzustellen, verwischt.²³⁶ Bejaht wurde die Amtsträgereigenschaft etwa für einen Chefarzt, der in einem Krankenhaus in öffentlicher Trägerschaft dauerhaft angestellt ist und in seiner Tätigkeit als Chefarzt auch Verwaltungsaufgaben wahrnimmt.²³⁷

Für die Bestellung des Vertragsarztes und seine Eigenschaft als Amtsträger wurde in der Literatur argumentiert, dass der ausdrückliche Bestellungsakt die antragsgemäße Zulassung zur Teilhabe an der vertragsärztlichen Versorgung in dem Verfahren gemäß § 95 Abs. 2, 3 SGB V sei.²³⁸ Durch die Zulassung werde der Arzt Pflichtmitglied in der kassenärztlichen Vereinigung

²³³ Vgl. *Fischer*, in: StGB Kommentar, § 11 Rn. 20; *BGH*, Urteil vom 15.05.1997 – 1 StR 233/96, NJW 1997, 3034; *BGH*, Urteil vom 29.01.1998 – 1 StR 64–97, NJW 1998, 2373.

²³⁴ Vgl. *BGH*, Urteil vom 15.05.1997 – 1 StR 233/96, NJW 1997, 3034 (3037).

²³⁵ Vgl. *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder, § 11 Rn. 23; *BGH*, Urteil vom 15.05.1997 – 1 StR 233/96, NJW 1997, 3034 (3037); *Haft*, NJW 1995, 1113 (1116).

²³⁶ *Haft*, NJW 1995, 1113 (1116).

²³⁷ Vgl. *Schuhr*, in: Spickhoff Medizinrecht, §§ 331 ff. StGB Rn. 13; *OLG Karlsruhe*, Beschluss vom 26.10.1982 – 3 Ws 149/82, NJW 1983, 352 (352).

²³⁸ So *Krick*, A&R 2011, 3 (10).

und die vertraglichen Bestimmungen über die vertragsärztliche Versorgung würden für den einzelnen Arzt gemäß § 95 Abs. 3 S. 3 SGB V verbindlich. Die Kollektivverträge zwischen den Krankenkassenverbänden und den kassenärztlichen Vereinigungen in Verbindung mit der auf Antrag durch Verwaltungsakt erfolgten "Kassenzulassung" bewirkten somit letztlich, dass bestimmte Regelungen der Kollektivverträge für den Vertragsarzt unmittelbar gelten und ihn verpflichteten.²³⁹

Die Aufgabe der Krankenkassen, ihre Mitglieder bei Bedarf mit Arzneimitteln zu versorgen, werde vom Vertragsarzt durch die Verordnung von Rezepten erfüllt. Der Vertragsarzt sei damit letztlich als unmittelbarer Leistungserbringer aufgrund seiner Diagnose- und Behandlungsentscheidungen die Schlüsselfigur in der Arzneimittelversorgung.²⁴⁰ Dem Vertragsarzt wurde zusammengefasst nach dieser Ansicht mit der Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung persönlich die Entscheidungsbefugnis über die Aufgabenerfüllung gegenüber außenstehenden Dritten zugewiesen, er mit anderen Worten zur Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Aufgaben bestellt.²⁴¹

Wenngleich die Annahme der Bestellung eines Vertragsarztes durch die Krankenkasse nach diesen Ausführungen auf den ersten Blick logisch erscheint, lässt sich diese Argumentation bei näherer Betrachtung nicht aufrechterhalten. Es beginnt damit, dass der zuständige, im Übrigen weisungsunabhängige Zulassungsausschuss gemäß § 96 Abs. 2 S. 1 SGB V in gleicher Zahl aus Vertretern der Ärzte und der Krankenkassen besteht. Eine alleinige Bestellung durch die Krankenkassen scheidet damit bereits aus.

Als Gegenargumente zur oben dargestellten Ansicht wurde in der Literatur eingewandt, dass § 72 Abs. 1 S. 1 SGB V zeige, dass das Gesetz von einem Tätigwerden der Vertragsärzte und Krankenkassen in eigenständigen Verantwortungsbereichen ausgehe.²⁴² Während die Krankenkasse den dem Versicherten gesetzlich zustehenden Anspruch auf Krankenbehandlung erfülle, nehme der Arzt eine ihm originär zugewiesene Aufgabe wahr und

²³⁹ Pragal/Apfel, A&R 2007, 10 (18).

²⁴⁰ Reese, PharmR 2006, 92 (96); BSG, Urteil vom 17.01.1996 – 3 RK 26/94, NJW 1996, 2450 (200).

²⁴¹ Vgl. Ransiek, NStZ 1997, 519 (525).

²⁴² Reese, PharmR 2006, 92 (96).

trüge die alleinige Verantwortung und Entscheidungsgewalt für die medizinische Behandlung. Er werde dabei jedoch nur für die eigene Praxis bzw. den Patienten tätig.²⁴³

Grundsätzlich steht die Freiberuflichkeit des Vertragsarztes der Bestellung durch eine sonstige Stelle nicht entgegen. Letztendlich sei nicht die Klassifikation als selbstständig ausgeübter Beruf ausschlaggebend, sondern die Frage, ob der Arzt in relevanter Weise in staatliche Strukturen eingebunden worden sei.²⁴⁴ Mit dieser Einbindung eines Freiberuflers in staatliche Strukturen hat sich das Bundesverfassungsgericht bereits in seinem Grundsatzzurteil vom 23.03.1960 auseinandergesetzt und ist zu folgendem Ergebnis gekommen:²⁴⁵

"[Der Vertragsarzt] trägt das ganze wirtschaftliche Risiko seines Berufes selbst; die Kassenzulassung bietet ihm nur eine besondere Chance. [...] Entscheidend ist, dass die Tätigkeit des Kassenarztes auch im Rahmen dieses Systems freiberuflich bleibt. Die Krankenversicherung bedient sich des freien Berufes der Ärzte zur Erfüllung ihrer Aufgaben; sie baut nicht nur ihr Kassenarztsystem auf dem Arztberuf als einem freien Beruf auf, indem sie das Vorhandensein eines solchen Berufes praktisch und rechtlich voraussetzt und sich zu Nutze macht, sondern sie belässt auch die Tätigkeit als Kassenarzt im Rahmen dieses freien Berufes."

Die Bestellung eines Vertragsarztes durch die Zulassung zur kassenärztlichen Versorgung muss auf der Grundlage der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung sowie der soeben aufgeführten Argumente damit abgelehnt werden.²⁴⁶ Der Große Senat für Strafsachen argumentierte zur Bestellung, dass diese nach der Rechtsprechung des BGH keinen förmlichen Bestellsungsakt voraussetze. Die Zulassung eines Arztes zur vertragsärztlichen Versorgung sei aber schon deshalb keine Bestellung i. S. d. § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB, weil es insoweit an einer der Kasse zurechenbaren Entscheidung fehle; nicht jede Zulassung oder Hinzuziehung zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben könne als Bestellung angesehen werden.²⁴⁷

²⁴³ Klötzer, NStZ 2008, 12 (14); Taschke, StV 2005, 406 (411).

²⁴⁴ Neupert, NJW 2006, 2811 (2812); im Ergebnis auch BGH, Urteil vom 29.01.1998 – 1 StR 64–97, NJW 1998, 2373, für einen freiberuflichen Bauingenieur.

²⁴⁵ BVerfG, Urteil vom 23.03.1960 – 1 BvR 216/51, BVerfGE 11, 30 (40).

²⁴⁶ So auch Fischer, in: StGB Kommentar, § 11 Rn. 22d; Geis, GesR 2006, 345 (350) Fn. 60.

²⁴⁷ BGH, Beschluss vom 29.03.2012 – GSSt 2/11, NJW 2012, 2530 (2532).

Der Streit über die Frage der Bestellung kann dann dahinstehen, wenn der niedergelassene Vertragsarzt keine Aufgabe der öffentlichen Verwaltung im Sinne des § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 2c) StGB wahrnimmt.

2.1.2.2.2 Aufgaben öffentlicher Verwaltung

Aufgaben der öffentlichen Verwaltung sind solche, die ein Hoheitsträger zulässigerweise für sich in Anspruch nimmt. Wird die Tätigkeit von Privatrechtssubjekten ausgeführt, kommt es darauf an, ob diese derart staatlicher Steuerung unterliegen, dass sie bei Gesamtbetrachtung der sie kennzeichnenden Merkmale als "verlängerter Arm" des Staates erscheinen und die Tätigkeit inhaltlich mit typischerweise behördlicher Tätigkeit vergleichbar ist.²⁴⁸ Regelmäßig wird dabei nur die Erfüllung solcher Aufgaben in Betracht gezogen werden können, die ihrer Natur nach typischerweise dem Staat vorbehalten sind.²⁴⁹

Die Annahme, dass Ärzte in dieser Form in die öffentliche Verwaltung eingebunden sind, wurde in der Literatur bezweifelt. Es widerspreche zum einen bereits der Selbstwahrnehmung der Ärzteschaft, die sich als gleichberechtigte Partner der Krankenkassen sehen. Ärzte würden daher weder von der Krankenkasse beauftragt, noch nähmen sie öffentliche Aufgaben wahr.²⁵⁰ Zum anderen nehme das Rechtspublikum den Vertragsarzt, im Gegensatz zum Amtsarzt, der z. B. die Hygienevorschriften in Krankenhäusern überwacht oder amtliche Bescheinigungen erstellt, eben gerade nicht als Amtsträger und verlängerten Arm des Staates wahr.²⁵¹ Die Tätigkeit eines Arztes ist darüber hinaus bereits aufgrund täglicher Lebenserfahrung nicht mit behördlicher Tätigkeit vergleichbar. Die Durchführung der Behandlung, die Ausschreibung von Rezepten, überhaupt die ärztliche Leistungserbringung insgesamt ist ihrer Natur nach typischerweise gerade nicht dem Staat vorbehalten, sondern das originäre Aufgabengebiet freiberuflich tätiger Ärzte.

Dagegen wurde für die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben argumentiert, dass der Vertragsarzt eigenverantwortlich über die Verwendung

²⁴⁸ Vgl. Fischer, in: StGB Kommentar, § 11 Rn. 22, 22a; BGH, Urteil vom 19.12.1997 – 2 StR 521-97, BGHSt 43, 370 (377).

²⁴⁹ Vgl. BGH, Urteil vom 15.03.2001 – 5 StR 454/00, BGHSt 46, 310 (313).

²⁵⁰ Deutscher Ärztetag, Beschlussprotokoll des 113. Deutschen Ärztetages vom 14.05.2010 S. 94.

²⁵¹ Geis, GesR 2011, 641 (648).

staatlicher Zwangsbeiträge entscheide und damit eine originär öffentliche Aufgabe wahrnehme.²⁵²

Die Berufsfreiheit des Arztes werde durch das Rechtskonkretisierungskonzept des BSG ohnehin beschränkt, so dass dessen Freiberuflichkeit nicht im Widerspruch zur Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe stünde. Führe man sich dieses Konzept vor Augen, nähmen die Vertragsärzte hinsichtlich der Konkretisierung des Rahmenanspruchs der Versicherten auf Heilbehandlung eine öffentliche Aufgabe wahr. Der Vertragsarzt genieße somit nur im Hinblick auf die rein medizinischen Modalitäten der "lege artis" vorzunehmenden Behandlung sowie hinsichtlich der betriebswirtschaftlichen Entscheidungen in Bezug auf die Praxis Berufsfreiheit.²⁵³ Dieser Konkretisierung des Rahmenanspruchs komme in der kassenärztlichen Versorgung eine zentrale Rolle zu. Da die Krankenkassen die Sach- und Dienstleistungen, auf die ihre Versicherten gemäß § 2 Abs. 2 S. 1 mit § 1 S. 3 SGB V einen Anspruch haben, nicht selbst anbieten könnten, bedienten sie sich hierzu der Leistungserbringer, mit welchen sie auf Grund der sog. Leistungsveranschaffungspflicht Verträge über die Art und Weise dieser Erbringung schlossen.²⁵⁴ Der Versicherte könne nur ein bestimmtes Arznei- oder Hilfsmittel beanspruchen, wenn es ihm als ärztliche Behandlungsmaßnahme in Konkretisierung des gesetzlichen Rahmenrechts vom Vertragsarzt verordnet werde.²⁵⁵ Aus diesen Gründen wird verschiedentlich von einer Beileihung des Kassenarztes mit Hoheitsrechten gesprochen,²⁵⁶ bzw. von einem „Quasi-Amtswalter“²⁵⁷. Aufgrund dieser engen Verbindung zwischen Krankenkassen und Vertragsärzten ist nach dieser Ansicht die Erfüllung „öffentlicher Aufgaben“, die den Kassenarzt wie einen verlängerten Arm des Staates erscheinen lässt, zu bejahen.

Der Große Senat argumentierte, dass in Rechtsbeziehungen im Rahmen öffentlicher Verwaltung, gerade weil sie dem Bürger als verlängerter Arm des Staates erscheint, typischerweise das bestimmende Element des individuell begründeten Vertrauens, der Gleichordnung und Gestaltungsfreiheit fehle. Zu prüfen sei daher, ob der Tätigkeit der betreffenden Person im Verhältnis zum Bürger der Charakter eines hoheitlichen Eingriffs zukomme

²⁵² Neupert, NJW 2006, 2811 (2813).

²⁵³ Pragal/Apfel, A&R 2007, 10 (18).

²⁵⁴ BSG, Urteil vom 07.08.1991 – 1 RR 7/88, BSGE 69, 170.

²⁵⁵ BGH, Beschluss vom 05.05.2011 – 3 StR 458/10, NZS 2012, 236 (238).

²⁵⁶ Vgl. Schwerdtfeger, NZS 1998, 97 (101).

²⁵⁷ Vgl. Spellbrink, NZS 1999, 1 (2) in Bezug auf den Psychotherapeuten.

oder ob das persönliche Verhältnis zwischen den Beteiligten so im Vordergrund stünde, dass ein hoheitlicher Charakter der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dahinter zurücktrete. Letzteres treffe auf den Vertragsarzt und den Patienten zu.²⁵⁸

Dafür spreche bereits die freiberufliche Tätigkeit der Vertragsärzte. Sie wären nicht Angestellter oder bloßer Funktionsträger einer öffentlichen Behörde und würden nicht auf Grund einer in eine hierarchische Struktur integrierten Dienststellung tätig, sondern auf Grund der individuellen, freien Auswahl der versicherten Person. Das Verhältnis des Versicherten zum Vertragsarzt werde wesentlich bestimmt von Elementen persönlichen Vertrauens und einer der Bestimmung durch die Krankenkassen entzogenen Gestaltungsfreiheit. Besonders deutlich würde dies im Falle eines Behandlungsfehlers bzw. einer Schlechterfüllung des Behandlungsvertrages. Der Arzt hafte dann nach den allgemeinen zivilrechtlichen Regeln vertraglich bzw. deliktisch und gerade nicht nach Amtshaftungsgrundsätzen.²⁵⁹

2.1.2.3 Ergebnis

Die Äußerungen des Großen Senats zur Amtsträgereigenschaft des niedergelassenen Vertragsarztes stellten endlich die lang notwendige Rechtsklarheit über diese Frage her. Dass er die Amtsträgereigenschaft verneinte, kam nicht überraschend. Eine entsprechende Tendenz war im Vorfeld bereits dem Antrag des Generalbundesanwalts²⁶⁰ sowie wie den vorangegangenen Entscheidungen des LG Stade und LG Hamburg zu entnehmen. Der Paukenschlag der Entscheidung folgte in den Ausführungen des Großen Senats zur Strafbarkeit des Vertragsarztes wegen Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr gemäß § 299 StGB.

2.1.3 Vorlagefrage 2: Der niedergelassene Arzt als Beauftragter der Krankenkassen

Voraussetzung für die Strafbarkeit des niedergelassenen Arztes gem. § 299 StGB ist, dass zwischen den Akteuren im Gesundheitswesen nach der Prinzipal-Agent-Theorie ein Dreiecksverhältnis zwischen Geschäftsherrn, Beauftragtem und Vorteilsgewährendem besteht. Als Geschäftsherr kamen

²⁵⁸ BGH, Beschluss vom 29.03.2012 – GSSt 2/11, NJW 2012, 2530 (2532).

²⁵⁹ BGH, NJW 2012, 2530 (2532).

²⁶⁰ Vgl. BGH, NJW 2012, 2530 (2531).

in den den Urteilen des LG Hamburg²⁶¹ und LG Stade²⁶² zu Grunde liegenden Konstellationen die Krankenkasse in Betracht. Fraglich war jedoch, ob der niedergelassene Arzt als deren Agent tätig wird, bzw. nach dem Wortlaut des § 299 StGB unter den Begriff des Beauftragten zu subsumieren ist.

2.1.3.1 Der niedergelassene Arzt als Betriebsinhaber: Der Privatarzt

Der niedergelassene Arzt kann dann nicht gemäß § 299 StGB belangt werden, wenn er als Betriebsinhaber im Sinne des Paragraphen einzustufen ist. Ein Betrieb im Sinne der §§ 14, 299 StGB ist die nicht nur vorübergehende Zusammenfassung mehrerer Personen unter Einsatz von Sachmitteln in räumlichem Zusammenhang unter einer Leitung zur Erreichung eines bestimmten Zwecks; hiervon werden auch freiberufliche Tätigkeiten umfasst. Auf die Rechtsform kommt es nicht an.²⁶³ Der ärztliche Beruf ist grundsätzlich ein freier Beruf und kein Gewerbe, § 1 MBO-Ä, § 14 EStG. In der Regel wird er vom Arzt in dessen Einzelpraxis ausgeübt. Die Niederlassung in einer Praxis ist für einen Arzt verpflichtend, § 17 Abs. 1 MBO-Ä, sofern er seine Tätigkeit nicht in einem Krankenhaus oder einer konzessionierten Privatklinik nach § 30 GewO ausübt. Unter einer Arztpraxis versteht man die Gesamtheit dessen, was die gegenständliche und personelle Grundlage der Tätigkeit des in freier Praxis tätigen Arztes bei der Erfüllung der ihm obliegenden Aufgaben ausmacht, wie die materiellen Sachwerte, sowie der Patientenstamm.²⁶⁴ Wenngleich die Praxis wegen der Freiberuflichkeit des Arztberufs kein Gewerbebetrieb i. S. d. § 14 StGB ist, kann die Praxis doch wie ein Gewerbebetrieb bewertet und veräußert werden.²⁶⁵ Die Arztpraxis ist somit Betrieb im Sinne des § 14 StGB. Da der niedergelassene Privatarzt die Leitung dieses Betriebes innehat, ist er als Betriebsinhaber im Sinne des § 299 StGB und nicht als Angestellter einzustufen.²⁶⁶

Das für die Korruptionsdelikte typische Dreiecksverhältnis, abgeleitet aus der principal-agent-theory zwischen Geschäftsherrn bzw. Unternehmen, dem von ihm Beauftragten und dem Vorteilsgewährenden, besteht in

²⁶¹ LG Hamburg, Urteil vom 09.12.2010 – 618 KLS 10/09, GesR 2011, 164.

²⁶² LG Stade, Urteil vom 04.08.2010 – 12 KLS 19/09, 12 KLS 170 Js 18207/09, ZMGR 2011, 148.

²⁶³ Vgl. Radtke, in: MüKo StGB, § 14 Rn. 91; Perron, in: Schönke/Schröder, § 14 Rn. 28, 29; Fischer, in: StGB Kommentar, § 14 Rn. 8.

²⁶⁴ Vgl. Stellpflug, Handbuch Medizinrecht E 1000 Rn. 1.

²⁶⁵ Vgl. BFH, Urteil vom 23.01.1997 – IV R 36/95, NJW 1997, 2480.

²⁶⁶ Vgl. Grützner, Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen S. 89.

einem solchen Fall gerade nicht. Während die Beauftragtenstellung im Verhältnis zum möglichen Geschäftsherrn in Form der Krankenkasse diskutiert werden kann, ist im Fall des Privatarztes dieser selbst der Geschäftsherr. Die eventuell hinter seinen Patienten stehende, private Krankenversicherung dient nur der Refinanzierung der entstandenen Behandlungskosten und beinhaltet keinen Behandlungsauftrag an den Arzt. Ein „Auftrag“ an diesen i. S. d. § 299 StGB ist daher bereits begriffsnotwendig ausgeschlossen.

2.1.3.2 Der niedergelassene Arzt als Beauftragter der Krankenkassen: Der Vertragsarzt

Bei der Behandlung durch einen Vertragsarzt besteht dagegen möglicherweise dieses Dreiecksverhältnis zwischen der Krankenkasse als Geschäftsherrn, dem Arzt als Beauftragtem und z. B. einem Pharmaunternehmen als Vorteilsgeber. Voraussetzung für die Strafbarkeit ist, dass die Krankenkasse unter das Tatbestandsmerkmal des „geschäftlichen Betriebes“ und der Vertragsarzt unter „Beauftragter“ subsumiert werden kann.

2.1.3.2.1 Die Krankenkasse als geschäftlicher Betrieb gem. § 299 Abs. 1 StGB

Geschäftlicher Betrieb ist jede Einrichtung, die ihre wesensgemäßen Aufgaben dadurch erfüllt, dass sie dauerhaft und regelmäßig durch Austausch von Leistung und Gegenleistung am Wirtschaftsleben teilnimmt.²⁶⁷ Die gesetzlichen Krankenkassen werben um Mitglieder und erbringen als Gegenleistung für die regelmäßigen Beiträge ihrer Versicherten Leistungen der Gesundheitsversorgung. Trotz dieser vertraglichen Austauschbeziehungen verfolgen die Krankenkassen keine Gewinnerzielungsabsicht. Sie nehmen nach traditioneller Auffassung eine soziale Aufgabe wahr, die auf dem Grundsatz der Solidarität beruht.²⁶⁸ Das steht der Annahme eines Geschäftsbetriebes nicht entgegen: Im Gegensatz zum Gewerbebetrieb ist beim Geschäftsbetrieb gerade keine Gewinnerzielungsabsicht erforderlich; auf beabsichtigte oder tatsächlich erzielte Einnahmen kommt es damit nicht an.²⁶⁹

²⁶⁷ Vgl. Tiedemann, in: Leipziger Kommentar, § 299 Rn. 18.

²⁶⁸ Vgl. Reese, PharmR 2006, 92 (95).

²⁶⁹ Vgl. Krick, in: MüKo StGB, § 299 Rn. 16.

Das zentrale Erfordernis des Leistungsaustauschs ist durch die von den Versicherten gezahlten Beiträge und die von den Krankenkassen erbrachten Versicherungsleistungen erfüllt.²⁷⁰ Die Kassen nehmen außerdem am Wirtschaftsleben direkt teil, wie deren Wettbewerb untereinander um die lukrativsten Versicherungsnehmer deutlich macht. Krankenkassen sind damit geschäftliche Betriebe i. S. d. § 299 Abs. 1 StGB.²⁷¹

Der Große Senat ließ die Entscheidung des Streites zu der Frage, ob die gesetzlichen Krankenkassen geschäftliche Betriebe im Sinne des § 299 StGB sind, dahinstehen.²⁷² Wie oben dargestellt sind jedoch keine Gründe erkennbar, die gegen die Krankenkasse als geschäftlichen Betrieb sprechen.

2.1.3.2.2 Vertragsarzt als Beauftragter der Krankenkassen

Fraglich ist jedoch, ob der Vertragsarzt bei seiner Tätigkeit so eng mit den Krankenkassen verbunden ist, dass er im konkreten Einzelfall als Beauftragter der Krankenkassen in Erscheinung tritt. Eine solche Beauftragung könnte sich aus den sozialrechtlichen Vorschriften der §§ 95 ff. SGB V ergeben.

Fälle der gesetzlichen, im Gegensatz zur rechtsgeschäftlichen, Beauftragung waren nach der Ansicht mancher ebenfalls von § 299 StGB umfasst. Auch bei Testamentsvollstreckern und Insolvenzverwaltern, die beide als Beauftragte im Sinne des § 299 StGB angesehen werden, sei die Voraussetzung einer rechtsgeschäftlichen Beziehung zwischen Beauftragtem und Auftraggeber nicht gegeben. Dass der Vertragsarzt in keiner unmittelbaren rechtsgeschäftlichen Beziehung zu der Krankenkasse steht, sei daher unerheblich.²⁷³ Die Erstreckung von § 299 StGB auf die gesetzliche Beauftragung entspreche außerdem dessen Wortlaut, der zu den möglichen Gründen des Auftrags gerade keine Angaben mache. Mit der Erfassung des "Beauftragten" solle ein weit auszulegender Auffangtatbestand zur Verfügung stehen, der den gesetzlichen Auftrag mitumfassen solle.²⁷⁴ Dass die Vertragsärzte

²⁷⁰ Vgl. *Pragal*, NStZ 2005, 133 (135).

²⁷¹ ebenso *Krafczyk*, in: FS Mehle, S. 335; *Schmidt/Giring*, in: Handbuch Medizinrecht, a15, Kapitel Rn. 156.

²⁷² Vgl. *BGH*, Beschluss vom 29.03.2012 – GSSt 2/11, NJW 2012, 2530 (2533).

²⁷³ Vgl. *Dannecker*, GesR 2010, 281 (284); *Pragal*, NStZ 2005, 133 (134); *Pragal/Apfel*, A&R 2007, 10 (12); *Fischer*, in: StGB Kommentar, § 299 59. Auflage 2012, Rn. 10b; *Tiedemann*, in: Leipziger Kommentar, § 299 Rn. 18.

²⁷⁴ *LG Hamburg*, Urteil vom 09.12.2010 – 618 Kls 10/09, GesR 2011, 164 (164); *Schmidt*, NStZ 2010, 392 (394).

von den Krankenkassen gesetzlich beauftragt werden, ergebe sich weiter aus den § 72 Abs. 1, § 73 Abs. 2 Nr. 7 mit §§ 31 ff. SGB V. Kraft der sich hieraus ergebenden Kompetenzen konkretisiere der Vertragsarzt das gesetzliche Rahmenrecht des Versicherten auf Krankenbehandlung durch Verordnung von Medikamenten oder Zuweisung von Untersuchungsmaterial an Laborärzte, was eine Eintrittspflicht der jeweiligen Krankenkasse begründe. Dabei sei stets das Wirtschaftlichkeitsgebot gem. § 12 SGB V zu beachten. Der Vertragsarzt habe damit eine dem Insolvenzverwalter oder Testamentsvollstrecker vergleichbare Position und falle wie diese in den Anwendungsbereich des § 299 StGB.²⁷⁵

Ein Großteil der Literatur teilte diese Auffassung jedoch nicht und legte den Wortlaut des § 299 StGB dahingehend aus, dass zwischen dem Beauftragten und dem Auftraggeber eine rechtsgeschäftliche Beziehung bestehen muss.²⁷⁶ Wenngleich der Begriff des Beauftragten nicht nach rein bürgerlich-rechtlichen Gesichtspunkten zu bestimmen sei, setze die Beauftragung aber nach dem allgemeinen Sprachempfinden voraus, dass eine individualisierte rechtsgeschäftliche Beziehung zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten bestehe.²⁷⁷ Des Weiteren sei in § 266 Abs. 1 StGB das Tatbestandsmerkmal der gesetzlichen Befugniseinräumung neben dem Merkmal der rechtsgeschäftlichen selbstständig genannt; die erste Tatbestandsvariante fehle jedoch in § 299 StGB.²⁷⁸ Eine Übertragung gesetzlicher Befugniseinräumungen von § 266 Abs. 1 StGB auf § 299 StGB führe zu einer Überdehnung des Tatbestandes sowie einer unangemessenen Erweiterung des Adressatenkreises und sei daher abzulehnen.²⁷⁹

Nach einer anderen Ansicht bedarf es, unabhängig von der Frage nach der rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Beauftragung, zur Eingrenzung des Tatbestandes des ungeschriebenen Merkmals der (personalen) Berufung des Beauftragten durch seinen Geschäftsherrn. An einer solchen Berufung fehle es im Verhältnis von Arzt und Krankenkassen. Da der Begriff des

²⁷⁵ Dannecker, GesR 2010, 281 (284).

²⁷⁶ Siehe etwa Klötzer, NStZ 2008, 12 (14); Sahan, ZIS 2007, 69 (71 f.); Sahan/Urban, ZIS 2011, 23 (25); Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis § 13 Rn. 13/41; Taschke, StV 2005, 406 (411); Manthey, GesR 2010, 601 (603); Reese, PharmR 2006, 92 (96); Eggerts/Klümper, A&R 2010, 211 (214); Schmidl, wistra 2006, 286 (288).

²⁷⁷ Sahan, ZIS 2007, 69 (72).

²⁷⁸ Geis, wistra 2005, 369 (370).

²⁷⁹ Vgl. Klötzer, NStZ 2008, 12 (14); Weidhaas, ZMGR 2010, 198 (203); Reese, PharmR 2006, 92 (98).

Beauftragten nicht nach rein bürgerlich-rechtlichen Gesichtspunkten zu bestimmen sei, sondern vielmehr die tatsächlichen Verhältnisse maßgeblich sind, müsse zu der rein objektiven Beauftragung im weitesten Sinne noch ein personales Befugniserteilungselement treten, um eine Ausuferung des Tatbestandes des § 299 StGB zu verhindern. An diesem tatbestandsimmanenten Element der Berufung des Täters durch den Geschäftsherrn fehle es im Verhältnis vom Vertragsarzt zur Krankenkasse. Der Vertragsarzt wäre, wenn überhaupt, nur gesetzlich berufen und auch dies nicht durch die Krankenkassen, sondern im gesetzlichen Zulassungsverfahren durch den Zulassungsausschuss, der sowohl gegenüber der Krankenkasse als auch gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung weisungsunabhängig ist.²⁸⁰

Im Übrigen dürfe die Tatsache nicht außer Acht gelassen werden, dass es den Krankenkassen im Regelfall untersagt sei, in direkte Rechtsbeziehungen mit den Kassenärzten einzutreten. Die Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung obliege grundsätzlich den KVen, § 75 SGB V. Die Krankenkassen dürften nur dann Einzel- oder Gruppenverträge mit Ärzten abschließen, wenn zu befürchten steht, dass die KVen diesen Sicherstellungsauftrag nicht mehr erfüllen können, § 72a SGB V. Dies sei z. B. dann der Fall, wenn ganze Ärztegruppen kollektiv aus dem vertragsärztlichen Versorgungssystem ausstiegen.²⁸¹

Dieses dabei deutlich werdende Fehlen des personalen Befugniserteilungselements werde noch dadurch hervorgehoben, dass es dem Selbstverständnis der Vertragsärzte fundamental widerspreche, als Beauftragte der Krankenkassen eingestuft zu werden.²⁸² Nun obliegt es sicher nicht dem betroffenen Rechtspublikum, sondern allein den Gerichten, über die Auslegung von Tatbestandsmerkmalen zu entscheiden. Die Vertreter der Ansicht, dass der Vertragsarzt Beauftragter der Krankenkassen ist, müssen sich dennoch die Frage gefallen lassen, ob ihre Auslegung des § 299 StGB noch von der Wortsinngrenze gedeckt ist oder aber nicht.²⁸³

²⁸⁰ Vgl. *Geis*, wistra 2005, 369 (370); *Geis*, GesR 2006, 345 (347); *Geis*, wistra 2007, 361 (362); *Reese*, PharmR 2006, 92 (97); a. A. *Schmidt*, NStZ 2010, 392 (394); *Pragal/Apfel*, A&R 2007, 10 (12) der im gesetzlichen Zulassungsverfahren das personale (!) Befugniserteilungselement zu erkennen glaubt.

²⁸¹ *Geis*, wistra 2007, 361 (362); *Sahan*, ZIS 2007, 69 (73).

²⁸² *Deutscher Ärztetag*, Beschlussprotokoll des 113. Deutschen Ärztetages vom 14.05.2010 S. 94; ebenso *Steinhilper*, MedR 2010, 497 (499); *Geis*, GesR 2011, 641 (642); *Sobotta*, GesR 2010, 471 (472).

²⁸³ Vgl. *Geis*, GesR 2011, 641 (643).

Der Große Senat ging vom Erfordernis eines personalen Befugniserteilungselements aus und ließ damit die Frage dahinstehen, ob dem Verhältnis des Beauftragten zum jeweiligen Geschäftsbetrieb zwingend eine rechtsgeschäftliche Rechtsbeziehung zugrundeliegen muss oder nicht.²⁸⁴ An diesem personalen Befugniselement fehle es nach Ansicht des Großen Senats im Verhältnis des Vertragsarztes zur Krankenkasse.

Der Senat sah es dabei als unerheblich an, dass die gesetzlichen Krankenkassen zu den Vertragsärzten keine unmittelbaren Rechtsbeziehungen aufnehmen dürfen, die Vertragsärzte nicht rechtsgeschäftlich, sondern durch Verwaltungsakt gemäß § 95 SGB V zugelassen werden und es sich beim Arztberuf um einen Freien Beruf handelt.²⁸⁵

Gegen das Vorliegen eines personalen Befugniselements spreche vielmehr, dass der Vertragsarzt gerade nicht eigenverantwortlich über Konkretisierung und Reichweite der Leistungspflicht abschließend und alleinverantwortlich entscheiden könne. Diese Grenzen seien ihm vielmehr durch abstrakt-generelle Regelungen im Bundesmantelvertrag für Ärzte nach § 87 SGB V und den Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses nach § 92 SGB V vorgegeben.²⁸⁶ Die Kostentragungspflicht der Krankenkasse stelle nach Ansicht des Senats außerdem nur eine Fernwirkung bzw. einen Reflex der im Kern öffentlich-rechtlichen Aufgabe der Krankenbehandlung durch den Vertragsarzt dar,²⁸⁷ die primär für seinen Patienten und nicht für die Krankenkasse erfolge.

Gegen ein personales Befugniselement spreche ebenfalls die sog. aut-idem-Substitution in den Apotheken. Im Regelfall könne der Apotheker an den Patienten auch ein wirkstoffgleiches, aber preisgünstigeres Medikament abgeben, es sei denn, der Arzt habe diese Möglichkeit aktiv ausgeschlossen und gegebenenfalls begründet. Der Vertragsarzt handele damit bei der Verordnung von Arzneimitteln gerade nicht als Beauftragter der gesetzlichen Krankenkassen, da seine Rechtsmacht zur Konkretisierung des Anspruchs des gesetzlich Versicherten auf Leistung durch die KK dahin eingeschränkt sei, dass er lediglich die medizinischen Voraussetzungen des Eintritts des Versicherungsfalles feststelle. Die sich hieraus ergebende Leistungspflicht

²⁸⁴ Vgl. BGH, Beschluss vom 29.03.2012 – GSSt 2/11, NJW 2012, 2530 (2533).

²⁸⁵ Vgl. BGH, NJW 2012, 2530 (2533).

²⁸⁶ Vgl. BGH, NJW 2012, 2530 (2534).

²⁸⁷ so bereits Sobotta, GesR 2010, 471 (474); Eggerts/Klümper, A&R 2010, 211 (214); Sahan, ZIS 2007, 69 (73); Reese, PharmR 2006, 92 (96); a. A. Krick, A&R 2011, 3 (11).

der KK habe nur die einem Reflex vergleichbare Wirkung. Eine solche Grenze zeige sich gerade an der aut-idem-Substitution.²⁸⁸

Auch die Bindung des Vertragsarztes an das Wirtschaftlichkeitsgebot gem. § 12 SGB V spreche nicht zwingend für ein personales Befugniselement, da auch hier das Verhältnis zum Patienten und nicht zur Krankenkasse für die Behandlung maßgeblich sei.²⁸⁹ Das in § 72 SGB V gesetzlich vorgeschriebene Konzept, das von einem gleichgeordneten Zusammenwirken der Leistungserbringer mit den Krankenkassen zur Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung ausgehe, stehe der Annahme einer Beauftragung des Vertragsarztes weiter entgegen. Hinzu komme, dass die Krankenkasse keinen Einfluss auf das Zustandekommen des einzelnen Behandlungsverhältnisses nehmen könne, auf dessen Grundlage sich die ärztliche Verordnung eines Arzneimittels zu Lasten der Krankenkasse vollziehe. Vielmehr liege diese Entscheidung beim Patienten, der seinen Vertragsarzt frei wählen könne. Aus objektiver Sicht werde der Vertragsarzt bei wertender Betrachtung in erster Linie im Interesse des Patienten und nicht dessen Krankenkasse tätig.²⁹⁰

In dieses im Zentrum der Leistungserbringung stehende Arzt-Patienten-Verhältnis integriert der Große Senat auch das Rechtskonkretisierungskonzept des Bundessozialgerichts: Wenngleich die Verordnung eines Arzneimittels den gesetzlichen Leistungsanspruch des Versicherten auf Sachleistungen konkretisiere, habe die die Krankenkasse treffende Leistungspflicht nur die einem Reflex vergleichbare Wirkung. Die Verordnung sei untrennbarer Bestandteil der ärztlichen Behandlung und vollziehe sich innerhalb des von persönlichem Vertrauen geprägten Verhältnisses zwischen dem gesetzlich krankenversicherten Patienten und seinem Arzt.²⁹¹

2.1.3.3 Ergebnis

Der Entscheidung ist vollumfänglich zuzustimmen. Der Große Senat setzt den Vertragsarzt, der ab 2003 argumentativ näher und näher an die Krankenkassen gerückt wurde, juristisch wieder an den Ort, an den er gehört: zu seinen Patienten. Diese kämen nie auf die Idee, in ihrem selbstgewählten Arzt einen Beauftragten zu sehen, der die Krankenkasse anstelle des

²⁸⁸ Vgl. *BGH*, Beschluss vom 29.03.2012 – GSSt 2/11, NJW 2012, 2530 (2533 f.).

²⁸⁹ Vgl. *BGH*, NJW 2012, 2530 (2535).

²⁹⁰ Vgl. *BGH*, NJW 2012, 2530 (2533).

²⁹¹ Vgl. *BGH*, NJW 2012, 2530 (2533); *Klümper*, A&R 2012, 147 (150).

Patienten in den Mittelpunkt seiner ärztlichen Entscheidung setzt.²⁹² Eine argumentative Übertragung der Wahrnehmung bestimmter rechtlicher Gegebenheiten in der Bevölkerung auf die Subsumtion juristischer Sachverhalte ist zwar mit Bedacht vorzunehmen. Andererseits findet jede Auslegung eines Tatbestandsmerkmals bzw. vom Gesetz gebrauchten Begriffs im möglichen Wortsinn der auszulegenden Norm ihre Grenzen.²⁹³ Der mögliche Wortsinn wiederum wird vom Wortverständnis der Allgemeinheit der Bürger bestimmt, da andernfalls im Strafrecht die Erkennbarkeit und Vorhersehbarkeit der Strafdrohung für den Normadressaten nicht gegeben ist.²⁹⁴ Und nach dem Wortsinnverständnis der Ärzteschaft wie auch der Bevölkerung nimmt der niedergelassene Arzt, an den sich die Patienten vertrauensvoll mit ihren körperlichen Beschwerden und oft genug auch seelischen Problemen wenden, gerade keine Aufgabe der Krankenkassen wahr, sondern er wird allein aufgrund des ihm von seinen Patienten entgegengebrachten Vertrauens tätig.²⁹⁵

Der Beschluss wurde in der Literatur begrüßt, da sich nach der ganz herrschenden Meinung weder die Amtsträgerstellung noch die Beauftragteneigenschaft des Vertragsarztes *de lege lata* begründen lässt.²⁹⁶ Die Sorgfalt, mit der der BGH seine Entscheidung begründet hatte, sowie die Tatsache, dass er streng rechtsdogmatisch eine Strafbarkeit gemäß § 299 StGB ablehnte, wenngleich dies als politisch unbequem aufgefasst werden konnte,²⁹⁷ wurden positiv bewertet. Einigkeit bestand auch darüber, dass der Gesetzgeber am Zug war.²⁹⁸

²⁹² Vgl. *Steinhilper*, MedR 2010, 497 (499).

²⁹³ Vgl. *Zippelius*, Juristische Methodenlehre S. 61.

²⁹⁴ Vgl. *BVerfG*, Urteil vom 11.11.1986 – 1 BvR 713/83, 921, 1190/84 und 333, 248, 306, 497/85, NJW 1987, 43 (236).

²⁹⁵ So auch *Geis*, GesR 2011, 641 (643).

²⁹⁶ Vgl. *Brand/Hotz*, PharmR 2012, 317 S. 319; *Hecker*, JuS 2012, 852 (855).

²⁹⁷ Vgl. *Geiger*, CCZ 2012, 172 (177).

²⁹⁸ Vgl. *Dannecker*, ZRP 2013, 37 (41); *Dannecker/Schröder*, in: *Nomos StGB*, § 299a Rn. 4.

2.2 Der Gang der Gesetzgebung

2.2.1 Vorschläge

2.2.1.1 Änderung des SGB V²⁹⁹

Und der Gesetzgeber wurde tätig: Eine aktuelle Stunde im Bundestag am 28.06.2012 beschäftigte sich mit diesem Urteil. Edgar Franke (SPD)³⁰⁰, Harald Weinhammer (Die Linke)³⁰¹ und Maria Klein-Schmeink (Bündnis 90 / Die Grünen)³⁰² sprachen sich für einen speziellen Korruptionsstraftatbestand aus, während Gesundheitsminister Daniel Bahr (FDP),³⁰³ Jens Spahn (CDU)³⁰⁴ und Heinz Lanfermann (FDP)³⁰⁵ die Freiberuflichkeit der Ärzte betonten, auf die berufsrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten hinwiesen und zu einer bedachten Vorgehensweise mahnten.

Entsprechend den in der aktuellen Stunde geäußerten Positionen der einzelnen Parteien wurde am 27.06.2013 gegen das Votum der Opposition und mit der Mehrheit der regierenden Parteien CDU/CSU und FDP das Gesetz zur Förderung der Prävention angenommen.³⁰⁶ Dieses Gesetz fügte an den bestehenden § 70 SGB V einen Abs. 3 an:³⁰⁷

- (3) Die Leistungserbringer, die andere Leistungserbringer oder Dritte an der Versorgung beteiligen, haben eine am Vertrauen des Versicherten in die Unabhängigkeit medizinischer Entscheidungen und am Gebot der Wirtschaftlichkeit orientierte Zusammenarbeit unter Berücksichtigung der Anbietervielfalt zu gewährleisten. Leistungserbringer und ihre Angestellten oder Beauftragten dürfen keine Entgelte oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteile für sich oder Dritte als Gegenleistung dafür fordern, sich versprechen lassen oder annehmen, dass sie andere Leistungserbringer oder Dritte bei der Verordnung von Leistungen, der Zuweisung an Leistungserbringer, der Abgabe von Mitteln oder der

²⁹⁹ Deutscher Bundestag, BT-Drs. 17/14184 S. 14.

³⁰⁰ Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 17/187 S. 22360.

³⁰¹ Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 17/187 S. 22363.

³⁰² Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 17/187 S. 22366.

³⁰³ Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 17/187 S. 22362.

³⁰⁴ Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 17/187 S. 22365.

³⁰⁵ Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 17/187 S. 22367.

³⁰⁶ Deutscher Bundestag, Die Beschlüsse des Bundestages am 27. und 28. Juni vom 28.06.2013; Deutscher Bundestag, BT-Drs. 17/14184.

³⁰⁷ Deutscher Bundestag, BT-Drs. 17/14184 S. 14.

sonstigen Veranlassung von Leistungen für die Untersuchung oder Behandlung von Versicherten nach diesem Buch in unangemessener unsachlicher Weise begünstigen oder bevorzugen. Ebenfalls unzulässig ist es, Leistungserbringern, ihren Angestellten oder Beauftragten solche Vorteile für diese oder Dritte anzubieten, zu versprechen oder zu gewähren. Vorteile sind auch solche nach § 128 Absatz 2 Satz 3.

Außerdem sollte § 307c SGB V neu mit folgendem Wortlaut eingefügt werden:³⁰⁸

§ 307c Strafvorschriften

- (1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer entgegen § 70 Absatz 3 Satz 2 oder Satz 3, jeweils auch in Verbindung mit Satz 4, einen dort genannten und nicht nur geringfügigen wirtschaftlichen Vorteil annimmt oder gewährt.
- (2) Mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren wird bestraft, wer in den Fällen des Absatzes 1 gewerbsmäßig handelt.
- (3) Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält. Antragsberechtigt sind der betroffene Versicherte, seine gesetzliche Krankenkasse, die Kassenärztliche oder Kassenzahnärztliche Vereinigung und die berufsständische Kammer, bei denen der Täter Mitglied ist, und deren andere Mitglieder. Antragsberechtigt sind auch die in § 8 Absatz 3 Nummer 2 und 4 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb bezeichneten Verbände und Kammern.

2.2.1.2 Gesetzesentwurf des Bundesrates vom 14.08.2013³⁰⁹

Die Opposition kritisierte diesen Vorschlag als nicht weitgehend genug, da er ob seiner Stellung im SGB V nur die Kassenärzte, nicht aber die Privatärzte umfasste. Der rot-rot-grün geführte Bundesrat brachte am 14.08.2013 nach entsprechender Initiative der Länder Hamburg und Mecklenburg-Vorpommern vom 30.05.2013³¹⁰ einen eigenen Gesetzesentwurf in den Bundestag ein, der einen neuen Straftatbestand § 299a StGB zur Bekämpfung der Korruption vorsah:³¹¹

³⁰⁸ Deutscher Bundestag, BT-Drs. 17/14184 S. 16.

³⁰⁹ Deutscher Bundestag, BT-Drs. 17/14575.

³¹⁰ Bundesrat, BR-Drs. 451/13.

³¹¹ Deutscher Bundestag, BT-Drs. 17/14791 S. 7.

§ 299a StGB-E Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen

- (1) Wer als Angehöriger eines Heilberufs, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert, im Zusammenhang mit der Ausübung dieses Berufs einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei dem Bezug, der Verordnung oder der Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten oder bei der Zuweisung von Patienten oder Untersuchungsmaterial
 1. einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb bevorzuge oder
 2. sich in sonstiger unlauterer Weise beeinflussen lasse,wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
- (2) Ebenso wird bestraft, wer einem Angehörigen eines Heilberufs im Sinne des Absatzes 1 im Zusammenhang mit dessen Berufsausübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er bei dem Bezug, der Verordnung oder der Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten oder bei der Zuweisung von Patienten oder Untersuchungsmaterial
 1. ihn oder einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb bevorzuge oder
 2. sich in sonstiger unlauterer Weise beeinflussen lasse.

§ 300 StGB-E Besonders schwere Fälle der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr und im Gesundheitswesen

In besonders schweren Fällen wird eine Tat nach §§ 299 und 299a mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn

1. die Tat sich auf einen Vorteil oder eine Bevorzugung großen Ausmaßes bezieht oder
2. der Täter gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat.

§ 302 StGB-E Erweiterter Verfall

In den Fällen der §§ 299 und 299a ist § 73d anzuwenden, wenn der Täter gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat.

Die 17. Wahlperiode endete mit einem Patt: Der Bundestag konnte sich vor den Bundestagswahlen am 22.09.2013 nicht mehr mit diesem Gesetzesentwurf befassen. Das Gesetz zur Förderung der Prävention wurde in der 914. Sitzung des Bundesrates am 20.09.2013 in den Vermittlungsausschuss verwiesen³¹² und wegen der Diskontinuität nicht weiterverfolgt.

2.2.1.3 Stellungnahme der Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht des DAV³¹³

In ihrer Stellungnahme vom Oktober 2014 ging die Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht des DAV mit dem Vorschlag des Bundesrates grundsätzlich konform und sah nur geringen Änderungsbedarf. Die Änderungen im Vergleich zur Fassung des Bundesrates sind, wie auch im Original der Stellungnahme, fett hervorgehoben.

§ 299a StGB-E Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen

- (1) Wer als Angehöriger eines Heilberufs, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung oder eine Erlaubnis erfordert, im Zusammenhang mit der Ausübung dieses Berufs einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei dem Bezug, der Verordnung oder der Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten oder bei der Zuweisung von Patienten oder Untersuchungsmaterial
 1. einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb bevorzuge oder
 2. sich in sonstiger unlauterer Weise beeinflussen lasse,wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
- (2) Ebenso wird bestraft, wer einem Angehörigen eines Heilberufs im Sinne des Absatzes 1 im Zusammenhang mit dessen Berufsausübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er bei dem Bezug, der Verordnung oder der Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten oder bei der Zuweisung von Patienten oder Untersuchungsmaterial

³¹² Deutscher Bundestag, BT-Drs. 17/14791.

³¹³ Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme des Ausschusses Medizinrecht vom Oktober 2014.

1. ihn oder einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb bevorzugen oder
 2. sich in sonstiger unlauterer Weise beeinflussen lassen.
- (3) **Der Tatbestand des § 299a Abs. 1 ist nicht verwirklicht, wenn der Behandelnde seiner Informationspflicht nach § 630c BGB nachgekommen oder eine Beanstandung durch die Berufsaufsicht unterblieben ist.**

Die übrigen Änderungen in den §§ 300 und 302 StGB-E wurden unverändert übernommen.

2.2.1.4 Bayerischer Entwurf³¹⁴

Das bayerische Staatsministerium der Justiz veröffentlichte am 06.11.2014 einen eigenen Entwurf zu § 299a StGB-E.³¹⁵ Die Hervorhebungen der Verfasserin dienen der Verdeutlichung der Unterschiede zum Entwurf des Bundesrates vom 14.08.2013.

§ 299a Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen

- (1) Wer als Angehöriger eines Heilberufs, **für den im Inland eine berufsständische Kammer eingerichtet ist**, im Zusammenhang mit der Ausübung dieses Berufs einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei dem Bezug, der Verordnung, **der Empfehlung, der Verabreichung** oder der Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten oder bei der **Zuführung** von Patienten oder Untersuchungsmaterial
1. einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb **in unlauterer Weise** bevorzugen oder
 2. in sonstiger Weise **seine Berufsausübungspflichten verletze**,
- wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

³¹⁴ Bayerisches Staatsministerium der Justiz, Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen vom 06.11.2014.

³¹⁵ Vgl. Dannecker/Schröder, in: Nomos StGB, § 299a Rn. 12 ff.

- (2) Ebenso wird bestraft, wer einem Angehörigen eines Heilberufs im Sinne des Absatzes 1 im Zusammenhang mit dessen Berufsausübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er bei dem Bezug, der Verordnung, **der Empfehlung, der Verabreichung** oder der Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten oder bei der **Zuführung** von Patienten oder Untersuchungsmaterial
1. ihn oder einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb **in unlauterer Weise** bevorzuge oder
 2. in sonstiger Weise **seine Berufsausübungspflichten verletze**.

§ 300 StGB-E Besonders schwere Fälle der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr und im Gesundheitswesen

In besonders schweren Fällen wird eine Tat nach den §§ 299 und 299a mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn

1. die Tat sich auf einen Vorteil großen Ausmaßes bezieht,
2. der Täter gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat **oder**
3. **der Täter einen anderen Menschen durch die Tat in die Gefahr einer erheblichen Gesundheitsschädigung bringt**.

Die für § 302 StGB-E vorgeschlagenen Änderungen wurden unverändert übernommen.

2.2.1.5 Referentenentwurf³¹⁶

Diesem Entwurf inhaltlich sehr ähnlich ist der Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 04.02.2015. Erstmals wurde die Korruption im Gesundheitswesen als Antragsdelikt ausgestaltet, siehe die geplante Änderung des § 301 StGB, die bei den bisherigen Entwürfen noch nicht enthalten war. Zur Verdeutlichung der Unterschiede zum Entwurf des Bundesrates vom 14.08.2013 wurden diese durch die Verfasserin hervorgehoben.

³¹⁶ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Referentenentwurf vom 04.02.2015.

§ 299a Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen

- (1) Wer als Angehöriger eines Heilberufs, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert, im Zusammenhang mit der Ausübung seines Berufs einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei dem Bezug, der Verordnung oder der Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten oder bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial

1. einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb **in unlauterer Weise** bevorzuge oder
2. in sonstiger Weise **seine Berufsausübungspflichten verletze**,

wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

- (2) Ebenso wird bestraft, wer einem Angehörigen eines Heilberufs im Sinne des Absatzes 1 im Zusammenhang mit dessen Berufsausübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er bei dem Bezug, der Verordnung oder der Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten oder bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial

1. ihn oder einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb **in unlauterer Weise bevorzuge** oder
2. in sonstiger Weise **Berufsausübungspflichten verletze**.

§ 301 Strafantrag³¹⁷

- (1) Die Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr nach § 299 sowie die Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen nach § 299a werden nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.

³¹⁷ Aus Gründen der Lesbarkeit wurde auf eine Hervorhebung des gesamten Paragraphen verzichtet.

- (2) Das Recht, den Strafantrag nach Absatz 1 zu stellen, haben neben dem Verletzten
1. in Fällen nach § 299 alle in § 8 Absatz 3 Nummer 1, 2 und 4 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb bezeichneten Gewerbetreibenden, Verbände und Kammern und
 2. in Fällen nach § 299a
 - a) die berufsständische Kammer, in der der Täter im Zeitpunkt der Tat Mitglied war,
 - b) jeder rechtsfähige Berufsverband, der die Interessen von Verletzten im Wettbewerb vertritt, und
 - c) die gesetzliche Kranken- und Pflegekasse oder das private Kranken- und Pflegeversicherungsunternehmen des Verletzten.

§ 300 sowie § 302 StGB-E wurden im Vergleich zum Gesetzesentwurf des Bundesrates vom 14.08.2013³¹⁸ fast unverändert übernommen.

2.2.1.6 Gesetzesentwurf der Bundesregierung³¹⁹

Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Drucksache 18/6446 vom 21.10.2015, zeigt inhaltlich deutliche Anleihen an dem soeben dargestellten Referentenentwurf. Die größte Änderung ist die Einführung eines § 299b StGB-E, wodurch die passive Bestechlichkeit sowie die aktive Bestechung ähnlich den §§ 331 ff. StGB in zwei getrennte Paragraphen aufgeteilt wurden. Auch die Tatbestandsalternative des § 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB-E änderte sich erneut. Am Strafantragserfordernis wurde festgehalten, während der Kreis der Antragsberechtigten um die KV bzw. KZV erweitert wurde:

§ 299a Bestechlichkeit im Gesundheitswesen

- (1) Wer als Angehöriger eines Heilberufs, **der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert**, im Zusammenhang mit der Ausübung seines Berufs einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei der Verordnung

³¹⁸ Deutscher Bundestag, BT-Drs. 17/14575.

³¹⁹ Deutscher Bundestag, BT-Drs. 18/6446.

oder der Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten oder bei der **Zuführung** von Patienten oder Untersuchungsmaterial

1. einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb **in unlauterer Weise bevorzuge** oder
2. **seine berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit verletze,**

wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

- (2) Ebenso wird bestraft, wer als Angehöriger eines Heilberufs im Sinne des Absatzes 1 einen Vorteil dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei dem Bezug von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten, die zur Abgabe an den Patienten bestimmt sind, seine berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit verletze.

§ 299b Bestechung im Gesundheitswesen³²⁰

- (1) Wer einem Angehörigen eines Heilberufs im Sinne des § 299a Absatz 1 im Zusammenhang mit dessen Berufsausübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er bei der Verordnung oder der Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten oder bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial

1. ihn oder einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge oder
2. seine berufsrechtlichen Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit verletze,

wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

- (2) Ebenso wird bestraft, wer einem Angehörigen eines Heilberufs im Sinne des Absatz 1 im Zusammenhang mit dessen Berufsausübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er bei dem Bezug von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten, die zur Abgabe an den Patienten bestimmt sind, seine berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit verletze.

³²⁰ Aus Gründen der Lesbarkeit wurde auf eine Hervorhebung des gesamten Paragraphen verzichtet.

§ 300 Besonders schwere Fälle der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr und im Gesundheitswesen

In besonders schweren Fällen wird die Tat nach § 299, 299a **oder § 299b** mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn

1. die Tat sich auf einen Vorteil großen Ausmaßes bezieht oder
2. der Täter gewerbsmäßig handelt oder als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat.

§ 301 Strafantrag

- (1) Die Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr nach § 299 sowie die Bestechlichkeit im Gesundheitswesen und die Bestechung im Gesundheitswesen nach den §§ 299a, 299b werden nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.
- (2) Das Recht, den Strafantrag nach Absatz 1 zu stellen, haben neben dem Verletzten
 1. in den Fällen des § 299 Absatz 1 Nummer 1 und Absatz 2 Nummer 1 die in § 8 Absatz 3 Nummer 2 und 4 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb bezeichneten Gewerbetreibenden, Verbände und Kammern und
 2. in den Fällen der §§ 299a, 299b
 - a) die berufsständische Kammer **und die kassenärztliche und die kassenzahnärztliche Vereinigung**, in der der Täter im Zeitpunkt der Tat Mitglied war,
 - b) jeder rechtsfähige Berufsverband, der die Interessen von Verletzten im Wettbewerb vertritt, und
 - c) die gesetzliche Kranken- und Pflegekasse **des Patienten** oder das private Kranken- und Pflegeversicherungsunternehmen **des Patienten**.

§ 302 Erweiterter Verfall

In den Fällen der §§ 299, 299a **und 299b** ist § 73d anzuwenden, wenn der Täter gewerbsmäßig handelt oder als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat.

In dieser Variante des § 300 StGB-E finden sich wie zuvor nur zwei benannte besonders schwere Fälle, der Fall des Vorteils großen Ausmaßes sowie die gewerbsmäßige bzw. bandenmäßige Begehung. Hierzu nahm der Bundesrat in seiner Sitzung vom 25.09.2015 Stellung und forderte die Einführung eines dritten besonders schweren Falles mit folgendem Wortlaut:

"3. der Täter einen anderen Menschen durch die Tat in eine Gefahr einer erheblichen Gesundheitsschädigung bringt."

Die Begründung hierfür war, dass Korruption im Gesundheitswesen nicht nur nachteilige finanzielle Auswirkungen für den Kostenträger nach sich ziehen könne, sondern durch ein solches Verhalten bedingte Gesundheitsschäden für die Betroffenen gravierend seien. Es sei in der Außenwirkung schwer vermittelbar, dass eine körperliche Schädigung als Folge korrupten Verhaltens hinter den übrigen Tatbestandsmerkmalen zurückstehen solle.³²¹ Die Bundesregierung stimmte diesem Vorschlag jedoch nicht zu, da es weder systematisch angezeigt noch sachlich erforderlich sei, die Gefahr einer erheblichen Gesundheitsschädigung in den Katalog der benannten besonders schweren Fälle aufzunehmen. Dieses vorgeschlagene Regelbeispiel sei einseitig auf die neu zu schaffenden Vorschriften ausgerichtet. Außerdem sei in einem Fall einer erheblichen Gesundheitsgefährdung regelmäßig ein unbenannter besonders schwerer Fall nach § 300 Abs. 1 S. 1 StGB-E anzunehmen.³²²

2.2.2 Die endgültige Fassung³²³

Die Bezugnahme auf die Verletzung der berufsrechtlichen Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit stieß besonders mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot auf heftige Kritik.³²⁴ In einer Expertenanhörung im

³²¹ *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446 S. 34.

³²² *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446 S. 36.

³²³ *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/8106.

³²⁴ bereits zum noch weiter gefassten Merkmal im bayerischen Entwurf vom 06.11.2014 *Schneider/Kaltenhäuser*, medstra 2015, 24 (31); zum bezüglich dieses Merkmals identischen Referentenentwurf vom 04.02.2015 *Aldenhoff/Valluet*, medstra 2015, 195 (196 f.); ebenfalls zum Referentenentwurf *Kubiciel/Tsambikakis*, medstra 2015, 11 (14) und *Wigge*, NZS 2015, 447 (450); zum Regierungsentwurf *Pragal/Handel*, medstra 2015, 337 (342); *Dannecker/Schröder*, in: *Nomos StGB*, § 299a Rn. 20 ff. m.w.N.

Bundestag³²⁵ am 02.12.2015 sprach sich der Vorsitzende der Bundesärztekammer, Dr. Montgomery, für eine Streichung dieser Tatbestandsalternative aus: Da die Definition und der Inhalt der heilberuflichen Unabhängigkeit von den Ärztekammern auf Landesebene bestimmt werde, sei nicht auszuschließen, dass es in Zukunft zu einer uneinheitlichen Anwendung des Strafrechts kommen werde.³²⁶ Der Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz folgte dessen Argumenten und sprach sich als Beschlussempfehlung für folgenden Wortlaut aus:³²⁷

§ 299a Bestechlichkeit im Gesundheitswesen

Wer als Angehöriger eines Heilberufs, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert, im Zusammenhang mit der Ausübung seines Berufs einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er

1. bei der Verordnung von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten,
2. bei dem Bezug von Arznei- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten, die jeweils zur unmittelbaren Anwendung durch den Heilberufsangehörigen oder einen seiner Berufshelfer bestimmt sind, oder
3. bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial

einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzugen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

§ 299b Bestechung im Gesundheitswesen

Wer einem Angehörigen eines Heilberufs im Sinne des § 299a Absatz 1 im Zusammenhang mit dessen Berufsausübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er

³²⁵ *Deutscher Bundestag*, Protokoll der 77. Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 02.12.2015.

³²⁶ *Deutscher Bundestag a.a.O.* S. 35 f.; ebenso *Pragal/Handel*, medstra 2015, 337 (342); einen bundeseinheitlichen Kernbereich der Pflicht zur heilberuflichen Unabhängigkeit fordernd *Gaede*, medstra 2015, 263 (266); a. A. mit Verweis auf das Umweltstrafrecht und die Amtsträgerdelikte *Kubicieł*, *Wij* 2016, 1 (5).

³²⁷ *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/8106.

1. bei der Verordnung von Arznei-, Heil oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten,
2. bei dem Bezug von Arznei- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten, die jeweils zur unmittelbaren Anwendung durch den Heilberufsangehörigen oder einen seiner Berufshelfer bestimmt sind, oder
3. bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial

ihn oder einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

§ 300 Besonders schwere Fälle der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr und im Gesundheitswesen

[bis auf eine redaktionelle Änderung unverändert]

§ 301 Strafantrag

[entfällt]

§ 302 Erweiterter Verfall

[entfällt]

Die Apotheker wurden durch die Streichung der Tathandlung der Abgabe von Arznei- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten bzw. des Bezugs der zur Abgabe an den Patienten bestimmten Arznei- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten von der Strafbarkeit ausgenommen. Diese bewussten und gewollten Ausnahmen³²⁸ von der Strafbarkeit wurden vom Bundesrat bzw. dem entsprechenden Ausschuss erkannt, der Vermittlungsausschuss gem. Art. 77 Abs. 2 GG jedoch nicht angerufen. Statt dessen beschränkte sich der Bundesrat auf die Bitte an die Bundesregierung, zu beobachten, ob zukünftig in der Praxis Strafverfolgungslücken in einem Umfang aufträten, der geeignet sei, das Vertrauen der Patienten in das Gesundheitssystem zu beeinträchtigen.³²⁹

³²⁸ A.A. Dannecker/Schröder, in: Nomos StGB, § 299a Rn. 26, 110, der von einer wohl unabsichtlichen Folge bzw. „Kollateraleffekt“ spricht.

³²⁹ Bundesrat, BR-Drs. 181/16 (Beschluss) S. 2.

Das erscheint als überraschend zaghafter Umgang mit gewollten Strafbarkeitslücken in einem Gesetz, das geschaffen wurde, um „unerträgliche“ Strafbarkeitslücken in § 299 StGB zu schließen. Das gilt erst Recht wenn man bedenkt, dass Justizminister Heiko Maas nur einen Tag vor der Entscheidung des Ausschusses des Bundesrates, am 12.05.2016, am Internationalen Gipfeltreffen zur Bekämpfung der Korruption in London teilgenommen hatte und erklärte, dass es für Korruption weltweit null Toleranz geben dürfe, für das Gesundheitswesen niedergelegt in den Country Commitments: „Germany is committed to fighting bribery in the health care sector by ending impunity for those who give or take bribes“.³³⁰ Es bleibt zu hoffen, dass die Apotheker den in sie gesetzten Erwartungen als unbestechlicher Berufsstand gerecht werden.³³¹

Nichtsdestotrotz wurde das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 30.05.2016, welches unter anderem das Strafgesetzbuch um die §§ 299a, 299b StGB in der zuletzt dargestellten Formulierung erweiterte, am 03.06.2016 verkündet und trat am 04.06.2016 in Kraft.³³² Ob es dem Gesetzgeber gelang, die zu den vorangegangenen Entwürfen laut gewordenen Bedenken bezüglich der Verfassungsmäßigkeit auszuräumen und welche Probleme sich bei der praktischen Anwendung der neuen Straftatbestände ergeben, wird im folgenden Kapitel erörtert werden.

³³⁰ Zum download bereitgestellt unter http://www.bmjbv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2016/05122016_Internationaler_Korruptionsbekaempfungsgipfel.html, nur englisch.

³³¹ König Friedrich-Wilhelm von Preußen hätte an dieser Stelle wohl Bedenken, siehe das Zitat in der Einleitung, Fn. 1.

³³² BGBl. I 2016, 1254.

2.2.3 Tabellarische Übersicht

Gesetzesentwurf des Bundesrates	Bayerischer Entwurf	Referentenentwurf	Gesetzesentwurf der Bundesregierung	Endgültige Fassung
14.08.2013 (BR-Drs. 451/13)	06.11.2014 (Bay. St.M. d. Justiz)	04.02.2015 (BMJV)	21.10.2015 (BT-Drs. 18/6446)	04.06.2016 (BT-Drs. 18/8106)
§ 299a	§ 299a	§ 299a	§ 299a	§ 299a
Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen	Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen	Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen	Bestechlichkeit im Gesundheitswesen	Bestechlichkeit im Gesundheitswesen
Wer als Angehöriger eines Heilberufs,	Wer als Angehöriger eines Heilberufs,	Wer als Angehöriger eines Heilberufs,	Wer als Angehöriger eines Heilberufs,	Wer als Angehöriger eines Heilberufs,
der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert,	für den im Inland eine berufsständische Kammer eingerichtet ist,	der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert,	der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert,	der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert,
im Zusammenhang mit der Ausübung dieses Berufs einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür versprechen lässt oder annimmt, dass er	im Zusammenhang mit der Ausübung dieses Berufs einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er	im Zusammenhang mit der Ausübung seines Berufs einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür versprechen lässt oder annimmt, dass er	im Zusammenhang mit der Ausübung seines Berufs einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür versprechen lässt oder annimmt, dass er	im Zusammenhang mit der Ausübung seines Berufs einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er

Gesetzesentwurf des Bundesrates	Bayerischer Entwurf	Referentenentwurf	Gesetzesentwurf der Bundesregierung	Endgültige Fassung
bei dem Bezug, der Verordnung oder der Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten oder	bei dem Bezug, der Verordnung, der Empfehlung, der Verabreichung oder der Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten oder	bei dem Bezug, der Verordnung oder der Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten oder	bei der Verordnung oder der Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten oder	1. bei der Verordnung von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten, oder
				2. bei dem Bezug von Arznei- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten, die jeweils zur unmittelbaren Anwendung durch den Heilberufsa-gehörigen oder einen seiner Berufshelfer bestimmt sind, oder
bei der Zuweisung von Patienten oder Untersuchungsmaterial	bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial	bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial	bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial	3. bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial
1. einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb bevorzugte oder	1. einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge oder	1. einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge oder	1. einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge oder	einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge,
2. sich in sonstiger unlauterer Weise beeinflussen lasse,	2. in sonstiger Weise seine Berufsausübungspflichten verletze,	2. in sonstiger Weise seine Berufsausübungspflichten verletze,	2. seine berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit verletze,	
wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.	wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.	wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.	wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.	wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Gesetzesentwurf des Bundesrates	Bayerischer Entwurf	Referentenentwurf	Gesetzesentwurf der Bundesregierung	Endgültige Fassung
Ebenso wird bestraft, wer einem Angehörigen eines Heilberufs im Sinne des Absatzes 1	Ebenso wird bestraft, wer einem Angehörigen eines Heilberufs im Sinne des Absatzes 1	Ebenso wird bestraft, wer einem Angehörigen eines Heilberufs im Sinne des Absatzes 1	Ebenso wird bestraft, wer als Angehöriger eines Heilberufs im Sinne des Absatzes 1	
im Zusammenhang mit dessen Berufsausübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt,	im Zusammenhang mit dessen Berufsausübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt,	im Zusammenhang mit dessen Berufsausübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt,	einen Vorteil dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt,	
dass er bei dem Bezug, der Verordnung oder der Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten oder bei der Zuweisung von Patienten oder Untersuchungsmaterial	dass er bei dem Bezug, der Verordnung, der Empfehlung, der Verabreichung oder der Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten oder bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial	dass er bei dem Bezug, der Verordnung oder der Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten oder bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial	dass er bei dem Bezug von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten, die zur Abgabe an den Patienten bestimmt sind,	
1. ihn oder einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb bevorzugte oder	1. ihn oder einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge oder	1. ihn oder einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge oder		
2. sich in sonstiger unlauterer Weise beeinflussen lasse.	2. in sonstiger Weise seine Berufsausübungspflichten verletze.	2. in sonstiger Weise Berufsausübungspflichten verletze.	seine berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit verletze.	

Gesetzesentwurf des Bundesrates	Bayerischer Entwurf	Referentenentwurf	Gesetzesentwurf der Bundesregierung	Endgültige Fassung
			§ 299b	§ 299b
			Bestechung im Gesundheitswesen	Bestechung im Gesundheitswesen
			Wer einem Angehörigen eines Heilberufs im Sinne des § 299a Absatz 1 im Zusammenhang mit dessen Berufsausübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er	Wer einem Angehörigen eines Heilberufs im Sinne des § 299a Absatz 1 im Zusammenhang mit dessen Berufsausübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er
			bei der Verordnung oder der Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten oder	1. bei der Verordnung von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten,
				2. bei dem Bezug von Arznei- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten, die jeweils zur unmittelbaren Anwendung durch den Heilberufsangehörigen oder einen seiner Berufshelfer bestimmt sind, oder

Gesetzesentwurf des Bundesrates	Bayerischer Entwurf	Referentenentwurf	Gesetzesentwurf der Bundesregierung	Endgültige Fassung
			bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial	3. bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial
			1. ihn oder einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge oder	ihn oder einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge,
			2. seine berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit verletze,	
			wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.	wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
			Ebenso wird bestraft, wer einem Angehörigen eines Heilberufs im Sinne des Absatz 1 im Zusammenhang mit dessen Berufsausübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er bei dem Bezug von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten, die zur Abgabe an den Patienten bestimmt sind, seine berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit verletzt.	

Gesetzesentwurf des Bundesrates	Bayerischer Entwurf	Referentenentwurf	Gesetzesentwurf der Bundesregierung	Endgültige Fassung
§300	§300	§300	§300	§300
Besonders schwere Fälle der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr und im Gesundheitswesen	Besonders schwere Fälle der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr und im Gesundheitswesen	Besonders schwere Fälle der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr und im Gesundheitswesen	Besonders schwere Fälle der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr und im Gesundheitswesen	Besonders schwere Fälle der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr und im Gesundheitswesen
In besonders schweren Fällen wird eine Tat nach §§ 299 und 299a mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn	In besonders schweren Fällen wird eine Tat nach den §§ 299 und 299a mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn	In besonders schweren Fällen wird eine Tat nach den §§ 299 und 299a mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn	In besonders schweren Fällen wird die Tat nach § 299, 299a oder § 299b mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn	In besonders schweren Fällen wird die Tat nach § 299, 299a oder § 299b mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn
1. die Tat sich auf einen Vorteil oder eine Bevorzugung großen Ausmaßes bezieht oder	1. die Tat sich auf einen Vorteil großen Ausmaßes bezieht,	1. die Tat sich auf einen Vorteil großen Ausmaßes bezieht oder	1. die Tat sich auf einen Vorteil großen Ausmaßes bezieht oder	1. die Tat sich auf einen Vorteil großen Ausmaßes bezieht oder
2. der Täter gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat.	2. der Täter gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat oder	2. der Täter gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat.	2. der Täter gewerbsmäßig handelt oder als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat.	2. der Täter gewerbsmäßig handelt oder als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat.
	3. der Täter einen anderen Menschen durch die Tat in die Gefahr einer erheblichen Gesundheitsschädigung bringt.			

Gesetzesentwurf des Bundesrates	Bayerischer Entwurf	Referentenentwurf	Gesetzesentwurf der Bundesregierung	Endgültige Fassung
		§301	§301	
-	-	Strafantrag	Strafantrag	
		Die Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr nach § 299 sowie die Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen nach § 299a werden nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.	Die Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr nach § 299 sowie die Bestechlichkeit im Gesundheitswesen und die Bestechung im Gesundheitswesen nach den §§ 299a, 299b werden nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.	
		Das Recht, den Strafantrag nach Absatz 1 zu stellen, haben neben dem Verletzten	Das Recht, den Strafantrag nach Absatz 1 zu stellen, haben neben dem Verletzten	
		in Fällen nach § 299 alle in § 8 Absatz 3 Nummer 1, 2 und 4 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb bezeichneten Gewerbetreibenden, Verbände und Kammern und	in den Fällen des § 299 Absatz 1 Nummer 1 und Absatz 2 Nummer 1 die in § 8 Absatz 3 Nummer 2 und 4 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb bezeichneten Gewerbetreibenden, Verbände und Kammern und	

Gesetzesentwurf des Bundesrates	Bayerischer Entwurf	Referentenentwurf	Gesetzesentwurf der Bundesregierung	Endgültige Fassung
		in Fällen nach § 299a	in den Fällen der §§ 299a, 299b	
		die berufsständische Kammer, in der der Täter im Zeitpunkt der Tat Mitglied war,	die berufsständische Kammer und die kassenärztliche Vereinigung, in der der Täter im Zeitpunkt der Tat Mitglied war,	
		jeder rechtsfähige Berufsverband, der die Interessen von Verletzten im Wettbewerb vertritt, und	jeder rechtsfähige Berufsverband, der die Interessen von Verletzten im Wettbewerb vertritt, und	
		die gesetzliche Kranken- und Pflegekasse oder das private Kranken- und Pflegeversicherungsunternehmen des Verletzten.	die gesetzliche Kranken- und Pflegekasse des Patienten oder das private Kranken- und Pflegeversicherungsunternehmen des Patienten.	
§ 302	§ 302	§ 302	§ 302	§ 302
Erweiterter Verfall	Erweiterter Verfall	Erweiterter Verfall	Erweiterter Verfall	
In den Fällen der §§ 299 und 299a ist § 73d anzuwenden, wenn der Täter gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat.	In den Fällen der §§ 299 und 299a ist § 73d anzuwenden, wenn der Täter gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat.	In den Fällen der §§ 299 und 299a ist § 73d anzuwenden, wenn der Täter gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat.	In den Fällen der §§ 299, 299a und 299b ist § 73d anzuwenden, wenn der Täter gewerbsmäßig handelt oder als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat.	

Kapitel 3: §§ 299a und 299b StGB in der praktischen Anwendung

3.1 Die Verfassungsmäßigkeit der §§ 299a, 299b StGB

3.1.1 Das ultima-ratio-Prinzip

Nach vierjähriger Diskussion über eine mögliche Regelung der Strafbarkeit der Korruption im Gesundheitswesen wurden die §§ 299a, 299b StGB zum 04.06.2016³³³ geltendes Recht. Es ist jedoch nicht selbstverständlich, dass an dieser Stelle – namentlich bei den Straftaten gegen den Wettbewerb – überhaupt Regelungsbedarf bestand. Möglicherweise hätte eine Neuregelung unter dem Gesichtspunkt des ultima-ratio-Prinzips im Strafrecht auch unterbleiben können.

3.1.1.1 Subsidiarität und fragmentarischer Charakter des Strafrechts

Nach der Entscheidung des Großen Senats³³⁴ war klar, dass der bestehende § 299 StGB eine Strafbarkeitslücke dahingehend aufwies, dass sich nieder gelassene Ärzte bei der Annahme von Vorteilen als Gegenleistung für eine Bevorzugung mangels Beauftragteneigenschaft nicht strafbar machen. Bestehende oder angenommene Strafbarkeitslücken im StGB bedürfen jedoch weder der Rechtfertigung noch der Legitimierung.³³⁵ Als schärfstes Machtinstrument der Staatsgewalt darf Strafe nur als äußerstes Mittel dort eingesetzt werden, wo andere Maßnahmen und Möglichkeiten keinen ausreichenden Rechtsgüterschutz gewährleisten.³³⁶ Daraus folgt auch der fragmentarische Charakter des Strafrechts, das nur bruchstückhaft bestimmte, besonders sozialschädliche Angriffe auf Rechtsgüter erfasst.³³⁷

Dieses Subsidiaritätsprinzip lässt sich aus dem verfassungsrechtlich gesicherten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ableiten: Wo dem Staat ein

³³³ BGBl. I 2016, 1254.

³³⁴ BGH, Beschluss vom 29.03.2012 – GSSt 2/11, NJW 2012, 2530.

³³⁵ Statt vieler vgl. *Sahan/Urban*, ZIS 2011, 23 (27).

³³⁶ Vgl. *Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil § 3 Rn. 5 ff.

³³⁷ Vgl. *Krey/Esser*, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil § 1 Rn. 18.

weniger eingriffsintensives Mittel für den Rechtsgüterschutz zur Verfügung steht, ist der Einsatz des Strafrechts nicht erforderlich.³³⁸ Bei der Beurteilung, ob mildere Mittel ausreichend Erfolg versprechen, steht dem Gesetzgeber eine Einschätzungsprärogative zu.³³⁹ Es ist fraglich, ob hier die Einführung zweier neuer Straftatbestände das am wenigsten eingriffsintensive Mittel zur Verfolgung von Bestechlichkeit und Bestechung darstellte.

3.1.1.2 Verbotsvorschriften außerhalb des Strafrechts

Außerhalb des Strafrechts existieren bereits zahlreiche andere Sanktionsmöglichkeiten.

3.1.1.2.1 Unzulässige Zusammenarbeit zwischen Leistungserbringern und Vertragsärzten: § 128 SGB V

Gemäß § 128 Abs. 2 SGB V dürfen Leistungserbringer Vertragsärzte nicht gegen Entgelt oder die Gewährung sonstiger wirtschaftlicher Vorteile an der Durchführung der Versorgung mit Hilfsmitteln beteiligen oder solche Zuwendungen im Zusammenhang mit der Verordnung von Hilfsmitteln, auch nicht über eine Unternehmensbeteiligung, gewähren. Hintergrund der Einführung dieser Vorschrift durch das GKV-OrgWG zum 01.04.2009³⁴⁰ war, dass es in der Praxis zu Fehlentwicklungen bei der Zusammenarbeit zwischen Vertragsärzten und Heil- und Hilfsmittelerbringern gekommen war. Einige Sanitätshäuser hatten bei Vertragsärzten sog. Hilfsmitteldepots eingerichtet, so dass die Hilfsmittel, etwa Gehhilfen oder Bandagen, direkt von den Ärzten an die Versicherten abgegeben werden konnten.³⁴¹ Die Abrechnung erfolgte zwischen dem Arzt und dem Sanitätshaus – teilweise gegen einen üppigen Bonus, der die „Miete“ des Aufbewahrungsortes der Hilfsmittel in der Praxis des Arztes abgelten sollte.³⁴² Wenngleich die Kosten für die Hilfsmittel dadurch nicht betroffen waren, wurde das Recht der Patienten eingeschränkt, sich die Hilfsmittel in einem Sanitätshaus ihrer Wahl einzukaufen.³⁴³ Wenngleich die Abgabe durch Ärzte durch die

³³⁸ Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil § 2 Rn. 98.

³³⁹ Vgl. Roxin a.a.O. § 2 Rn. 101.

³⁴⁰ Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung; BGBl. I 2008, 2426; zuletzt geändert durch GKV-Versorgungsstrukturgesetz, BGBl. I 2011, 2983.

³⁴¹ Vgl. Wabnitz, in: Spickhoff Medizinrecht, § 128 SGB V Rn. 1; siehe zum sog. Verkürzten Versorgungsweg auch die Ausführungen unter 3.3.3.2.3.1.1 ab Seite 191.

³⁴² Vgl. Ratzel, GesR 2008, 623 (625).

³⁴³ So Deutscher Bundestag, BT-Drs. 16/10609 S. 58.

Neuregelung nicht generell verboten wurde, können diese gem. § 128 Abs. 4, 4a SGB V die abgegebenen Hilfsmittel nur noch direkt gegenüber der Krankenkasse abrechnen.

Sollte es zu einer unzulässigen Zusammenarbeit zwischen Arzt und Heil- oder Hilfsmittelerbringern kommen, können die Krankenkassen gemäß § 128 Abs. 3 S. 1 SGB V diesen Verstoß ahnden. Das Mittel zur Wahl stellt hierbei eine Vertragsstrafe entsprechend §§ 339 - 343 BGB dar, wobei im Streitfall die Sozial- und nicht die Zivilgerichte zuständig sind.³⁴⁴ Für den Fall schwerwiegender und wiederholter Verstöße kann der Leistungserbringer für die Dauer von bis zu 2 Jahren von der Versorgung der gesetzlich Krankenversicherten ausgeschlossen werden, § 128 Abs. 3 S. 2 SGB V. Darüber hinaus verstoßen Vertragsärzte, die unzulässige Zuwendungen fordern oder annehmen, gegen ihre vertragsärztlichen Pflichten, § 128 Abs. 5a SGB V. Mit anderen Worten kann sich unabhängig von der Ahndung nach § 128 Abs. 3 SGB V für den Vertragsarzt, der gegen diese Vorschrift verstößt, ein Disziplinarverfahren bzw. Zulassungsentziehungsverfahren anschließen.³⁴⁵

3.1.1.2.2 Verbot der Zuweisung gegen Entgelt § 73 Abs. 7 SGB V

§ 73 Abs. 7 SGB V wurde mit dem GKV-VStG³⁴⁶ eingefügt und überträgt das berufsrechtlich bestehende Verbot der Gewährung von Entgelten oder sonstigen vermögenswerten Vorteilen für die Zuweisung von Patienten oder Untersuchungsmaterial auf den Bereich des Leistungserbringungsrechts.³⁴⁷ § 73 Abs. 7 SGB V stellt ausdrücklich klar, dass eine Zuweisung gegen Entgelt, die ohnehin bereits gegen § 31 MBO-Ä verstößt, außerdem auch einen Verstoß gegen die Pflichten eines Vertragsarztes darstellt.³⁴⁸ Über den von § 31 MBO-Ä bezweckten Patientenschutz hinaus dient § 73 Abs. 7 SGB V auch der Sicherung des Wirtschaftlichkeitsgebots; inhaltlich unterscheidet sich die sozialrechtliche Norm jedoch kaum von der berufsrechtlichen,³⁴⁹ so dass auf die entsprechenden Ausführungen zu

³⁴⁴ Vgl. *Luthe*, in: Hauck/Noftz SGB V, § 128 Rn. 24.

³⁴⁵ Siehe hierzu die Ausführungen in Kapitel 4 ab Seite 251.

³⁴⁶ BGBl. I 2011, 2983.

³⁴⁷ Vgl. *Nebendahl*, in: Spickhoff Medizinrecht, § 73 SGB V Rn. 19.

³⁴⁸ Vgl. *Huster*, in: Becker/Kingreen, § 73 SGB V Rn. 7.

³⁴⁹ Vgl. *Scholz*, GesR 2013, 12 (13 f.).

§ 31 MBO-Ä verwiesen werden kann. Verstöße gegen § 73 Abs. 7 SGB V können zu Sanktionen nach § 81 Abs. 5 SGB V führen.³⁵⁰

3.1.1.2.3 Berufsrecht: §§ 30 - 33 MBO-Ä und § 33 Abs. 2 S. 3 Ärzte-ZV

Gem. § 30 MBO-Ä sind Ärztinnen und Ärzte verpflichtet, in allen vertraglichen und sonstigen beruflichen Beziehungen zu Dritten ihre ärztliche Unabhängigkeit für die Behandlung der Patientinnen und Patienten zu wahren. Diese generalklauselartige Regelung wird in den §§ 31 – 33 MBO-Ä präzisiert. § 31 Abs. 1 MBO-Ä verbietet die Zuweisung von Patienten oder Untersuchungsmaterial bzw. die Verordnung oder den Bezug von Arzneimitteln gegen Entgelt. § 31 Abs. 2 MBO-Ä sichert die freie Arztwahl der Patienten und schreibt vor, dass Ärzte nicht ohne hinreichenden Grund ihren Patienten andere Ärzte, Apotheken und Hilfsmittelerbringer empfehlen oder an diese verweisen dürfen.

§ 32 Abs. 1 S. 1 MBO-Ä regelt die unerlaubten Zuwendungen und legt fest, dass es Ärzten nicht gestattet ist, Vorteile entgegenzunehmen, wenn hierdurch der Eindruck erweckt wird, dass die Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidung beeinflusst wird. Ausgenommen sind gem. § 32 Abs. 1 S. 2 MBO-Ä solche Beeinflussungen, die einer wirtschaftlichen Behandlungs- oder Ordnungsweise auf sozialrechtlicher Grundlage dienen, wenn die Möglichkeit erhalten bleibt, aus medizinischen Gründen eine andere Entscheidung zu treffen. Gem. § 32 Abs. 2 MBO-Ä sind Vorteile in angemessener Höhe, die für die berufsbezogene Fortbildung verwendet werden, nicht berufswidrig. § 32 Abs. 3 MBO-Ä beschäftigt sich mit der Zulässigkeit von Sponsoring zur Finanzierung eines wissenschaftlichen Programms ärztlicher Fortbildungsveranstaltungen.³⁵¹

§ 33 MBO-Ä legt fest, dass die Zuwendung bei vertraglicher Zusammenarbeit zwischen Ärzten und Herstellern von Arznei- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten, insb. im Rahmen der Anwendungsbeobachtungen, der erbrachten Leistung entsprechen muss. Die Verträge sind schriftlich abzuschließen und sollen der Ärztekammer vorgelegt werden. Ein Verstoß gegen diese Berufspflichten kann durch eine Rüge nach Art. 38 HKaG oder

³⁵⁰ Vgl. *Nebendahl*, in: *Spickhoff Medizinrecht*, § 73 SGB V Rn. 19.

³⁵¹ Zum Verhältnis von § 31 MBO-Ä zu § 32 MBO-Ä siehe die Ausführungen unter 3.3.2.2.3.3 und 3.3.2.2.3.4 ab Seite 170.

einem berufsgerichtlichen Verfahren nach Art. 66 Abs. 1 S. 1 HKaG geahndet werden. Weiter besteht die Möglichkeit des Widerrufs der Approbation, § 3, § 5 BÄO.³⁵²

3.1.1.2.4 Heilmittelwerberecht: § 7 Abs. 1 S. 1 HWG

Gemäß § 7 Abs. 1 HWG ist es unzulässig, Zuwendungen und sonstige Werbegaben (Waren oder Leistungen) als Angehöriger der Fachkreise anzunehmen. Ärzte sind unstreitig Angehörige der Fachkreise in diesem Sinne. Diese Regelung will Werbung mit Hilfe von Werbegaben, so genannte Wertwerbung, unterbinden.

Als Zuwendung kommt grundsätzlich jeder zuwendungsfähige Vorteil in Betracht.³⁵³ § 7 HWG bezieht sich nur auf produktbezogene Absatzwerbung im Sinne von § 1 HWG und umfasst somit keine Werbegaben ohne konkreten Produktbezug.³⁵⁴ Dies ist im vorliegenden Falle relevant, da die von der Industrie gewährten Vorteile regelmäßig nicht in Bezug auf ein oder mehrere Arzneimittelpreparate oder Medizinprodukte gewährt werden, sondern als Firmenwerbung bzw. Imagewerbung unter der Prämisse zugewandt werden, dass der Arzt sämtliche Präparate des bestimmten Herstellers bevorzugt.³⁵⁵ Die gewährten Vorteile in Form von Werbegaben beziehen sich also nicht auf einzelne oder abgrenzbare Teile eines Sortiments und gerade nicht auf das Gesamtsortiment des Herstellers. Es war umstritten, ob bei dieser Form der Werbung überhaupt ein Produktbezug bestand oder es sich um heilmittelrechtlich unbedenkliche Unternehmenswerbung handelt.

Der BGH entschied 2009, dass die Gewährung von Zuwendungen unabhängig davon, ob die Zuwendung für genau benannte Heilmittel oder für das ganze Sortiment eines Unternehmens gewährt wird, eine produktbezogene Werbung darstellt.³⁵⁶ Sobald bei Zuwendungen an einen Arzt auch nur ein allgemeiner Bezug auf das Gesamtsortiment eines Unternehmens besteht, was etwa bei der Gewährung von Prämienpunkten im Rahmen von Bonusprogrammen von Medizinprodukteherstellern oder Versandapotheken der

³⁵² Siehe hierzu die Ausführungen in Kapitel 4 ab Seite 252.

³⁵³ Vgl. *Brixius*, in: *Bülows HWG*, § 7 Rn. 16.

³⁵⁴ Vgl. *Fritzsche*, in: *Spickhoff Medizinrecht*, § 7 HWG Rn. 3.

³⁵⁵ Vgl. *Braun*, *MedR* 2013, 277 (279); *Zimmermann*, *Kommentar zum Heilmittelwerbegesetz* § 7 Rn. 1.

³⁵⁶ Vgl. *BGH*, Urteil vom 26.03.2009 – I ZR 99/07, *NJW-RR* 2010, 397.

Fall ist, ist der Tatbestand des § 7 Abs. 1 HWG erfüllt.³⁵⁷ Es ist weiter umstritten, ob es sich bei § 7 Abs. 1 HWG um ein konkretes oder abstraktes Gefährdungsdelikt handelt. Die neuere Rechtsprechung lässt den Schluss zu, dass die Gewährung des Vorteils zumindest mittelbar zur unsachlichen Beeinflussung geeignet sein muss.³⁵⁸ Ein Verstoß gegen § 7 HWG stellt gemäß § 15 Abs. 1 Nr. 4a HWG eine Ordnungswidrigkeit dar, die gemäß § 15 Abs. 3 HWG mit einer Geldbuße bis 50.000 EUR geahndet werden kann.

3.1.1.3 Das am wenigsten eingriffsintensive Mittel

Zusammengefasst mangelt es somit nicht an Möglichkeiten, korruptes Verhalten bei niedergelassenen Ärzten mit anderen als strafrechtlichen Mitteln zu sanktionieren.

Von den Befürwortern einer zusätzlichen strafrechtlichen Regelung wurde jedoch eingewandt, dass das ärztliche Disziplinar-, Berufs- und Approbationsrecht eine strafrechtliche Erfassung der ärztlichen Korruption nicht ersetzen und daher auch nicht als ausreichend qualifiziert werden könne.³⁵⁹ Da diese außerstrafrechtlichen Maßnahmen ihrem Wesen nach bereits von der strafrechtlichen Sanktionierung grundsätzlich verschieden seien und ein singuläres Aliud darstellten, könnten sie auch nicht in ein Subsidiaritätsverhältnis mit der Strafe gesetzt werden und seien damit auch nicht als „milderes Mittel“ im Sinne des Subsidiaritätsprinzips anzusehen.³⁶⁰ Eine Disziplinarmaßnahme diene weiter nur einseitig der Abschreckung bzw. Besserung eines Täters im Sinne der Spezialprävention, während die Kriminalstrafe wesentlich eine Einwirkung auf die Allgemeinheit im Sinne der Generalprävention bezwecke.³⁶¹ Zusätzlich wurde in Bezug auf die Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen gemäß §§ 81a, 197a SGB V³⁶² die Effektivität einer nicht-strafrechtlichen Verfolgung korrupten Verhaltens in Zweifel gezogen. Mit der Einrichtung der oben genannten Stellen wurde die Hoffnung verbunden, mit ihnen könne die Kriminalität im Gesundheitsbereich effektiver bekämpft werden. Diese

³⁵⁷ Vgl. BGH, NJW-RR 2010, 397.

³⁵⁸ Vgl. Fritzsche, in: Spickhoff Medizinrecht, § 7 HWG Rn. 5; BGH, Urteil vom 26.03.2009 – I ZR 99/07, NJW-RR 2010, 397.

³⁵⁹ Braun, Industrie und Ärzteschaft S. 169.

³⁶⁰ Braun, MedR 2013, 277 (282).

³⁶¹ Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil § 2 Rn. 136.

³⁶² Vgl. instruktiv die aktuelle Darstellung bei Meseke, in: Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht, S. 65.

Hoffnung wurde enttäuscht.³⁶³ Es wurde kritisiert, dass die gesetzliche Begrifflichkeit überwiegend unklar und vage sei und, wenn überhaupt, lediglich eine Vorschaltbehörde zur Staatsanwaltschaft schaffe.³⁶⁴ Diese Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen wurden lediglich als politisches Säbelrasseln tituliert, dessen Folgen systematisch höchst unklar blieben.³⁶⁵ Da zwischen den jeweiligen Stellen bei den Krankenkassen und den Kassenärztlichen Vereinigungen keine personenbezogenen Daten, sondern lediglich allgemeine Hinweise sowie Statistiken ausgetauscht werden dürfen, sei deren Zusammenarbeit und damit Effektivität noch ausbaufähig.³⁶⁶ Bezüglich der Übermittlung der personenbezogenen Daten wurde mit dem GKV—VStG³⁶⁷ nachgebessert und in §§ 81a, 197a SGB V in einem neuen Absatz 3a die entsprechende Rechtsgrundlage geschaffen.³⁶⁸ Zusammengefasst war nach dieser Ansicht eine strafrechtliche Sanktionierung korrupten Verhaltens erforderlich und das mildeste Mittel, da die bereits existierenden Regelungen einen anderen Schutzzweck besäßen und die eingerichteten Stellen bei den KVen und KVen ineffektiv seien.

Diesen Ansichten wurde vehement entgegengetreten.³⁶⁹ Bei der Beurteilung des am wenigsten eingriffsintensiven, gleichwohl ebenso wirksamen Mittels könne nicht allein auf den normativen Zweck der einzelnen Vorschriften abgestellt werden. Es sei auch deren Effektivität im Auge zu behalten, die Ziele des Strafrechts – nach den relativen Straftheorien positive und negative General- und Spezialprävention³⁷⁰ – zu erreichen. Sollten außerstrafrechtliche Sanktionen diese Ziele ebenso effektiv erreichen können, sei eine strafrechtliche Regelung unnötig. Die Abschreckungswirkung eines möglichen Disziplinar- und Zulassungsentziehungsverfahrens bzw. sogar des Widerrufs der Approbation ist dabei nicht zu unterschätzen. Der Widerruf der Approbation bewirkt, dass der betreffende Arzt von einem

³⁶³ Vgl. *Steinhilper*, ZMGR 2010, 152 (153); *Steinhilper*, in: FS Dahm, S. 465; a. A. *Meseke*, in: Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht, S. 66 ff.

³⁶⁴ *Rixen*, ZFSH/SGB 2005, 131.

³⁶⁵ *Schirmer*, Vertragsarztrecht kompakt. Die Übersicht für Ärzte, Psychotherapeuten und Juristen S. 513.

³⁶⁶ *Steinhilper*, ZMGR 2010, 152 (157).

³⁶⁷ GKV-Versorgungsstrukturgesetz, BGBl. I 2011, 2983.

³⁶⁸ Vgl. *Steinhilper*, in: FS Dahm, S. 465; *Gaßner*, MedR 2017, 677 (686 f.).

³⁶⁹ ebenso *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis § 15 Rn. 15/21; *Bernsmann/Schoß*, GesR 2005, 193 (196).

³⁷⁰ statt vieler: *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil § 3.

Tag auf den anderen arbeitslos wird. Der Widerruf der Approbation kommt der Zerstörung der Existenzgrundlage gleich. Es ist daher realitätsfremd, dieser berufsrechtlichen Maßnahme ihren strafenden Charakter abzusprechen.

Der Entzug der Kassenzulassung hindert den Arzt im Gegensatz dazu zwar nicht an der Ausübung seines Berufes, zieht aber dennoch weitreichende Folgen nach sich: Nach Entzug der Kassenzulassung kann der Arzt keine kassenärztlichen Leistungen mehr anbieten. Insbesondere in einkommensschwachen Gebieten abseits der Großstädte dürfte die Umstellung einer Kassenarztpraxis auf eine reine Privatpraxis finanziell kaum zu stemmen sein. Die realen Auswirkungen entsprechen daher denen des Widerrufs der Approbation.

Die effektive Abschreckung der Täter bzw. Bestärkung des Vertrauens der Bevölkerung in einen funktionierenden Rechtsstaat ließe sich auch durch das – mit Blick auf die möglichen Folgen nur vermeintlich mildere – Mittel der disziplinar- und berufsgerichtlichen Verfahren bzw. des Approbationsentzugs erreichen. Auch die als unzureichend kritisierte Durchsetzung der bestehenden Sanktionen rechtfertigt keine Änderung des Strafrechts. Wenn es nach Ansicht des Gesetzgebers an Handhabe der KVen und Krankenkassen mangelt, Korruption in den eigenen Reihen zu bekämpfen, ist eine systemkonforme Gesetzesänderung opportun, beispielsweise durch eine verstärkte Zusammenarbeit der KVen und KKen beim Abgleich von Abrechnungsdaten im Rahmen der Prüfung nach § 81a und § 197a SGB V.

3.1.1.4 Ergebnis

Der Gesetzgeber hatte entschieden, dass eine Verfolgung von der Korruption zuzuordnenden Verhaltensweisen über diese außerstrafrechtlichen Maßnahmen unzureichend war³⁷¹ und eine Änderung des StGB notwendig wurde. Gleichzeitig stärkte er im Rahmen dieser Änderung die Zusammenarbeit der Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen gem. § 81a und § 197a SGB V mit der Maßgabe, dass mit den betroffenen Stellen ein regelmäßiger Erfahrungsaustausch zu organisieren und die Aufsichtsbehörden über das Ergebnis dieses Austauschs zu informieren sind.³⁷²

³⁷¹ Vgl. *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446 S. 13 f.

³⁷² Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen, BGBl. I 2016, 1254.

Die Entschließung, einerseits die europaweit einmalige Strafbarkeitslücke³⁷³ bezüglich der Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen zu schließen und andererseits auch die sozialrechtlichen Möglichkeiten der Aufdeckung dieser Verhaltensweisen zu stärken, ist noch von der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers umfasst³⁷⁴ und, wenngleich unter dem Gesichtspunkt des Strafrechts als ultima ratio bedauerlich³⁷⁵, jedenfalls nicht per se verfassungswidrig.

3.1.2 Das Bestimmtheitsgebot

Die Verfassungswidrigkeit der §§ 299a, 299b StGB könnte sich jedoch aus einem Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot ergeben. Gemäß § 299a StGB wird der Angehörige eines Heilberufes bestraft, der einen anderen in unlauterer Weise im inländischen oder ausländischen Wettbewerb bevorzugt. Es ist fraglich, ob aus diesem Wortlaut ausreichend Rückschlüsse gezogen werden können, welches Verhalten im täglichen Leben noch erlaubt ist und welches bereits als Korruption gilt. Im Folgenden soll daher untersucht werden, ob § 299a und § 299b StGB noch dem in Art. 103 Abs. 2 GG verankerten Bestimmtheitsgebot genügen.

3.1.2.1 Die Bestimmung der Bestimmtheit

Neben dem Analogieverbot, dem Verbot strafbegründenden und strafschärfenden Gewohnheitsrechts und dem Rückwirkungsverbot stellt das Bestimmtheitsgebot die vierte Ausprägung des Gesetzlichkeitsprinzips gem. Art. 103 Abs. 2 GG, § 2 Abs. 1 StGB dar.³⁷⁶ Nur ein ausreichend bestimmtes und deutliches Gesetz kann den Bürger vor staatlicher Willkür schützen, beliebige Auslegungen des Gesetzes durch den Richter unterbinden und generalpräventive Wirkung entfalten, indem es dem Einzelnen in klaren Worten darlegt, welche Verhaltensweisen verboten sind.³⁷⁷ Für den Gesetzgeber enthält Art. 103 Abs. 2 GG nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Verpflichtung, wesentliche Fragen der Strafwürdigkeit oder Straffreiheit im demokratisch-parlamentarischen

³⁷³ Vgl. Kubiciel, ZMGR 2016, 289 (289).

³⁷⁴ Siehe auch Dannecker/Schröder, in: Nomos StGB, § 299a Rn. 53 ff.

³⁷⁵ So auch Müller/Opper, in: FS Schlothauer, S. 406 f.

³⁷⁶ Vgl. Eser/Hecker, in: Schönke/Schröder, § 1 Rn. 6; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil § 5 Rn. 4 ff. m. w. N.

³⁷⁷ Vgl. Roxin a.a.O. § 5 Rn. 67; Schünemann, Nulla poena sine lege? S. 29.

Willensbildungsprozess zu klären und die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen.³⁷⁸ Das Bestimmtheitsgebot verlange, den Wortlaut von Strafnormen so zu fassen, dass die Normadressaten im Regelfall bereits anhand des Wortlauts der gesetzlichen Vorschrift voraussehen können, ob ein Verhalten strafbar ist oder nicht.³⁷⁹ Zusammengefasst dient das Bestimmtheitsgebot dem Vertrauensschutz der Bürger in den Rechtsstaat sowie der Beschränkung der Befugnisse der Exekutiven sowie Judikativen.³⁸⁰

„Bestimmtheit“ bedeutet jedoch nicht, dass in einem idealen Strafgesetzbuch katalogartig jede denkbare strafwürdige Verhaltensweise in all ihren Einzelheiten aufgelistet werden muss. Nach dem BVerfG kann der Gesetzgeber nicht auf die Verwendung allgemeiner Begriffe verzichten, die in besonderem Maße richterlicher Auslegung bedürfen; anders könne er der Vielgestaltigkeit des Lebens nicht Herr werden.³⁸¹ Ohne allgemeine Begriffe würden Gesetze unendlich lang oder in der Anwendung so unflexibel, dass die Ergebnisse kriminalpolitisch nicht mehr vertretbar wären.³⁸² In dieser notwendigen Vagheit der allgemeinen Begriffe könne sogar ein Vorzug der Strafgesetze gesehen werden, da sie notwendige Konsequenz aus dem Wirklichkeitsbezug des Strafrechts sind.³⁸³ Wo aber ist die Grenze zwischen einem zu unbestimmten und einem noch hinreichend bestimmten Strafgesetz zu ziehen? Vom Bundesverfassungsgericht und in der Literatur wurden hierzu unterschiedliche Ansätze entwickelt.

Das BVerfG machte sich die Definition der Bestimmtheit bei der Frage, ob das Tatbestandsmerkmal des „groben Unfugs“ in § 360 Abs. 1 Nr. 11 StGB a. F. diesem Grundsatz genügt, recht einfach:³⁸⁴ Zunächst müsse das Gesetz

³⁷⁸ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 23.06.2010 – 2 BvR 2559/08, 105/09, 491/09, NJW 2010, 3209 (3210).

³⁷⁹ Vgl. BVerfG, NJW 2010, 3209; BVerfG, Beschluss vom 15.03.1978 – 2 BvR 927/76, BVerfGE 48, 48; BVerfG, Beschluss vom 10.01.1995 – 1 BvR 718/89, 1 BvR 719/89, 1 BvR 722/89, 1 BvR 723/89, BVerfGE 92, 1.

³⁸⁰ Vgl. Schroth, in: Rechtskultur als Sprachkultur, S. 95; relativierend Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil S. 66.

³⁸¹ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 08.05.1974 – 2 BvR 636/72, NJW 1974, 1860 (1862); BVerfG, Beschluss vom 23.06.2010 – 2 BvR 2559/08, 105/09, 491/09, NJW 2010, 3209; sehr eingeschränkt auch Schünemann, Nulla poena sine lege? S. 31.

³⁸² Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil § 5 Rn. 69; Lenckner, JuS 1968, 249 (256).

³⁸³ Vgl. Hassemer, in: AK-StGB, § 1 Rn. 40.

³⁸⁴ Siehe BVerfG, Beschluss vom 14.05.1969 – 2 BvR 238/68, NJW 1969, 1759 (1759).

die Strafbarkeitsvoraussetzungen umso präziser bestimmen, je schwerer die angedrohte Strafe sei. Weiter könne die theoretische Möglichkeit, einen Straftatbestand auszulegen, durch eine jahrzehntelange gefestigte Rechtsprechung auf ein Maß eingegrenzt werden, das dem Bestimmtheitsgrundsatz wieder genügt. Diese Entscheidung stieß völlig zu Recht auf harsche Kritik.³⁸⁵ Es blieb völlig offen, warum die rechtsstaatlichen Anforderungen, denen ein Tatbestand genügen muss, von der angedrohten Strafe abhängig sein sollen.³⁸⁶ Der Gedanke der „Heilung“ einer zu unbestimmten Norm durch die Rechtsprechung traf auf ähnlich wenig Gegenliebe, da die Schwachstelle evident ist: Die Pflicht des Gesetzgebers, eine abstrakt-generelle Regelung zu finden, wird von einer willfährigen Rechtsprechung übernommen, die durchaus Gefallen daran finden kann, als Ersatz-Gesetzgeber zu fungieren und einem unbestimmten Tatbestandsmerkmal im Laufe der Jahrzehnte viele neue, dem Einzelfall angepasste Anwendungsbereiche erschließt.³⁸⁷ Als Kriterien für die Bestimmtheit einer Norm sind diese Merkmale daher schlecht geeignet.

Sehr viel sorgfältiger argumentierte das BVerfG in einer neueren Entscheidung zum Untreuetatbestand.³⁸⁸ Das Bestimmtheitsgebot in Art. 103 Abs. 2 GG richte sich sowohl an den Gesetzgeber als auch die Rechtsprechung. Der Gesetzgeber habe die Pflicht, wesentliche Fragen der Strafwürdigkeit oder Straffreiheit im demokratisch-parlamentarischen Willensbildungsprozess zu klären und diese abstrakt-generell so genau zu kodifizieren, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen seien und sich durch Auslegung ermitteln ließen.³⁸⁹ Da der Gesetzgeber dennoch in der Lage sein müsse, der Vielgestaltigkeit des Lebens Herr zu werden, sei die Verwendung wertausfüllungsbedürftiger Begriffe bis hin zu Generalklauseln im Strafrecht nicht von vornherein ausgeschlossen.³⁹⁰ Da keine allgemeinen Regeln dazu aufgestellt werden könnten, wann eine Norm Art. 103 Abs. 2 GG noch genüge, seien im Einzelfall die Besonderheiten des jeweiligen Straftatbestands einschließlich der Umstände, die zu der gesetzlichen Regelung führen, zu prüfen. Für die Rechtsprechung beinhalte der

³⁸⁵ Vgl. *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil S. 79; *Schünemann*, Nulla poena sine lege? S. 32; *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil § 5 Rn. 76; *Lenckner*, JuS 1968, 249 (305); *Schreiber*, in: SK-StGB, § 1 Rn. 12.

³⁸⁶ Vgl. *Schünemann*, Nulla poena sine lege? S. 33.

³⁸⁷ Vgl. *Lenckner*, JuS 1968, 249 (305).

³⁸⁸ BVerfG, Beschluss vom 23.06.2010 – 2 BvR 2559/08, 105/09, 491/09, NJW 2010, 3209.

³⁸⁹ BVerfG, NJW 2010, 3209 (3210).

³⁹⁰ BVerfG, NJW 2010, 3209 (3211).

Bestimmtheitsgrundsatz zum einen das Verbot einer Verschleifung oder Entgrenzung von Tatbestandsmerkmalen sowie zum anderen das Gebot einer möglichst präzisen Auslegung. Ersteres verbiete eine Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale innerhalb ihres möglichen Wortsinns, die so weit ist, dass sie vollständig in anderen Tatbestandsmerkmalen aufgehen, also zwangsläufig mit diesen mitverwirklicht werden. Letzteres fordere von der Rechtsprechung, verbleibende Unklarheiten über den Anwendungsbereich einer Norm durch Präzisierung und Konkretisierung im Wege der Auslegung nach Möglichkeit auszuräumen.³⁹¹ Das BVerfG überprüfe die Einhaltung beider Vorgaben vollumfänglich und sei nicht auf eine Vertretbarkeitsprüfung beschränkt.³⁹²

So recht glücklich war niemand mit diesem Beschluss.³⁹³ Die Überraschung, dass das BVerfG eine Vorschrift des Kernstrafrechts als mit dem Bestimmtheitsgebot vereinbar ansah, hielt sich in Grenzen; umso größer war jedoch die Enttäuschung, dass das BVerfG der als zu ausufernd empfundenen Rechtsprechung zu § 266 StGB keine klaren Grenzen aufzeigte.³⁹⁴ Die Überprüfung der von den ordentlichen Gerichten gebildeten Fallgruppen und die daraus folgenden Spezifizierungen des Tatbestands im Lichte des Art. 103 Abs. 2 GG durch das BVerfG fand jedoch Zustimmung.³⁹⁵ Kritische Stimmen äußerten jedoch, dass die Heranziehung der gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Beurteilung der Bestimmtheit bei neuen Straftatbeständen völlig fehl gehe.³⁹⁶

Die Frage nach der ausreichenden Bestimmtheit der neuen §§ 299a, 299b StGB wurde vor deren Einführung und insbesondere im Zusammenhang mit § 299a StGB-E, der noch den Berufsrechtsverstoß enthielt, eifrig diskutiert. Ob den angemeldeten Bedenken ausreichend Rechnung getragen wurde, wird im Folgenden thematisiert werden. Da § 299a StGB die aktive Bestechung spiegelbildlich zur passiven Bestechlichkeit in § 299b StGB regelt, gelten die Ausführungen für § 299b StGB entsprechend.

³⁹¹ BVerfG, NJW 2010, 3209 (3211).

³⁹² BVerfG, NJW 2010, 3209 (3212).

³⁹³ Vgl. Kudlich, JA 2011, 66 (69); Knierim/Smok, FD-StrR 2010, 307157.

³⁹⁴ Vgl. Strate, GWR 2010, 422 (422); Safferling, NSTZ 2011, 376 (376).

³⁹⁵ Vgl. Safferling, NSTZ 2011, 376 (376); Kudlich, JA 2011, 66 (69); Strate, GWR 2010, 422 (422).

³⁹⁶ So Krüger, NSTZ 2011, 369 (371); Böse, JURA 2011, 617 (620); euphorisch dagegen Salinger, ZIS 2011, 902; diese Problematik bereits 2006 voraussehend Kühlen, Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen S. 98 Fn. 691.

3.1.2.2 Die Bestimmtheit der §§ 299a, 299b StGB

Der Wortlaut des § 299a StGB ist nach der Rechtsprechung des BVerfG dann noch als mit Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar anzusehen, wenn der Tatbestand in Bezug auf das erkennbare Rechtsgut und die besonderen Gefahren, vor denen es mit Hilfe des Tatbestands geschützt werden soll, hinreichend restriktiv und präzisierend ausgelegt werden kann, um den unter dem Gesichtspunkt ausreichender Bestimmtheit bestehenden Bedenken angemessen Rechnung zu tragen.³⁹⁷ Der Gesetzgeber sieht § 299a StGB in einer Linie mit den übrigen Korruptionsdelikten.³⁹⁸ Dies legen auch dessen Wortlaut und Rechtsgut nahe,³⁹⁹ wobei Zweifel daran geäußert wurden, ob ein umfangreicher Rückgriff auf die zu § 299 StGB entwickelte Rechtsprechung überhaupt sinnvoll ist, da die zentralen Auslegungsdirektiven vielmehr aus den Wertungen des Berufs- Heilmittelwerbe- und Sozialrechts stammen.⁴⁰⁰

Bedenken zur Akzessorietät zum Berufs- und Sozialrecht wurden besonders zu der Formulierung des § 299a StGB-E⁴⁰¹ laut. In der Expertenanhörung der 77. Sitzung des Ausschusses Recht und Verbraucherschutz wurde darauf hingewiesen, dass es aufgrund des in § 299a StGB-E noch enthaltenen Merkmals des Berufsrechtsverstößes für den Rechtsanwender schwierig sei, den Normenkatalog, unter anderem bestehend aus den Kammergesetzen der Länder und Landesberufsordnungen, zu überblicken. Dies gelte besonders vor dem Hintergrund, dass das Berufsrecht Ländersache sei und sich divergierend entwickeln könne.⁴⁰² Auch seien die Berufsordnungen lange dafür bekannt gewesen, zu unbestimmt zu sein. Durch das Berufsrechtsmodell würde diese Unbestimmtheit, mit der man sich bis jetzt nur auf Kammerebene habe auseinandersetzen müssen, auf eine bundesstrafrechtliche Ebene gehoben.⁴⁰³ Dagegen wurde argumentiert, dass im

³⁹⁷ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 23.06.2010 – 2 BvR 2559/08, 105/09, 491/09, NJW 2010, 3209 (3212).

³⁹⁸ Siehe *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 17/14575 S. 12.

³⁹⁹ Siehe zur Frage des Rechtsgüterschutzes auch Punkt 3.2.1., ab Seite 102.

⁴⁰⁰ Zu Recht *Brettel/Mand*, A&R 2016, 99 (102).

⁴⁰¹ *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446.

⁴⁰² Siehe *Deutscher Bundestag*, Protokoll der 77. Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 02.12.2015 S. 13.

⁴⁰³ *Deutscher Bundestag a.a.O.* S. 27.

im Gegensatz zur zu weiten Formulierung des Tatbestandes im Referentenentwurf⁴⁰⁴ der Regierungsentwurf durch die Bezugnahme auf die heilberufliche Unabhängigkeit bestimmt genug sei.⁴⁰⁵ Der Rückgriff auf regional unterschiedliche Regelungen sei im Kernstrafrecht nicht unüblich und finde sich etwa im Umweltstrafrecht oder bei den Amtsträgerdelikten der §§ 331 ff. StGB. Die Pflicht des Einzelnen, sich über die in seinem Kammerbezirk geltenden Regeln zu informieren, sei dabei grundsätzlich hinnehmbar.⁴⁰⁶ Verfassungsrelevante Bestimmtheitsprobleme bestünden nicht.⁴⁰⁷

Wenngleich sich die Diskussion um die Einhaltung des Bestimmtheitsgebotes vornehmlich an der in den §§ 299a, 299b StGB nicht mehr enthaltenen Tatbestandsalternative des Verstoßes gegen Berufsrecht bzw. die heilberufliche Unabhängigkeit entzündete, bleibt sie auch beim Merkmal der unlauteren Bevorzugung relevant. Darauf wurde bereits in der oben genannten Expertenanhörung hingewiesen.⁴⁰⁸ An der Unlauterkeit soll es insbesondere dann fehlen, wenn die Bevorzugung berufsrechtlich zulässig ist.⁴⁰⁹ Wie zuvor beim Merkmal des Verstoßes gegen Berufsrecht bzw. die heilberufliche Unabhängigkeit finden so die Auslegungsunsicherheiten des Berufsrechts Eingang in das Strafrecht und können strafbegründende Wirkung entfalten.⁴¹⁰ Die zuvor zur Unbestimmtheit des sog. Berufsrechtsmodells geäußerte Kritik, es würde auf einen Flickenteppich von gesetzlichen und berufsrechtlichen Regelungen verwiesen, die von einem rechtsunkundigen Normadressaten nicht zu überblicken seien und zu einem regionalen Strafrecht führen würden,⁴¹¹ kann daher auf das in den §§ 299a, 299b StGB enthaltene Merkmal der Unlauterkeit übertragen werden.

Fraglich ist jedoch, ob diese Bedenken durchgreifen oder ob der Tatbestand trotz seiner Weite und damit einhergehenden relativen Unschärfe hinreichend restriktiv und präzisierend ausgelegt werden kann, um den unter

⁴⁰⁴ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Referentenentwurf vom 04.02.2015.

⁴⁰⁵ Deutscher Bundestag, Protokoll der 77. Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 02.12.2015 S. 67.

⁴⁰⁶ Deutscher Bundestag a.a.O. S. 68 f.

⁴⁰⁷ Deutscher Bundestag a.a.O. S. 72.

⁴⁰⁸ Deutscher Bundestag a.a.O. S. 68.

⁴⁰⁹ Vgl. Deutscher Bundestag, BT-Drs. 18/6446 S. 21.

⁴¹⁰ Vgl. Tsambikakis, medstra 2016, 131 (138); ebenso Kubiciel, jurisPR-Compl 2016, Anm. 1.

⁴¹¹ Vgl. Aldenhoff/Valluet, medstra 2015, 195 (197).

dem Gesichtspunkt ausreichender Bestimmtheit bestehenden Bedenken angemessen Rechnung zu tragen.⁴¹² Bezüglich des Merkmals der Unrechtsvereinbarung bzw. Unlauterkeit der Bevorzugung merkte der Präsident der Bundesärztekammer in der Expertenanhörung vor dem Ausschuss Recht und Verbraucherschutz korrekt an, dass sich die Korruption gewissermaßen bundeseinheitlich darstelle, egal ob die Unrechtsvereinbarung nun in Bayern oder NRW statfinde.⁴¹³ Es wäre damit folgerichtig, das Tatbestandsmerkmal der unlauteren Bevorzugung dahingehend restriktiv auszulegen, dass nur solche Verhaltensweisen tatbestandsmäßig sind, die eindeutig pflichtwidrig, mit anderen Worten gesundheitsrechtlich unvertretbar sind.⁴¹⁴ Diese Heranziehung der eindeutigen Pflichtwidrigkeit hat zur Folge, dass divergierende Regelungen in den einzelnen Kammerbezirken keine strafbegründende Wirkung entfalten können. Als Beispiel: Gem. § 32 der niedersächsischen Berufsordnung ist auch die passive Teilnahme an von Seiten der Industrie gesponserten Fortbildungsveranstaltungen berufsrechtswidrig. Alle anderen Kammerbezirke nahmen § 32 Abs. 2 MBO-Ä in ihre Berufsordnungen auf, der die Teilnahme nur dann als unangemessenen Vorteil einstuft, wenn die Zuwendung über die notwendigen Reisekosten und die Tagungsgebühr hinausgeht.⁴¹⁵ Ein im niedersächsischen Kammerbezirk berufsrechtlich verbotenes Verhalten kann nicht in Bremen zur Strafbarkeit gem. §§ 299a, 299b StGB führen; ein anderes Ergebnis ist nicht mit dem Gleichheitsgrundsatz in Einklang zu bringen. Es kann auch kaum ein Verhalten als gesundheitsrechtlich unvertretbar angesehen werden, das auch nur in einem Kammerbezirk legal ist.⁴¹⁶ Diese Einschränkung der Strafbarkeit auf einen Kernbereich berufsrechtlicher Standards⁴¹⁷ für Kooperationen stellt die Vorhersehbarkeit für den Rechtsanwender überall wieder her und dient gleichzeitig dazu, die Kammern dazu anzuhalten, zur Vermeidung von Strafbarkeitslücken bundeseinheitliche Standards für Kooperationen im Gesundheitswesen, die ohnehin zumeist in Bundesgesetzen geregelt sind, zu entwickeln. Sollten andererseits eine oder mehrere

⁴¹² Vgl. Definition des *BVerfG*, Beschluss vom 23.06.2010 – 2 BvR 2559/08, 105/09, 491/09, NJW 2010, 3209 (3212).

⁴¹³ Siehe *Deutscher Bundestag*, Protokoll der 77. Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 02.12.2015 S. 18.

⁴¹⁴ Vgl. *Kubiciel*, jurisPR-Compl 2016, Anm. 1.

⁴¹⁵ Vgl. *Schneider/Kaltenhäuser*, medstra 2015, 24 (31); *Aldenhoff/Valluet*, medstra 2015, 195 (198).

⁴¹⁶ So *Gaede*, medstra 2015, 263 (266) noch mit Bezug auf die heilberufliche Unabhängigkeit.

⁴¹⁷ Vgl. *Gaede*, medstra 2015, 263 (266); *Kubiciel*, jurisPR-Compl 2016, Anm. 1.

Bezirksärztekammern beschließen, ihre Berufsordnung radikal zu liberalisieren und etwa die den §§ 30 – 33 MBO-Ä entsprechenden Paragraphen gänzlich zu streichen, ist fraglich, ob dadurch der durch sie zum Ausdruck gebrachte Mindeststandard ärztlichen Handelns im Zusammenhang mit Vorteilen jeder Art überhaupt zu Fall gebracht werden kann. Die Regelungen der MBO-Ä bestünden weiter, wenngleich rechtlich nicht verbindlich, zusammen mit den Überlegungen, die zur Kodifizierung der entsprechenden Paragraphen in den Ärztekammern der Länder führten. Der „Mindeststandard“ lauterer ärztlichen Handelns existiert damit, gewissermaßen überpositiv, weiter. Außerdem drängt sich bei derart radikalen Änderungen ohnehin der Verdacht auf, dass sie nur der Umgehung der Strafbarkeit gem. §§ 299a, 299b StGB dienen und damit unbeachtlich bleiben.

Sollten sich zukünftige abweichende Regelungen der Bezirksärztekammern auf die begründete Ausnahme bzw. spiegelbildlich Annahme der Berufsrechtswidrigkeit einzelner Handlungen beschränken, wie dies beim oben beschriebenen „niedersächsischen Sonderweg“ der Fall ist, sind die daraus entstehenden Lücken in der Strafbarkeit hinzunehmen. Sie sind eine Folge der akzessorischen Ausgestaltung der §§ 299a, 299b StGB und des Selbstverwaltungsrechts des Freien Berufes des Arztes.

Die Reduktion auf einen strafwürdigen Kernbereich trägt nicht nur dem ultima ratio Prinzip sondern auch den bereits existierenden Verbotsnormen außerhalb des Strafrechts Rechnung.⁴¹⁸ Dem Bedürfnis einzelner Kammern, ein ganz bestimmtes Verhalten im Wettbewerb in ihrem Bezirk zu verbieten und zu sanktionieren, können sie außerhalb dieses Kernbereichs nach wie vor durch Regelungen in ihren jeweiligen Berufsordnungen nachkommen.⁴¹⁹ Die Ahndung eines Verhaltens, über dessen Pflichtwidrigkeit zwischen den einzelnen Kammern kein Konsens herzustellen ist, mit Mitteln des Strafrechts ist unverhältnismäßig; eine Ahndung mit Mitteln des Berufsrechts wird der Schwere des Verstoßes eher gerecht.⁴²⁰

Wird das Merkmal der unlauteren Bevorzugung gem. §§ 299a, 299b StGB beschränkt auf einen Verstoß gegen den ärztlichen Mindeststandard im Umgang mit Zuwendungen, bestehen gegen die Bestimmtheit der Paragra-

⁴¹⁸ Vgl. *Brettel/Duttge, et al.*, JZ 2015, 929 (930 f.).

⁴¹⁹ Vgl. die Ausführungen Kapitel 4 ab Seite 251.

⁴²⁰ Vgl. *Brettel/Duttge, et al.*, JZ 2015, 929 (930 f.).

phen keine Bedenken, zumal eine starke Akzessorietät zu außerstrafrechtlichen Normen im Strafgesetzbuch nicht ungewöhnlich ist, vgl. etwa die §§ 331 ff. StGB bzw. arzt spezifisch unter dem Stichwort Abrechnungsbruch § 263 StGB.⁴²¹ Einem „Flickenteppich“⁴²² der Strafbarkeit wird vorgebeugt und der rechtsunkundige Normadressat muss sich nur mit der für seinen Kammerbezirk gültigen Berufsordnung auseinandersetzen, ohne fürchten zu müssen, sich wegen des Verstoßes gegen eine ihn unbekannte Berufsordnung strafbar zu machen. Dies entspricht außerdem der zu § 266 StGB entwickelten Auslegungsleitlinie, wonach die Anwendung des Untreuetatbestands auf die Fälle klarer und deutlicher Fälle pflichtwidrigen Handelns beschränkt wird.⁴²³

3.1.3 Kollision mit Europarecht? Das Geschäftsherrenmodell in § 299 StGB und die Folgen für die §§ 299a, 299b StGB

Der Wegfall des Verstoßes gegen Berufsrecht als Tatbestandsalternative trifft möglicherweise auf europarechtliche Bedenken, da § 299 StGB erst zum 26.11.2015⁴²⁴ geändert und unter anderem durch die Einführung des sog. Geschäftsherrenmodells reformiert worden war. Diese Reform war europarechtlichen Vorgaben geschuldet, korruptives Verhalten auch ohne Wettbewerbsbezug unter Strafe zu stellen. In der letztlich gefundenen Fassung der §§ 299a, 299b StGB ist ein Verhalten, das zwar einen (Berufs-) Pflichtenverstoß darstellt, jedoch keinen Wettbewerbsbezug aufweist, nicht strafbar. Es bestehen daher Zweifel, ob die §§ 299a, 299b StGB den europarechtlichen Vorgaben zur Strafbarkeit korruptiven Verhaltens genügen.

Das Ziel dieser Vorgaben soll anhand der Reform des § 299 StGB dargestellt werden. Ein erster Anlauf zu einer Änderung des § 299 StGB war bereits 2007 in der 16. Legislaturperiode mit dem Entwurf des Strafrechtsänderungsgesetzes vom 04.10.2007⁴²⁵ genommen worden. Nachdem dieser Entwurf der Diskontinuität anheimgefallen war,⁴²⁶ wurde Anfang 2015 mit dem

⁴²¹ Siehe auch Kudlich, in: Korruption im Gesundheitswesen, S. 121.

⁴²² Vgl. Aldenhoff/Valluet, medstra 2015, 195 (197).

⁴²³ so Kubiciel, in: Korruption im Gesundheitswesen, S. 73, unter Verweis auf BVerfGE 126, 170, 210.

⁴²⁴ Gesetz zur Bekämpfung der Korruption, BGBl. I 2015, 2025.

⁴²⁵ Deutscher Bundestag, BT-Drs. 16/6558.

⁴²⁶ Vgl. Hoven, NSTz 2015, 553 (555); Gaede, NZWiSt 2014, 281 (283).

Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption⁴²⁷ dieser erste Entwurf beinahe wortlautgleich übernommen und trat nach einer Expertenanhörung im Ausschuss Recht und Verbraucherschutz⁴²⁸ leicht verändert⁴²⁹ am 26.11.2015 in Kraft⁴³⁰. Neben anderen Vorschriften wurde § 299 StGB geändert und den europarechtlichen Vorgaben, insbesondere dem Strafrechtsübereinkommen des Europarats vom 27.01.1999 über Korruption (ETS Nr. 173, im Folgenden Europarat-Übereinkommen)⁴³¹ dem Zusatzprotokoll vom 15.05.2003 zum Strafrechtsübereinkommen des Europarats über Korruption (ETS Nr. 191, im Folgenden Zusatzprotokoll)⁴³² sowie dem Rahmenbeschluss 2003/568/JI des Rates vom 22.07.2003 zur Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor (ABl. L192 vom 31.07.2003, S. 54, im Folgenden Rahmenbeschluss)⁴³³ angepasst.⁴³⁴ Bemerkenswert bezüglich des Ganges der Gesetzgebung ist Art. 2 Abs. 3, 5 des Rahmenbeschlusses: Demnach kann ein Mitgliedsstaat erklären, dass er die Strafbarkeit auf Handlungen beschränkt, die Wettbewerbsverzerrungen zur Folge haben können, was dem in Deutschland geltenden § 299 StGB a. F. entspricht. Deutschland hatte eine solche Erklärung abgegeben.⁴³⁵ Gemäß Art. 2 Abs. 5 des Rahmenbeschlusses wird der gesamte Artikel 2 rechtzeitig vor dem 22.07.2010 unter dem Gesichtspunkt überprüft, ob die Geltungsdauer der oben angesprochenen Erklärungen verlängert werden kann. Eine Fristverlängerung wurde nicht beschlossen. Das heißt aber nicht, dass eine solche durch den Rat abgelehnt worden war; der Rat hatte gar keinen formellen Beschluss gefasst.⁴³⁶ Eine Entscheidung des Rates wurde von Deutschland, wohl nach entsprechender Entscheidung auf Ministerialebene,⁴³⁷ nicht herbeigeführt.⁴³⁸ Unabhängig von den Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit dieses Vorgehens auf nationaler Ebene ist fraglich, ob durch die letztlich unter-

⁴²⁷ Deutscher Bundestag, BT-Drs. 18/4350.

⁴²⁸ Deutscher Bundestag, Protokoll 56. Sitzung vom 08.06.2015.

⁴²⁹ Deutscher Bundestag, BT-Drs. 18/6389.

⁴³⁰ BGBl. I 2015, 2025.

⁴³¹ Europarat, Strafrechtsübereinkommen über Korruption vom 27.01.1999.

⁴³² Europarat, Zusatzprotokoll zum Strafrechtsübereinkommen vom 15.05.2003.

⁴³³ Rat der Europäischen Union, Rahmenbeschluss 2003/568/JI vom 22.07.2003.

⁴³⁴ Bundesrat, BR-Drs. 25/15.

⁴³⁵ Siehe Europäische Kommission, KOM(2007) 328 endgültig vom 18.06.2007 S. 4.

⁴³⁶ Vgl. Gaede, NZWiSt 2014, 281 (285).

⁴³⁷ So jedenfalls Gaede, NZWiSt 2014, 281 (285, 287), mit heftigen Bedenken aufgrund der Nichtbeteiligung des Bundestags.

⁴³⁸ Krit. Rönna/Golombek, ZRP 2007, 193 (193).

bliebene Ratsentscheidung ein Auslaufen der von Deutschland abgegebenen Erklärung überhaupt möglich war.⁴³⁹ Folgt man der zuletzt beschriebenen Ansicht, wäre eine Beschränkung der Strafbarkeit korrupter Verhaltensweisen auf die Fälle, in welchen die Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung besteht, mit anderen Worten § 299 StGB a. F., bis heute mit dem Rahmenbeschluss vereinbar. Der Gesetzgeber teilte diese Ansicht nicht und ging ohne weitere Begründung davon aus, dass „die im Rahmenbeschlussvorgesehene befristete Möglichkeit, die Strafbarkeit auf Fälle mit Wettbewerbsbezug zu beschränken, mittlerweile nicht mehr besteht.“⁴⁴⁰

Bedeutsamste Änderung des zum 26.11.2015 reformierten § 299 StGB war die Einführung des sog. Geschäftsherrenmodells. Zuvor war dem Tatbestand der Korruption das sog. Wettbewerbsmodell zu Grunde gelegen: § 299 StGB fand nur dann Anwendung, wenn vom Angestellten oder Beauftragten der Vorteil für eine unlautere Bevorzugung im Wettbewerb angenommen bzw. ihm gewährt wurde.⁴⁴¹ Nach dem nun geltenden Geschäftsherrenmodell werden auch all die Fälle erfasst, in welchen die Gegenleistung für die Vorteilsgewährung in einem Handeln oder Unterlassen besteht, das eine Pflichtverletzung gegenüber dem Geschäftsherrn darstellt, wobei es auf die Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung nicht ankommt.⁴⁴² Die Vereinbarkeit dieses Geschäftsherrenmodells mit dem deutschen Strafrechtssystem und insbesondere das Verhältnis zur Untreue gem. § 266 StGB wurde sowohl in der 16. als auch der 18. Legislaturperiode diskutiert und kritisiert.⁴⁴³ Nach dem Entwurf vom März 2015⁴⁴⁴ sollte in der Tatbestandsvariante des § 299 Abs. 1 Nr. 2 StGB-E bzw. spiegelbildlich für die aktive Bestechung § 299 Abs. 2 Nr. 2 StGB-E strafbar sein, wer als Angestellter oder Beauftragter [...] seine Pflichten gegenüber dem Unternehmen verletzt. Gegen diese Ausgestaltung wurden drei Hauptkritikpunkte ins Feld geführt:

⁴³⁹ So Gaede, NZWiSt 2014, 281 (285); a. A. Kubiciel, KPzK 2014, 1 (10 f.); Walther, NZWiSt 2015, 255 (256); Europäische Kommission, SEK(2011) 663 endgültig vom 06.06.2011.

⁴⁴⁰ Deutscher Bundestag, BT-Drs. 18/4350 S. 13; noch mit Verweis auf das Erfordernis eines neuen Ratsbeschlusses für die Verlängerung der Beschränkungserklärung Deutscher Bundestag, BT-Drs. 16/6558 S. 9.

⁴⁴¹ Vgl. Rönna/Golombek, ZRP 2007, 193 (193).

⁴⁴² Vgl. Passarge, DStR 2016, 482 (484); Sahan, in: Graf/Jäger/Wittig, § 299 StGB Rn. 3.

⁴⁴³ Zusammenfassungen des Streitstandes bei Rönna/Golombek, ZRP 2007, 193; Walther, NZWiSt 2015, 255; Dannecker/Schröder, ZRP 2015, 48.

⁴⁴⁴ Deutscher Bundestag, BT-Drs. 18/4350.

- Durch die Sanktionierung der Verletzung an und für sich arbeitsrechtlicher Pflichten werde ein Hybridtatbestand geschaffen, der mit einer Regelung zwei sehr verschiedene Rechtsgüter – das Kollektivinteresse an einem funktionierenden Leistungswettbewerb⁴⁴⁵ sowie neu das Interesse des Geschäftsherrn an der loyalen Pflichterfüllung seiner Angestellten und Beauftragten – zu schützen versucht.⁴⁴⁶
- Das Tatbestandsmerkmal der Pflichtverletzung sei so weit gewählt, dass auch die Verletzung unbedeutender Nebenpflichten, die arbeitsrechtlich nach dem Gutdünken des Arbeitgebers festgelegt werden können, sanktioniert werden könnten. Es bestünden erhebliche Bedenken, ob dies mit dem Bestimmtheitsgrundsatz einerseits und dem ultima ratio-Prinzip andererseits in Einklang gebracht werden könne.⁴⁴⁷
- Durch die Weite des Merkmals der Pflichtverletzung und dessen unbestreitbare Nähe zum Untreuetatbestand würden auch bislang straflose Vorbereitungshandlungen zur Untreue pönalisiert.⁴⁴⁸

Die Kritik bezüglich des erstgenannten Punktes, der Schaffung eines Hybridtatbestandes, fiel nicht überall gleich scharf aus; teilweise wurde die bereits bestehende Strafnorm ebenfalls als Hybridtatbestand eingeordnet⁴⁴⁹ bzw. darauf verwiesen, dass mit der Neufassung des § 299 StGB kein neuer Schutzzweck verfolgt, sondern lediglich der bestehende erweitert werden solle.⁴⁵⁰

Einigkeit bestand jedoch darin, dass das Merkmal der Pflichtwidrigkeit dringend der Eingrenzung bedurfte, und zwar sowohl zum Ausschluss der Strafbarkeit der Verletzung unbedeutender Nebenpflichten als auch zur besseren Vereinbarkeit mit § 266 StGB. Die Vorschläge gingen von einer

⁴⁴⁵ Mit einem Überblick zur Diskussion bezüglich des Rechtsguts des § 299 StGB *Pragal*, Die Korruption innerhalb des privaten Sektors und ihre strafrechtliche Kontrolle durch § 299 StGB S. 107 ff.; *Heine/Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 299 Rn. 2; *Heger*, in: Lackner/Kühl, § 299 Rn. 1.

⁴⁴⁶ *Rönnau/Golombek*, ZRP 2007, 193 (194); *Schünemann*, ZRP 2015, 68 (69).

⁴⁴⁷ *Schünemann*, ZRP 2015, 68 (69); *Gaede*, NZWiSt 2014, 281 (285); *Rönnau/Golombek*, ZRP 2007, 193 (194); *Walther*, NZWiSt 2015, 255 (257).

⁴⁴⁸ *Rönnau/Golombek*, ZRP 2007, 193 (195); *Schünemann*, ZRP 2015, 68 (69).

⁴⁴⁹ So *Wolf*, CCZ 2014, 29 (31, 33).

⁴⁵⁰ *Dannecker/Schröder*, ZRP 2015, 48 (49); *Hoven*, NStZ 2015, 553 (559).

Änderung des Wortlauts⁴⁵¹ über eine (nicht näher erläuterte) äußerst restriktive Auslegung des Pflichtwidrigkeitsmerkmals⁴⁵² bis hin zur unionsrechtskonformen Auslegung.⁴⁵³ Die Kritikpunkte wurden in einer Anhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz am 08.06.2015 vorgebracht.⁴⁵⁴ Der Gesetzgeber reagierte teilweise auf diese Kritik und fügte dem ursprünglichen Entwurf⁴⁵⁵ einen Einwilligungsvorbehalt des Unternehmens hinzu und stellte durch die Formulierung „eine Handlung vornehme oder unterlasse“ klar, dass ein bloßer Verstoß gegen Compliance-Vorschriften durch die Annahme des Vorteils zur Tatbestandsverwirklichung nicht ausreichend ist.⁴⁵⁶ Ob insbesondere der Einwilligungsvorbehalt geeignet ist, die grundsätzlichen Bedenken gegenüber dem Geschäftsherrenmodell zu beseitigen, ist zweifelhaft.⁴⁵⁷

Nach dieser höchst umstrittenen Anpassung des § 299 StGB wurde das Korruptionsstrafrecht nun um die §§ 299a, 299b StGB erweitert. Hier begegnet der Wegfall des Tatbestandsmerkmals der Berufspflichtverletzung europarechtlichen Bedenken. In der Gesetz gewordenen Fassung gleichen die §§ 299a und 299b dem „Wettbewerbsmodell“ des § 299 StGB a. F. vor seiner oben dargestellten Reform.⁴⁵⁸ Man darf davon ausgehen, dass Art. 7 des Strafrechtsübereinkommen des Europarats vom 27.01.1999 über Korruption⁴⁵⁹ so verstanden werden will, dass jeder Tausch eines Vorteils gegen pflichtwidriges Handeln außerhalb des privaten (im Gegensatz zum geschäftlichen) Bereichs im Recht der Mitgliedsstaaten als strafbare Handlung umschrieben wird. Dort soll nicht nur eine einzelne übergreifende Regelung eingeführt werden, die durch Sonderregelungen für bestimmte Branchen durch eine Beschränkung auf reine Wettbewerbsverstöße wieder ausgehöhlt wird, sondern jede Variante der Strafbarkeit des regelwidrigen Vorteilstausches den Vorgaben des Übereinkommens angepasst wird. Es dürfte auch kaum mit der im Europarat-Übereinkommen bezweckten, umfassenden Strafbarkeit vereinbar sein, dass die wirtschaftlich sehr

⁴⁵¹ So Gaede, NZWiSt 2014, 281 (290); Walther, NZWiSt 2015, 255 (258).

⁴⁵² Vgl. Rönnauf/Golombek, ZRP 2007, 193 (194).

⁴⁵³ Vgl. Kubiciel, ZIS 2014, 667 (670); zustimmend Dannecker/Schröder, ZRP 2015, 48 (49); kritisch Walther, NZWiSt 2015, 255 (257).

⁴⁵⁴ Deutscher Bundestag, Protokoll 56. Sitzung vom 08.06.2015.

⁴⁵⁵ Deutscher Bundestag, BT-Drs. 18/4350.

⁴⁵⁶ Vgl. Deutscher Bundestag, BT-Drs. 18/6389 S. 15.

⁴⁵⁷ Vgl. Dann, NJW 2016, 203 (205).

⁴⁵⁸ Vgl. Kubiciel, ZMGR 2016, 289 (290).

⁴⁵⁹ Europarat, Strafrechtsübereinkommen über Korruption vom 27.01.1999.

bedeutsame und damit auch korruptionsanfällige Absatzkette zwischen Apothekern und der pharmazeutischen Industrie von der Strafbarkeit ausgenommen sind, sofern der Apotheker als nicht nach § 299 StGB strafbarer Geschäftsinhaber tätig wird.⁴⁶⁰

Konsequenz dieser Europarechtswidrigkeit wird sein, dass zeitnah die Europäische Kommission und internationale Organisationen die lückenhafte Fassung der §§ 299a, 299b StGB kritisieren werden.⁴⁶¹ Von einer Unwirksamkeit der Vorschriften insgesamt ist nicht auszugehen, da der Schutz des Wettbewerbs dann, ebenfalls entgegen der internationalen Vorgaben, nur noch weiter eingeschränkt würde. Im Weg der europarechtskonformen Auslegung der §§ 299a, 299b StGB besteht jedoch die Möglichkeit, dass der Wettbewerbsbegriff ebenso weit verstanden wird wie es bei § 299 StGB a. F. der Fall war. Dann könnten auch Monopollagen, in welchen Vorteilsgewährungen sich als nicht wettbewerbsrelevant erweisen, diese jedoch dazu dienen, künftige Mitbewerber auszuschalten oder schlechter zu stellen, wie vom Gesetzgeber gewollt⁴⁶² unter den Wettbewerbsbegriff subsumiert werden. So kann eine europarechtskonforme Lösung vom „Wettbewerbsmodell“ hin zur Strafbarkeit von Handlungen auch ohne unmittelbaren Wettbewerbsbezug erreicht werden. Dies würde auf Dauer jedoch zu einer Spaltung der Wettbewerbsbegriffe führen, da mit der Einführung des Geschäftsherrnmodells keine Notwendigkeit mehr für die extensive Interpretation des Wettbewerbsbegriffs in § 299 StGB n. F. besteht und davon auszugehen ist, dass die Rechtsprechung von dieser extensiven Interpretation schrittweise abrücken wird.⁴⁶³

⁴⁶⁰ Vgl. Kubiciel, ZMGR 2016, 289 (290); Kubiciel, jurisPR-StrafR 11/2016, Anm. 1.

⁴⁶¹ So auch Kubiciel, in: Korruption im Gesundheitswesen, S. 85; sollte Deutschland seitens der Europäischen Kommission aufgegeben werden, §§ 299a, 299b StGB an das Geschäftsherrnmodell des Rahmenbeschlusses anzupassen, wäre für die Korruption im Gesundheitswesen für den Arzt ein Pflichtenverstoß ähnlich dem eines Agenten i. S. d. § 299 StGB zu formulieren. Dies dürfte letztlich zur Wiedereinführung des Tatbestandsmerkmals des Verstoßes gegen Berufsrecht führen, mitsamt der mit dem Merkmal einhergehenden Problemen in Bezug auf das Bestimmtheitsgebot. A.A. Gaede, in: Leitner/Rosenau/Ahlbrecht, § 299a StGB Rn. 28, 30.

⁴⁶² Siehe Deutscher Bundestag, BT-Drs. 18/8106 (15).

⁴⁶³ Vgl. Kubiciel, in: Korruption im Gesundheitswesen, S. 83; a.A. Gaede, in: Leitner/Rosenau/Ahlbrecht, § 299a StGB Rn. 60; siehe auch die Ausführungen zur möglichen Strafbarkeitslücke bei Monopollagen Punkt 3.3.3.1.1. ab Seite 184.

Eine europarechtskonforme Auslegung, im Wege derer eine Strafbarkeit des Vorteilstausches auch bei der Verletzung von Berufspflichten ohne Wettbewerbsbezug angenommen wird, geht jedoch über den insofern eindeutigen Wortlaut der §§ 299a, 299b hinaus und ist mit Art. 103 Abs. 2 GG unvereinbar.⁴⁶⁴ Sofern die Berufspflicht jedoch gleichzeitig Marktverhaltensregel im Sinne des § 3a UWG ist, kann ihre Verletzung bei der Prüfung der Unrechtsvereinbarung bzw. der Unlauterkeit der Bevorzugung Anwendung finden.⁴⁶⁵

3.1.4 Ergebnis

Wenngleich der Wegfall des Pflichtenverstößes als Tatbestandsmerkmal unter Gesichtspunkten der Bestimmtheit der Regelung grundsätzlich zu begrüßen ist, ist wegen offensichtlicher europarechtlicher Bedenken davon auszugehen, dass dieser Zustand von kurzer Dauer sein wird. Dasselbe gilt für die Ausnahme von regelwidrigen Kooperationen zwischen Apothekern und der pharmazeutischen Industrie. Bei dieser sich bereits jetzt abzeichnenden, notwendigen Reform der §§ 299a, 299b StGB werden die schwierigsten Aufgaben des Gesetzgebers darin bestehen, einen Pflichtenkreis zu finden, an dem sich sonst straffreie Geschäftsinhaber messen lassen müssen, und diesen so präzise und scharf umrissen auszugestalten, dass die notwendige Vorhersehbarkeit einer strafbaren Handlung, mit anderen Worten die nötige Bestimmtheit und Einheitlichkeit der Vorschrift, gegeben ist.

⁴⁶⁴ Als „Quadratur des Kreises“ für den Rechtsanwender bezeichnet von *Gaede a.a.O.*, § 299a StGB Rn. 13.

⁴⁶⁵ Vgl. *Dieners/Cahnbley*, MPR 2016, 48 (51 f.); *Geiger*, CCZ 2016, 172 (175).

3.2 Die neuen Tatbestände der §§ 299a, 299b StGB

Im Folgenden sollen die Tatbestände der §§ 299a, 299b StGB allgemein untersucht werden, während im dann folgenden Abschnitt 3.3 konkrete Fallbeispiele subsumiert werden.

3.2.1 Rechtsgut

Durch die systematische Einordnung der §§ 299a, 299b StGB in die Straftaten gegen den Wettbewerb wird deutlich, dass ein zu schützendes Rechtsgut der neuen Paragraphen die Sicherung des fairen Wettbewerbs im Gesundheitswesen ist.⁴⁶⁶ Das Ziel des Schutzes dieses Rechtsguts findet sich in allen Gesetzesentwürfen, die einen Straftatbestand zum Inhalt haben, und der Begründung zu den §§ 299a, 299b StGB.⁴⁶⁷

Weniger klar lässt sich die Frage nach dem Schutz eines weiteren Rechtsguts beantworten: Während der Entwurf des Bundesrates⁴⁶⁸ noch die Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidung als zweites Rechtsgut des § 299a StGB-E ansah, erhob der Referentenentwurf des BMJV⁴⁶⁹ den Schutz des Vertrauens der Patienten in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen explizit zum zu schützenden Rechtsgut. Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung⁴⁷⁰ griff diesen Gedanken auf und präziserte das Tatbestandsmerkmal der „Verletzung von Berufsausübungspflichten“ zur „Verletzung der berufsrechtlichen Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit“. Dieses Tatbestandsmerkmal korrespondiert seinem Wortlaut nach mit dem zweiten zu schützenden Rechtsgut, des Schutzes des Vertrauens der Patienten in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen.⁴⁷¹ In der letztlich Gesetz gewordenen Fassung der §§ 299a, 299b StGB taucht

⁴⁶⁶ Vgl. *Dannecker/Schröder*, in: *Nomos StGB*, § 299a Rn. 30, wobei in Zweifel gezogen wird, ob aufgrund der starken Regulierung im Gesundheitswesen überhaupt ein freier Wettbewerb existiert, siehe Rn. 31 ebenda.

⁴⁶⁷ Vgl. *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 17/14575 S. 10; mit nur mittelbarem Schutz des Wettbewerbs *Bayerisches Staatsministerium der Justiz*, Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen vom 06.11.2014 S. 15; *Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*, Referentenentwurf vom 04.02.2015 S. 10; *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446 S. 12; *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/8106 S. 17.

⁴⁶⁸ *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 17/14575.

⁴⁶⁹ *Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*, Referentenentwurf vom 04.02.2015 S. 11.

⁴⁷⁰ *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446 S. 12 f.

⁴⁷¹ Vgl. *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446 S. 12 f., 22.

der Berufsrechtsverstoß als Tatbestandsmerkmal nicht mehr auf. Es ist fraglich, ob damit auch der Schutz des Vertrauens der Patienten in die Unabhängigkeit ärztlicher Entscheidungen als Rechtsgut entfallen ist und der zunächst beabsichtigte, doppelte Rechtsgüterschutz aufgegeben wurde.

Der Gesetzgeber beantwortet diese Frage in seiner Begründung so: Mit der Einführung der §§ 299a, 299b StGB werde ein doppelter Rechtsgüterschutz verfolgt, der neben der Sicherung des fairen Wettbewerbs im Gesundheitswesen auch das Vertrauen der Patienten in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen als überindividuelles Rechtsgut von großer Bedeutung schützen soll.⁴⁷² In der Literatur wird für diese Ansicht argumentiert, dass das Patientenvertrauen über den Wettbewerbsschutz mit geschützt ist. Der doppelte Rechtsgüterschutz bestünde auch nach dem Wegfall des Berufsrechtsmodells weiter fort und sei im übrig gebliebenen Wettbewerbsmodell aufgegangen. Auch in der Referenzmaterie der §§ 299a, 299b StGB, dem UWG, werde in § 1 UWG nicht nur das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb, sondern auch die Verbraucherinnen und Verbraucher geschützt. Im Gesundheitswesen gelte dieser Schutz entsprechend für die Patientinnen und Patienten.⁴⁷³

Das Argument überzeugt nicht. Gemäß § 1 S. 1 UWG dient das UWG zwar dem Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher vor unlauteren geschäftlichen Handlungen. Gegenstand dieses Schutzes ist jedoch in erster Linie die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers, mit anderen Worten seine Fähigkeit, in jeder Phase eines Geschäftsabschlusses eine informierte Entscheidung zu treffen. Über die Täuschungsverbote wird die Sicherung der Grundlage für die oben genannte Entscheidung bezweckt; in einzelnen Vorschriften des UWG, etwa § 7 UWG, findet sich darüber hinaus der Schutz von Eigentum, Besitz oder Vermögen des Verbrauchers.⁴⁷⁴ Das Vertrauen der Verbraucher in die Integrität unternehmerischer Entscheidungen, um die Formulierung des unterstellten Rechtsguts der §§ 299a, 299b StGB aufzugreifen, wird gerade nicht geschützt. Ein Vertrauen in die allgemeine Integrität unternehmerischer Entscheidungen gibt es nicht und kann es auch nicht geben, da das Richtmaß unternehmerischer Entscheidungen in der Wirtschaft nichts anderes als der eigene Vorteil des

⁴⁷² Deutscher Bundestag, BT-Drs. 18/8106 S. 17.

⁴⁷³ So Geiger, CCZ 2016, 172 (174).

⁴⁷⁴ Vgl. Sosnitza, in: MüKo Lauterkeitsrecht, § 1 Rn. 27.

Unternehmers selbst ist.⁴⁷⁵ Der Gedanke des Verbraucherschutzes in § 1 UWG ist damit auf §§ 299a, 299b StGB nicht übertragbar und kann nicht als Argument für das Fortdauern des Patientenschutzes nach Wegfall der Tatbestandsalternative des Verstoßes gegen die berufsrechtliche Pflicht zur heilberuflichen Unabhängigkeit herangezogen werden.

In anderen Teilen der Literatur und seitens der Verbände wurde der angestrebte doppelte Rechtsgüterschutz dagegen bereits bezüglich des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung⁴⁷⁶ kritisch gesehen;⁴⁷⁷ Der Ausschuss Strafrecht der Bundesrechtsanwaltskammer führte dazu aus, dass ein doppelter Rechtsgüterschutz verfehlt sei und einen Fremdkörper im 26. Abschnitt des StGB darstelle.⁴⁷⁸ Die Verletzung des Patientenvertrauens in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen über den strafbaren Verstoß gegen Berufsrecht bedeute eine erhebliche Ausdehnung der Strafbarkeit. Diese Ausdehnung, gestützt auf das Patientenvertrauen als Rechtsgut, ließe sich auch nicht auf eine Analogie zur weiten Kriminalisierung der Amtsträgerkorruption gemäß §§ 331 ff. StGB stützen, insbesondere, da die Beziehung Amtsträger-Staat nicht dem Verhältnis Arzt-Patient entspreche.⁴⁷⁹ Dem ist zuzustimmen. Die faktische Gleichbehandlung von Beamten und Ärzten führt zu einem Bruch in der Gesetzessystematik. Das Vertrauen in die Sachlichkeit einer behördlichen Entscheidung, das wenigstens eines der Rechtsgüter der Amtsdelikte darstellt,⁴⁸⁰ kann nicht mit dem Vertrauen eines Patienten in seinen Arzt bzw. die Unabhängigkeit seiner therapeutischen Entscheidung gleichgesetzt werden. Verliert ein Patient aus welchem Grund auch immer das Vertrauen in seinen Arzt, kann er diesen bereits heute ohne Weiteres wechseln; es gilt der Grundsatz der freien Arztwahl, für gesetzlich Versicherte niedergelegt in § 76 SGB V. Für privat krankenversicherte Patienten ergibt er sich aus der privatrechtlichen Vertragsfreiheit. Ärzte sind für die Patienten dadurch austauschbar.

⁴⁷⁵ Vgl. Volk, in: GS Zipf, S. 426 f.

⁴⁷⁶ Deutscher Bundestag, BT-Drs. 18/6446.

⁴⁷⁷ Vgl. Gaede, medstra 2015, 263 (264); die mangelnde Trennschärfe zwischen den Rechtsgütern kritisierend Brettel/Duttge, et al., JZ 2015, 929 (930).

⁴⁷⁸ Ausschuss Strafrecht, Stellungnahme Nr. 40/2015 vom November 2015 S. 5.

⁴⁷⁹ Ausschuss Strafrecht a.a.O. S. 7.

⁴⁸⁰ Vgl. Heine/Eisele, in: Schönke/Schröder, § 331 Rn. 9; Sowada, in: Leipziger Kommentar, Vor § 331 Rn. 14; Kuhlen, in: Nomos StGB, § 331 Rn. 9.

Bei Amtsträgern ist dies regelmäßig nicht der Fall. Einem Bürger, dem seitens des für ihn zuständigen Amtsträgers zu verstehen gegeben wird, dass eine bestimmte, für den Bürger positive oder jedenfalls nicht negative Entscheidung nur gegen die Zahlung von Schmiergeld getroffen werden wird, ist dieser Austausch nicht möglich. Aufgrund des gerichtlichen Geschäftsverteilungsplanes gibt es nur einen Richter, der für das Verfahren eines Bürgers zuständig ist, nur einen Mitarbeiter im Bauamt, der die begehrte Baugenehmigung erteilen kann, oder nur die anwesenden Polizeibeamten in der Verkehrskontrolle, die das Ergebnis der Atemalkoholkontrolle von einer Zuwendung in Geld abhängig machen. Gerade diese Abhängigkeit des Bürgers von dem jeweiligen Amtsträger ist es, die das Vertrauen in die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes so schützenswert macht. Dadurch, dass der Staat aufgrund des ihm gewährten Gewalt- und Machtmonopols viele Bereiche des Lebens an sich gezogen hat, ist der Bürger zur Wahrnehmung und Durchsetzung seiner Rechte davon abhängig, dass die den Staat repräsentierenden Amtsträger diese Macht nicht missbrauchen.⁴⁸¹ Die Art von Vertrauen, die in einen Arzt gesetzt wird, unterscheidet sich damit grundlegend von dem Vertrauen, das in die Unkäuflichkeit des Amtsträgers und damit in das ordnungsgemäße Funktionieren der gesamten staatlichen Verwaltung als Voraussetzung für die Ausübung freiheitlicher Rechte⁴⁸² gesetzt wird.⁴⁸³

In den §§ 299a, 299b StGB taucht die Verletzung der berufsrechtlichen Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit als Tatbestandsalternative mittlerweile nicht mehr auf. Es deutet vieles darauf hin, dass das Vertrauen der Patienten als Rechtsgut und die damit verbundene, kritisch zu sehende Parallele zu den Amtsträgerdelikten ebenfalls entfallen sind. Die genau anders lautende Auffassung des Rechtsausschusses des Bundestags⁴⁸⁴ kann weder am Wortlaut noch nach der Systematik begründet werden und stellt darüber hinaus nur eine unverbindliche Rechtsmeinung dar.⁴⁸⁵ Wenn überhaupt wird das Patientenvertrauen in den Straf-

⁴⁸¹ Vgl. *Heinrich*, Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht: Auslegungsrichtlinien unter besonderer Berücksichtigung des Rechtsguts der Amtsdelikte S. 285; *Sowada*, in: Leipziger Kommentar, Vor § 331 Rn. 16.

⁴⁸² Vgl. *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht S. 125.

⁴⁸³ Ebenso kritisch zum Schutz des Patientenvertrauens *Cosack*, ZIS 2013, 226 (230); a. A. *Schröder*, NZWiSt 2015, 321 (325).

⁴⁸⁴ *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/8106 S. 17.

⁴⁸⁵ Vgl. *Dann/Scholz*, NJW 2016, 2077 (2077 f.); als „Leerformel“ bezeichnend *Kölbel*, medstra 2016, 193 (193).

tatbeständen nur noch mittelbar geschützt, da eine Beeinträchtigung des Interesses an einer von Zuwendungen Dritter unbeeinflussten Behandlung durch den Arzt immer eine auf die Beeinträchtigung des Wettbewerbs gerichtete Handlung voraussetzt.⁴⁸⁶ Das hat zur Folge, dass das Patienteninteresse in Fällen, in welchen es an einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs fehlt, etwa bei Monopolsituationen oder der Verordnung nicht indizierter Arzneimittel und Medizinprodukte, nicht geschützt ist.⁴⁸⁷

Die §§ 299a, 299b StGB schützen damit nur den fairen Wettbewerb im Gesundheitswesen. Das Vertrauen der Patienten wird wenn überhaupt nur mittelbar und reflexartig geschützt.⁴⁸⁸

3.2.2 Rechtliche Einordnung

§ 299a StGB umfasst die Bestechlichkeit, mit anderen Worten die Nehmerseite, während spiegelbildlich dazu § 299b StGB das Bestechen, mit anderen Worten die Geberseite betrifft.⁴⁸⁹ Die passive Bestechlichkeit ist als Sonderdelikt ausgestaltet, wobei Täter nur der Angehörige eines Heilberufes sein kann, während § 299b StGB von jedermann begangen werden kann.⁴⁹⁰ Die Zugehörigkeit zu den „Angehörigen eines Heilberufes“ ist zugleich strafbegründendes besonderes persönliches Merkmal i. S. d. § 28 Abs. 1 StGB.⁴⁹¹ Die §§ 299a, 299b StGB sind als abstrakte Gefährungsdelikte ausgestaltet.⁴⁹² Der Tatbestand ist somit auch ohne tatsächlich erfolgte Bevorzugung erfüllt; es reicht aus, dass sie Gegenstand der wenigstens angestrebten Unrechtsvereinbarung ist.⁴⁹³ Während die §§ 299a, 299b StGB-E noch als Antragsdelikte ausgestaltet waren,⁴⁹⁴ sind die letztlich

⁴⁸⁶ Vgl. *Tsambikakis*, medstra 2016, 131 (132 f.); a. A. *Dannecker/Schröder*, in: *Nomos StGB*, § 299a Rn. 40.

⁴⁸⁷ Vgl. *Diener/Cahnbley*, MPR 2016, 48 (49); a. A. mit Verweis auf die Gesetzesbegründung *Sahan*, in: *Graf/Jäger/Wittig*, § 299a StGB Rn. 3.

⁴⁸⁸ So bereits zur Formulierung der Paragraphen im Referentenentwurf *Gaede/Lindemann, et al.*, medstra 2015, 142 (147); ebenso *Gaede*, in: *Leitner/Rosenau/Ahlbrecht*, § 299a StGB Rn. 13; dies als unzuträgliche Fokussierung kritisierend *Kölbel*, medstra 2016, 193 (193 f.).

⁴⁸⁹ Vgl. *Taschke/Zapf*, medstra 2015, 332 (334).

⁴⁹⁰ Vgl. *Tsambikakis*, medstra 2016, 131 (133).

⁴⁹¹ Vgl. *Tsambikakis*, medstra 2016, 131 (133).

⁴⁹² Vgl. *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446 S. 21; als Verletzungsdelikat qualifizierend, soweit das Patientenvertrauen beeinträchtigt wird *Dannecker/Schröder*, in: *Nomos StGB*, § 299a Rn. 83.

⁴⁹³ Statt vieler *Dannecker*, in: *Nomos StGB*, § 299 Rn. 21.

⁴⁹⁴ Vgl. *Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*, Referentenentwurf vom 04.02.2015.

Gesetz gewordenen Paragraphen Officialdelikte und damit stets von Amts wegen zu verfolgen.⁴⁹⁵ Die §§ 299a, 299b StGB sind des Weiteren gesetzliche Verbote im Sinne des § 134 StGB, was dazu führt, dass etwa die gegen diese Strafvorschriften verstoßenden Kooperationsvereinbarungen wie z. B. ein Honorararztvertrag mit einem Krankenhaus, gem. § 134 StGB nichtig ist.⁴⁹⁶

Inhaltlich orientieren sich beide Paragraphen sowohl an § 299 StGB als auch den Vorschriften zur Bestechlichkeit und Bestechung gem. §§ 332, 334 StGB, so dass es sich insofern um Hybridtatbestände handelt.⁴⁹⁷ Legt man das Prinzipal-Agent-Verhältnis des § 299 StGB dem § 299a StGB zu Grunde, stellt sich die Frage, ob der niedergelassene Arzt eher als der ausnahmsweise strafbare Prinzipal oder als strafbarer Agent, etwa der Kassenärztlichen Vereinigungen, anzusehen ist.

Für die erstgenannte Ansicht spricht, dass nunmehr, im Gegensatz zu § 299 StGB,⁴⁹⁸ der Geschäftsinhaber i. S. d. selbstständigen Praxisinhabers von § 299a StGB de facto mit umfasst ist. Der Geschäftsinhaber ist, das klassische Drei-Personen-Verhältnis des § 299 StGB zu Grunde gelegt, in der Regel der Prinzipal. Das würde jedoch bedeuten, dass § 299a StGB das Drei-Personen-Verhältnis zwischen Prinzipal, Agent und Vorteilsgeber auf ein Zwei-Personen-Verhältnis zwischen Prinzipal und Vorteilsgeber verkürzt und damit, bezogen auf die Angehörigen der Heilberufe, eine größere Reichweite als § 299 StGB besitzt. Andererseits ist für den Prinzipal charakteristisch, dass andere, eben die Agenten, in seinem Auftrag tätig werden, wodurch sich ein Informationsgefälle zwischen Prinzipal und Agent ergibt, das wiederum der Agent zu seinen Gunsten und zu Lasten des Prinzipals ausnutzt. Der Arzt wird jedoch, wenn er Vorteile entgegennimmt, im eigenen Interesse und sicher nicht zu seinen eigenen Lasten tätig. Die Vereinbarung mit dem Vorteilsgeber erfolgt zu seinen eigenen Gunsten.

Es spricht damit mehr dafür, dass das Dreiecksverhältnis zwischen Prinzipal, Agent und Vorteilsgeber auch auf § 299a StGB übertragen werden kann. Ist jedoch der Arzt Agent, stellt sich die Frage, wer bezogen auf

⁴⁹⁵ Vgl. *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/8106 S. 16.

⁴⁹⁶ Vgl. *Dannecker/Schröder*, in: *Nomos StGB*, § 299a Rn. 86 f.

⁴⁹⁷ Vgl. *Taschke/Zapf*, *medstra* 2015, 332 (334).

⁴⁹⁸ Vgl. *Krick*, in: *MüKo StGB*, § 299 Rn. 3.

§ 299a StGB der Prinzipal ist, zu dessen Lasten sich die Unrechtsvereinbarung auswirkt. Prinzipal können weder die gesetzliche Krankenversicherung noch die Kassenärztliche Vereinigung sein. Würde man dies annehmen, stellte gäbe einen Bruch zur Argumentation des Großen Senats⁴⁹⁹, der gerade kein Prinzipal-Agent-Verhältnis zwischen Krankenkassen bzw. KVen und dem niedergelassenen Arzt herzustellen vermochte, und die Strafbarkeit nach § 299 StGB konsequent verneinte. An den sozialrechtlichen Rahmenbedingungen des Verhältnisses zwischen Arzt, KVen und KKen hat sich durch die Einführung des § 299a StGB jedoch nichts geändert. Anhand der außerstrafrechtlichen Regelungen kann heute wie damals kein Prinzipal-Agent-Verhältnis zwischen KK bzw. KV und Arzt begründet werden, weil es noch immer an Rechtsbeziehungen fehlt, anhand derer wenigstens eine Beauftragung des niedergelassenen Arztes als Agent begründet werden kann. Hinzu kommt, dass für den Privatarzt, der eindeutig ebenfalls von § 299a StGB umfasst ist, weder KK noch KV als Prinzipal in Betracht kommen. Eine Beauftragung durch diese kommt für den Privatarzt nicht zuletzt deshalb nicht in Betracht, da er direkt gegenüber dem Patienten abrechnet und weder für KKen noch KVen in irgendeiner Form tätig wird. Eine eindeutige Personenzuordnung in das Schema Prinzipal-Agent-Vorteilsgeber, wie bei § 299 StGB möglich, gibt es für § 299a StGB damit nicht. § 299a StGB ähnelt insofern eher den Vorschriften der §§ 331 ff. StGB, die die Strafbarkeit korrupter Handlungen durch Personen regeln, an die aufgrund ihrer herausgehobenen Stellung in der Gesellschaft besondere Anforderungen an die Lauterkeit der Berufs- bzw. Dienstausbübung zu stellen sind. Für die niedergelassenen Ärzte ergibt sich diese herausgehobene Stellung nach der Gesetzesbegründung aus ihrer Schlüsselposition im Gesundheitswesen sowie dem besonderen Vertrauen, das ihnen von ihren Patienten entgegengebracht wird.⁵⁰⁰ Die §§ 331 ff. StGB basieren mit einer weniger deutlichen Personenzuordnung auf einem Drei-Personen-Verhältnis zwischen dem Vorteilsgeber, dem Amtsträger als Agenten sowie abstrakter als in § 299 StGB dem Staat bzw. der EU als Prinzipal.⁵⁰¹

⁴⁹⁹ Vgl. BGH, Beschluss vom 29.03.2012 – GSSt 2/11, NJW 2012, 2530 (2533).

⁵⁰⁰ Siehe *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446 S. 16.

⁵⁰¹ Vgl. Gaede, in: Leitner/Rosenau/Ahlbrecht, § 331 StGB Rn. 1.

Als Prinzipal der §§ 299a, 299b StGB kommt das Gesundheitswesen als Ausprägung staatlicher Daseinsfürsorge in Betracht, das neben der adäquaten ärztlichen Versorgung des einzelnen Bürgers auch die Aufrechterhaltung der öffentlichen Gesundheit und Hygiene sowie die Finanzierbarkeit eines hierauf ausgerichteten, solidarischen Gesundheitsfürsorgesystems beinhaltet.⁵⁰² Die Beziehung, die zwischen Prinzipal und Agent besteht, ist im Vergleich zu § 299 StGB deutlich abgeschwächt. Es bedarf weder eines Angestelltenverhältnisses, noch einer rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Beauftragung, um den Heilberufsangehörigen zum Agenten des nur schwer konkret fassbaren „Gesundheitssystems“ zu machen. Nach dem Willen des Gesetzgebers ist die faktische Schlüsselposition der Heilberufsangehörigen und insbesondere der Ärzte bei der Versorgung der Bürger ausreichend, diese zu Agenten des Gesundheitswesens zu machen.⁵⁰³ Nutzen die Heilberufsangehörigen die ihnen eingeräumten und nicht unmittelbar überwachbaren Entscheidungsspielräume, etwa bei der Versorgung der Bürger mit Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln, aus, indem sie die Entscheidung von Zuwendungen des Vorteilsgebers abhängig machen, besteht die Gefahr der Ausbeutung des Prinzipals in Form eines solidarisch finanzierten Gesundheitssystems. Des Weiteren stört das Ausnutzen dieser Informationsasymmetrie den Wettbewerb und die Qualität der medizinischen Versorgung als solcher, da Wettbewerbsvorteile nicht mehr durch Preis und Qualität, sondern mit Hilfe unlauterer Bevorzugung erzielt werden. Die Folge ist eine Verteuerung medizinischer Leistungen und steigende Kosten im Gesundheitswesen.⁵⁰⁴ Eine Störung des Wettbewerbs mit einhergehender Gefahr für die Qualität der medizinischen Versorgung ist auch dann gegeben, wenn ein Heilberufsangehöriger seine Leistung gegenüber dem Patienten direkt abrechnet. Damit wird auch der Privatarzt als Agent des Gesundheitswesens tätig.

Gaede versteht den Patienten sowie die gegebenenfalls hinter ihm stehende Krankenversicherung als Prinzipal in diesem System.⁵⁰⁵ In beiden Fällen würde durch die Bestechlichkeit eine individuell gerichtete Pflichtenbindung korrumpiert. Bezüglich der Krankenversicherung als Prinzipal führt er jedoch etwas inkonsequent weiter aus, der Gesetzgeber habe es als die

⁵⁰² Siehe hierzu *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446 S. 12 f., worin stets die Schädlichkeit von Korruption für „das Gesundheitswesen“ sowie „das Gesundheitssystem“ betont wird.

⁵⁰³ Vgl. *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446 S. 11.

⁵⁰⁴ Vgl. *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446 S. 12.

⁵⁰⁵ Siehe Gaede, in: Leitner/Rosenau/Ahlbrecht, § 299a StGB Rn. 16 ff.

Korruption kennzeichnende Dienerschaft für mehrere Herren begreifen können, wenn etwa ein Arzt seine dem Patienten verpflichtete und für den Gesundheitsmarkt zentrale Tätigkeit zugleich zum Gegenstand fremder und potenziell gegenläufiger Marktinteressen mache.⁵⁰⁶ Nun ist die gesetzliche Krankenversicherung sicher nicht mit dem Gesundheitsmarkt als solchem gleichzusetzen. Der Verweis auf „den Gesundheitsmarkt“ als Prinzipal zeigt, dass die Annahme der gesetzlichen Krankenversicherung als Prinzipal, demgegenüber der Arzt Pflichten innehat, zu kurz gegriffen ist, da Fälle der Behandlung von Privatpatienten bzw. Selbstzahlern nicht mit umfasst werden. Die Annahme des Patienten als Prinzipal dagegen passt nicht in das den Korruptionsdelikten zu Grunde liegende Prinzipal-Agenten-Verhältnis. Dem Patienten als Prinzipal steht zwar nicht entgegen, dass das Patientenvertrauen nach der hier vertretenen Ansicht kein von §§ 299a, 299b StGB geschütztes Rechtsgut mehr ist. Auch bezüglich § 299 StGB a. F. bzw. § 299 StGB in der Wettbewerbsvariante wird das Vertrauen des Geschäftsherrn in seinen Angestellten nicht mitgeschützt; nichtsdestoweniger ist zweifelsfrei der Geschäftsherr der Prinzipal in dem Drei-Personen-Verhältnis. Dieses ist jedoch dadurch gekennzeichnet, dass der Prinzipal Aufgaben an den Agenten delegiert und ihm zu dessen Erfüllung eine Vollmacht sowie einen Entscheidungsspielraum einräumt, den er selbst nicht unmittelbar überwachen kann, mit anderen Worten ein hierarchisches System.⁵⁰⁷ Das ist auf das Verhältnis eines Patienten zum Arzt nicht übertragbar. Der zwischen diesen geschlossene Behandlungsvertrag nach § 630a BGB ordnet den Arzt dem Patienten nicht hierarchisch unter, auch wenn es sich um einen dienstvertragsähnlichen Vertragstyp handelt.⁵⁰⁸ Die Behandlung wird nicht vom Patienten an den Arzt delegiert, sondern dieser gerade aufgesucht, weil der Patient selbst die Behandlung überhaupt nicht leisten kann. Den Patienten treffen gem. § 630c Abs. 1 BGB auch Mitwirkungspflichten im Rahmen seiner Behandlung, die ebenfalls gegen eine hierarchische Überordnung gegenüber dem Arzt sprechen. Der Patient ist damit nicht als der Prinzipal des Arztes anzusehen.

⁵⁰⁶ Gaede a.a.O., § 299a StGB Rn. 17.

⁵⁰⁷ Vgl. Pragal, Die Korruption innerhalb des privaten Sektors und ihre strafrechtliche Kontrolle durch § 299 StGB S. 5 f. mit einer anschaulichen Skizze, die jedoch auch ein Prinzipal-Agent-Verhältnis zwischen Arzt und Krankenkasse enthält.

⁵⁰⁸ Vgl. Spickhoff, in: Spickhoff Medizinrecht, § 630a BGB Rn. 2.

Zusammengefasst kann die Struktur des Prinzipal-Agent-Verhältnisses auch auf die §§ 299a, 299b StGB übertragen werden. Neben den Vorteilsgeber und den Heilberufsangehörigen als Agenten tritt das schwer konkretisierbare „Gesundheitswesen“ als Prinzipal. Sowohl die Verwendung des eher abstrakten Konzeptes des „Gesundheitswesens“ als Prinzipal – im Gegensatz zur klaren Personenzuordnung in § 299 StGB – als auch die nur noch sehr locker ausgestaltete Beziehung des Agenten zum Prinzipal sind als von der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers umfasste Entscheidung bei der Abfassung eines Straftatbestandes hinzunehmen.

3.2.3 Objektiver Tatbestand § 299a

3.2.3.1 Tauglicher Täter

Gem. § 299a StGB sind taugliche Täter Angehörige eines Heilberufs, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert. Die Tätereigenschaft ist strafbegründendes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 Abs. 1 StGB. Die Abgrenzung der möglichen Täter entspricht dabei § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB.⁵⁰⁹ Neben den dort explizit genannten Ärzten und Apothekern gehören auch psychologische Psychotherapeuten, Hebammen und Entbindungspfleger, Krankenschwestern und Krankenpfleger, Rettungsassistenten oder Physiotherapeuten sowie medizinisch-technische Assistenten zum Kreis möglicher Täter.⁵¹⁰ Keine staatlich geregelte Ausbildung erfordert dagegen die Tätigkeit eines Heilpraktikers. Zur Ausübung der Heilkunde als Heilpraktiker ist lediglich eine Erlaubnis gem. § 1 HeilPrG erforderlich. Eine solche wird erteilt, wenn der Antragsteller das 25. Lebensjahr vollendet hat, eine abgeschlossene Volksschulausbildung nachweisen kann, keine schweren strafrechtlichen oder sittlichen Verfehlungen vorliegen, ihm nicht infolge eines körperlichen Leidens oder wegen Schwäche seiner geistigen oder körperlichen Kräfte oder wegen einer Sucht die für die Berufsausübung erforderliche Eignung fehlt und wenn sich aus einer Überprüfung der Kenntnisse und Fähigkeiten des Antragstellers durch das Gesundheitsamt ergibt, dass die Ausübung der Heilkunde durch den Betreffenden keine Gefahr für die Volksgesundheit bedeuten würde, siehe § 2 der Durchführungsverordnung

⁵⁰⁹ Siehe *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446 S. 17.

⁵¹⁰ Vgl. *Lenckner/Eisele*, in: *Schönke/Schröder*, § 203 Rn. 35.

zum Gesetz zur Ausübung der Heilkunde ohne Bestallung (Heilpraktikergesetz). Die Absolvierung einer staatlich geregelten Ausbildung ist somit gerade nicht erforderlich.

Eine Begrenzung des Täterkreises auf akademische Heilberufsgruppen oder Kammerberufe⁵¹¹ sollte nach der Begründung des Gesetzgebers explizit nicht erfolgen. Zwar seien nicht-akademische Heilberufsgruppen nicht in demselben Maß wie Ärzte und Apotheker in die Ausgabenverteilung im Gesundheitswesen eingebunden. Sie hätten insbesondere für andere Leistungserbringer nicht dieselbe wirtschaftliche Bedeutung wie diese. Das generelle Risiko unlauterer Einflussnahme auf Entscheidungen nicht-akademischer Heilberufsgruppen dürfte daher etwas weniger schwer wiegen. Hieraus könne aber nicht der Schluss gezogen werden, dass korruptive Einflussnahmen auf Angehörige nicht-akademischer Heilberufsgruppen und korruptiv beeinflusste Verhaltensweisen im Bereich der nicht-ärztlichen Gesundheitsversorgung weniger strafwürdig seien. Vielmehr seien die von nicht-akademischen Heilberufsgruppen zu treffenden Entscheidungen und zu erbringenden Leistungen für die Patienten und damit für die Gesundheitsversorgung insgesamt in gleicher Weise wichtig und notwendig; bei korruptiven Absprachen, die die Weiterverweisung von Patienten an andere Leistungserbringer zum Gegenstand hätten, könnten sich auch bei den nicht-akademischen Heilberufsgruppen Patienten nicht mehr darauf verlassen, dass die Entscheidung ausschließlich medizinischen Erwägungen folge und dem Patientenwohl diene.⁵¹²

Das Tatbestandsmerkmal des Angestellten oder Beauftragten findet sich in §§ 299a, 299b StGB im Gegensatz zu § 299 StGB gerade nicht mehr. Auch der niedergelassene Arzt in seiner Einzelpraxis ist damit – obwohl Betriebsinhaber – tauglicher Täter des § 299a StGB. Heilberufsangehörige sind damit nach der Einführung der §§ 299a, 299b StGB die einzigen Betriebsinhaber im Geltungsbereich des Strafgesetzbuches, die sich bei ihren unternehmerischen Entscheidungen wegen Korruption strafbar machen können.⁵¹³

⁵¹¹ So noch der Bayerische Entwurf *Bayerisches Staatsministerium der Justiz*, Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen vom 06.11.2014.

⁵¹² *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446 S. 17.

⁵¹³ Vgl. *Dannecker/Schröder*, in: *Nomos StGB*, § 299a Rn. 81.

3.2.3.2 Tathandlungen

3.2.3.2.1 Verordnung

Die Verordnung meint die Verschreibung von Arzneimitteln, Heil- und Hilfsmitteln und Medizinprodukten zugunsten von Patienten, unabhängig davon, ob für das verschriebene Mittel oder Produkt eine Verschreibungspflicht besteht.⁵¹⁴ „Verschreiben“ dürfen nur Ärzte, Zahnärzte oder Tierärzte, vgl. etwa § 48 Abs. 1 S. 1 AMG. Ebenfalls erfasst sein sollen Tätigkeiten, die mit dem Verordnen in einem engen inneren Zusammenhang stehen, wie beispielsweise die Übersendung der Verordnung an einen anderen Leistungserbringer.⁵¹⁵ Der Begriff der Arzneimittel ist in § 2 AMG legal definiert, der des Medizinproduktes in § 3 MPG. Die Begrifflichkeiten sind in § 299a und § 299b StGB zu übernehmen.⁵¹⁶

Der Begriff des Heilmittels findet sich in § 32 SGB V, ist jedoch nicht legal definiert. Die Definition und insbesondere die Abgrenzung zu den Hilfsmitteln ist weitgehend durch die Rechtsprechung geprägt. Demnach sind Heilmittel bestimmte, in der Regel nicht von Ärzten, persönlich erbrachte, medizinische Dienstleistungen, die einem Heilzweck dienen oder einen Heilerfolg sichern und nur von entsprechend ausgebildetem Personal erbracht werden dürfen. Beispiele hierfür sind Maßnahmen der Physikalischen Therapie, der podologischen Therapie, der Sprachtherapie oder einzelne Leistungen der Ergotherapie.⁵¹⁷

Der Begriff des Hilfsmittels bildet die Überschrift zu § 33 SGB V, ist dort jedoch ebenfalls nicht legal definiert. Nach der Rechtsprechung des BSG sind Hilfsmittel sächliche Mittel, die durch ersetzende, unterstützende oder entlastende Wirkung den Erfolg der Krankenbehandlung sichern, eine Behinderung ausgleichen oder ihr vorbeugen. Dazu gehören insbesondere Körperersatzstücke und typische orthopädische Hilfsmittel, aber auch Gegenstände, die den Erfolg einer Heilbehandlung bei Anwendung durch den Versicherten selbst sicherstellen sollen.⁵¹⁸ Durch das letztgenannte Kriterium unterschieden sich Hilfsmittel von anderen Medizinprodukten

⁵¹⁴ Vgl. *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446 S. 20.

⁵¹⁵ Vgl. *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446 S. 20.

⁵¹⁶ Vgl. *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446 S. 20.

⁵¹⁷ Vgl. *Wabnitz*, in: *Spickhoff Medizinrecht*, § 32 SGB V Rn. 2 ff.

⁵¹⁸ Vgl. *Wabnitz*, in: *Spickhoff Medizinrecht*, § 33 SGB V Rn. 2, 3.

wie z. B. Skalpellen, die nicht durch die Versicherten selbst, sondern Ärzte angewendet werden.

Die Abgrenzung zwischen Heil- und Hilfsmittel wird nach der neueren Rechtsprechung danach vorgenommen, ob es sich um persönliche medizinische Dienstleistungen – dann Heilmittel – oder sächliche medizinische Mittel – dann Hilfsmittel – handelt.⁵¹⁹

3.2.3.2.2 Bezug zur unmittelbaren Anwendung durch den Heilberufsangehörigen

Das Tatbestandsmerkmal des Bezugs ist nach dem Willen des Gesetzgebers sehr weit zu verstehen und umfasst sämtliche Verhaltensweisen, durch die sich ein Angehöriger eines Heilberufs Arznei-, Hilfsmittel oder Medizinprodukte verschafft.⁵²⁰ Erfasst wird der Bezug von Arznei- und Hilfsmitteln und Medizinprodukten, die der Heilberufsangehörige nicht (zunächst) verordnet, sondern ohne Verordnung unmittelbar beim oder am Patienten anwendet. Das ist etwa der Fall bei Prothesen oder Implantaten, jedoch auch bei Arzneimitteln im Bereich der ambulanten Krebstherapie oder bei der Substitutionstherapie zur Behandlung von Drogenabhängigkeit.⁵²¹

Das Merkmal der unmittelbaren Anwendung durch den Heilberufsangehörigen wurde eingefügt, um den Bezug von Arznei-, Heil-, Hilfsmitteln oder Medizinprodukten, sofern er sich als originär unternehmerische Entscheidung ohne Bezug zum Patienten darstellt, von der Strafbarkeit auszunehmen.⁵²² In diesem Teilbereich soll es dem Arzt weiter gestattet sein, als Geschäftsinhaber seine eigenen wirtschaftlichen Interessen zu verfolgen.⁵²³

Nach dem Willen des Gesetzgebers werden hiervon Ausstattungsgegenstände wie etwa der Behandlungsstuhl nicht mit umfasst. Dessen Kauf sei der reinen unternehmerischen Tätigkeit des Arztes zuzuordnen.⁵²⁴ Es wird diskutiert, ob der Kauf von Praxisbedarf, also Verbrauchsgegenstände, wie Handschuhe, Alkoholtupfer oder Desinfektionsmittel die vom Arzt selbst

⁵¹⁹ Vgl. Wabnitz, in: Spickhoff Medizinrecht, § 32 SGB V Rn. 5.

⁵²⁰ Vgl. *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446 S. 20.

⁵²¹ Vgl. *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/8106 S. 14 f.

⁵²² Vgl. Geiger, medstra 2016, 9 (10).

⁵²³ Vgl. *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446 S. 22; Gaede, medstra 2015, 263 (264 f.).

⁵²⁴ Siehe *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446 S. 22.

bezogen und bezahlt, jedoch nicht personenbezogen verordnet, ebenfalls der unternehmerischen Tätigkeit des Arztes zugeordnet werden sollen.⁵²⁵ Die Annahme von Rabatten wäre in diesem Fall nicht nach § 299a StGB strafbar.

Für die Zuordnung zur rein unternehmerischen Tätigkeit wird angeführt, dass diese Materialien nicht gesondert abrechenbar seien⁵²⁶ und ihre Abgeltung über den Einheitlichen Bewertungsmaßstab erfolge. Hinzu komme, dass sich nach dem Willen des Gesetzgebers eine unlautere Bevorzugung auch aus dem Verstoß gegen Preis- und Rabattvorschriften ergeben könne. Ein Verstoß gegen § 7 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 HWG, der Zuwendungen und Vergaben regelt, könne so, eine Unrechtsvereinbarung unterstellt, zu einer Strafbarkeit gem. § 299a StGB führen. Dies sei laut Pragal, der diese Ansicht vertritt, vom Gesetzgeber nicht gewollt.⁵²⁷

Diese Ansicht überzeugt nicht. Weder aus dem Gesetzeswortlaut noch aus der Begründung ergeben sich Anhaltspunkte, dass der Praxisbedarf nicht zum Bezug gezählt werden solle. Im Gegenteil wird klargestellt, dass der Bezugsbegriff sehr weit zu verstehen sei.⁵²⁸ Im Sinne der Rechtsklarheit ist die Grenze zwischen unternehmerischer Tätigkeit und Bezug bei der tatsächlichen Anwendung des Materials am Patienten zu ziehen. Die Abrechenbarkeit gegenüber der KV, die ihrerseits Abgrenzungsschwierigkeiten schafft – hierzu sogleich –, kann dabei keine Rolle spielen. § 299a StGB ist als abstraktes Gefährdungsdelikt ausgestaltet, so dass es auf eine tatsächliche Abrechnung nicht ankommt. Allein die Möglichkeit der Verzerrung des Wettbewerbs genügt, und diese kann sich auch aus der unlauteren Bevorzugung eines Praxismaterial verkaufenden Unternehmens ergeben. Eine Abgrenzung anhand der Abrechenbarkeit statt des Lebensvorgangs birgt weiter eine erhebliche Unsicherheit bezüglich solcher Materialien, deren Abgeltung durch die KVen oder Ärztekammern noch gar nicht geregelt ist. Das ist z. B. bei der Abrechnung der Materialien, die für einen

⁵²⁵ Vgl. Jäger, MedR 2017, 694 (698); Tsambikakis, medstra 2016, 131 (135); Pragal/Handel, medstra 2016, 22 (26).

⁵²⁶ Vgl. Tsambikakis, medstra 2016, 131 (135).

⁵²⁷ So in Pragal/Handel, medstra 2016, 22 (26); im Ergebnis auch Geiger, medstra 2016, 9 (10) und Dannecker/Schröder, in: Nomos StGB, § 299a Rn. 168.

⁵²⁸ Siehe Deutscher Bundestag, BT-Drs. 18/6446 S. 22.

gynäkologischen PAP-Abstrich zur Krebsfrüherkennung notwendig sind, der Fall.⁵²⁹

Doch auch wenn man zur Abgrenzung die Regelung in § 10 GOÄ zur Anrechenbarkeit bzw. Nichtabrechenbarkeit von Verbrauchsmaterial heranzieht, ergeben sich praktische Probleme. Verbandsmaterial, das dem Patienten mitgegeben wird, kann nach dieser Vorschrift gesondert abgerechnet werden, Mullkompressen und Schnellverbandmaterial dagegen nicht. Da davon ausgegangen werden kann, dass der Arzt bei ein und demselben Hersteller einkauft, wäre die Annahme von über der Geringwertigkeitsgrenze liegenden Prämien im Fall von Verbandsmaterial ein Fall des § 299a StGB, da sie gesondert abgerechnet werden können. Bei den Mullkompressen, deren Kosten als von der Vergütung nach der GOÄ-Ziffer mit umfasst angesehen und so pauschal abgegolten werden jedoch nicht, da deren Einkauf der unternehmerischen Entscheidung des Arztes unterfallen.

Die einzige rechtssicher und in ihrem Ergebnis vorhersehbar zu ziehende Grenze zwischen unternehmerischer Tätigkeit und Bezug im Sinne des § 299a StGB ist daher bei der tatsächlichen Anwendung des Materials am Patienten zu ziehen. Sofern sich aus diesem weiten Bezugsbegriff eine ausufernde Strafbarkeit ergibt, die erst bei der Unrechtsvereinbarung wieder eingegrenzt werden kann, ist dies zwar bedauerlich, als Entscheidung des Gesetzgebers im Ergebnis aber hinzunehmen.

3.2.3.2.3 Zuführung

Der Begriff der Zuführung soll nach dem Willen des Gesetzgebers inhaltlich dem sozial- und berufsrechtlichen Zuweisungsbegriff entsprechen, § 73 Abs. 7 SGB V, § 31 MBO-Ä. Zu verstehen sei darunter jede Einwirkung auf den Patienten mit der Absicht, dessen Auswahl eines Arztes oder eines anderen Leistungserbringers zu beeinflussen. Erfasst würden Zuweisungen und Überweisungen sowie Verweisungen und Empfehlungen. Mit der Verwendung des Begriffes „Zuführung“ anstelle von „Zuweisung“ solle deutlich gemacht werden, dass es auf die Form der Einwirkung auf den Patienten nicht ankomme. Auch mündliche und unverbindliche Empfehlungen seien

⁵²⁹ Vgl. hierzu das Fallbeispiel unter Punkt 3.3.2 ab Seite 159, dabei insb. die Ausführungen unter Punkt 3.3.2.2.2.2 ab Seite 162.

erfasst und solche im Rahmen vertraglicher Kooperationen wie beispielsweise Berufsausübungsgemeinschaften. Mit der Zuführung von Untersuchungsmaterial sei insbesondere die Weiterleitung von Proben zur Durchführung von Laboruntersuchungen gemeint.⁵³⁰

Die Verwendung des Begriffs der Zuführung statt der Zuweisung durch den Gesetzgeber ist irreführend, da beide, auch im Hinblick auf den vom Gesetzgeber gewollten, weiteren Anwendungsbereich deckungsgleich sind. Der BGH entschied bereits für § 31 MBO-Ä a. F., der im Wesentlichen unverändert § 31 Abs. 1 MBO-Ä n. F. entspricht, dass der Begriff der Zuweisung im Hinblick auf dessen auf das Patienteninteresse abstellenden Schutzzweck alle Fälle der Überweisung, Verweisung und Empfehlung von Patienten an bestimmte andere Ärzte, an Apotheken, Geschäfte oder Anbieter von gesundheitlichen Leistungen mit umfasse.⁵³¹ Der vom Gesetzgeber intendierte „weite“ Zuweisungsbegriff, der mit dem Wort „Zuführung“ ausgedrückt werden soll, ist nach der Rechtsprechung des BGH bereits im Begriff der „Zuweisung“ in § 31 Abs. 1 MBO-Ä enthalten. Der Begriff der „Zuführung“ in § 299a StGB ist damit deckungsgleich mit dem Begriff der „Zuweisung“ in § 31 Abs. 1 MBO-Ä.⁵³²

Jedoch lassen sich gerade beim aus dem Sozialrecht stammenden Begriff der Zuführung die § 299a StGB immanenten Brüche zum Wettbewerbsrecht deutlich machen. So wird vertreten, dass die Überweisung von Patienten von einem Gemeinschaftspraxispartner an den anderen nicht „Zuführung“ im Sinne des § 299a StGB sei. Der Behandlungsvertrag mit dem Patienten komme ohnehin mit der Gemeinschaftspraxis zu Stande, und auch die Abrechnung erfolge für alle Gemeinschaftspraxispartner. Die Gesellschafter einer Gemeinschaftspraxis hätten die Pflicht, die Erreichung des gemeinsamen Zwecks zu fördern, der insbesondere in der gemeinsamen Ausübung vertragsärztlicher Tätigkeit liege, § 33 Abs. 2 S. 1 Ärzte-ZV. Eine Überweisung der Patienten an Behandler „außer Haus“ könne dieser Pflicht zuwiderlaufen. Im Übrigen sei das Verbot der Zuweisung gegen Entgelt nur für die Teil-Gemeinschaftspraxis⁵³³ ausdrücklich normiert, § 33

⁵³⁰ Siehe *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446 S. 20.

⁵³¹ BGH, Urteil vom 13.01.2011 – I ZR 111/08, GesR 2011, 246 (253).

⁵³² Vgl. *Tsambikakis*, medstra 2016, 131 (136); sowie *Schneider*, medstra 2016, 195 (202), der die Empfehlung i. S. d. § 31 Abs. 2 MBO-Ä mit unter die Zuweisung fasst, sofern sie ohne hinreichenden Grund geschieht. Siehe zum Verhältnis von § 31 Abs. 1 zu Abs. 2 MBO-Ä auch die Ausführungen unter Punkt 3.3.2.2.3.3 ab Seite 166.

⁵³³ Vgl. zur Erläuterung den Exkurs unter Punkt 3.3.2.6 ab Seite 180.

Abs. 3 S. 2 Ärzte-ZV, nicht dagegen für die Gemeinschaftspraxis. Der Partner der Gemeinschaftspraxis sei damit bereits begrifflich nicht „anderer“ im Sinne des § 299a StGB.⁵³⁴

Diese Interpretation entspricht jedoch weder der Intention des Gesetzgebers noch dem vom BSG entwickelten Zuführungsbegriff. Zu verstehen ist darunter jede Einwirkung auf den Patienten mit der Absicht, dessen Auswahl eines Arztes oder eines anderen Leistungserbringers zu beeinflussen. Nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers fallen darunter auch mündliche und unverbindliche Empfehlungen seien erfasst und solche im Rahmen vertraglicher Kooperationen wie beispielsweise Berufsausübungsgemeinschaften.⁵³⁵ Vor diesem Hintergrund wird man sich kaum bei der Auslegung des Zuführungsbegriffs in § 299a StGB über die sehr weite Definition des BSG hinwegsetzen dürfen, auch wenn eine Eingrenzung des Tatbestandes außerhalb der Unrechtsvereinbarung sicher wünschenswert ist. Der Verweis auf die fehlende Regelung eines Verbots der Zuweisung gegen Entgelt im Rahmen einer Gemeinschaftspraxis geht außerdem fehl, da das entsprechende Verbot in § 31 MBO-Ä auf alle approbierten Ärzte und damit auch Partner einer Gemeinschaftspraxis Anwendung findet.

Das Beispiel der Gemeinschaftspraxis zeigt vielmehr, dass der aus § 299 StGB entlehnte Wettbewerbsbegriff nicht 1:1 auf das Gesundheitswesen übertragbar ist. Der sehr weite Wettbewerbsbegriff würde den Gemeinschaftspraxispartner in Wettbewerb zu anderen Ärzten gleicher Qualifikation setzen, die die von ihm zu erbringende Leistung in gleicher Weise durchführen könnten. Durch die Steigerung des Umsatzes der Gemeinschaftspraxis hat der zuweisende Arzt ein veritables Interesse daran, die Patienten von seinem Gemeinschaftspraxispartner und keinem beliebigen Dritten behandeln zu lassen. Andererseits zielt, betrachtet man die gemeinsame Abrechnung, die gemeinschaftliche Haftung für Fehler des jeweils anderen sowie die für die Patienten so angenehme Möglichkeit, sich gegenseitig zu vertreten, die Zuführung an den Gemeinschaftspraxispartner eher auf eine gemeinschaftliche Berufsausübung und eine verbesserte Patientenbehandlung denn eine wettbewerbliche Schlechterstellung der anderen Fachärzte. Aufgrund des identischen Wortlautes in § 299 StGB und § 299a StGB ist es jedoch zweifelhaft, dass die Rechtsprechung eine

⁵³⁴ Vgl. KVB, Erlaubte Kooperationen vs. Korruption, S. 5 f.

⁵³⁵ Vgl. *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446 S. 20.

Einschränkung des Tatbestandes anhand des Wettbewerbsbegriffs vornehmen wird. Dies würde zugleich eine Einschränkung desselben Begriffs in § 299 StGB nach sich ziehen; angesichts der immer größeren Ausdehnung des Begriffs wird das wohl nicht geschehen.

Auch bei diesem, wie so viele andere sehr weit gefassten Merkmals der „Zuführung“ von Patienten wird bis auf wenige Ausnahmen⁵³⁶ eine Eingrenzung der tatbestandlichen Handlungsformen letztlich erst im Rahmen der Unrechtsvereinbarung erfolgen können.

3.2.3.2.4 Handeln im Zusammenhang mit der Berufsausübung

Dieses Tatbestandsmerkmal ist dem Merkmal des „im geschäftlichen Verkehr“ gem. § 299 StGB nachgebildet. In § 299 StGB dient das Merkmal der Abgrenzung zu rein privatem, betriebsinternen oder hoheitlichen Handeln.⁵³⁷ Der Grundgedanke ist, dass solche Handlungen von vorneherein den Tatbestand nicht erfüllen können, die keine Außenwirkung auf den Wettbewerb entfalten, sondern entweder betriebsintern bleiben oder dem privaten oder hoheitlichen Bereich zugeordnet werden können.⁵³⁸ Dieser Gedanke wurde auf die §§ 299a, 299b StGB übertragen: Rein private Handlungen, die außerhalb der beruflichen Tätigkeit erbracht werden, sollen von der Strafbarkeit ausgenommen bleiben.⁵³⁹ Fraglich ist jedoch, ob diesem Tatbestandsmerkmal überhaupt eine eigenständige Bedeutung zukommt.

§ 299 StGB beschreibt als Tathandlung nur das Fordern, sich versprechen lassen oder Annehmen eines Vorteils für den Bezug von Waren oder Dienstleistungen, so dass in der Tat Fälle denkbar sind, in welchen Angestellte eines Betriebes Waren oder Dienstleistungen außerhalb des geschäftlichen Verkehrs beziehen. § 299a StGB formuliert in den Ziffern 1 bis 3 dagegen eigene, deutlich enger umrissene Tathandlungen, die ohne Zusammenhang mit der Berufsausübung eines Arztes bzw. Angehörigen eines Heilberufs kaum vorstellbar sind, da sie gerade den Kernbereich heilberuflichen Handelns darstellen. Die Verordnung von Arzneimitteln im privaten Bereich ist in einer Fallkonstellation denkbar, in welcher der Arzt

⁵³⁶ Für eine denkbare Ausnahme siehe die Konstellation im 3. Fallbeispiel unter Punkt 3.3.3.2.2.3 ab Seite 187.

⁵³⁷ Vgl. Heine/Eisele, in: Schönke/Schröder, § 299 Rn. 9; Heger, in: Lackner/Kühl, § 299 Rn. 3.

⁵³⁸ Vgl. Krick, in: MüKo StGB, § 299 Rn. 17.

⁵³⁹ So *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446 S. 20.

einem Verwandten oder Bekannten Arzneimittel verordnet, wenn ihn diese zum Beispiel außerhalb seiner Praxis aufsuchen. Ein Arzt bzw. Angehöriger eines Heilberufes hört jedoch nicht auf, diesem Berufsstand zuzugehören, nur weil er seine Praxis bzw. Niederlassung verlässt. Wie oben bereits dargestellt dürfen nur Ärzte, Zahnärzte und Tierärzte Heil- oder Hilfsmittel verordnen, § 48 Abs. 1 S. 1 AMG. Sobald ein Arzt also ein Heil- oder Hilfsmittel verordnet, unabhängig von der Person des Verordnungsempfängers oder dem Ort, an dem er die Verordnung ausstellt, wird er als Arzt für einen Patienten tätig und bewegt sich im Kernbereich des heilberuflichen Handelns. Ein Arzt kann wegen § 48 Abs. 1 S. 1 AMG überhaupt nur eine Verordnung ausstellen, wenn er dabei seinen Beruf ausübt – als reine Privatperson ist es überhaupt nicht möglich, Heil- oder Hilfsmittel zu verordnen.

Dasselbe gilt für die Zuführung von Verwandten oder Bekannten zu anderen Behandlern mittels Zu- bzw. Einweisung oder die Zuführung von Untersuchungsmaterial, das diesen Personen entnommen worden war, an ein Labor. Einer solchen Zuführung geht logisch zwingend ein Behandlungsvertrag gem. § 630a BGB voraus. Bei der Zuführung von Untersuchungsmaterial ist das eindeutig: Bevor dieses vom Arzt einem Labor zugeführt werden kann, muss er es zunächst einem Patienten, etwa in Form einer Blutprobe oder eines Abstriches, entnommen und mit einem Auftrag an das Labor gesandt haben, z. B. Bestimmung der Leberwerte oder die Untersuchung auf Bakterien oder entartete Zellen. Ohne einen auch konkludent geschlossenen Behandlungsvertrag mit dem Patienten, dem das Untersuchungsmaterial entnommen worden war, ist eine solche Zuführung nicht möglich, zumal die Entnahme stets die Einwilligung des Patienten in selbige voraussetzt. Die Zuführung des Patienten selbst setzt die Entscheidung des Heilberufsangehörigen voraus, wohin dieser Patient zugeführt werden soll – was wiederum voraussetzt, dass sich der Heilberufsangehörige ein Bild von den Beschwerden des Patienten und dessen Vorgeschichte macht, mit anderen Worten eine Anamnese erhebt. Eine Anamneseerhebung, egal ob sie einen Verwandten oder einen beliebigen Dritten betrifft, gehört jedoch gerade wieder zum Kernbereich des ärztlichen Handelns und ist stets Bestandteil eines Behandlungsvertrages nach § 630a BGB. Eine Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial außerhalb eines Handelns im Zusammenhang mit der Berufsausübung ist somit nicht denkbar.

Etwas anderes könnte sich jedoch bei der Tathandlung des Bezugs von Arzneimitteln, Hilfsmitteln oder Medizinprodukten ergeben. Hier ist der Fall eines Orthopäden denkbar, der, von einem teuren Markenlaptop als Vorteil – deklariert als „Werbebeschenk“ – gelockt, bei einem Medizinproduktehersteller Gipsverbände bestellt, die aus mit Gips beschichtetem Baumwollstoff bestehen, der, sobald er in Wasser eingeweicht ist, gut formbar ist. Diese Verbände benutzt er jedoch nicht in seiner Praxis, da er sie als veraltete Therapiemethode einstuft, sondern ausschließlich zu Hause für seine Kunstprojekte. Er hatte nie beabsichtigt, die Gipsverbände je in seiner Praxis zu benutzen. Es könnte damit von einem Bezug ausgegangen werden, der nicht im Zusammenhang mit der Berufsausübung steht. Im Ergebnis kommt es auf dieses Merkmal jedoch nicht an, da der Tatbestand des § 299a Nr. 2 StGB ohnehin nicht erfüllt ist: Von dieser Ziffer erfasst wird nur der Bezug von Arznei- und Hilfsmitteln und Medizinprodukten, die der Heilberufsangehörige nicht (zunächst) verordnet, sondern ohne Verordnung unmittelbar beim oder am Patienten anwendet.⁵⁴⁰ Eine Anwendung am Patienten war in der oben geschilderten Fallkonstellation jedoch von vorneherein ausgeschlossen.

Zusammengefasst kommt dem Merkmal „im Zusammenhang mit der Ausübung seines Berufs“ keine eigenständige Bedeutung zu.⁵⁴¹ Die Streichung dieses Merkmals hätte keine Auswirkung auf die von den übrigen Tatbestandsmerkmalen des § 299a StGB erfassten bzw. gerade nicht erfassten Verhaltensweisen.⁵⁴² Die beabsichtigte Abgrenzung von rein privaten Verhaltensweisen, die vom Tatbestand des § 299a StGB nicht erfasst werden sollen, ist ebenso über die Tatbestandsalternativen der Ziffern 1 bis 3 möglich. Im Folgenden wird auf dieses Tatbestandsmerkmal daher nicht mehr gesondert eingegangen werden.

3.2.3.2.5 Fordern, Sichversprechenlassen oder Annehmen eines Vorteils

Vorteil ist jede unentgeltliche Leistung materieller oder immaterieller Art, welche die wirtschaftliche, rechtliche oder persönliche Lage des Vorteilsempfängers objektiv verbessert und auf die er keinen Anspruch hat.⁵⁴³ Der

⁵⁴⁰ Deutscher Bundestag, BT-Drs. 18/8106 S. 14 f.

⁵⁴¹ Ebenso Gaede, in: Leitner/Rosenau/Ahlbrecht, § 299a StGB Rn. 38; mit Kritik aufgrund der Weite des Tatbestandsmerkmals Kubiciel/Tsambikakis, medstra 2015, 11 (14).

⁵⁴² Ebenso Nestler, GesR 2016, 70 (73); Dannecker/Schröder, in: Nomos StGB, § 299a Rn. 114.

⁵⁴³ Vgl. Heine/Eisele, in: Schönke/Schröder, § 299 Rn. 11 m. w. N.; Deutscher Bundestag, BT-Drs. 18/6446 S. 17.

Vorteil kann bereits im Abschluss eines Vertrages liegen, und zwar selbst dann, wenn die gewährten Vorteile nur das angemessene Entgelt für die aufgrund des Vertrags geschuldeten Leistungen, z. B. im Rahmen eines Behandlungsvertrages, sind.⁵⁴⁴ In der Gesetzesbegründung ausdrücklich genannte Vorteile sind Einladungen zu Kongressen, die Übernahme der Kosten von Fortbildungsveranstaltungen oder die Einräumung von Vermögens- oder Gewinnbeteiligungen ebenso wie der Abschluss eines Vertrages, der Leistungen an den Täter zur Folge hat, und zwar selbst dann, wenn diese nur das angemessene Entgelt für die von ihm selbst aufgrund des Vertrags geschuldeten Leistungen sind.⁵⁴⁵ Letztlich umfasst der Vorteilsbegriff jede vergütete Tätigkeit.⁵⁴⁶

Eine Bagatellgrenze ist in §§ 299a, 299b StGB ebenso wenig vorgesehen wie in den §§ 299, 331 ff. StGB. Wo es aber aufgrund der Geringfügigkeit des Vorteils an der objektiven Eignung fehlt, eine Entscheidung konkret zu beeinflussen, soll nach dem Willen des Gesetzgebers von einer sozialadäquaten Zuwendung auszugehen sein, die den Tatbestand der Vorschrift nicht erfüllt.⁵⁴⁷ In der strafrechtlichen Literatur wird, im Gegensatz zum Gesetzgeber, der sie beim Merkmal des Vorteils prüft, die Geringwertigkeit des Vorteils bzw. die Sozialadäquanz der Zuwendung der Unrechtsvereinbarung zugeordnet. So stelle die Gewährung oder Annahme von Zuwendungen sich dann nicht als Vollzug einer regelwidrigen Unrechtsvereinbarung dar, wenn sie sozialadäquat sind.⁵⁴⁸ Die letztgenannte Meinung überzeugt insofern, als es sich bei jeder Art von Korruption letztlich um einen regelwidrigen Tausch von Vorteilen handelt.⁵⁴⁹ Orientierend an der Gesetzesbegründung sollen dennoch Geringwertigkeit und Sozialadäquanz bereits beim Tatbestandsmerkmal des Vorteils geprüft werden, um aufgrund der sehr weit gefassten Tatbestandsmerkmale des § 299a StGB eine Ausuferung der Strafbarkeit zu verhindern, die ansonsten erst wieder bei der Prüfung der Unrechtsvereinbarung eingedämmt werden könnte.

⁵⁴⁴ Vgl. *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446 S. 18.

⁵⁴⁵ Vgl. *Dannecker/Schröder*, in: *Nomos StGB*, § 299a Rn. 123 f.; *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446 S. 18.

⁵⁴⁶ Vgl. *Dannecker/Schröder*, in: *Nomos StGB*, § 299a Rn. 124.

⁵⁴⁷ Vgl. *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446 S. 17 f.

⁵⁴⁸ So *Heine/Eisele*, in: *Schönke/Schröder*, § 331 Rn. 40; *Fischer*, in: *StGB Kommentar*, § 331 Rn. 25; mit kurzer Darstellung des Streitstandes *Korte*, in: *MüKo StGB*, § 331 Rn. 110; a. A. *Tiedemann*, in: *Leipziger Kommentar*, § 299 Rn. 28; *Dannecker/Schröder*, in: *Nomos StGB*, § 299a Rn. 125, 130 und § 299, Rn. 54.

⁵⁴⁹ Vgl. *Volk*, in: *GS Zipf*, S. 421.

Vom Straftatbestand sind solche Zuwendungen nicht umfasst, die aufgrund ihrer Geringwertigkeit mit Blick auf den Verkehrskreis typischerweise nicht hinreichend geeignet sind, geschäftliche oder medizinische Entscheidungen sachwidrig zu beeinflussen.⁵⁵⁰ Das gilt zusätzlich auch für solche Zuwendungen, die der Höflichkeit oder Gefälligkeit entsprechen und sowohl sozial üblich als auch unter Gesichtspunkten des Rechtsgut-schutzes allgemein gebilligt sind.⁵⁵¹ Das ist zum Beispiel der Fall bei geringfügigen kleinen Werbegeschenken.⁵⁵² Zur Auslegung des Merkmals der Geringfügigkeit können die von der FSA aufgestellten Kriterien herangezogen werden. Nach der Leitlinie des Vorstands des FSA zur Auslegung des Begriffs „geringwertig“ gem. § 6 Abs. 2 i.V.m. § 21 Abs. 3 FSA-Fachkreise gilt das für solche Werbegaben, deren Verbrauchs- oder Verkehrswert einen Betrag von 5,00 EUR nicht überschreitet. Bei der Berechnung ist von dem jeweiligen Wert einschließlich der gesetzlichen Umsatzsteuer auszugehen.⁵⁵³ Diese Leitlinie galt zwar nur bis 30.06.2014 – seitdem ist eine Annahme jeder Art von Geschenken unzulässig, siehe § 21 Abs. 1 FSA-Fachkreise – und bindet weder Staatsanwaltschaften noch Gerichte. Nichtsdestoweniger dürfte eine Bagatellgrenze von 5 EUR einen guten Richtwert darstellen, solche Fälle aus der Strafbarkeit auszunehmen, in welchen der Vorteil für den Angehörigen des Heilberufes so gering ist, dass nicht von einer Willensbeeinflussung ausgegangen werden kann.⁵⁵⁴ Eine solche als Richtlinie heranziehbare Grenze kann jedoch auch bei der Zurverfügungstellung von geringwertigen Gegenständen durch den Summeneffekt bald überschritten sein.⁵⁵⁵

⁵⁵⁰ Vgl. Tiedemann, in: Leipziger Kommentar, § 299 Rn. 28; Heine/Eisele, in: Schönke/Schröder, § 299 Rn. 20; Rönnau, in: Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, Rn. 23; Fischer, in: StGB Kommentar, § 299 Rn. 29; BGH, Urteil vom 23.10.2002 – 1 StR 541/01, NJW 2003, 763 (765).

⁵⁵¹ Vgl. Deutscher Bundestag, BT-Drs. 17/14575 S. 12; Fischer, in: StGB Kommentar, § 331 Rn. 25 ff.; ablehnend für das Tatbestandsmerkmal des Forderns Koepsel, Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB) S. 135.

⁵⁵² Vgl. Krick, in: MüKo StGB, § 299 Rn. 29.

⁵⁵³ Siehe Freiwillige Selbstkontrolle für die Arzneimittelindustrie e.V., FSA-Fachkreise vom 20.05.2014 S. 43.

⁵⁵⁴ Mit Warnung vor der möglichen, nicht legitimierten, strafrechtskonstituierenden Wirkung dieser und anderer best practice Kodizes Dannecker/Schröder, in: Nomos StGB, § 299a Rn. 138.

⁵⁵⁵ Vgl. hierzu die Entscheidung des OLG Stuttgart, Urteil vom 22.02.2018 – 2 U 39/17, juris, zur Wertgrenze bei § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 HWG; LSG Niedersachsen-Bremen, Urteil vom 08.06.2016 – L 3 KA 6/13, Rn. 31, 36 nach juris zu wiederholten Zuwendungen im Bereich von 0,50 DM.

Das Fordern eines Vorteils ist die ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung des Täters, dass er einen Vorteil als Gegenleistung für eine unlautere Bevorzugung eines anderen begehrt. Das Verlangen ist eine auf Abschluss einer Unrechtsvereinbarung zielende Erklärung, von der der Vorteilsgeber Kenntnis erlangen muss.⁵⁵⁶

Sichversprechenlassen ist die Annahme des Angebots eines zukünftig zu erbringenden Vorteils. Ob es später zu der Vorteilsgabe kommt, ist ohne Bedeutung. Der Vorteilsgeber muss – anders als beim Fordern – mit seinem Versprechen mitwirken und den Willen haben, den Vorteil zu leisten.⁵⁵⁷

Annehmen ist die tatsächliche Entgegennahme des Vorteils mit dem nach außen bekundeten Willen, über den Vorteil zu eigenen Zwecken oder zugunsten eines Dritten zu verfügen.⁵⁵⁸

3.2.3.3 Verknüpfung von Vorteil und Gegenleistung: Die Unrechtsvereinbarung

Unrechtsvereinbarung ist die Verknüpfung zwischen Vorteil und Gegenleistung mit dem Ziel der unlauteren Bevorzugung eines Mitbewerbers.⁵⁵⁹

3.2.3.3.1 Gegenseitigkeitsverhältnis

Zwischen Vorteil und der Gegenleistung muss ein Zusammenhang in Form eines do-ut-des-Verhältnisses bestehen: Der Vorteilsgeber leistet gerade für die erwartete Bevorzugung.⁵⁶⁰

Der Gesetzgeber geht davon aus, dass in Fällen der zulässigen Kooperationen, mit anderen Worten solchen, die im Einklang mit den sozial- und berufsrechtlichen Vorschriften stehen, bereits der erforderliche Zusammenhang zwischen Vorteil und heilberuflicher Handlung, also das Gegenseitigkeitsverhältnis, zu verneinen sei und der Zuwendung damit keine

⁵⁵⁶ Vgl. *Krick*, in: MüKo StGB, § 299 Rn. 20; *Heine/Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 331 Rn. 25; die Möglichkeit der Kenntnisnahme vom Fordern bzw. spiegelbildlich des Anbietens des Vorteils soll ausreichend sein lt. *Dannecker/Schröder*, in: Nomos StGB, § 299a Rn. 116 und § 299b, Rn. 13.

⁵⁵⁷ Vgl. *Dannecker*, GesR 2010, 281 Rn. 33; *Krick*, in: MüKo StGB, § 299 Rn. 21; *Heine/Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 331 Rn. 26.

⁵⁵⁸ Vgl. *Dannecker*, GesR 2010, 281 Rn. 34; *Krick*, in: MüKo StGB, § 299 Rn. 22; *Heine/Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 331 Rn. 27.

⁵⁵⁹ Vgl. *Dannecker*, in: Nomos StGB, § 299 Rn. 67.

⁵⁶⁰ Vgl. *Dannecker*, in: Nomos StGB, § 299 Rn. 67.

Unrechtsvereinbarung zu Grunde liege.⁵⁶¹ Dem kann nicht gefolgt werden. Jeder Kooperation liegt ein Zusammenhang zwischen dem gewährten Vorteil und der Gegenleistung zu Grunde. Ein do-ut-des-Verhältnis ist gerade der Kern einer jeden Kooperation. Ob dieses do-ut-des-Verhältnis im Einklang mit den sozial- und berufsrechtlichen Vorschriften steht oder die Vorteilsgabe zu einer sachfremden Entscheidung des Heilberufsangehörigen führt, entscheidet sich erst beim Tatbestandsmerkmal der unlauteren Bevorzugung. Die vom Heilberufsangehörigen getroffene Entscheidung war entweder sachfremd, also nur vom Vorteil geleitet, oder sachgerecht, also den sozial- und berufsrechtlichen Vorschriften über Kooperationen entsprechend oder aus einem anderen Grund als nicht vom Vorteil geleitet anzusehen. Dies ändert jedoch nichts daran, dass zwischen den Kooperationspartnern ein Austauschverhältnis von Vorteil und antizipierter Gegenleistung besteht. Dieses entfällt auch nicht bei einer zulässigen Zusammenarbeit. Folgerichtig ist die Prüfung der Berufs- bzw. Sozialrechtswidrigkeit einer Kooperation am Merkmal der unlauteren Bevorzugung festzumachen.

3.2.3.3.2 Bevorzugung

Eine Bevorzugung ist jede avisierte Besserstellung des Täters oder eines von ihm begünstigten Dritten, auf die er oder der Dritte keinen Anspruch hat.⁵⁶² Dazu soll nach Ansicht mancher auch die Erhaltung der bisherigen Geschäftsbeziehungen gehören können.⁵⁶³ Nicht ausreichend ist dagegen die Sicherung des allgemeinen Wohlbollens im Wege der „Klimapflege“ oder die Belohnung einer bereits ausgeführten Leistung, es sei denn, sie zielt gleichzeitig auch auf eine zukünftige Bevorzugung ab.⁵⁶⁴

Die durch die Vorteilsgabe gewissermaßen erkaufte Bevorzugung muss sich auf die tatbestandlich erfassten Fachentscheidungen des handelnden Heilberufsangehörigen, namentlich also auf Verordnungs- (Nr. 1), Bezugs- (Nr. 2) oder Zuführungsentscheidungen (Nr. 3) beziehen.⁵⁶⁵ Dies

⁵⁶¹ Siehe *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446 S. 18 ff.

⁵⁶² Vgl. *Heine/Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 299 Rn. 18.

⁵⁶³ Vgl. *Tiedemann*, in: Leipziger Kommentar, § 299 Rn. 41; ausführlich *Bach*, wistra 2008, 47.

⁵⁶⁴ Vgl. *Heine/Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 299 Rn. 18; *Fischer*, in: StGB Kommentar, § 299 Rn. 22; *Krick*, in: MüKo StGB, § 299 Rn. 25.

⁵⁶⁵ Vgl. *Geiger*, CCZ 2016, 172 (175).

ergibt sich aus der Formulierung im Gesetzestext, dass bei der Verordnung, dem Bezug oder der Zuführung ein Mitbewerber unlauter bevorzugt wird.

Die in Aussicht gestellte Bevorzugung muss im Zeitpunkt der Vereinbarung oder der hierauf abzielenden Erklärung des Täters nicht im Einzelnen festgelegt sein; es genügt, wenn sie nur in groben Umrissen erkennbar ist.⁵⁶⁶

3.2.3.3 Unlauterkeit⁵⁶⁷

Unlautere Bevorzugung bedeutet die sachfremde Entscheidung zwischen mindestens zwei Bewerbern, setzt also Wettbewerb und Benachteiligung eines Konkurrenten voraus.⁵⁶⁸ Eine sachfremde Entscheidung ist eine solche, die nicht auf sachlichen Erwägungen, gemessen am freien Wettbewerb, gründet, sondern durch den verlangten Vorteil geleitet ist.⁵⁶⁹

Eine Unrechtsvereinbarung soll – nach der hier vertretenen Auffassung wegen des Fehlens einer unlauteren Bevorzugung und nicht des Wegfalls des Gegenleistungsverhältnisses – nach dem Willen des Gesetzgebers dann nicht gegeben sein, wenn die Gewährung von Vorteilen ihren Grund ausschließlich in der Behandlung von Patienten findet, es sei denn, es handele sich um einen Verstoß gegen das Verbot der Zuweisung gegen Entgelt.⁵⁷⁰ Das gelte insbesondere für die Zuführung von Untersuchungsmaterial an Labore.⁵⁷¹ Im SGB V vorgesehene Kooperationsformen wie etwa die integrierte Versorgung gem. § 140a SGB V oder die vor- und nachstationäre Behandlung gem. § 115a SGB V seien ebenfalls von der Strafbarkeit ausgenommen, sofern die Entgelte für die in diesem Rahmen erbrachten heilberuflichen Leistungen diesen angemessen wären.⁵⁷² Bei Kooperationen könne generell ohne Hinzutreten weiterer Umstände die Honorierung heilberuflicher Leistungen im Rahmen zulässiger beruflicher Zusammenarbeit grundsätzlich nicht den Verdacht begründen, dass die Einräumung der zugrundeliegenden Verdienstmöglichkeit als Gegenleistung für die

⁵⁶⁶ Vgl. Krick, in: MüKo StGB, § 299 Rn. 25.

⁵⁶⁷ Str. ob dem Merkmal der Unlauterkeit neben dem der Bevorzugung eigenständige Bedeutung zukommt, Zusammenfassung in *Pragal*, Die Korruption innerhalb des privaten Sektors und ihre strafrechtliche Kontrolle durch § 299 StGB S. 177 ff.

⁵⁶⁸ Vgl. *BGH*, Urteil vom 18.06.2003 – 5 StR 489/02, NJW 2003, 2996.

⁵⁶⁹ Siehe Heger, in: Lackner/Kühl, § 299 Rn. 5; Heine/Eisele, in: Schönke/Schröder, § 299 Rn. 19; jew. m. w. N.

⁵⁷⁰ *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446 S. 18.

⁵⁷¹ *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446 S. 19.

⁵⁷² *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446 S. 18.

Zuweisung des Patienten erfolgen solle und eine Unrechtsvereinbarung vorliege.⁵⁷³

Ärzten solle es auch nicht verwehrt sein, sich an Unternehmen im Gesundheitswesen zu beteiligen. Eine Unrechtsvereinbarung solle jedoch in Fällen angenommen werden, in denen Unternehmensbeteiligung und medizinische Entscheidung miteinander verknüpft sind, wie etwa bei Vereinbarungen, in welchen die Zahl der Zuweisungen direkt mit dem an den Arzt ausgekehrten Vorteil verknüpft seien.⁵⁷⁴ Bonuszahlungen auf sozialrechtlicher Grundlage (vgl. beispielsweise § 84 Abs. 4 SGB V) stellten zwar einen Vorteil dar, jedoch fehle es an der Unrechtsvereinbarung, da sie sowohl dem wirtschaftlichen Wettbewerb als auch den Interessen des Patienten bzw. der gesetzlichen Krankenversicherung dienen.⁵⁷⁵ Ansonsten würden die zu § 299 StGB entwickelten Grundsätze zur Unrechtsvereinbarung gelten.⁵⁷⁶ Außerdem legte der Gesetzgeber in den §§ 299a, 299b StGB gerade nicht den strengeren Maßstab der §§ 331 ff. StGB an, sondern stellte klar, dass ebenso wie in § 299 StGB das Erkaufen des allgemeinen Wohlwollens oder die Belohnung für eine in der Vergangenheit liegende Leistung nicht vom Straftatbestand umfasst seien.⁵⁷⁷

Zusammengefasst besteht eine negative Akzessorietät zwischen § 299a StGB und dem Berufs- und Sozialrecht dahingehend, dass die Strafbarkeit entfällt, sobald die Kooperationsform nach den Vorschriften des Berufs- und Sozialrechts zulässig ist.⁵⁷⁸ Dabei ist jedoch nicht ausreichend, dass die zu prüfende Kooperationsform allein ihrer Gattung nach zulässig ist, falls ihre individuelle Ausgestaltung nicht rechtskonform ist.⁵⁷⁹ Die Unzulässigkeit einer Kooperation kann sich vielmehr etwa daraus ergeben, dass die Entgelte für die in diesem Rahmen erbrachten heilberuflichen Leistungen diesen nicht angemessen sind, da stets die Möglichkeit besteht, dass mit

⁵⁷³ Deutscher Bundestag, BT-Drs. 18/6446 S. 18.

⁵⁷⁴ Deutscher Bundestag, BT-Drs. 18/6446 S. 19 mit Verweis auf BGH, Urteil vom 13.01.2011, Az: I ZR 111/08.

⁵⁷⁵ Deutscher Bundestag, BT-Drs. 18/6446 S. 20.

⁵⁷⁶ Deutscher Bundestag, BT-Drs. 18/6446 S. 18; kritisch *Brettel/Mand*, A&R 2016, 99 (102).

⁵⁷⁷ Deutscher Bundestag, BT-Drs. 18/6446 S. 18.

⁵⁷⁸ Vgl. *Gaede/Lindemann, et al.*, medstra 2015, 142 (150); *Aldenhoff/Valluet*, medstra 2015, 195 (199); *Sahan*, in: *Graf/Jäger/Wittig*, § 299a StGB Rn. 22; so bereits zum Referentenentwurf *Kubiciel*, KPzK 2015, 1 (9); den Begriff der asymmetrischen Akzessorietät verwendend *Schneider*, medstra 2016, 195 (202).

⁵⁷⁹ Vgl. *Dannecker/Schröder*, in: *Nomos StGB*, § 299a Rn. 154.

der erhöhten Vergütung verdeckte Leistungen wie etwa die Patientenzuweisung abgegolten werden soll.

3.2.3.3.1 Angemessenheit der Vergütung: Literatur

In der Praxis bereitet gerade dieses Merkmal des Missverhältnisses zwischen erbrachter Leistung und gewährtem Entgelt, mit anderen Worten der Angemessenheit bzw. Unangemessenheit der Vergütung, große Probleme. Hintergrund ist die sog. „Eisbergtheorie“: Ist das gewährte Entgelt nicht mit der erbrachten Leistung deckungsgleich, liegt die Vermutung nahe, dass nur ein Teil der Vergütung (der über der Wasserlinie liegende Teil des Eisbergs) der Abgeltung der ärztlichen Leistung dient, während der darüber hinausgehende Teil (der unter der Wasserlinie liegende Teil des Eisbergs) z. B. das Honorar für die Zuweisung des Patienten darstellt.⁵⁸⁰ Es wurden bereits verschiedene Ansätze entwickelt, um eine Abgrenzung zwischen angemessener und unangemessener Vergütung zu erreichen.⁵⁸¹

Eine davon ist die sog. *Würzburger Erklärung*.⁵⁸² Diese wurde von einem Zusammenschluss verschiedener Fachanwälte für Medizinrecht aus dem gesamten Bundesgebiet verfasst und ist rechtlich nicht bindend. Darin wird ausgeführt, dass es bei der Abgrenzung von angemessener zu unangemessener Vergütung, aufgrund des weit auszulegenden Vorteilsbegriffs, darauf ankomme, ob auf diesen Vorteil unter normalen Umständen ein Anspruch bestehe oder ob dieser Vorteil auf einer Unrechtsvereinbarung beruhe, die Beteiligten also wüssten, dass damit eine Zuweisung vergütet werden solle. Im Rahmen der per se zulässigen Kooperationsmodelle komme es deshalb darauf an, ob zu der für die Leistung vereinbarten Vergütung quasi „on top“ ein Vorteil für die Zuweisung eingepreist sei.⁵⁸³ Wenngleich die Beurteilung der Angemessenheit nie ganz frei von subjektiven Empfindungen getroffen werden könne, gebe es doch objektive Kriterien, die zu beachten seien. Die Herausforderung bestünde darin, anhand dieser den Wert der ärztlichen Leistung zu qualifizieren und den Wert der „schon und

⁵⁸⁰ So *Schneider/Ebermann*, HRRS 2013, 219 (220); zur Vergütung von Anwendungsbeobachtungen ebenso *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446 S. 19; siehe auch *Bahner/Bechtler, et al.*, medstra 2016, 343; zu Recht kritisierend, dass so letztlich mit den Mitteln des Strafrechts eine Reglementierung des ärztlichen Honorars durchgesetzt wird *Geiger*, CCZ 2016, 172 (178).

⁵⁸¹ Mit einem Überblick bezogen auf die Korruptionsstrafbarkeit des Honorararztes vgl. *Ufer*, ZMGR 2017, 3.

⁵⁸² Vgl. *Bahner/Bechtler, et al.*, medstra 2016, 343.

⁵⁸³ *Bahner/Bechtler, et al.*, medstra 2016, 343 (343 f.).

noch“ angemessenen Vergütung zu finden. Die Obergrenze müsse sich dabei am Grundrecht aus Art. 12 GG messen lassen, da die Berufsfreiheit auch das Recht mit einschließe, das Entgelt für berufliche Leistungen selbst festzusetzen oder mit Interessenten auszuhandeln.⁵⁸⁴ Bei der Angemessenheitskontrolle einer vereinbarten Vergütung müsse daher ein erheblicher Toleranzspielraum als Ausfluss der Vertragsfreiheit der Beteiligten berücksichtigt werden. Schwierig sei es jedoch, zunächst einen „Marktpreis“ für ärztliche Leistungen zu bestimmen, der als Vergleichsgröße für die Prüfung der Angemessenheit der vereinbarten Vergütung überhaupt herangezogen werden könne, da auch die bestehenden Vergütungssysteme hier eine erhebliche Bandbreite aufwiesen.⁵⁸⁵

Die *Würzburger Erklärung* stellt sodann anhand von Fallbeispielen dar, dass die Beurteilung der ärztlichen Leistungen auch bei Orientierung an EBM, GOÄ, DRG oder InEK schwierig ist, da bei der Vergütung für eine bestimmte Leistung erhebliche Unterschiede bestehen können – in einem der Fallbeispiele beträgt die Vergütung nach GOÄ das zehnfache derer nach InEK.⁵⁸⁶ Statt einer pauschalen Festlegung der Angemessenheit der Vergütung müsse daher eine individuelle und einzelfallbezogene Klärung der Umstände erfolgen.⁵⁸⁷ Etwas anderes verbiete sich bereits aufgrund der den Kliniken wie den niedergelassenen Ärzten zustehenden Grundrechte auf freie Berufsausübung und Vertragsfreiheit.⁵⁸⁸ Nach Überzeugung der Verfasser der *Würzburger Erklärung* sei eine Vergütung, die sich innerhalb des anhand der Vergütungssysteme ermittelten Korridors zwischen dem niedrigsten und dem maximal erzielbaren Entgelt bewegt, in jedem Fall noch angemessen. Die Vergütung könne dann nicht als unlauterer Vorteil im Sinne der §§ 299a, 299b StGB kriminalisiert werden.⁵⁸⁹

Die *Würzburger Erklärung* stellt sehr deutlich die Unterschiede der Vergütungssysteme dar, bietet aber leider keine echte Lösung für einen Maßstab, an dem die „on top“ gezahlte Vergütung zu messen ist. Es erfolgt lediglich ein Verweis auf eine differenzierte Einzelfallprüfung. Durch die Fixierung auf den durch die verschiedenen Systeme ermittelten „Vergütungskorridor“ als Maßstab der „noch und schon“ angemessenen Vergütung wird

⁵⁸⁴ Bahner/Bechtler, et al., medstra 2016, 343 (344).

⁵⁸⁵ Bahner/Bechtler, et al., medstra 2016, 343 (345).

⁵⁸⁶ Vgl. Bahner/Bechtler, et al., medstra 2016, 343 (353).

⁵⁸⁷ Bahner/Bechtler, et al., medstra 2016, 343 (353).

⁵⁸⁸ Bahner/Bechtler, et al., medstra 2016, 343 (354).

⁵⁸⁹ Bahner/Bechtler, et al., medstra 2016, 343 (354).

eine Deckelung des ärztlichen Honorars bewirkt, die es nach eigenen Angaben der Verfasser nicht zuletzt wegen Art. 12 GG gerade nicht geben soll: Es entsteht der Eindruck, dass eine Einhaltung dieses „Korridors“ in der Praxis unbedingt ratsam ist, da nur so der Anfangsverdacht der Strafverfolgungsbehörden ausgeräumt werden könnte.

Dafür, dass dieser Verdacht auch bei einer Vergütung im Rahmen der bestehenden Systeme entstehen kann, argumentiert Oberstaatsanwalt Alexander *Badle*. Er vertritt die Ansicht, dass eine Unrechtsvereinbarung auch bei einem angemessenen Verhältnis von ärztlicher Leistung und Vergütung denkbar sei, wenn eine Kooperation keinen zusätzlichen erkennbaren, manifesten ökonomischen Nutzen für eine Klinik habe. So sei eine Kooperation, die darin bestehe, dass ein niedergelassener Vertragsarzt, der seine Patientenströme gezielt an eine Klinik lenke, in der er als freiberuflicher Honorarkooperationsarzt oder in Teilzeitanstellung als Operateur tätig sei und hierfür eine Vergütung erhalte, auf den ersten Blick unproblematisch. Bei näherer Betrachtung könne sich jedoch herausstellen, dass durch seine Tätigkeit in der Klinik weder Fachkräftemangel ausgeglichen werden solle oder noch dessen Expertise in der Klinik andernfalls nicht vorgehalten werden könne.⁵⁹⁰ Ohne einen solchen manifesten Nutzen läge der Verdacht nahe, dass es um den latenten Nutzen der Patientenzuweisung gehe, mit anderen Worten die Kooperation gegen das Verbot der Zuweisung gegen Entgelt, § 31 Abs. 1 MBO-Ä, verstoße.⁵⁹¹ Aus diesem Grund sei es falsch, das Risiko einer Unrechtsvereinbarung danach zu bewerten, ob Leistung und Gegenleistung wirtschaftlich ausgeglichen seien, wie die *Würzburger Erklärung* dies täte.⁵⁹² Erst wenn ein solcher manifest ökonomischer Nutzen bejaht werden könne, könne die Angemessenheit im engeren Sinne geprüft werden.⁵⁹³ Bei der Beurteilung der Angemessenheit der Vergütung im engeren Sinne seien neben den Vergütungssystemen auch brancheneigene Kodizes heranzuziehen, wie sie für die Pharmaindustrie etwa in Form der Verhaltenskodizes der „Freiwilligen Selbstkontrolle für die Arzneimittelindustrie e.V.“ bereits existierten.⁵⁹⁴

⁵⁹⁰ so zitiert in *Winnat*, *ÄrzteZeitung* 16.11.2016, 29; *Badle*, *medstra* 2017, 1 (2).

⁵⁹¹ so zitiert in *Winnat*, *ÄrzteZeitung* 16.11.2016, 29; *Badle*, *medstra* 2017, 1 (2).

⁵⁹² *Badle*, *medstra* 2017, 1 (1).

⁵⁹³ *Badle*, *medstra* 2017, 1 (2) mit Verweis auf *Schneider*, *medstra* 2016, 195.

⁵⁹⁴ *Badle*, *medstra* 2015, 139 (140); *Badle*, *medstra* 2017, 1 (1).

Diese Ansicht führt zu weit. Wenngleich es die Strafverfolgung vereinfacht – kann kein manifester Nutzen für die Klinik belegt werden, ist eine Auseinandersetzung en détail mit den einzelvertraglichen Regelungen, sozialrechtlichen Vorschriften und örtlichen Besonderheiten unnötig, da die Unrechtsvereinbarung bereits bejaht werden kann – lässt es außer Acht, dass eine Kriminalisierung von Kooperationen im Gesundheitswesen gerade nicht gewollt war.⁵⁹⁵ Eine solche Kriminalisierung ist jedoch gegeben, wenn von den Strafverfolgungsbehörden der manifeste ökonomische Nutzen, den eine Klinik aus einem vertraglich verpflichteten Arzt zieht, bewertet wird. Einer Klinik muss, jenseits einer völlig offensichtlichen ökonomischen Fehlentscheidung bei der eine Verschleierung auf der Hand liegt, die Freiheit erhalten bleiben, Ärzte ihrer Wahl auf Honorarbasis oder als Konsiliarärzte vertraglich zu verpflichten. *Badles* Kontrollüberlegung, ob durch die Verpflichtung eines Honorararztes ein Fachkräftemangel ausgeglichen werden solle oder ob dessen Leistung nicht auch von einem Klinikarzt erbracht werden könne, bedeutet im Umkehrschluss, dass der Anstellung eines Arztes in der Klinik grundsätzlich der Vorrang vor der Zusammenarbeit mit einem niedergelassenen Arzt eingeräumt werden muss. Fachkräftemangel bzw. Mangel an in der Klinik vorgehaltener Expertise bedeutet nichts anderes als dass erst dann, wenn es keinen angestellten Arzt gibt, der die Leistung des Honorararztes erbringen kann – dann Fachkräftemangel – oder die angestellten Ärzte nicht über die Expertise des Honorararztes verfügen, eine Kooperation mit einem niedergelassenen Arzt einen manifesten ökonomischen Nutzen hat und damit zulässig sein soll. Ansonsten haftet ihr der Ruch der verschleierte Zuweisung gegen Entgelt an. Dies entspricht jedoch nicht der Intention des Gesetzgebers, der in § 2 Abs. 1 KHEntgG die angestellten Krankenhausärzte den nicht-angestellten Ärzten ausdrücklich gleichgestellt hat. Entsprechend muss es den Kliniken auch freistehen, im selbst zu wählenden Umfang die Krankenhausleistungen durch Honorarärzte erbringen zu lassen. Solange es also etwa aufgrund eines Missverhältnisses zwischen ärztlicher Leistung und monetärer Gegenleistung keinen Hinweis gibt, dass die Zusammenarbeit nur der Verschleierung einer Zuweisung gegen Entgelt oder Ähnlichem dient, ist die Unrechtsvereinbarung schlicht zu verneinen. Ein regelwidriger Vorteilstausch, der Kern jedes Korruptionstatbestandes,⁵⁹⁶

⁵⁹⁵ So *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446 S. 18.

⁵⁹⁶ Vgl. *Volk*, in: *GS Zipf*, S. 421.

ist dann nicht gegeben, da sich die Kooperation in Form eines Honorararztvertrages an die berufs- und sozialrechtlichen „Regeln“ hält. Auf einen durch die Strafverfolgungsbehörden zu überprüfenden „manifesten ökonomischen Nutzen“ kommt es, solange es am Missverhältnis fehlt, nicht an.

Schneider wehrt sich gegen die Beschränkung auf die zu strenge Einhaltung der durch die Vergütungssysteme vorgegebenen „Regeln“ bei der Beurteilung der Angemessenheit der Vergütung, wonach durch die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung bereits der Anschein der Käuflichkeit vermieden werden soll.⁵⁹⁷ Dabei könne eine zu starke Fixierung auf GOÄ oder InEK zu einem Taxendenken führen, die mit einer unberechtigten Konzentration auf den Zeitfaktor – je länger die Tätigkeit, desto höher die Vergütung – einherginge. Vor diesem Hintergrund bestünden gewichtige Zweifel, ob die bisherige Angemessenheitsdebatte der Subtilität der Preisbildung in der Marktwirtschaft gerecht werde.⁵⁹⁸ Die §§ 299a, 299b StGB dürften nicht dazu führen, dass die Vertragsparteien, zumeist ein niedergelassener Arzt und ein Klinikum, im Bann der Korruptionsdelikte nicht mehr selbst bestimmen dürften, wie hoch der Preis ihrer Arbeit sei.⁵⁹⁹ Sofern die strafrechtlichen Risiken nicht ignoriert würden, führte die Verunsicherung der Akteure, die bestehende Kooperationsmöglichkeiten nutzen wollten, zu einem wirtschaftsfeindlichen „Je weniger desto besser“ bei der Vergütung der health care professionals.⁶⁰⁰ Attraktive Einkommensmöglichkeiten seien jedoch nicht per se anstößig. Da health care professionals auf einem kompetitiven, von Angebot und Nachfrage bestimmten Markt nach ihrem Wertgrenzprodukt vergütet würden, ginge es offensichtlich um mehr als nur Verhältnismäßigkeit. Insofern rücke bei der Frage der Vergütungshöhe vor allem der Nutzen für den Auftraggeber in den Vordergrund. Dieser zusätzliche Erlös oder Nutzen habe zwar eine subjektive Komponente, beruhe aber in erster Linie auf Bestimmungsgründen, die objektivier- und nachvollziehbar bzw. monetär messbar seien; der Nutzen habe damit eine ökonomische Plausibilität.⁶⁰¹

⁵⁹⁷ Vgl. *Schneider*, medstra 2016, 195 (198).

⁵⁹⁸ *Schneider*, medstra 2016, 195 (198).

⁵⁹⁹ *Schneider*, medstra 2016, 195 (197).

⁶⁰⁰ *Schneider*, medstra 2016, 195 (198).

⁶⁰¹ *Schneider*, medstra 2016, 195 (199).

Schneider hat zur Prüfung der Angemessenheit der Vergütung eine Zweistufenprüfung entwickelt.⁶⁰² Demnach sei auf der ersten Stufe, der Angemessenheit im weiteren Sinn, zu ermitteln, ob für den Vertragspartner des Arztes ein plausibler ökonomischer Nutzen durch den Abschluss des Vertrages entstehe, der über die Beeinflussung des Marktverhaltens des Arztes und der darin liegenden Bevorzugung des Vertragspartners hinausgehe. Könne ein solcher plausibler ökonomischer Nutzen nicht festgestellt werden, würde im konkreten Fall jeder Cent für die Bevorzugung gezahlt und sei der erbrachten nutzlosen Leistung unangemessen.⁶⁰³ Sei dagegen der ökonomische Nutzen ambivalent, sei auf der zweiten Stufe, der Angemessenheit im engeren Sinn bzw. Verhältnismäßigkeit der Vergütung, die Proportionalität zwischen eingesetzter Arbeitskraft des Arztes einerseits und dem gezahlten Entgelt andererseits zu prüfen.⁶⁰⁴ Dabei könnten die Referenzsysteme wie der EBM, die GOÄ, die DRG oder die InEK als Bezugsrahmen für eine individualisierte Betrachtung verwendet werden.⁶⁰⁵ Weiter seien der Schwierigkeitsgrad der erbrachten Leistung, die dafür erforderliche Qualifikation sowie der Status eines Arztes z. B. als „trusted expert“ mit in die Betrachtung einzubeziehen.⁶⁰⁶ Hieraus ergebe sich dann ein Vergütungskorridor, in welchem die noch angemessene Vergütung bestimmt werden könne.⁶⁰⁷

Wenngleich eine Zweistufenprüfung sinnvoll ist, um die Vertragsfreiheit der Parteien abzubilden – hierzu sogleich – ist nicht erkennbar, warum der ökonomische Nutzen für den Vorteilsgeber auf der ersten Stufe geprüft werden sollte. Abgesehen von Verträgen, die nur dazu dienen, Zuweisungen gegen Entgelt zu verschleiern, also offensichtlich keinen ökonomischen Nutzen haben, müssen alle anderen Kooperationen, in welchen ein ökonomischer Nutzen jedenfalls nicht ausgeschlossen werden kann, auf der zweiten Stufe, der Verhältnismäßigkeit der Vergütung im engeren Sinn, geprüft werden. Eine Eingrenzung der Kooperationen ist dadurch kaum möglich, da in der Regel ein ökonomischer Nutzen für den Vorteilsgeber wird bejaht werden können.

⁶⁰² Vgl. *Schneider*, medstra 2016, 195.

⁶⁰³ *Schneider*, medstra 2016, 195 (202).

⁶⁰⁴ *Schneider*, medstra 2016, 195 (197 f.).

⁶⁰⁵ *Schneider*, medstra 2016, 195 (201).

⁶⁰⁶ *Schneider*, medstra 2016, 195 (201).

⁶⁰⁷ *Schneider*, medstra 2016, 195 (197, 203).

Eine Rückbesinnung auf das berufsrechtliche Regelungsinstrumentarium zur Beurteilung der Angemessenheit der Vergütung statt der Heranziehung außerberuflicher Kriterien fordert *Bonvie*.⁶⁰⁸ Die Diskussion zur Angemessenheit der Vergütung habe sich weit vom Berufsrecht entfernt, da es bei den in der Literatur vertretenen Abgrenzungen vor allem um marktwirtschaftliche Kräfte gehe, nicht aber um die Angemessenheits- or- stellungen, die das ärztliche Berufsrecht selbst formuliere.⁶⁰⁹ Einen objek- tiv-rechtlichen Auslegungsansatz für das Tatbestandsmerkmal der Unrechtsvereinbarung biete vielmehr das berufsrechtliche Regelungs- instrumentarium des § 12 Abs. 1 S. 1 MBO-Ä und der §§ 30, 31 Abs. 1 MBO-Ä. § 31 Abs. 1 MBO-Ä bestimme die Schnittstelle zwischen angemessener Vergütung im Rahmen eines Kooperationsmodells und Zuweisung gegen Entgelt trennscharf. Dies geschehe in zwei Schritten. Zunächst sei festzu- stellen, ob die Vergütung überhaupt in einer Verbindung mit einer wert- haltigen Gegenleistung stehe oder nicht. Sei dies nicht der Fall, so erfolge die Zuweisung als solche gegen Entgelt, was die Rechtsfolge des § 31 Abs. 1 MBO-Ä auslöse. Stehe der Vergütung eine Gegenleistung des Arztes gegen- über, handele es sich nur dann um eine Zuweisung von Patienten gegen Entgelt, wenn die Vergütung nicht angemessen sei. Ob die Vergütung angemessen sei, sei in einem zweiten Schritt anhand von § 12 Abs. 1 S. 1 MBO-Ä zu ermitteln.⁶¹⁰ Nach § 12 Abs. 1, § 23 Abs. 2 sowie § 30 MBO-Ä habe der Arzt bei einem Vertragsverhältnis, in dessen Rahmen er eine Vergütung von einem Dritten beziehe, seine Unabhängigkeit zu wahren, also von dem Vertragspartner keine Vergütung entgegenzunehmen, die den Eindruck hervorrufen könne, der Arzt vereinnahme dieses Honorar deshalb, weil er einen konkreten Patienten oder eine konkrete Patientin diesem Dritten zugeführt habe.⁶¹¹ Weiter müsse auch die Wahlfreiheit des Patienten berücksichtigt werden. Insofern wirke § 7 Abs. 2 MBO-Ä auch auf das Wettbewerbsrecht ein. Wähle also ein Patient in Ausübung seines Selbst- bestimmungsrechts den ihn in einem anderen Sektor versorgenden Arzt, zum Beispiel als Honorararzt, und erhalte dieser eine angemessene Vergü- tung, so könne der Umstand, dass dieser Arzt in einer bestimmten Klinik operative Leistungen bei diesem Patienten durchführe, nicht wettbewerbs- widrig sein. Im Ergebnis sei die Antwort, was angemessene Vergütung sei, somit einfach: Die Angemessenheit der Vergütung bestimme sich nach

⁶⁰⁸ Vgl. *Bonvie*, in: FS Dahm, S. 65 ff.

⁶⁰⁹ *Bonvie a.a.O.* S. 71.

⁶¹⁰ *Bonvie a.a.O.* S. 73 f.

⁶¹¹ *Bonvie a.a.O.* S. 74.

§ 12 Abs. 1 S. 1 MBO-Ä i. V. m. § 12 Abs. 1 S. 2 MBO-Ä. Demnach sei die Gebührenordnung für Ärzte Maßstab für die Beurteilung der Angemessenheit der Vergütung.⁶¹² Da im Einzelfall auch eine Vergütung auf der Grundlage des 2,3-fachen Gebührensatzes nach GOÄ unangemessen sein könne, bedürfe es einer differenzierten, von den Parteien zu dokumentierenden Analyse von Leistung und Gegenleistung und einer am Einzelfall orientierten, ebenfalls zu dokumentierenden Ableitung der Vergütung. Die Auslegung geschehe anhand der berufsrechtlichen Bestimmungen sowie orientiert an der Vertrauensbeziehung zwischen Arzt und Patient. Pauschale Aussagen, in dieser oder jener Höhe sei die Vergütung angemessen oder nicht, trafen den Kern der Sache nicht.⁶¹³

Bonvie greift im Ergebnis auf das Vertrauen des Patienten in die Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidung zur Beurteilung der Angemessenheit einer Vergütung zurück. Dies ist jedoch problematisch, da genau dieses Vertrauen nach der Streichung der Tatbestandsalternative der Berufspflichtverletzung nicht mehr vom § 299a StGB geschütztes Rechtsgut ist, sondern allenfalls beim Wettbewerbsschutz reflexhaft mitumfasst ist. Die von Bonvie so betitelte „Rückbesinnung auf das Berufsrecht“⁶¹⁴ bedeutet im Ergebnis nichts anderes als eine Deckelung des ärztlichen Honorars auf die Vergütung nach GOÄ. Angesichts der Tatsache, dass sich die GOÄ im Wesentlichen noch auf dem Stand von 1982 befindet, eine Gebührenanhebung des letzte Mal 1996 stattfand sowie für zahlreiche Leistungen eine Abrechnung über Analogziffern erfolgen muss, ist bereits fraglich, ob die GOÄ heute überhaupt ärztliche Leistungen angemessen abbildet.⁶¹⁵ Unabhängig davon ist eine derartige Deckelung ohnehin nicht mit Art. 12 GG in Einklang zu bringen, da die Berufsfreiheit auch das Recht mit einschließt, das Entgelt für berufliche Leistungen selbst festzusetzen oder mit Interessenten auszuhandeln.⁶¹⁶

3.2.3.3.2 Angemessenheit der Vergütung: Eigener Ansatz

Allen Ansätzen gemeinsam ist das Bestreben, einen Rahmen festzusetzen, in dem die Vertragsfreiheit der Parteien abgebildet werden kann und gleichzeitig eine Abgrenzung zum Verbot der Zuweisung gegen Entgelt

⁶¹² Bonvie a.a.O. S. 74.

⁶¹³ Bonvie a.a.O. S. 76.

⁶¹⁴ Bonvie a.a.O. S. 71.

⁶¹⁵ Vgl. zur GOÄ die Ausführungen in Kapitel 1 Punkt 1.1.3.1. ab Seite 5.

⁶¹⁶ Vgl. Bahner/Bechtler, et al., medstra 2016, 343 (344).

möglich ist. Dies sollte praxistauglich durch eine Verbindung der Ansätze der *Würzburger Erklärung* sowie der Zweistufentheorie von *Schneider* möglich sein.

Auf der ersten Stufe muss dabei die Prüfung stehen, ob die für die ärztliche Leistung erhaltene Zuwendung noch in Relation zu den bestehenden Vergütungssystemen steht. Dabei sind die dort möglichen Steigerungssätze mit einzubeziehen. Auch der Vergleich der vom Arzt erhaltenen Zuwendung mit den in ähnlichen stationären Einrichtungen in der Umgebung gezahlten Vergütungen kommt hier in Betracht. Die Kalkulation anhand der bestehenden Vergütungssysteme ist dem jedoch vorzuziehen, da die stationären Einrichtungen der Umgebung kaum die von ihnen gezahlten Gehälter offenlegen werden, so dass dieser Vergleich nicht anhand objektiver Kriterien nachzuvollziehen sein wird, sondern auf einer subjektiv geprägten Schätzung beruht. Auf der ersten Stufe ergibt sich so ein Vergleichsrahmen, gewissermaßen ein Sockelbetrag, der die für die ärztliche Leistung objektiv angemessene Gegenleistung darstellt. Dieser so ermittelte Sockelbetrag ist nicht als starres Fixum anzusehen; vielmehr muss es den Beteiligten gestattet sein, sich durch Individualvereinbarung an dessen oberen Rand zu bewegen bzw. diesen Rand leicht zu überschreiten. Hintergrund ist, dass, wie die *Würzburger Erklärung* anschaulich darstellt, die zur Verfügung stehenden Vergütungssysteme nicht direkt miteinander verglichen werden können, da z. B. die InEK-Kalkulation auf einer pauschalen Vergütung basiert, während im Rahmen der GOÄ Einzelleistungen abgegolten werden.⁶¹⁷ Die Übernahme vieler konkreter Einzelleistungen für das Krankenhaus führt bei den pauschalen Systemen wie InEK und DRG zu niedrigeren, bei der einzelleistungsabhängigen GOÄ zu höherer Vergütung.⁶¹⁸ Hinzu kommt, dass die Begriffe, mit denen im Rahmen der InEK-Kalkulation die einzelnen Eingriffe voneinander abgegrenzt werden, eher unbestimmt und die Übergänge zwischen den Schweregraden fließend sind. Die Frage, ob es sich um einen „wenig komplexen“, „mäßig komplexen“ oder „hoch komplexen“ Eingriff handelt, hat eine nicht von der Hand zu weisende, subjektive Komponente. Dasselbe gilt für den im Rahmen der

⁶¹⁷ Vgl. hierzu anschaulich das Beispiel der Vergütung eines wenig komplexen Eingriffs am Kniegelenk, Ellenbogengelenk und Unterarm, Alter > 15 Jahre, ohne mäßig komplexen Eingriff, ohne beidseitigen Eingriff am Kniegelenk, *Bahner/Bechtler, et al.*, medstra 2016, 343 (347 f.).

⁶¹⁸ Vgl. *Bahner/Bechtler, et al.*, medstra 2016, 343 (353).

GOÄ anzusetzenden Steigerungssatz: Ob ein bestimmter Operationsschritt eine besondere Schwierigkeit aufweist, z. B. ob besonders viele Verwachsungen zu lösen waren, liegt zu einem nicht unwesentlichen Teil im Auge des Betrachters bzw. des Operators.

Zusammengefasst dienen die existierenden Vergütungssysteme als Leitfaden für die Ermittlung des Sockelbetrages auf der ersten Stufe. Eine strenge Fixierung auf den durch sie ermittelten Vergütungsrahmen verbietet sich jedoch aufgrund der strukturellen Unterschiede zwischen den Vergütungssystemen. Eine leichte Überschreitung des Sockelbetrages, etwa durch Aufrunden, liegt noch im Rahmen dessen, was auf der ersten Stufe unter Berücksichtigung der Vertragsfreiheit der Parteien als angemessene Vergütung angesehen werden muss. Wird dieser Sockelbetrag nicht oder nur leicht überschritten, entspricht das gewährte Entgelt der erbrachten ärztlichen Leistung. Von einer Bevorzugung bei der Zuführung von Patienten durch den Arzt, die darüber hinaus abgegolten werden soll, kann damit nicht ausgegangen werden. Die Ermittlung des Sockelbetrages auf der ersten Stufe vereinfacht die Handhabung dieses zweistufigen Systems in der Praxis: Statt bereits hier eine Gesamtüberlegung zum ökonomischen Nutzen des Zuwendungsgebers anzustellen, kann durch Blick in die entsprechenden Leistungsziffern der EBM, GOÄ, InEK oder DRG recht leicht festgestellt werden, ob die gewährte Zuwendung sich noch annähernd im Rahmen dieser Vergütungssysteme bewegt. Ist dem der Fall, wird der Sockelbetrag also nicht überschritten, scheidet die Unangemessenheit der Vergütung bereits auf dieser ersten Stufe aus. Bewegt sich die Kooperation auch ansonsten innerhalb der sozial- und berufsrechtlichen Regelungen, ist die Unrechtsvereinbarung zu verneinen.

Kommt es dagegen bei der Vergütung zu einer deutlichen Überschreitung des Sockelbetrages, ist auf der zweiten Stufe zu prüfen, ob dem Mehr an Vergütung auch ein Mehrwert auf Seiten des Zuwendungsempfängers gegenübersteht. Das ist etwa dann der Fall, wenn der Zuwendungsempfänger über Eigenschaften, Qualifikationen o.ä. verfügt, welche die erhöhte Vergütung rechtfertigen. In einem marktwirtschaftlichen System wird ein ökonomisch handelnder Zuwendungsgeber nur dann eine erhöhte Vergütung gewähren, wenn er hierfür vom Zuwendungsempfänger einen entsprechenden Mehrwert bekommt. Dieser Mehrwert kann sich, wie *Schneider*

bereits ausführte,⁶¹⁹ aus der Fähigkeit ergeben, besonders schwierige Operationen durchzuführen, aus besonderen Qualifikationen oder auch einem besonderen Renommee, das für den Zuwendungsgeber mit einem Prestigegewinn einhergeht, wenn der Zuwendungsempfänger für ihn tätig wird. Auch die Flexibilität eines Arztes, der etwa im Rahmen eines Honorararztvertrages Personalengpässe im ärztlichen Bereich zeitweilig abzufedern vermag, kann ein Kriterium darstellen.⁶²⁰ Steht dem Teil des gewährten Vorteils, das den Sockelbetrag überschreitet, ein Mehrwert für den Vorteilsgeber gegenüber, kann nicht davon ausgegangen werden, dass mit diesem überschießenden Teil des Vorteils eine gegen § 31 Abs. 1 MBO-Ä verstoßende Zuweisung abgegolten werden soll. Dem Vorteilsgeber ist bei der Beurteilung des Mehrwerts ein gewisser Rahmen einzuräumen, innerhalb dessen er die Eigenschaften des Vorteilsempfängers gewichtet, mit anderen Worten wie viel Geld er für sie zu zahlen bereit ist. Hier verbietet sich ebenfalls eine streng formale Betrachtungsweise. Den Akteuren im Gesundheitswesen ist zuzugestehen, den Preis ihrer Arbeit selbst zu bestimmen, so wie alle anderen selbstständig Tätigen bzw. Betriebsinhaber dies auch können. Die marktwirtschaftlichen Kräfte dürfen nicht durch eine starre Angemessenheitskontrolle vollständig außer Kraft gesetzt werden.⁶²¹ Eine solche würde auch verkennen, dass die Akteure im Gesundheitswesen gleichzeitig Teilnehmer in einem immer härter umkämpften Wettbewerb sind. Es besteht ein nicht von der Hand zu weisender Wettbewerb von Kliniken um erfahrene Operateure oder andere, vorzugsweise als Honorarärzte eingesetzte, Mediziner.⁶²² Es muss den Kliniken daher auch die Möglichkeit eingeräumt werden, wie sie bei Wettbewerbern außerhalb des Gesundheitswesens zweifelsfrei gegeben ist, sich zusätzliches know-how oder besonders renommierte Behandler einzukaufen, um den eigenen Betrieb rentabler zu gestalten.

Auf dieser zweiten Stufe kann erneut ein Vergleich des zugewendeten Entgelts mit ortsüblich gezahlten Gehältern in Betracht kommen. Dürften diese Beträge von einer stationären Einrichtung nicht überboten werden, wäre es ihnen im Wettbewerb um die Behandler unmöglich, sich qualifi-

⁶¹⁹ Vgl. *Schneider*, medstra 2016, 195 (201).

⁶²⁰ Vgl. *Eufinger*, MedR 2017, 296 (300 f.).

⁶²¹ Vgl. auch *Schneider*, medstra 2016, 195 (197).

⁶²² Dieser Wettbewerb ist jedoch nicht mit dem Merkmal „im Wettbewerb“ des § 299a StGB gleichzusetzen; hierzu sogleich.

ziertes Personal „einzukaufen“. Sofern sich dadurch ein Gefälle der gezahlten Vergütung zwischen einzelnen Regionen ergibt, ist dies, wie in anderen Wirtschaftszweigen auch, hinzunehmen. Der Ausgleich etwa von Standortnachteilen durch ärztliches know-how ist dem Gesetzgeber nicht fremd: Die Möglichkeit, Vergütungsanreize etwa in Form eines „Landarztzuschlages“ in unterversorgten Gebieten i. S. d. § 100 Abs. 1 und 3 SGB V zu gewähren, ist in § 105 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 SGB V für den ambulanten Bereich geregelt. Derartige Anreize können im stationären Bereich daher nicht als unzulässig angesehen werden.⁶²³ Anreize zu geben ist jedoch nur möglich, wenn die dem Arzt angebotene Vergütung über dem liegt, was er in jedem anderen Krankenhaus auch erhalten kann. Die Grenze zwischen noch zulässigem ökonomischen Handeln des Zuwendungsgebers und einer Verschleierung eines Entgelts für Patientenzuweisungen ist dort zu ziehen, wo auf der zweiten Stufe das Mehr an gewährtem Entgelt und die als Mehrwert eingebrachte Qualifikation in keinem Verhältnis mehr zueinanderstehen.

Sofern durch die hier vertretene Prüfung des Sockelbetrages auf der ersten und des darüber hinausgehenden Mehrwerts auf der zweiten Stufe die Strafbarkeit für Kooperationen entfällt, bei welchen sich das Entgelt innerhalb des Sockelbetrages bewegt, entspricht das der Intention des Gesetzgebers und erleichtert gleichzeitig die Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit durch die Eingrenzung des sehr weiten Vorteilsbegriffs. Wenngleich in der Möglichkeit des Vertragsschlusses für den Arzt zwar ein Vorteil gesehen werden kann, ist damit nicht automatisch auch eine Unrechtsvereinbarung verbunden und in diesen Fällen auch zu verneinen. Es entspricht der Intention des Gesetzgebers, die Gewährung angemessener Entgelte für die im Rahmen der beruflichen Zusammenarbeit erbrachten heilberuflichen Leistungen und dementsprechend die Verschaffung entsprechender Verdienstmöglichkeiten nicht unter Strafe zu stellen.⁶²⁴ Um berufs- und sozialrechtlich zulässige Kooperationen, bei welchen stets in der Verdienstmöglichkeit ein Vorteil zu sehen ist, nicht unter Generalverdacht zu stellen, muss bei denjenigen Kooperationen die Unrechtsvereinbarung verneint werden, bei welchen sich das gewährte Entgelt im Rahmen des Sockelbetrages bewegt. Eine Unrechtsvereinbarung kann jedoch nicht in jedem Fall bejaht werden, in dem dieser Sockelbetrag überschritten wird.

⁶²³ Vgl. Scholz, in: *Korruption im Gesundheitswesen*, S. 103.

⁶²⁴ Vgl. *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446 S. 18.

Steht dem Mehr an gewährter Vergütung ein Mehrwert auf Seiten des Zuwendungsempfängers gegenüber, kann ebenfalls nicht davon ausgegangen werden, dass durch dieses Mehr an Vergütung eine unzulässige Patientenzuweisung abgegolten werden soll. Erst wenn auf Seiten des Zuwendungsempfängers kein Mehrwert erkennbar ist oder dieser Mehrwert in einem deutlichen Missverhältnis zum Mehr an gewährter Vergütung steht, ist davon auszugehen, dass durch dieses Mehr an Vergütung eine unlautere Bevorzugung bei der Zuführung von Patienten abgegolten werden soll. Die Unrechtsvereinbarung ist dann auch bei ansonsten in Einklang mit den sozial- und berufsrechtlichen Vorschriften stehenden Kooperationen zu bejahen.

3.2.3.3.3 Praktische Umsetzung

Unter Rückbezug auf die für die Compliance entwickelten Systeme des Äquivalenzprinzips, des Trennungsprinzips, des Dokumentations- und Transparenzprinzips⁶²⁵ lassen sich folgende Richtlinien für die Beratungstätigkeit ableiten:

Die oben genannten Kriterien, die eine Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung sicherstellen sollen, sind im Sinne des Dokumentations- und Transparenzprinzips schriftlich niederzulegen. Um einen entsprechenden Verdacht der Strafverfolgungsbehörden nicht aufkommen zu lassen, bietet es sich an, die von den Vertragsparteien zur ersten Stufe angestellten Überlegungen zum Sockelbetrag, mit anderen Worten zur Vergütung, die der vom Arzt erwarteten Leistung nach GOÄ oder InEK entspricht, in den Vertragstext mit aufzunehmen.⁶²⁶ Weiter sollte zwischen dem Vergütungssockel, und dem darüber hinausgehenden Mehr an Vergütung in der vertraglichen Abrede unterschieden werden, um so dem Trennungsprinzip zu genügen. Bei einem über die Vergütungssysteme hinausgehenden Entgelt muss dem ein Mehr z. B. an Qualifikation, Expertise oder Renommee des Arztes gegenüberstehen. Dieses Mehr ist in einem schriftlichen Vertrag offenzulegen und die Vergütung dieses Mehrwerts, also der speziellen Kenntnisse, Fertigkeiten oder Qualifikationen des Arztes, im Vertrag begründet werden.⁶²⁷

⁶²⁵ Vgl. die ausführliche Darstellung in *Dieners*, Compliance im Gesundheitswesen, Kapitel 5.

⁶²⁶ So auch *Ufer*, ZMGR 2017, 3 (10).

⁶²⁷ Im Ergebnis auch *Gaede*, medstra 2015, 263 (265 f.); ebenso *KVB*, Erlaubte Kooperationen vs. Korruption, S. 2 ff.

Zu den vier oben kurz dargestellten Merkmalen gesellt sich unter dem Stichwort des „Erforderlichkeitsprinzips“ möglicherweise ein fünftes. Oberstaatsanwalt *Badle* führt aus, dass über eine der ärztlichen Leistung angemessenen Vergütung diese Leistung einen zusätzlichen erkennbaren, manifesten ökonomischen Nutzen für eine Klinik haben müsse. Würde die Klinik über ausreichend ärztliches Personal verfügen, so dass es der zusätzlichen Arbeitskraft des Arztes zur Sicherstellung der medizinischen Versorgung der Patienten mithin nicht bedurft hätte, würde dies den Schluss nahelegen, dass die Kooperation lediglich der Bindung eines umsatzstarken „Zuweisers“ an das Klinikum diene.⁶²⁸ Fachkräftemangel bzw. Mangel an in der Klinik vorgehaltener Expertise bedeutet nichts anderes als dass erst dann, wenn es keinen angestellten Arzt gibt, der die Leistung des Honorararztes erbringen kann – dann Fachkräftemangel – oder die angestellten Ärzte nicht über die Expertise des Honorararztes verfügen, eine Kooperation mit einem niedergelassenen Arzt einen manifesten ökonomischen Nutzen hat und damit zulässig sein soll. Eine derartige Bevorzugung kann weder mit der freien unternehmersichen Entscheidung eines Klinikträgers noch § 2 KHEntgG in Einklang gebracht werden und wäre effektiv das Ende der belegärztlichen Tätigkeit – in letzter Konsequenz können diese Leistungen ebensogut von angestellten Ärzten erbracht werden, was wiederum zur Annahme einer Unrechtsvereinbarung zwischen Belegarzt und Krankenhaus führt. Darüber hinaus müssten Ärzte, welchen von ihren Patienten besonders viel Vertrauen geschenkt wird, von einer Einweisung in das Kooperationskrankenhaus absehen und gezwungenermaßen ihre Patienten an einen ihnen unbekannten Arzt überweisen. Damit würden jedoch sowohl das Recht auf freie Arztwahl durch den Patienten als auch das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient, das der Große Senat ins Zentrum seiner Entscheidung gesetzt hatte, untergraben.⁶²⁹

Die oben dargestellten 4 Prinzipien sind ausreichend, um Kooperationen rechtssicher so zu gestalten, dass kein Verdacht einer verdeckten Zuweisung gegen Entgelt oder eines anderen regelwidrigen Vorteilstausches entsteht. Ein Erforderlichkeitsprinzip als fünfter Grundsatz ist daneben schlicht nicht erforderlich.

⁶²⁸ Siehe *Badle*, *medstra* 2017, 1 (2); der Begriff des Erforderlichkeitsprinzips findet sich in der kritischen Auseinandersetzung mit diesem Artikel bei *Jäger*, *MedR* 2017, 694 (700 f.).

⁶²⁹ So *Jäger*, *MedR* 2017, 694 (701).

3.2.3.3.4 Im Wettbewerb

Wettbewerb findet dort statt, wo ein wirtschaftliches Konkurrenzverhältnis zwischen Begünstigtem bzw. dem Vorteilgeber und den Mitbewerbern besteht.⁶³⁰ Eine Wettbewerbslage ist gegeben, wenn im Zeitpunkt des Bezuges der Waren oder Leistungen ein wirtschaftliches Konkurrenzverhältnis zu einem oder mehreren anderen Unternehmen besteht, auf deren wettbewerbliche Schlechterstellung die Bevorzugung abzielt.⁶³¹ Für die Varianten des § 299a Nr. 1 und Nr. 2 StGB müssen Mitbewerber Arznei-, Heil- oder Hilfsmittel oder Medizinprodukte gleicher oder verwandter Art herstellen oder in den Verkehr bringen. Für die Variante des § 299a Nr. 3 StGB muss der Leistungserbringer, an den die Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial erfolgen soll, mit mindestens einem anderen Leistungserbringer um diese Patienten oder das Untersuchungsmaterial im Wettbewerb stehen.⁶³² Dieser Wettbewerb um die Patienten darf nicht gleichgesetzt werden mit dem Wettbewerb der Krankenhäuser um den niedergelassenen Arzt. Ein solches Wettbewerbsverhältnis um die fähigsten Mediziner in der Umgebung ist nicht mit dem Wettbewerb im Sinne des § 299a Nr. 3 StGB gleichzusetzen, sondern als ein Grund für die an den niedergelassenen Arzt gewährten Vergütung bei der Unrechtsvereinbarung zu prüfen. Nach der hier vertretenen Ansicht kommt dieser Aspekt des Wettbewerbs der verschiedenen Häuser um die niedergelassenen Ärzte in der zweiten Stufe der Prüfung der Angemessenheit des für die ärztliche Leistung gewährten Entgelts zu Tragen.

An einem wirtschaftlichen Konkurrenzverhältnis fehlt es, wenn ein Unternehmen eine Monopolstellung innehat.⁶³³ Dies soll dann jedoch nicht gelten, wenn durch die erstrebte Bevorzugung die Verhinderung zukünftigen, potenziellen Wettbewerbs bezweckt wird.⁶³⁴ Hierauf hat sich der Gesetzgeber bezogen und in der Begründung zu der letztlich Gesetz gewordenen Fassung von §§ 299a, 299b StGB argumentiert, dass der Wegfall des Tatbestandsmerkmals der Berufspflichtverletzung unschädlich sei, da es

⁶³⁰ Vgl. Heine/Eisele, in: Schönke/Schröder, § 299 Rn. 23.

⁶³¹ Vgl. Krick, in: MüKo StGB, § 299 Rn. 27; Gaede, in: Leitner/Rosenau/Ahlbrecht, § 299a StGB Rn. 57.

⁶³² Vgl. Gaede a.a.O., § 299a StGB Rn. 57; Tsambikakis, medstra 2016, 131 (136).

⁶³³ Vgl. Heine/Eisele, in: Schönke/Schröder, § 299 Rn. 23.

⁶³⁴ Vgl. Dannecker/Schröder, in: Nomos StGB, § 299a Rn. 144.

im Gesundheitswesen kaum zu echten Monopolsituationen kommen dürfte.⁶³⁵

Während in Teilen der Literatur ebenfalls davon ausgegangen wird, dass dauerhafte Monopolsituationen bei den Heilberufen nicht existierten, da ihnen durch ständige Innovation und Fortschritt der Wettbewerb quasi immanent sei,⁶³⁶ wird auch darauf hingewiesen, dass Monopolstellungen im Gesundheitswesen, sowohl bezüglich patentgeschützter Medikamente und Medizinprodukte, als auch bezüglich der Kooperation eines niedergelassenen Arztes mit dem einzigen Krankenhaus in der Umgebung, bald Strafbarkeitslücken offenbaren werden.⁶³⁷

3.2.4 Objektiver Tatbestand § 299b StGB

Tauglicher Täter des § 299b StGB kann jedermann sein; im Gegensatz zu § 299a StGB ist der spiegelbildliche § 299b StGB kein Sonderdelikt.

Tathandlungen des § 299b StGB sind das Anbieten, Versprechen oder Gewähren eines Vorteils. Dabei korrespondiert das Anbieten mit dem Fordern in § 299a StGB, das Versprechen mit dem Sichversprechenlassen und das Gewähren mit dem Annehmen eines Vorteils.⁶³⁸ Unter Heranziehung der zu § 299 StGB entwickelten Grundsätze sind das Anbieten einer gegenwärtigen Leistung und das Versprechen einer zukünftigen Leistung die auf Abschluss einer Unrechtsvereinbarung gerichteten, ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärungen des Vorteilsgebers.⁶³⁹ Gewähren meint eine tatsächliche Übergabe des Vorteils mit dem Willen, dass die Verfügungsgewalt auf den Vorteilnehmer übergehen soll. Hier muss zumindest eine stillschweigende Unrechtsvereinbarung zustande kommen.⁶⁴⁰

Bezüglich der identischen Tatbestandsmerkmale gelten die Ausführungen zu dem spiegelbildlich gestalteten § 299a StGB entsprechend.

⁶³⁵ Vgl. *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/8106 S. 15 f.

⁶³⁶ Vgl. *Aldenhoff/Valluet*, medstra 2015, 195 (198).

⁶³⁷ Vgl. *Kubiciel*, in: *Korruption im Gesundheitswesen*, S. 83; *Tsambikakis*, medstra 2016, 131 (136); *Gaede*, in: *Leitner/Rosenau/Ahlbrecht*, § 299a StGB Rn. 61; siehe zur Monopolstellung bei Erfindungen das Fallbeispiel unter 3.3.3. ab Seite 183 und zur Monopolstellung beim einzigen Krankenhaus der Umgebung das Fallbeispiel unter 3.3.4. ab Seite 207.

⁶³⁸ Vgl. *Dannecker/Schröder*, in: *Nomos StGB*, § 299b Rn. 12.

⁶³⁹ Vgl. *Heine/Eisele*, in: *Schönke/Schröder*, § 299 Rn. 27.

⁶⁴⁰ Vgl. *Dannecker/Schröder*, in: *Nomos StGB*, § 299b Rn. 17.

3.2.5 Subjektiver Tatbestand

Zum subjektiven Tatbestand kann, wie für die objektiven Merkmale auch, auf die Auslegungsregeln des § 299 StGB zurückgegriffen werden.⁶⁴¹ Es ist daher davon auszugehen, dass der Täter mindestens bedingten Vorsatz, *dolus eventualis*, bezüglich der Merkmale des objektiven Tatbestandes haben muss.⁶⁴²

Im Fall des Forderns muss es dem Täter darauf ankommen, dass der betreffende Vorteilsgeber den Vorteil als Gegenleistung für die Bevorzugung im Wettbewerb erkennt und darauf eingeht.⁶⁴³ Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn der Täter in der Absicht handelt, durch das Fordern des Vorteils den Dritten dazu zu bringen, ihm diesen Vorteil als Gegenleistung für die angebotene Bevorzugung zu gewähren.⁶⁴⁴ Bei den Alternativen des Sichversprechenlassens oder Annehmens genügt es dagegen, dass sich der Täter der Unrechtsvereinbarung bewusst ist.⁶⁴⁵ Kennt der Täter die die Unlauterkeit begründenden Umstände nicht, wobei hier eine Parallelwertung in der Laiensphäre ausschlaggebend ist und nicht die juristisch korrekte Subsumtion, handelt er im Tatbestandsirrtum gem. § 16 StGB und damit ohne Vorsatz.⁶⁴⁶ Zu diesen Tatumständen gehören zunächst sämtliche Merkmale des objektiven Tatbestandes, ergänzt um die Merkmale nach den Lehren des Allgemeinen Teils wie die Kausalität und die objektive Zurechnung.⁶⁴⁷ Stellt sich der Täter vor, es werde zum Zeitpunkt der Bevorzugung kein – eventuell auch nur zu verhinderndes – Wettbewerbsverhältnis bestehen, entfällt ebenfalls bereits der Vorsatz.⁶⁴⁸ Bei Blankettgesetzen, die bezüglich der verbotenen oder gebotenen Verhaltensweisen auf andere Gesetze, Verordnungen oder gar Verwaltungsakte verweisen, ist auch der Inhalt der das Blankett ausfüllenden Norm Teil des objektiven Tatbestandes und muss vom Vorsatz umfasst sein.⁶⁴⁹ Dazu zählen bei den §§ 299a,

⁶⁴¹ Vgl. *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446 S. 17 ff.

⁶⁴² Vgl. *Heine/Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 299 Rn. 29; *Dannecker*, in: *Nomos StGB*, § 299 Rn. 98.

⁶⁴³ Vgl. *Heine/Eisele a.a.O.*, § 299 Rn. 29; *Heger*, in: *Lackner/Kühl*, § 299 Rn. 8.

⁶⁴⁴ Vgl. *Dannecker/Schröder*, in: *Nomos StGB*, § 299a Rn. 194.

⁶⁴⁵ Vgl. *Heine/Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 299 Rn. 29; *Dannecker*, in: *Nomos StGB*, § 299 Rn. 100.

⁶⁴⁶ Vgl. *Heger*, in: *Lackner/Kühl*, § 299 Rn. 8; *Dannecker/Schröder*, in: *Nomos StGB*, § 299a Rn. 198.

⁶⁴⁷ Vgl. *Joecks*, in: *MüKo StGB*, § 16 Rn. 68 f.

⁶⁴⁸ Vgl. *Dannecker/Schröder*, in: *Nomos StGB*, § 299a Rn. 196.

⁶⁴⁹ Vgl. *Joecks*, in: *MüKo StGB*, § 16 Rn. 75 f.

299b StGB die für die jeweilige Kooperationsform anzuwendenden berufs- und sozialrechtlichen Vorschriften. Ärzte trifft eine Informationspflicht bezüglich dieser Vorschriften der Berufsordnung sowie des Sozialgesetzbuchs, § 2 Abs. 5 MBO-Ä.⁶⁵⁰

3.2.6 Rechtswidrigkeit

Da Notwehr gem. § 32 StGB als Rechtfertigungsgrund kaum eine Rolle spielen dürfte, kommt zum Ausschluss der Rechtswidrigkeit nur der rechtfertigende Notstand gem. § 34 StGB in Betracht. Das setzt voraus, dass sich der Täter mit einer nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Freiheit, Eigentum oder einem anderen Rechtsgut konfrontiert sieht und dies nicht anders als durch das Fordern, Sichversprechenlassen oder Annehmen von Vorteilen, verbunden mit der unlauteren Bevorzugung abgewendet werden kann.⁶⁵¹ Als „anders Rechtsgut“ kommt hier der Verlust der wirtschaftlichen Existenz in Betracht, der dem Angehörigen eines Heilberufs droht, wenn er den Bestechenden nicht im Wettbewerb bevorzugt. Nach der h. M. kommt grundsätzlich jedes Rechtsgut, das einen Schutz durch die Rechtsordnung erfahren hat, als „anderes Rechtsgut“ in Betracht. Der Kreis der zu schützenden Rechtsgüter ist nach der h. M. daher weiter zu ziehen als bei den notwehrfähigen Rechtsgütern.⁶⁵² Andererseits darf der Kreis nicht so weit gezogen werden, dass § 34 StGB zu einem allgemeinen Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen ausgeweitet wird.⁶⁵³ Während der Schutz des Arbeitsplatzes bzw. die Existenz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes als notstandsfähige Rechtsgüter eingeordnet werden,⁶⁵⁴ soll § 34 StGB nicht unbeschränkt die Möglichkeit einräumen, die dem Einzelnen von der Rechtsordnung auferlegten wirtschaftlichen Risiken auf andere oder die Allgemeinheit abzuwälzen.⁶⁵⁵ Auch wenn das Gesetz für eine wirtschaftliche Betätigung Mindeststandards wie etwa den Wettbewerbsschutz festlegt, schützt das nicht davor, dass Unternehmen, die den jeweiligen Anforderungen nicht gewachsen sind, aus dem Wirtschaftsleben ausscheiden müssen.⁶⁵⁶ Sofern der Heilberufsangehörige

⁶⁵⁰ Vgl. Lippert, in: Kommentar zur MBO, § 2 Rn. 27.

⁶⁵¹ Vgl. Krick, in: MüKo StGB, § 299 Rn. 39.

⁶⁵² So Fischer, in: StGB Kommentar, § 34 Rn. 5; a. A. Neumann, in: Nomos StGB, § 34 Rn. 22 ff.

⁶⁵³ Vgl. Erb, in: MüKo StGB, § 34 Rn. 56.

⁶⁵⁴ Vgl. Perron, in: Schönke/Schröder, § 34 Rn. 9.

⁶⁵⁵ Vgl. Erb, in: MüKo StGB, § 34 Rn. 58.

⁶⁵⁶ Vgl. Erb a.a.O., § 34 Rn. 58.

nicht in eine wirtschaftliche Bedrängnis gerät, die so schwer wiegt, dass sie der Vernichtung der Existenz seines eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes bzw., sofern es sich um einen Angehörigen eines Freien Berufes handelt, seiner Berufsausübung als solchen gleichkommt, wird man das Vorliegen des rechtfertigenden Notstands verneinen müssen. Eine derartige wirtschaftliche Bedrängnis ist in der Praxis kaum denkbar.⁶⁵⁷

Da die §§ 299a, 299b StGB den Schutz jedenfalls des fairen Leistungswettbewerbs und nach anderer Auffassung auch das Vertrauen des Patienten in die heilberufliche Entscheidung bezwecken, die beide überindividuell sind, kommt eine rechtfertigende Einwilligung nicht in Betracht. Auch eine Genehmigung ist mangels einer § 331 Abs. 3 StGB entsprechenden Regelung nicht möglich.⁶⁵⁸

3.2.7 Schuld

Fehlt dem Täter bei Begehung der Tat die Einsicht, Unrecht zu tun, handelt der Täter zwar tatbestandlich vorsätzlich und rechtswidrig, jedoch ohne Schuld, wenn die Unkenntnis der Rechtswidrigkeit seines Verhaltens unvermeidbar war, § 17 StGB.⁶⁵⁹ Irrt der Täter z. B. lediglich über die Bewertung als unlautere Bevorzugung, bewertet er mit anderen Worten die normativen Voraussetzungen falsch, liegt ein (in der Regel vermeidbarer) Verbotsirrtum nach § 17 StGB vor.⁶⁶⁰ Die Unvermeidbarkeit eines Verbotssirrtums setzt voraus, dass der Täter alle seine geistigen Erkenntniskräfte eingesetzt und etwa aufkommende Zweifel durch Nachdenken oder erforderlichenfalls durch Einholung verlässlichen und sachkundigen Rechtsrats beseitigt hat.⁶⁶¹ Als Mindestanforderung trifft Ärzte gem. § 2 Abs. 5 MBO-Ä die Verpflichtung, die für die Berufsausübung geltenden Vorschriften zu beachten. Dazu gehört auch die Information über die Vorschriften der Berufsordnung oder sonstige gesetzliche Vorschriften, etwa im Sozialgesetzbuch.⁶⁶² Die schiere Unkenntnis einer Verbotsvorschrift aus dem Berufsrecht genügt daher nicht zur Annahme eines Verbotsirrtums nach § 17 StGB. Gerade bei Kooperationen wird es in der Regel erforderlich sein,

⁶⁵⁷ Vgl. Heine/Eisele, in: Schönke/Schröder, § 299 Rn. 30.

⁶⁵⁸ Vgl. Dannecker/Schröder, in: Nomos StGB, § 299a Rn. 202.

⁶⁵⁹ Vgl. Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder, § 17 Rn. 1.

⁶⁶⁰ Vgl. Heger, in: Lackner/Kühl, § 299 Rn. 8; Heine/Eisele, in: Schönke/Schröder, § 299 Rn. 29.

⁶⁶¹ So BGH, Urteil vom 04.04.2013 – 3 StR 521/12, NStZ 2013, 461.

⁶⁶² Vgl. Lippert, in: Kommentar zur MBO, § 2 Rn. 27.

sich Rechtsrat zu deren Vereinbarkeit mit den berufs- und sozialrechtlichen Vorschriften einzuholen, etwa durch Beauftragung eines Rechtsanwalts oder Vorlage der Kooperationsvereinbarung bei der Ärztekammer. Doch auch der eingeholte Rechtsrat ist vom Arzt kritisch zu hinterfragen. So entschied der BGH bei der Einholung eines Rechtsrates von einem Anwalt, dass nur dann von einem vermeidbaren Verbotsirrtum ausgegangen werden könne, wenn der Täter auf die Richtigkeit der Auskunft habe vertrauen können. Auskünfte, die erkennbar vordergründig und mangelhaft seien, könnten den Täter von vorneherein nicht entlasten.⁶⁶³ Dennoch kann für komplexe Formen der Zusammenarbeit zwischen Leistungsträgern ein unvermeidbarer Verbotsirrtum in Betracht kommen, wenn die fragliche Konstellation durch das Berufs- und Sozialrecht bisher nicht eindeutig und vor allem noch nicht höchststrichterlich als rechtswidrig beurteilt worden ist und der Täter vor Tatausführung ausreichenden Rechtsrat eingeholt hat.⁶⁶⁴

Als Entschuldigungsgrund kommt der Nötigungsnotstand in Betracht, falls der Bestechende in einem Fall des § 299b StGB mit dem Abbruch der vertraglichen Beziehungen droht, sollte sich der Heilberufsangehörige nicht auf die Bevorzugung einlassen. Der Nötigungsnotstand wird dem entschuldigenden Notstand gem. § 35 StGB zugeordnet⁶⁶⁵ und setzt eine nicht anders abwendbare Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit voraus, aufgrund derer die rechtswidrige Tat begangen wird. Es ist bereits fraglich, ob die Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz unter die in § 35 StGB aufgezählten Rechtsgüter subsumiert werden kann; das Fehlen des Begriffs des anderen Rechtsguts, wie er in § 34 StGB genannt ist, spricht dagegen. Letztlich kann die Frage jedoch dahinstehen, da wie bereits oben zur § 34 StGB

⁶⁶³ Vgl. BGH, Urteil vom 04.04.2013 – 3 StR 521/12, NStZ 2013, 461. Fraglich ist, wie in zukünftigen Strafverfahren die Vorlage der Kooperationsvereinbarung an die Ärztekammer gewertet werden wird, sollte diese – ex post fehlerhaft – die Unbedenklichkeit der Zusammenarbeit attestieren. Aus der praktischen Arbeit der Verfasserin sind Fälle bekannt, in welchen sich die entsprechende Stelle der Ärztekammer nicht eindeutig zur Vereinbarkeit mit dem Berufsrecht äußerte oder, im Fall einer eindeutigen Äußerung, das interne Gutachten, auf dem die Einschätzung basierte, nicht an die Anfragesteller herausgab. In beiden Fällen wäre ein Verbotsirrtum bei den Kooperationspartnern wohl zu verneinen, da die zu stellenden, hohen Anforderungen an den eingeholten (Rechts-)Rat durch eine uneindeutige oder nicht nachvollziehbare Auseinandersetzung mit den geltenden Vorschriften nicht erfüllt werden.

⁶⁶⁴ Vgl. Dannecker/Schröder, in: Nomos StGB, § 299a Rn. 203, die in diesen Fällen jedoch eine restriktive Auslegung des § 299a StGB einer Korrektur über den Verbotsirrtum vorziehen.

⁶⁶⁵ Vgl. Fischer, in: StGB Kommentar, § 35 Rn. 6.

dargestellt ein solcher Fall der vollständigen Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz in der Praxis kaum denkbar ist. Wenngleich der Abbruch von Vertragsbeziehungen z. B. zum örtlichen Krankenhaus für den niedergelassenen Arzt mit möglicherweise erheblichen finanziellen Einbußen verbunden sein mag, bleibt doch seine Vergütung für die Behandlung von Patienten in seiner Praxis unangetastet. Von einer Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz kann damit nicht gesprochen werden.

3.2.8 Schwerer Fall gem. § 300 StGB

Ein besonders schwerer Fall gem. § 300 StGB liegt dann vor, wenn sich die Tat auf einen Vorteil großen Ausmaßes bezieht oder der Täter gewerbsmäßig handelt oder als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat. Wann ein Vorteil großen Ausmaßes vorliegt, wird in der Literatur unterschiedlich beantwortet⁶⁶⁶ und schwankt zwischen 10.000 EUR⁶⁶⁷ und 50.000 EUR⁶⁶⁸. Ausschlaggebend sind stets die Umstände des Einzelfalles. Als Richtlinie kann hier der BGH dienen, der bei einem Vorteil von jedenfalls unter 50.000 EUR keinen schweren Fall im Sinne des § 300 StGB annimmt, wobei auch dort keine konkrete Festlegung auf eine präzise Untergrenze erfolgt.⁶⁶⁹ Ein gewerbsmäßiges Handeln ist dann anzunehmen, wenn der Täter in der Absicht handelt, sich aus einer wiederholten Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von einigem Gewicht zu verschaffen,⁶⁷⁰ was insbesondere dann anzunehmen ist, wenn ein Korruptionssystem aufgebaut werden soll, aus dem der Täter kontinuierlich Vorteile ziehen möchte.⁶⁷¹ Indizien für die Absicht der wiederholten Tatbegehung ergeben sich aus der Anzahl der Taten sowie deren zeitlicher Abfolge; kommt es entgegen dem Plan des Täters nur zu einem einzigen rechtswidrigen Vorteilstausch, ist § 300 StGB dennoch erfüllt.⁶⁷²

⁶⁶⁶ Vgl. Krick, in: MüKo StGB, § 300 Rn. 2 (25.000 EUR); BGH, Beschluss vom 29.04.2015 – 1 StR 235/14, NStZ-RR 2015, 278 m. w. N.

⁶⁶⁷ Vgl. Fischer, in: StGB Kommentar, § 300 Rn. 4.

⁶⁶⁸ Vgl. Schmitt, in: StGB Kommentar, § 300 StGB Rn. 2.

⁶⁶⁹ Vgl. BGH, Beschluss vom 29.04.2015 – 1 StR 235/14, NStZ-RR 2015, 278.

⁶⁷⁰ Vgl. Krick, in: MüKo StGB, § 300 Rn. 3.

⁶⁷¹ Vgl. Rogall, in: SK-StGB, § 300 StGB Rn. 9.

⁶⁷² Vgl. Krick, in: MüKo StGB, § 300 Rn. 3.

Ein schwerer Fall gem. § 300 Nr. 2 StGB ist auch dann gegeben, wenn der Täter als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat. Eine Bande besteht aus mindestens 3 Personen.⁶⁷³ Die Bande kann dabei als gemischter Zusammenschluss aus Mitgliedern der aktiven und der passiven Seite der Bestechungstat bestehen.⁶⁷⁴ Voraussetzung ist dabei, dass diese sich bei der Tat nicht als selbstständige Täter mit gegenläufigen Interessen gegenüberstehen, sondern sie bezüglich der Tatverwirklichung ein gemeinsames Bandeninteresse verfolgen und so „an einem Strang“ ziehen.⁶⁷⁵ Dies wird im Gesundheitswesen regelmäßig der Fall sein, da Vorteilsgeber wie -nehmer das Ziel verfolgen, aus ihrer Kooperation zu Lasten des Gesundheitswesens den größtmöglichen finanziellen Nutzen zu ziehen. Ein unbenannter besonders schwerer Fall kann dann erfüllt sein, wenn es durch eine der Taten nach den §§ 299a und 299b StGB zu der Gefahr einer erheblichen Gesundheitsgefährdung des Patienten gekommen ist.⁶⁷⁶

3.2.9 Konkurrenzen

Fraglich ist, wie sich die Konkurrenzen von § 299a StGB zu den übrigen Korruptionsdelikten darstellen. In der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass, um eine Gleichbehandlung aller Angehörigen von Heilberufen zu gewährleisten, § 299a StGB *lex specialis* zu den übrigen Korruptionsdelikten ist. Dies hätte zur Folge, dass sowohl für Ärzte an staatlichen Krankenhäusern, die bisher den §§ 331 ff. StGB unterfielen, als auch für angestellte Ärzte in einem MVZ – bis dato § 299 StGB – nur noch § 299a StGB einschlägig wäre.⁶⁷⁷ Dies hätte jedoch zur Folge, dass, sollte eine Strafbarkeit nach § 299a StGB verneint werden, § 299 StGB nicht greifen kann.⁶⁷⁸

Hierzu passt jedoch die Gesetzesbegründung nicht, die davon ausgeht, dass wegen der teilweise unterschiedlichen Schutzrichtung von § 299 StGB und

⁶⁷³ Vgl. Dannecker, in: Nomos StGB, § 300 Rn. 8.

⁶⁷⁴ Sog. „gemischte Bande“, vgl. Gaede, in: Leitner/Rosenau/Ahlbrecht, § 300 StGB Rn. 33; Rogall, in: SK-StGB, § 300 StGB Rn. 10; Fischer, in: StGB Kommentar, § 300 Rn. 6.

⁶⁷⁵ Vgl. BGH, Urteil vom 16.11.2006 – 3 StR 204/06, StV 2007, 241; krit. Kudlich, StV 2007, 242.

⁶⁷⁶ Vgl. Deutscher Bundestag, BT-Drs. 18/6446 S. 33.

⁶⁷⁷ Vgl. Kubiciel/Tsambikakis, medstra 2015, 11 (15); für Spezialität auch Tsambikakis, medstra 2016, 131 (140); mit einer Darstellung des Streitstandes Gaede, in: Leitner/Rosenau/Ahlbrecht, § 299a StGB Rn. 102 ff.

⁶⁷⁸ Vgl. Gaede a.a.O., § 299a StGB Rn. 102; a. A. Dannecker/Schröder, in: Nomos StGB, § 299a Rn. 212.

§ 299a StGB regelmäßig Tateinheit anzunehmen sei.⁶⁷⁹ Dasselbe gelte für die §§ 331 ff. StGB.⁶⁸⁰ Eine Exklusivität ist damit im Ergebnis nicht gegeben. Auch wenn eine Gleichbehandlung der Angehörigen von Heilberufen wünschenswert ist, war eine Ausweitung der Strafbarkeit und nicht deren Begrenzung die klare Intention des Gesetzgebers.⁶⁸¹ Dies hat jedoch zur Folge, dass etwa die Angestellten in einem MVZ mit § 299 StGB und dem neuen Merkmal einer Pflichtverletzung gegenüber dem Geschäftsherren einem höheren Strafbarkeitsrisiko ausgesetzt sind als der niedergelassene Arzt. Dasselbe gilt für in staatlichen Krankenhäusern tätige Ärzte, für die gem. §§ 331 ff. StGB bereits eine gelockerte Unrechtsvereinbarung ausreichend ist.⁶⁸²

Bei korruptionsfremden Tatbeständen wie § 263 oder § 266 StGB ist in der Regel von Tateinheit auszugehen.⁶⁸³

⁶⁷⁹ Vgl. *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446 S. 16; ebenso *Gaede*, *medstra* 2015, 263 (267); krit. *Tsambikakis*, *medstra* 2016, 131 (139 f.).

⁶⁸⁰ Vgl. *Fischer*, in: *StGB Kommentar*, § 299a Rn. 17.

⁶⁸¹ Vgl. *Gaede*, in: *Leitner/Rosenau/Ahlbrecht*, § 299a StGB Rn. 102.

⁶⁸² Vgl. *Gaede a.a.O.*, § 299a StGB Rn. 102.

⁶⁸³ Vgl. *Tsambikakis*, *medstra* 2016, 131 (139); mit Beispielen zur Tatmehrheit *Gaede*, in: *Leitner/Rosenau/Ahlbrecht*, § 299a StGB Rn. 100 f.

3.3 Formen der Zusammenarbeit im Gesundheitswesen und deren Strafbarkeitsrisiken

Nicht jede Zusammenarbeit zwischen Angehörigen der Heilberufe ist gleich Korruption. Im Gegenteil gibt es viele Felder, in welchen eine Zusammenarbeit der Heilberufe vom Gesetzgeber gewünscht und gefördert wird. In diesem Abschnitt soll versucht werden, Licht in die Grauzone zwischen gewollter Kooperation und strafbarer Korruption zu bringen.

3.3.1 Arzt und Pharmaindustrie: Anwendungsbeobachtungen

Fall: Zwischen einem Arzt und einem Pharmaunternehmen wird die Durchführung einer Anwendungsbeobachtung vereinbart. Der Arzt soll aus seinen Patienten, welche einen bestimmten Wirkstoff einnehmen, der Bestandteil eines Medikaments ist, das das Unternehmen bereits seit Jahren erfolgreich vertreibt, einige auswählen und die von ihnen geschilderten Wirkungen und Nebenwirkungen des Medikaments in einem vom Unternehmen gestellten, nur ein DIN A4 Blatt umfassenden Fragebogen dokumentieren. Hierfür erhält der Arzt pro ausgefüllten Fragebogen 200 EUR. Sofern sich die Zusammenarbeit zwischen Arzt und Unternehmen als effektiv erweist, sollen noch weitere, ähnlich vergütete Vereinbarungen über Anwendungsbeobachtungen folgen. Patentschutz für den Wirkstoff besteht nicht, so dass auch andere Pharmaunternehmen Medikamente mit diesem Wirkstoff vertreiben.

3.3.1.1 Einführung

Zu den grundsätzlich gewollten Kooperationsformen gehört die Zusammenarbeit von niedergelassenen Ärzten mit Pharmafirmen im Rahmen sogenannter Anwendungsbeobachtungen (kurz: AWB). Eine AWB ist eine nicht-interventionelle Prüfung gem. § 4 Abs. 23 S. 3 AMG, das heißt eine systematische Erfassung von therapeutischen Erfahrungen, die ein Arzt bei der Anwendung eines Arzneimittels macht.⁶⁸⁴ Eine AWB ist nicht-interventionell, da sie nicht in das Verhältnis von Arzt zu Patient eingreifen soll, sondern lediglich als Beobachtungsinstrument für die Zahl der Verschreibungen sowie der erwünschten sowie unerwünschten Wirkungen des Arzneimittels dienen soll.

⁶⁸⁴ Vgl. Böse/Mölders, MedR 2008, 585 (585).

Im Gegensatz zu einer klinischen Studie, die mit einem sorgfältig ausgewählten und überwachten Patientenkreis arbeitet, kann eine AWB Erkenntnisse über die Wirkung eines Arzneimittels an einer sehr großen Zahl „realer“ Patienten bieten, also solche, die mehr als eine Erkrankung aufweisen, andere Arzneimittel regelmäßig einnehmen oder über eine mangelhafte Therapietreue verfügen.⁶⁸⁵ Die AWB dienen damit dem Vertiefen von Erkenntnissen zu bekannten unerwünschten Arzneimittelwirkungen (UAW) unter routinemäßiger Anwendung (z. B. Bewertung von Schweregraden, Häufigkeitsabschätzungen), das Gewinnen von Erkenntnissen zu bisher unbekannten, insbesondere seltenen UAW und Wechselwirkungen unter routinemäßiger Anwendung sowie dem Verschreibungsverhalten der Ärzte in der täglichen Praxis.⁶⁸⁶

Die Art und Weise der Durchführung ist in § 67 Abs. 6 AMG geregelt. Die Durchführung einer AWB ist der zuständigen Bundesoberbehörde, der Kassenärztlichen Bundesvereinigung, dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen sowie dem Verband der Privaten Krankenversicherung e. V. anzuzeigen. Dabei sind Ort, Zeit, Ziel und Beobachtungsplan der Anwendungsbeobachtung anzugeben sowie die beteiligten Ärzte zu benennen. Sofern von einem Pharmaunternehmen für den mit einer AWB verbundenen Mehraufwand eine Entschädigung an die beteiligten Ärzte geleistet wird, ist diese nach ihrer Art und Höhe so zu bemessen, dass kein Anreiz für eine bevorzugte Verschreibung oder Empfehlung bestimmter Arzneimittel entsteht. Sofern beteiligte Ärzte im Rahmen einer AWB Leistungen zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherung erbringen – was immer bei der Verordnung von verschreibungspflichtigen Medikamenten der Fall ist – sind in der Anzeige bei der Oberbehörde die Art und die Höhe der tatsächlich geleisteten Entschädigungen anzugeben sowie der Aufwand für die beteiligten Ärzte darzustellen und die Angemessenheit der Entschädigung zu begründen. Innerhalb eines Jahres nach Abschluss der Datenerfassung ist der zuständigen Behörde ein Abschlussbericht über die AWB und deren Ergebnisse zu übermitteln. Die Kontrolle der Einhaltung dieser gesetzlichen Vorschriften zur Anmeldung der AWBen war bis vor einigen Jahren mangelhaft: Den drei von Transparency International untersuchten Meldestellen (GKV, KBV, BfArM) lagen unterschiedliche AWB-Zahlen vor, die Meldungen waren unvollständig und Angaben zu beteiligten Ärzten,

⁶⁸⁵ Vgl. Mey, Medizinische Klinik 2000, 56 (60).

⁶⁸⁶ Vgl. Wink, Anwendungsbeobachtung in der ärztlichen Praxis vom 18.12.2010 S. 6.

Patienten oder dem gezahlten Honorar fehlten. Ein Datenabgleich zwischen den Institutionen fand nicht statt.⁶⁸⁷ Medizinisch ist die größte Schwäche der AWB gerade die nicht-interventionelle Durchführung, da die große Bandbreite an möglichen Erkenntnissen sowie die Nichtintervention im Alltag des niedergelassenen Arztes zu Lasten ihrer Methodik und damit auch ihrer Aussagekraft geht.⁶⁸⁸ AWB sind auch für bereits erprobte Arzneimittel zulässig, die bereits Jahre vor Beginn der Beobachtung eingeführt wurden.⁶⁸⁹ Da die Ergebnisse weder in eine vergleichbare Form gebracht noch zwingend veröffentlicht werden mussten, war die wissenschaftliche Verwertbarkeit dieser Studien kaum bis gar nicht vorhanden.⁶⁹⁰ Dass es daher zu den AWB von allen Seiten Kritik hagelte ist nicht verwunderlich.⁶⁹¹

Mit dem 3. Gesetz zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften vom 07.08.2013⁶⁹² verbesserte der Gesetzgeber diesen Zustand. Nach dem neuen § 67 Abs. 6 S. 10 AMG sind die Anzeigen und Abschlussberichte der zuständigen Bundesoberbehörde, dem Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte oder dem Paul-Ehrlich-Institut elektronisch zu übermitteln und von dieser der Öffentlichkeit über ein Internetportal⁶⁹³ zur Verfügung zu stellen. Der Abschlussbericht über eine AWB ist seit 13.08.2013 für solche AWB abzugeben, die ab dem 13.08.2013 begonnen wurden oder über den 31.12.2013 hinaus fort dauern. Bezüglich der beteiligten Ärzte und das für die Durchführung der AWB erhaltene Honorar gibt es jedoch keine Meldepflicht.⁶⁹⁴ Wenngleich der nicht-interventionelle Charakter der Studie erhalten bleibt, ist zu erwarten, dass die wissenschaftliche Verwertbarkeit durch die Veröffentlichung und die damit verbundene, notwendige Vereinheitlichung der Abschlussberichte steigt. Wohl nicht zuletzt deshalb rückte Transparency International von seiner noch

⁶⁸⁷ Bezogen auf die Jahre 2008 – 2010, *Transparency International*, Instrumente für Korruption? vom 18.05.2015.

⁶⁸⁸ Vgl. Mey, *Medizinische Klinik* 2000, 56 (58); sehr kritisch Windeler, *Deutsches Ärzteblatt* 2000, 2756 (2756).

⁶⁸⁹ Vgl. Böse/Mölders, *MedR* 2008, 585 (585).

⁶⁹⁰ Für eine Veröffentlichung bereits Köhler, *Korruption im Gesundheitswesen* vom 28.03.2012; Windeler, *Deutsches Ärzteblatt* 2000, 2756 (2757).

⁶⁹¹ Vgl. Windeler, *Deutsches Ärzteblatt* 2000, 2756; *Transparency International*, Gesetzliches Verbot von „Anwendungsbeobachtungen“ vom 03.11.2010 S. 1, die AWB als „legale Korruption“ bezeichneten.

⁶⁹² BGBl. I 2013, 3108.

⁶⁹³ www.awbdb.bfarm.de.

⁶⁹⁴ Vgl. *Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte*, Glossareintrag: Anwendungsbeobachtungen vom 19.05.2015.

2010 erhobenen Forderung, AWBen gesetzlich zu verbieten,⁶⁹⁵ ab. Die Forderung beschränkt sich nun auf eine verpflichtende Registrierung der Studien nach der Zulassung von Arzneimitteln sowie die Veröffentlichung der Studienprotokolle einschließlich aller Nebenwirkungsmeldungen.⁶⁹⁶ Dem kam der Gesetzgeber mit der oben beschriebenen Pflicht zur Veröffentlichung der Studienberichte bereits nach.

Auch an den Arzneimittelherstellern ging die oben dargestellte Kritik an den AWB und ihrer Durchführung nicht spurlos vorbei:⁶⁹⁷ Um der Kritik am fehlenden wissenschaftlichen Wert der AWB zu begegnen, verabschiedete die Mitgliederversammlung der Freiwilligen Selbstkontrolle der Arzneimittelindustrie e. V. (kurz FSA) in der Versammlung vom 27.11.2013 den FSA-Kodex Fachkreise⁶⁹⁸ der vom Bundeskartellamt am 08.05.2014, zugegangen am 12.05.2014, als Wettbewerbsregel anerkannt wurde. § 19 enthält Regeln zur Durchführung nicht-interventioneller Studien. In § 19 Nr. 7 FSA-Fachkreise wird festgelegt, dass Vergütung und vom Arzt erbrachte Leistung in einem angemessenen Verhältnis zueinanderstehen müssen, so dass kein Anreiz zur Verordnung des Arzneimittels entsteht. Weiter ist gem. § 19 Nr. 11 FSA-Fachkreise eine Zusammenfassung der AWB spätestens 12 Monate nach deren Abschluss der Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen. Die FSA glich damit die für ihre Mitglieder geltenden Vorschriften den Gesetzlichen an.

Nach § 67 Abs. 6 S. 10 AMG gibt es wie oben bereits dargestellt keine Meldepflicht bezüglich der teilnehmenden Ärzte sowie über das erhaltene Honorar, so dass jedenfalls nach der gesetzlichen Regelung in Bezug auf die Vergütung der „Schmuddelcharakter“⁶⁹⁹ bestehen bleibt. Der finanzielle Anreiz für eine solche AWB kann beträchtlich sein – teilweise wird von einem Honorar von bis zu 19.000 EUR für eine AWB ausgegangen.⁷⁰⁰ Auch an dieser Stelle reagierte die FSA und geht weit über die gesetzliche Vorgabe hinaus: Zum 01.01.2014, wirksam seit 26.05.2014, legte sich die FSA und seinen Mitgliedern einen Kodex zur Transparenz bei der Zusammenarbeit

⁶⁹⁵ Vgl. *Transparency International*, Gesetzliches Verbot von „Anwendungsbeobachtungen“ vom 03.11.2010.

⁶⁹⁶ Vgl. *Transparency International*, Instrumente für Korruption? vom 18.05.2015.

⁶⁹⁷ Vgl. *Geiger*, Neue Kriminalpolitik 2013, 136 (147).

⁶⁹⁸ Vgl. *Freiwillige Selbstkontrolle für die Arzneimittelindustrie e.V.*, FSA-Fachkreise vom 20.05.2014, im Weiteren FSA-Fachkreise.

⁶⁹⁹ So *Windeler*, Deutsches Ärzteblatt 2000, 2756.

⁷⁰⁰ Vgl. *Transparency International*, Instrumente für Korruption? vom 18.05.2015.

mit den Angehörigen der Fachkreise und medizinischen Einrichtungen auf.⁷⁰¹ Dieser beinhaltet eine Dokumentation sowie Offenlegung veröffentlichungspflichtiger geldwerter Leistungen, zu welchen gem. § 6 Nr. 1 FSA-Transparenz auch Zuwendungen im Rahmen nicht-interventioneller Studien gehören. Der Empfänger dieser Zuwendung muss mit vollständigem Namen, Praxisadresse sowie der lebenslangen Arztnummer erfasst werden, § 8 Abs. 1 FSA-Transparenz. Gem. § 10 FSA-Transparenz erfolgt die Offenlegung einmal jährlich; der erste Berichtszeitraum ist das Kalenderjahr 2015, § 9 Abs. 2 FSA-Kodex. Die Offenlegung erfolgt auf deutsch für einen Zeitraum von 3 Jahren auf einer öffentlich zugänglichen Seite eines Mitgliedsunternehmens oder einer zentralen externen Plattform, § 11 FSA-Transparenz.⁷⁰²

AWB wurden wiederholt als einer der Gründe für die Neuregelung der Korruption im Gesundheitswesen angeführt,⁷⁰³ so dass ihre Strafbarkeitsrisiken hier näher beleuchtet werden sollen.

3.3.1.2 Objektiver Tatbestand

3.3.1.2.1 Tauglicher Täter

Der im Fallbeispiel genannte Arzt ist tauglicher Täter des § 299a StGB.

3.3.1.2.2 Tathandlung

Im Zusammenhang mit Anwendungsbeobachtungen kommt eine Beeinflussung bei der Verschreibung von Medikamenten gem. § 299a Nr. 1 StGB in Betracht. Dem Arzt wird pro ausgefüllten Fragebogen als Vorteil ein Betrag von 200 EUR versprochen. Die Annahme des Angebots zum Vertragsschluss erfolgt, wenn nicht bereits ausdrücklich im Kontakt mit dem Vertreter der Pharmafirma, konkludent durch die Durchführung der Anwendungsbeobachtung. Die wirtschaftliche Lage des Arztes wird durch

⁷⁰¹ Vgl. *Freiwillige Selbstkontrolle für die Arzneimittelindustrie e.V.*, FSA-Transparenz vom 18.06.2014, im Weiteren FSA-Transparenz.

⁷⁰² Für die Bayer AG siehe etwa <http://www.bayer.de/de/zahlungen-an-medizinische-fachkreise.aspx>, mit einem Link zu nationalen Datenberichten, in welchen wiederum in 2015 geleistete Zahlungen an Healthcare Professionals mit deren Namen und Praxisanschrift gelistet sind. Zuletzt geprüft am 01.05.2017.

⁷⁰³ *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 17/14575 S. 31; *Bayerisches Staatsministerium der Justiz*, Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen vom 06.11.2014 (12); *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446 S. 19.

die 200 EUR pro Fragebogen objektiv verbessert. Das Sichversprechenlassen eines Vorteils ist damit gegeben.

3.3.1.2.3 Unrechtsvereinbarung

Unrechtsvereinbarung ist die Verknüpfung zwischen Vorteil und Gegenleistung mit dem Ziel der unlauteren Bevorzugung eines Mitbewerbers.⁷⁰⁴ Nach der Gesetzesbegründung soll die bloße Teilnahme an einer vergüteten Anwendungsbeobachtung den Straftatbestand des § 299a StGB nicht erfüllen. Ärzte dürften sich ihren Aufwand für die Teilnahme an der Anwendungsbeobachtung ersetzen lassen. Solche Entschädigungen seien nach ihrer Art und Höhe so zu bemessen, dass kein Anreiz für eine bevorzugte Verschreibung bestimmter Arzneimittel entstehe.⁷⁰⁵ Dies entspricht der Regelung in § 33 MBO-Ä.

Dagegen ist eine Unrechtsvereinbarung gegeben, wenn Vergütung und Aufwand in einem auffälligen Missverhältnis zueinanderstehen, so dass zu vermuten ist, die AWB diene nur der Verschleierung der Vergütung einer bevorzugten Verschreibung eines Arzneimittels. Nach der hier vertretenen Zweistufenprüfung ist auf der ersten Stufe der Sockelbetrag zu ermitteln, der einer bestimmten ärztlichen Leistung innerhalb der bestehenden Vergütungssysteme oder anderer objektivierbarer Maßstäbe entspricht. Anhaltspunkte für den Sockelbetrag im Rahmen von Anwendungsbeobachtungen lassen sich den Richtlinien der Freiwilligen Selbstkontrolle der Arzneimittelindustrie entnehmen. Gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 7 FSA-Fachkreise muss die vereinbarte Vergütung in einem angemessenen Verhältnis zu den zu erbringenden Leistungen stehen. Bezüglich der Höhe der Vergütung gilt § 18 Abs. 1 Nr. 6 FSA-Fachkreise, wonach die Vergütung nur in Geld bestehen darf und zur erbrachten Leistung in einem angemessenen Verhältnis stehen muss. Die GOÄ beinhaltet dafür einen Anhaltspunkt, wobei auch die Vereinbarung von angemessenen Stundensätzen möglich ist, § 18 Abs. 1 Nr. 6 FSA-Fachkreise.

Nach der GOÄ bewegen sich die Gebühren für die sog. Grundleistungen im Bereich von ärztlichen Berichten und Bescheinigungen, den noch ohne Begründung maximal zulässigen Steigerungsfaktor angelegt, zwischen 5,36 EUR für eine kurze Bescheinigung⁷⁰⁶ bis 67,02 EUR für eine schriftliche

⁷⁰⁴ Vgl. Dannecker, in: Nomos StGB, § 299 Rn. 67.

⁷⁰⁵ Vgl. Deutscher Bundestag, BT-Drs. 18/6446 S. 19.

⁷⁰⁶ Siehe GOÄ Ziff. 70, Stand 10.10.2016.

gutachtliche Äußerung mit einem das gewöhnliche Maß übersteigenden Aufwand, gegebenenfalls mit wissenschaftlicher Begründung, pro angefangene Stunde Arbeitszeit.⁷⁰⁷ Im oben dargestellten Fall erhält der Mediziner für das Ausfüllen eines einfachen Fragebogens, der nach dem Maßstab der GOÄ am ehesten mit dem Erstellen einer kurzen Bescheinigung nach Ziffer 70 gleichzusetzen sein dürfte, 200 EUR, also das 40fache des in der GOÄ bezeichneten Betrages bzw. Sockelbetrages. Die gewährte Vergütung überschreitet den Sockelbetrag in einem Maße, das nicht mehr von der Vertragsfreiheit der Parteien gedeckt ist.

Auf der zweiten Stufe ist sodann zu prüfen, ob dem Zuwendungsgeber ein Mehrwert zufließt, der dieses Hinausgehen über den Sockelbetrag, dieses Mehr an Vergütung, rechtfertigt. Ein solcher Mehrwert ist hier nicht gegeben, es geht lediglich um das Ausfüllen eines kurzen und einfachen Fragebogens.

Da die gewährte Vergütung weit über den Wert der vom Arzt erbrachten Leistung hinausgeht, ist naheliegend, dass die Vergütung im Grunde dazu dienen soll, den Arzt zu veranlassen, bevorzugt die Produkte des den Vorteil gewährenden Pharmaunternehmens zu verschreiben. Wäre die Vergütung der Anwendungsbeobachtung weniger überdimensioniert gewählt und bewegte sich unter Anlehnung an die Vergütung nach GOÄ etwa im Bereich um die 5 EUR, würde mit diesem Sockelbetrag nur der erhöhte zeitliche Aufwand, den der Arzt aufgrund der Teilnahme an der Studie hat, abgegolten. Ein Anreiz für die bevorzugte Verschreibung von Medikamenten dieses Herstellers wird damit nicht gesetzt. Es handelt sich um einen Fall der gesetzlich gebilligten und auch gewollten Anwendungsbeobachtung,⁷⁰⁸ so dass nicht von einer Unrechtsvereinbarung ausgegangen werden könnte. Aufgrund der stark überhöhten Vergütung für die Anwendungsbeobachtung im hier dargestellten Fall ist jedoch von einer Unrechtsvereinbarung auszugehen.

3.3.1.2.4 Im Wettbewerb

Das Medikament, zu dem die Anwendungsbeobachtung durchgeführt werden soll, wird von mehreren verschiedenen Pharmafirmen, mit unterschiedlichem Markennamen jedoch dem identischen Wirkstoff in der

⁷⁰⁷ Siehe GOÄ Ziff. 85, Stand 10.10.2016.

⁷⁰⁸ Vgl. *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446 S. 19.

identischen Dosierung, vertrieben. Die Pharmafirmen sind damit Mitbewerber. Die Auswahl zwischen den verschiedenen Herstellern des Medikaments erfolgt somit nicht anhand von sachlichen Erwägungen wie etwa dem Preis des Produktes, sondern sachfremd, geleitet von den 200 EUR pro Fragebogen im Rahmen der Anwendungsbeobachtung, die sich nur auf das Medikament eines ganz bestimmten Herstellers bezieht.

3.3.1.3 Subjektiver Tatbestand

Im oben dargestellten Fall ist kaum vorstellbar, dass sich der Heilberufsangehörige nicht der Tatsache bewusst ist, dass 200 EUR Vergütung für das Ausfüllen des Fragebogens dem Aufwand nicht angemessen ist. Wenigstens auf der Ebene der Parallelwertung in der Laiensphäre muss ihm bewusst sein, dass die Vergütung nur dazu dient, die Zahl seiner Verschreibungen des Medikaments und damit den Umsatz des Pharmaunternehmens mit diesem Produkt zu erhöhen, um dem Unternehmen so einen unternehmerischen Vorsprung vor deren Konkurrenz zu verschaffen. Vorsatz wenigstens im Sinne eines *dolus eventualis* ist damit gegeben.

3.3.1.4 Rechtswidrigkeit, Schuld, schwerer Fall gem. § 300 StGB

Der Arzt handelte rechtswidrig und schuldhaft; Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe sind nicht erkennbar.

Im vorliegenden Fall kann aufgrund der Vorteilssumme von 200 EUR pro Fragebogen ein besonders schwerer Fall gem. § 300 Nr. 1 StGB vorliegen; dies ist davon abhängig, wie viele Fragebögen letztlich im Rahmen der AWB ausgefüllt werden sollten. Da sich die Abrede auf 2 Personen, den Arzt und den Mitarbeiter des Pharmaunternehmens, beschränkt, ist eine Bande i. S. d. § 300 Nr. 2 StGB ist nicht gegeben. Bezüglich der Gewerbsmäßigkeit gem. § 300 Nr. 2 StGB sind im Rahmen von AWB durchaus Konstellationen denkbar, in welchen zwischen Pharmaunternehmen und dem Angehörigen des Heilberufs nur diese eine Abrede zum regelwidrigen Vorteilstausch vereinbart wird und eine gewerbsmäßige Handlung zu verneinen ist. In dem oben dargestellten Fall jedoch handelt es sich nur um das erste von vielen derartigen Geschäften handelt, so dass § 300 Nr. 2 StGB erfüllt ist.

3.3.1.5 Ergebnis

Bei der Vereinbarung von Anwendungsbeobachtungen sollten die Beteiligten genau darauf achten, dass sich die vereinbarte Vergütung in einem Rahmen bewegt, der sich an der Vergütung einer ähnlichen Leistung nach GOÄ orientiert. Ansonsten drohen, da in der Regel von häufigerer Zusammenarbeit auszugehen sein dürfte, aufgrund von § 300 Nr. 2 StGB empfindliche Strafen.

Der Angestellte des Pharmaunternehmens erfüllt den Straftatbestand des § 299b StGB; dass die Bevorzugung nicht ihm, sondern dem Unternehmen gilt, ist nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut des § 299b StGB unschädlich. Da juristischen Personen die Handlungs-, Schuld- und Straffähigkeit fehlt,⁷⁰⁹ kann gegen das Pharmaunternehmen unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 30 OWiG nur eine Verbandsgeldbuße verhängt werden.⁷¹⁰

Angesichts der selbst auferlegten Transparenz der Pharmaunternehmen ist jedoch fraglich, ob Anwendungsbeobachtungen bei der Strafverfolgung von Delikten der §§ 299a, 299b StGB eine große Rolle spielen werden. Nach Ansicht der Verfasserin ist dies unwahrscheinlich.

3.3.2 Arzt und Arzt: Objektträger

Fall: Der Zytologe Z stellt dem Gynäkologen G Materialien zur Entnahme von sog. PAP-Abstrichen zur Verfügung. Zur Entnahme des Abstrichs benötigt G eine Einmal-Bürste sowie zur Präparation und Fixierung des Abstrichs einen Objektträger. Beides wird ihm von Z kostenlos zur Verfügung gestellt. Der materielle Wert sowohl der Bürste als auch des einzelnen Objektträgers beträgt jeweils nur 0,01 EUR. Der PAP-Abstrich wird bei allen von Gs Patientinnen mindestens einmal im Jahr, sofern diese mit hormonellen Antikonzeptiva verhüten, zweimal im Jahr, durchgeführt. Bei c. a. 900 Patientenkontakten pro Quartal entspricht das grob 3.500 PAP-Abstrichen pro Jahr.

Nach der Abnahme des Abstrichs durch G schickt dieser den Objektträger, wie von Z beabsichtigt, an diesen zurück, der den Abstrich befundet und den Befund an G weitergibt. Diese Laborleistung wird von Z gegenüber der

⁷⁰⁹ Vgl. Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, § 25 Rn. 121.

⁷¹⁰ Vgl. Wittig, Wirtschaftsstrafrecht S. 108.

Krankenkasse abgerechnet, während G seine Leistung ebenfalls gegenüber der Kasse abrechnet. Eine Verpflichtung des G, die erhaltenen Objektträger zurück an Z zu schicken, besteht nicht. Er könnte die ihm überlassenen Objektträger auch einem anderen Zytologen zur Befundung zuführen.

Um die Qualität zu wahren und auch eine interne Vergleichbarkeit der Proben zu gewährleisten, ist es für Z unter objektiven, medizinischen Gesichtspunkten von Vorteil, wenn G immer dieselbe Art von Objektträger verwendet. Dagegen hat es für G objektiv Vorteile, wenn seine Abstriche in immer demselben Labor befundet werden. Die Klassifizierung der PAP-Abstriche ist einer starken subjektiven Komponente unterworfen. Besonders in Grenzbereichen wie PAP II⁷¹¹ (in der Regel unbedenklich, aber Wiederholung des Abstrichs nach antientzündlicher Behandlung) und PAP III⁷¹² (möglicherweise bedenklich, weitergehende Untersuchungen wie Kolposkopie oder histologische Untersuchung nach Ausschabung werden empfohlen) sind die Übergänge fließend und die Einordnung vom einzelnen Befunder abhängig.

In manchen Zytologielaboren wird bei Unsicherheiten in der Befundung des Abstriches, sei es, weil sich das untersuchende Laborpersonal nicht festlegen will, sei es aufgrund der mangelhaften Qualität des auf dem Objektträger fixierten Abstriches, im Zweifel PAP III als Befund angeben. Dies führt dazu, dass die Patientin, von der der Abstrich genommen worden war, zum Gynäkologen zur Kolposkopie oder sogar Ausschabung einbestellt wird. In anderen Zytologielaboren, dessen Personal vom Zytologen dazu angehalten wird, nur auf ausreichender Grundlage, wozu auch die Qualität der Objektträger gehört, und nicht gewissermaßen „zur Sicherheit“ PAP III anzugeben, wäre – medizinisch korrekt – die Einordnung als PAP II erfolgt. Die Wiederholung des Abstriches nach antientzündlicher Behandlung stellt die für die Patientin sehr viel weniger eingriffsintensive und für deren Krankenkasse auch deutlich günstigere Abklärung des Befundes dar als die Kolposkopie oder die Abrasio.

3.3.2.1 Einführung

Die hier dargestellte Zusammenarbeit zwischen niedergelassenem Arzt und einem Labor kommt in der Praxis äußerst häufig vor; die Erfahrungen

⁷¹¹ Befunde mit eingeschränkt protektivem Wert, siehe *Koordinations-Konferenz Zytologie, Münchner Nomenklatur* III S. 6.

⁷¹² Unklare bzw. zweifelhafte Befunde, siehe *Koordinations-Konferenz Zytologie a.a.O.* S. 6.

der Verfasserin gehen dahin, dass bei der Überlassung so geringwertiger Dinge wie Bürstchen und Objektträger bei den Beteiligten das Bewusstsein, dass dies eine unzulässige Zusammenarbeit darstellen könnte, so gut wie nicht vorhanden ist. Im dargestellten Fall ist zudem eine Konstellation gegeben, in der Dritte, namentlich die Krankenkasse, von der Kooperation profitieren können, soweit in einem eingespielten System Befunde schnell und zielgerichtet ohne das Erfordernis weiterer Befunderhebungen, mit anderen Worten ohne zusätzliche Kosten, gestellt werden können. Seine Ausprägung findet dieser Gedanke in § 32 MBO-Ä, wonach eine Beeinflussung dann nicht berufswidrig ist, wenn sie einer wirtschaftlichen Behandlungs- oder Ordnungsweise auf sozialrechtlicher Grundlage dient. Wie diese Regelung mit § 31 MBO-Ä in Verbindung steht und ob das Einhalten einer wirtschaftlichen Behandlungs- und Ordnungsweise eine Unrechtsvereinbarung entfallen lässt, soll nun untersucht werden.

3.3.2.2 Objektiver Tatbestand

3.3.2.2.1 Tauglicher Täter

G ist Facharzt für Gynäkologie und Geburtshilfe und damit Angehöriger eines Heilberufes, der für die Berufsausübung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert.

3.3.2.2.2 Tathandlung

3.3.2.2.2.1 Bezug und Zuführung

G erhält von Z Bürsten und Objektträger, so dass die Tathandlung des § 299a Nr. 2 StGB in Betracht kommt. Bezug ist jegliche Form des Sich-Verschaffens, sei es auf eigene oder fremde Rechnung.⁷¹³ Unter diesen weiten Begriff des Sich-Verschaffens fällt auch die Entgegennahme von kostenlos überlassenem Material zur Durchführung einer Abstrichuntersuchung.

Nach Entnahme und Fixierung des Abstrichs sendet er Z das entnommene Untersuchungsmaterial zur Befundung zurück, führt ihm also Untersuchungsmaterial im Sinne des § 299a Nr. 3 StGB zu.

⁷¹³ Vgl. *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446 S. 22.

3.3.2.2.2.2 Vorteil

Vorteil ist jede unentgeltliche Leistung materieller oder immaterieller Art, welche die wirtschaftliche, rechtliche oder persönliche Lage des Vorteilsempfängers objektiv verbessert und auf die er keinen Anspruch hat.⁷¹⁴ Der Vorteil kann auch in einer Einsparung von Kosten liegen. Sind die Kosten für Bürstchen und Objektträger vom Gynäkologen zu tragen, liegt in deren Einsparung der Vorteil.

Es ist umstritten und seitens der Kassenärztlichen Bundesvereinigung noch nicht geklärt, ob die Kosten für Objektträger vom Gynäkologen oder dem Zytologen zu tragen sind. Einerseits sprechen die GOÄ-Ziffern 297, 1105 bzw. EBM-Ziffern 01730, 01733, 01825 und 08340 dafür, dass die Kosten für die Materialien vom Gynäkologen zu tragen sind, der die Abstrichentnahme auch vornimmt. Andererseits können die Objektträger auch als Transportmittel gem. EBM-Ziffer 40100 oder § 10 Abs. 3 GOÄ eingestuft werden, da der Abstrich auf dem Objektträger wie auf einer in pathologischen Instituten gebräuchlichen Petrischale aufgebracht wird. Die besseren Argumente sprechen jedoch dafür, dass die Fixierung des Abstrichs auf dem Objektträger ein Teil der vom Gynäkologen zu erbringenden Leistung ist, da die Fixierung zwingende Voraussetzung für die spätere Befundung durch einen Zytologen darstellt und nicht nur der Verpackung des Abstrichs zum Transport dient. Sind die Kosten für die Objektträger aber von der Leistung des Gynäkologen und deren Vergütung mit umfasst, stellt die Kostenersparnis grundsätzlich einen Vorteil dar. Eine Klärung dieser Frage durch die Kassenärztliche Bundesvereinigung steht jedoch, wie bereits erwähnt, noch aus.

Bezüglich der Bürsten sind die Kosten für dieselben eindeutig vom Gynäkologen zu tragen, der diese zwingend zur Abstrichentnahme benötigt. Die Bürsten werden nach dem Abstrich auch nicht an den Zytologen geschickt, sondern auf dem Objektträger ausgestrichen und danach entsorgt. Zusammengefasst wird bei der weiteren Prüfung daher davon ausgegangen werden, dass die Kosten sowohl für die Bürsten als auch die Objektträger vom Gynäkologen zu tragen sind.

⁷¹⁴ Vgl. Heine/Eisele, in: Schönke/Schröder, § 299 Rn. 11 m. w. N.; *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446 S. 17.

Erhielte der Gynäkologe die Abstrichbürsten und Objektträger nicht vom Zytologen, müsste er diese für seine Praxis gesondert einkaufen. Da er sie jedoch vom Zytologielabor gratis erhält, kann er die entsprechenden Kosten einsparen. Ein Vorteil im Sinne des § 299a StGB ist damit bezüglich der Tathandlung nach § 299a Nr. 2 und 3 StGB gegeben. Durch die Entgegennahme und Verwendung der Bürsten und Objektträger hat G den Vorteil auch angenommen.

Die Einsparung für G beträgt jedoch nur 70 EUR pro Jahr, so dass eingewandt werden kann, dass der zugewendete Vorteil so geringwertig ist, dass die Beeinflussung der Zuführungsentscheidung ausgeschlossen werden kann. Weiter kann diskutiert werden, ob hier, da die Übersendung gängige Praxis zwischen Zytologen und Gynäkologen darstellt, von einer sozialadäquaten Zuwendung ausgegangen werden kann.

3.3.2.2.2.3 Sozialadäquanz und Geringwertigkeit

Bei sozial üblichem Verhalten ist eine sachwidrige Beeinflussung nicht anzunehmen,⁷¹⁵ wobei dies nicht der mit den §§ 299 ff. StGB grundsätzlich bezweckten Bekämpfung von Schmiergeldern entgegenlaufen darf.⁷¹⁶ Ein sozial übliches Verhalten durch Übersendung der Bürsten und Objektträger kann im oben dargestellten Fall diskutiert werden. Gerade weil viele Zytologen klare Vorstellungen und Präferenzen haben, was die von ihnen zu befundenden Gewebeproben anbelangt, ist es eher die Regel denn die Ausnahme, dass die dafür benötigten Materialien an die Gynäkologen in der Umgebung des Labors ausgegeben werden. Andererseits ist es nicht Altruismus, der die Zytologen zu diesem Vorgehen bewegt, sondern die konkrete Überlegung, dass die Gynäkologen der Umgebung durch die Überlassung des Abstrichmaterials dazu bewegt werden, selbiges zur Befundung in das Labor zurückzuschicken, aus dem sie es erhalten haben und es nicht, was ihnen ohne Weiteres möglich wäre, einem anderen Zytologen zuführen. Würden die Gynäkologen regelmäßig die abgenommenen Abstriche auf dem überlassenen Objektträger an irgendeinen Zytologen und nicht den, von dem sie das Material erhalten haben, senden, gäbe es diese Praxis der Übersendung von Bürsten und Objektträgern nicht. Von

⁷¹⁵ Vgl. *Schuhr*, in: Spickhoff Medizinrecht, §§ 299 ff. StGB Rn. 53.

⁷¹⁶ Vgl. *Heger*, in: Lackner/Kühl, § 299 Rn. 5.

sozialadäquatem Verhalten kann damit, trotz der weiten Verbreitung dieser Praxis, nicht ausgegangen werden.

Eine Strafbarkeit wegen § 299a StGB entfällt weiter, wenn der Vorteil so gering ist, dass er mit Blick auf den Verkehrskreis, in dem er gewährt wird, nicht hinreichend geeignet ist, geschäftliche Entscheidungen sachwidrig zu beeinflussen.⁷¹⁷ Das könnte hier der Fall sein, weil sich der Einzelpreis der Bürsten und Objektträger jeweils auf 0,01 EUR beläuft. Bei Centbeträgen kann typischerweise davon ausgegangen werden, dass sie aufgrund ihrer vernachlässigbaren Höhe nicht geeignet sind, eine geschäftliche Entscheidung zu beeinflussen.

In dem oben dargestellten Fall benötigt G diese Materialien jedoch jedes Mal, wenn er einen Abstrich ausführt, also wie oben dargestellt 3.500 Mal im Jahr. Das bedeutet eine Einsparung von 35 EUR pro Jahr bei den Bürsten und 35 EUR pro Jahr bei den Objektträgern, in Summe 70 EUR. Eine von der Rechtsprechung festgelegte Wertgrenze für die Geringwertigkeit gibt es nicht; ob Geringwertigkeit vorliegt oder nicht ist am Einzelfall zu entscheiden.⁷¹⁸ Die Freiwillige Selbstkontrolle der Arzneimittelindustrie e. V. geht von Geringwertigkeit bei Werbegaben jedenfalls bei einem materiellen Wert von weniger als 5 EUR aus.⁷¹⁹ Eine angemessene Bewirtung soll nach denselben Richtlinien dann noch vorliegen, wenn ihr Wert unter 60 EUR liegt.⁷²⁰ Bei einer Gesamtsumme von 70 EUR pro Jahr als Vorteil für einen niedergelassenen Gynäkologen ist die Abgrenzung schwierig, ob es sich um eine geringwertige Zuwendung handelt oder nicht. Da jedoch der Gedanke der Geringwertigkeit, gemessen am bei den betroffenen Verkehrskreisen Üblichen, nicht der effektiven Korruptionsbekämpfung entgegenlaufen soll, und beide von der FSA, wenngleich für den Strafrechtsanwender unverbindlich, aufgestellten Grenzen überschritten sind, ist von einer nicht mehr geringwertigen Zuwendung auszugehen.

⁷¹⁷ Vgl. Heine/Eisele, in: Schönke/Schröder, § 299 Rn. 20.

⁷¹⁸ Vgl. Schuhr, in: Spickhoff Medizinrecht, §§ 299 ff. StGB Rn. 49.

⁷¹⁹ Siehe *Freiwillige Selbstkontrolle für die Arzneimittelindustrie e.V.*, FSA-Transparenz vom 18.06.2014 Leitlinie gem. § 6 Abs. 2 iVm § 21 Abs. 3 Ziff. 13; vgl. auch die Entscheidung des OLG Stuttgart, Urteil vom 22.02.2018 – 2 U 39/17, juris, zur Wertgrenze bei § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 HWG; *LSG Niedersachsen-Bremen*, Urteil vom 08.06.2016 – L 3 KA 6/13, Rn. 31, 36 nach juris zu wiederholten Zuwendungen im Bereich von 0,50 DM.

⁷²⁰ Siehe *Freiwillige Selbstkontrolle für die Arzneimittelindustrie e.V. a.a.O.* Leitlinie gem. § 6 Abs. 2 iVm § 21 Abs. 3 Ziff. 14.

Insgesamt handelt es sich hier sicher um einen Grenzfall der Geringwertigkeit des zugewendeten Vorteils. Bei etwas teureren Gegenständen, die sich im Jahr auf deutlich dreistellige Beträge oder mehr summieren, wäre die Geringwertigkeit sicher abzulehnen. Aus diesem Grund soll die strafrechtliche Prüfung, auch wenn im konkreten Fall die Geringwertigkeit auch bejaht werden könnte, fortgesetzt werden.

3.3.2.2.3 Unrechtsvereinbarung

Unrechtsvereinbarung ist die Verknüpfung zwischen Vorteil und Gegenleistung mit dem Ziel der unlauteren Bevorzugung eines Mitbewerbers.⁷²¹ Ein Wettbewerb ist hier gegeben. Es gibt deutschlandweit zahlreiche zytologische Labore, die mit Z vergleichbare Leistungen anbieten.

3.3.2.2.3.1 Gegenseitigkeitsverhältnis

Voraussetzung für § 299a Nr. 2 StGB ist eine Bevorzugung beim Bezug der Medizinprodukte. Wie das Wort Bevorzugung bereits nahelegt, bedarf es im Rahmen eines Korruptionstatbestandes immer eines regelwidrigen Tausches von Vorteil gegen Handlung.⁷²² Im vorliegenden Fall ist jedoch Handlung – der Bezug der kostenlosen Bürsten und Objekträger – identisch mit dem Vorteil, der kostenlosen Überlassung von ansonsten einzukaufendem Material. Ein Vorteil, dessen Annahme eine Pflichtverletzung begründet, kann nicht zugleich Gegenleistung für diese Pflichtverletzung sein.⁷²³ Bezüglich § 299a Nr. 2 StGB fehlt es damit bereits an einem Gegenseitigkeitsverhältnis.

Bezüglich § 299a Nr. 3 ist dagegen eine Austauschbeziehung dahingehend denkbar, dass G im Gegenzug für die kostenlose Überlassung des Abstrichmaterials Z selbiges zur Befundung zuschickt, der seine Leistung dann gegenüber der Krankenkasse abrechnen kann.

3.3.2.2.3.2 Allgemein gewährte Rabatte und Skonti

Nach der Gesetzesbegründung⁷²⁴ kann es dann an der Unrechtsvereinbarung fehlen, wenn es sich bei dem Vorteil um allgemein gewährte Rabatte und Skonti handelt, die nicht als Gegenleistung für eine konkrete

⁷²¹ Vgl. Dannecker, in: Nomos StGB, § 299 Rn. 67.

⁷²² Vgl. Kubiciel, ZMGR 2016, 289 (289).

⁷²³ Vgl. Deutscher Bundestag, BT-Drs. 18/6446 S. 22.

⁷²⁴ Vgl. Deutscher Bundestag, BT-Drs. 18/6446 S. 23.

Bezugsentscheidung gewährt, sondern allgemein gegenüber jedermann angeboten werden. Entscheidend ist dabei jedoch, dass diese Rabatte auch auf die Patienten bzw. Kostenträger umgelegt werden;⁷²⁵ andernfalls kann es zur Strafbarkeit wegen Untreue zu Lasten des jeweiligen Kostenträgers gem. § 266 StGB kommen. Fraglich ist, ob es sich bei der Überlassung der Bürsten und der Objektträger um eine solche Rabattgewährung handelt.

Die von der Gesetzesbegründung in Bezug genommene Fundstelle⁷²⁶ nimmt ihrerseits Bezug auf ein Urteil des BVerwG,⁷²⁷ das sich auf Rabatte in Form von Preisnachlässen beim Kauf von zahnärztlichen Implantaten bezieht. Rabatt wird definiert als bestimmter Geldbetrag, der unter gewissen Voraussetzungen von einem Kaufpreis abgezogen wird.⁷²⁸ Davon zu unterschieden ist der sogenannte Naturalrabatt, der durch Warenlieferung geleistet wird, insbesondere in der Form der Dreingabe, welcher der Käufer nur einen Teil der erworbenen Güter bezahlt und den Rest kostenlos erhält.⁷²⁹ Beide Arten von Rabatten sind hier jedoch bereits begrifflich ausgeschlossen, da sie wenigstens die Bezahlung eines Teils der erhaltenen Waren voraussetzen; im vorliegenden Fall werden jedoch sowohl die Bürsten als auch die Objektträger unentgeltlich überlassen.

3.3.2.2.3.3 Kein Verstoß gegen Berufsrecht: Hinreichender Grund gem. § 31 Abs. 2 MBO-Ä

Der Verdacht, dass die Einräumung einer Verdienstmöglichkeit als Gegenleistung für die regelwidrige Zuweisung von Patienten erfolgt, soll nach der Gesetzesbegründung dann nicht bestehen, wenn sich die Kooperation im Rahmen zulässiger beruflicher Zusammenarbeit bewegt.⁷³⁰

Eine zulässige berufliche Zusammenarbeit ist nicht mehr gegeben, wenn sie dazu dient, gegen Entgelt Patientinnen oder Patienten oder Untersuchungsmaterial einem anderen Arzt zuzuweisen, siehe § 31 Abs. 1 MBO-Ä. Gem. § 31 Abs. 2 MBO-Ä ist eine Empfehlung oder Verweisung an andere Ärzte oder sonstige Anbieter gesundheitlicher Leistungen nicht gestattet, wenn sie ohne hinreichenden Grund erfolgt. Der hinreichende Grund

⁷²⁵ Vgl. Dannecker/Schröder, in: Nomos StGB, § 299a Rn. 186.

⁷²⁶ Vgl. Scholz, in: Spickhoff Medizinrecht, § 31 MBO Rn. 8 m. w. N.

⁷²⁷ Vgl. BVerwG, Urteil vom 23.05.2009 – 8 C 1.09, MedR 2009, 747 (750).

⁷²⁸ Siehe <http://www.duden.de/rechtschreibung/Rabatt>, zuletzt geprüft am 25.01.2017.

⁷²⁹ Siehe <https://de.wikipedia.org/wiki/Naturalrabatt>, zuletzt geprüft am 25.01.2017.

⁷³⁰ Vgl. Deutscher Bundestag, BT-Drs. 18/6446 S. 18.

könnte hier darin liegen, dass die Verwendung der vom Zytologen gestellten Objektträger und deren Rücksendung an diesen Vorteile für die Richtigkeit der Befundung und damit letztlich auch den Patienten haben. Diese Ausnahmeregelung findet jedoch dann keine Anwendung, wenn § 31 Abs. 1 MBO-Ä der Regelung in § 31 Abs. 2 MBO-Ä vorgeht. Fraglich ist, in welchem Verhältnis § 31 Abs. 1 und § 31 Abs. 2 MBO-Ä zueinanderstehen.

§ 31 Abs. 1 MBO-Ä verbietet die Zuweisung von Patientinnen oder Patienten. Zuweisung meint dabei zum Schutz des Patienteninteresses an einer unabhängigen ärztlichen Entscheidung alle Fälle der Überweisung, Verweisung und Empfehlung von Patienten an bestimmte andere Ärzte, Apotheken, Geschäfte oder Anbieter von gesundheitlichen Leistungen.⁷³¹ Der Schwerpunkt der Anwendung des § 31 Abs. 1 MBO-Ä liegt im Bereich der Zusendung von Untersuchungsmaterial, also bei diagnostischen Fachdisziplinen wie Pathologie und Labormedizin, die normalerweise nicht direkt in Anspruch genommen werden.⁷³² Dabei stellt auch die Zusendung von Zellabstrichen eine Zuweisung von Patienten dar.⁷³³

§ 31 Abs. 2 MBO-Ä verbietet es Ärztinnen und Ärzten, ihren Patientinnen oder Patienten ohne hinreichenden Grund bestimmte Ärztinnen oder Ärzte, Apotheken, Heil- und Hilfsmittelerbringer oder sonstige Anbieter gesundheitlicher Leistungen zu empfehlen oder an diese zu verweisen. Das Fordern, Sichversprechenlassen oder Annehmen von Entgelt oder Vorteilen ist dabei, im Gegensatz zu § 31 Abs. 1 MBO-Ä, nicht erforderlich. Die Empfehlung oder Verweisung erfolgt ohne Gegenleistung durch den Patienten. Verweisung meint alle Empfehlungen für bestimmte Leistungsempfänger, die der Arzt von sich aus erteilt.⁷³⁴ Empfehlung ist jede Handlung, aus der der Angesprochene erkennen kann, welcher konkrete Rat ihm erteilt wird.⁷³⁵

Bei der Zusendung von Untersuchungsmaterial wie im hier vorliegenden Fall gibt es die Besonderheit, dass dem Patienten der Laborarzt nicht empfohlen wird, sondern die Zusendung des Zellabstriches an den Zytologen ohne Rücksprache mit dem Patienten erfolgt. Es ist daher fraglich, ob

⁷³¹ Vgl. *BGH*, Urteil vom 13.01.2011 – I ZR 111/08, *GesR* 2011, 246 (253).

⁷³² Vgl. *Ratzel*, in: *Kommentar zur MBO*, § 31 MBO-Ä Rn. 2.

⁷³³ Vgl. *Scholz*, in: *Spickhoff Medizinrecht*, § 31 MBO Rn. 3.

⁷³⁴ Vgl. *Scholz a.a.O.*, § 31 MBO Rn. 13.

⁷³⁵ Vgl. *Scholz a.a.O.*, § 31 MBO Rn. 13.

überhaupt eine Empfehlung oder Verweisung im Sinne dieser Vorschrift stattfindet. Andererseits gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass der Regelungsbereich des § 31 Abs. 2 MBO-Ä durch die Verwendung des Begriffs „Verweisung“ enger gefasst sein soll als § 31 Abs. 1 MBO-Ä mit dem Begriff der „Zuweisung“. Es ist eher davon auszugehen, dass jede Bindung des behandelnden Arztes in der Entscheidung über die Person eines anderen mit der Behandlung des Patienten involvierten Arztes, also auch eines Arztes für Labormedizin, ohne hinreichenden Grund unzulässig sein soll.⁷³⁶ Andernfalls ergäbe sich eine Privilegierung der Labormedizin dahingehend, dass, solange kein Vorteil gewährt wird, die dauerhafte Zusammenarbeit ohne hinreichenden Grund stets zulässig ist, während bei Fachgebieten, die eine persönliche Interaktion mit dem Patienten und damit eine echte Verweisung des Patienten erfordern, ein Verstoß gegen § 31 Abs. 2 MBO-Ä gegeben wäre. Es ist daher davon auszugehen, dass der Begriff der „Verweisung“ auch die Zuführung von Untersuchungsmaterial an Labormediziner umfasst. Ein hinreichender Grund für eine Empfehlung kann die bessere Eignung des Anbieters, schlechte Erfahrungen mit allen anderen in Betracht kommenden Konkurrenten, ein niedrigerer Preis, die Vermeidung von Wegen für Gehbehinderte oder der Umstand sein, dass ein Apotheker die Grundstoffe für Rezepturarzneimittel vorrätig hat.⁷³⁷

Die Regelung des § 31 Abs. 2 MBO-Ä wurde erst durch den 114. Deutschen Ärztetag in § 31 MBO-Ä als neuer Absatz 2 aufgenommen; zuvor war sie als § 34 Abs. 5 MBO-Ä a. F. Teil der Vorschrift über Verordnungen, Empfehlungen und Begutachtung von Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln.⁷³⁸ Der Patient soll sich zwischen den in Frage kommenden Leistungserbringern frei entscheiden können, womit jedoch eine Verpflichtung des Arztes verbunden ist, diese Leistungserbringer dem Patienten gegenüber neutral darzustellen.⁷³⁹ Ein hinreichender Grund für eine Empfehlung kann die bessere Eignung des Anbieters, schlechte Erfahrungen mit allen anderen in Betracht kommenden Konkurrenten, ein niedrigerer Preis, die Vermeidung von Wegen für Gehbehinderte oder der Umstand sein, dass ein

⁷³⁶ So auch *BGH*, Urteil vom 22.01.1986 – VIII ZR 10/85, NJW 1986, 2360 (2361); *BGH*, Urteil vom 13.01.2011 – I ZR 111/08, GesR 2011, 246 (253).

⁷³⁷ Vgl. *OLG Schleswig*, Urteil vom 14.01.2013 – 6 U 16/11, ZMGR 2013, 201; *Scholz*, in: *Spickhoff Medizinrecht*, § 31 MBO Rn. 17.

⁷³⁸ Vgl. *Bundesärztekammer*, Deutsches Ärzteblatt 2011, 1980 (1992).

⁷³⁹ Vgl. *Scholz a.a.O.*, § 31 MBO Rn. 12.

Apotheker die Grundstoffe für Rezepturarzneimittel vorrätig hat.⁷⁴⁰ § 31 Abs. 1 MBO-Ä n. F. verbot bereits vor dieser Änderung als § 31 MBO-Ä a. F. generell die Zuweisung von Patienten oder Untersuchungsmaterial gegen Entgelt.⁷⁴¹

Vor diesem Hintergrund ist das Verhältnis von § 31 Abs. 1 und Abs. 2 MBO-Ä so zu verstehen, dass nach Abs. 1 die Zuführung von Patienten gegen einen Vorteil generell verboten sein soll. Zielsetzung ist der Schutz des Vertrauens der Patienten in die unabhängige, allein anhand medizinischer Erwägungen getroffene ärztliche Entscheidung sowie gleichzeitig der Schutz des fairen Wettbewerbs zwischen den Ärzten.⁷⁴² Abs. 2 geht teilweise darüber hinaus und verbietet allgemein jede Art von Empfehlung eines anderen Leistungserbringers an den Patienten auch dann, wenn der empfehlende Arzt keinen Vorteil erhält, schränkt dieses Verbot aber gleichzeitig ein, indem eine Empfehlung dann ausnahmsweise zulässig sein soll, wenn es für sie einen sachlichen Grund gibt. Zweck des § 31 Abs. 2 MBO-Ä ist, Ärzte anzuhalten, den angesichts des komplexen Gesundheitswesens bisweilen überforderten Patienten bei der Auswahl anderer Behandler sachlich und objektiv zur Seite zu stehen. Der Arzt soll das ihm entgegengebrachte Vertrauen nicht missbrauchen, um in den Wettbewerb zwischen gleichwertigen Anbietern einzugreifen.⁷⁴³

§ 31 Abs. 1 MBO-Ä ist sowohl nach dem Wortlaut als auch der Entstehungsgeschichte die zu § 31 Abs. 2 MBO-Ä speziellere Vorschrift. Absatz 1 enthielt schon als § 31 a. F. MBO-Ä das generelle Verbot einer Zuweisung gegen Entgelt. Absatz 2 kam erst später hinzu, sollte die bereits bestehende Regelung jedoch nicht aufweichen. Wird im Rahmen einer strafrechtlichen Prüfung der §§ 299a, 299b StGB eine Vorteilszuwendung an den Arzt bejaht, ist automatisch der Anwendungsbereich des § 31 Abs. 1 MBO-Ä eröffnet. Wird die Vorteilszuwendung verneint, entfällt auch die Strafbarkeit nach den §§ 299a, 299b StGB. Für § 31 Abs. 2 MBO-Ä verbleibt daher strafrechtlich kein eigener Anwendungsbereich. Ein Verstoß gegen

⁷⁴⁰ Vgl. Scholz a.a.O., § 31 MBO Rn. 17.

⁷⁴¹ Vgl. etwa die Regelung der MBO-Ä Stand 1997, *Bundesärztekammer*, Deutsches Ärzteblatt 1997, 2354.

⁷⁴² Vgl. *LSG Niedersachsen-Bremen*, Urteil vom 08.06.2016 – L 3 KA 6/13, Rn. 31 nach juris; ebenso in Bezug auf Beleghebammen *AG Lüdenscheid*, Urteil vom 15.06.2012 – 96 C 396/11, MedR 2012, 747; *Ratzel*, in: Kommentar zur MBO, § 31 MBO-Ä Rn. 2.

⁷⁴³ Vgl. Scholz, in: Spickhoff Medizinrecht, § 31 MBO Rn. 12; *BGH*, Urteil vom 13.01.2011 – I ZR 111/08, GesR 2011, 246, 253.

§ 31 Abs. 2 MBO-Ä ist nur berufsrechtlich relevant. Der „hinreichende Grund“ i. S. d. § 31 Abs. 2 MBO-Ä ist damit nicht geeignet, die Unlauterkeit einer Bevorzugung entfallen zu lassen. Dies steht im Einklang mit der berufsrechtlichen Wertung, die in § 31 MBO-Ä ausgedrückt werden soll: Es soll grundsätzlich jede Einflussnahme auf den Patienten ausgeschlossen werden. Nur für den Fall, dass der Arzt aus ihr keinen Vorteil ziehen kann und es einen sachlichen Grund für sie gibt, soll sie ausnahmsweise zulässig sein.⁷⁴⁴ Ist die Empfehlung an den Patienten mit einem wirtschaftlichen Vorteil für den Arzt verbunden, soll sie generell und ohne Ausnahmen unzulässig sein.⁷⁴⁵

Im Ergebnis bedeutet das, dass für den Fall, dass G von keinem Zytologen Vorteile gewährt werden, es ihm freisteht, das Untersuchungsmaterial immer demselben Labor zuzuführen, solange es hierfür einen hinreichenden Grund gibt. Erhält er aus diesem Labor jedoch die Untersuchungsmaterialien zugeschickt, verstößt eine Zusammenarbeit mit diesem Labor gegen § 31 Abs. 1 MBO-Ä, auch wenn es sich nach wie vor um das am besten zur Befundung der Abstriche geeignete Labor handelt. Diese Folge mag ob der Tatsache, dass es sich bei den zugewendeten Materialien um Bürstchen und Objektträger im Wert von 1 Cent handelt, hart erscheinen. Andererseits ist sie nur die konsequente Umsetzung des Verbots der Zuweisung gegen Entgelt gem. § 31 Abs. 1 MBO-Ä, das gerade keine Ausnahmen vorsieht: Durch die Zuwendung eines Vorteils an den Gynäkologen schließt sich der Zytologe selbst aus dem Kreis der Labore aus, an das G die von ihm genommenen Abstriche ohne Verstoß gegen das Berufsrecht schicken darf. Möchte G weiterhin mit Z zusammenarbeiten, muss er darauf hinwirken, dass derartige Zuwendungen unterbleiben, bevor die Kooperation weitergeführt bzw. wieder aufgenommen wird.

3.3.2.2.3.4 Kein Verstoß gegen Berufsrecht: Wirtschaftliche Verordnungsweise gem. § 32 MBO-Ä

Berufliche Zusammenarbeit ist dann unzulässig, wenn sie dazu dient, gegen Entgelt Patientinnen oder Patienten oder Untersuchungsmaterial einem anderen Arzt zuzuweisen, siehe § 31 Abs. 1 MBO-Ä.

⁷⁴⁴ Als Verbot mit Erlaubnisvorbehalt qualifizierend *Dannecker/Schröder*, Nomos StGB, § 299a Rn. 172.

⁷⁴⁵ Vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 25.07.2012 – 10 W 37/12, Rn. 7f. nach juris; LG Hamburg, Urteil vom 27.08.2013 – 312 O 484/12, Rn. 36 nach juris; *Scholz a.a.O.*, § 31 MBO-Ä Rn. 5; *Dannecker/Schröder, a.a.O.*, § 299a Rn. 172.

Gem. § 32 MBO-Ä ist eine Beeinflussung des Arztes durch Geschenke oder andere Vorteile jedoch dann nicht berufsrechtswidrig, wenn sie einer wirtschaftlichen Behandlungs- oder Ordnungsweise auf sozialrechtlicher Grundlage dient und der Ärztin oder dem Arzt die Möglichkeit erhalten bleibt, aus medizinischen Gründen eine andere als die mit finanziellen Anreizen verbundene Entscheidung zu treffen, § 32 Abs. 1 MBO-Ä. § 32 MBO-Ä schützt die Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidung gegen eine Beeinflussung durch Patienten oder Dritte in Form von Geschenken oder anderen Vorteilen.⁷⁴⁶ Damit soll ebenso wie in § 30 MBO-Ä die Lauterkeit der ärztlichen Entscheidung gegen den bösen Schein⁷⁴⁷ der Beeinflussung, der Zweifel an der ärztlichen Integrität hervorrufen könnte, geschützt werden.⁷⁴⁸ Auf eine tatsächlich erfolgte Beeinflussung kommt es nicht an.⁷⁴⁹

Es stellt sich die Frage, ob die Berufsrechtswidrigkeit einer Zuweisung gegen Entgelt und damit die Unlauterkeit einer Bevorzugung i. S. d. § 299a StGB entfällt, wenn die Zuweisung einer wirtschaftlichen Behandlungs- oder Ordnungsweise auf sozialrechtlicher Grundlage dient, sofern die Möglichkeit erhalten bleibt, aus medizinischen Gründen eine andere Entscheidung zu treffen. Möglicherweise findet § 32 MBO-Ä keine Anwendung, weil § 31 MBO-Ä als die speziellere Vorschrift, ohne die Ausnahmeregelung, vorgeht.

3.3.2.2.3.4.1 Wortlaut

§ 31 Abs. 1 MBO-Ä verbietet es Ärztinnen und Ärzten, für die Zuweisung von Patientinnen oder Patienten oder Untersuchungsmaterial ein Entgelt oder andere Vorteile zu fordern, sich oder Dritten versprechen oder gewähren zu lassen oder selbst zu versprechen oder zu gewähren.

Nach § 32 Abs. 1 S. 1 MBO-Ä ist es Ärztinnen und Ärzten nicht gestattet, von Patientinnen und Patienten oder Anderen Geschenke oder andere Vorteile für sich oder Dritte zu fordern oder sich oder Dritten versprechen zu lassen oder anzunehmen, wenn hierdurch der Eindruck erweckt wird, dass die Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidung beeinflusst wird. Eine Beeinflussung ist dann nach § 32 Abs. 1 S. 2 MBO-Ä nicht

⁷⁴⁶ Vgl. Lippert, in: Kommentar zur MBO, § 32 Rn. 1.

⁷⁴⁷ BVerfG, Beschluss vom 01.06.2011 - 1 BvR 233/10 - Rn. 62 nach juris.

⁷⁴⁸ Wollersheim, in: FS Steinhilper, S. 159.

⁷⁴⁹ Vgl. *Ärztegerichtshof des Saarlandes*, Urteil vom 25.08.2010 – AGH 1/09, Rn. 21 nach juris.

berufswidrig, wenn sie einer wirtschaftlichen Behandlungsweise dient und der Ärztin oder dem Arzt die Möglichkeit erhalten bleibt, aus medizinischen Gründen eine andere als die mit finanziellen Anreizen verbundene Entscheidung zu treffen.

Dem Wortlaut nach erfüllt jeder Fall der passiven Bestechlichkeit gem. § 31 Abs. 1 MBO-Ä in den Tathandlungen des Forderns, Sichversprechenlassens oder Gewährenlassens gleichzeitig § 32 Abs. 1 MBO-Ä, in den Tathandlungen des Forderns, Sichversprechenlassens oder Annehmens.

Das Unterscheidungsmerkmal zwischen beiden ist die Gegenleistung: Während in § 31 Abs. 1 MBO-Ä der Vorteil für die Zuweisung von Patienten oder Untersuchungsmaterial gewährt werden muss, reicht für § 32 Abs. 1 MBO-Ä die reine Entgegennahme eines Vorteils bereits aus; eine Gegenleistung muss nicht einmal in Aussicht gestellt werden, es genügt, wenn durch die Tathandlung der Eindruck erweckt wird, dass die Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidung beeinflusst wird. Nach dem Wortlaut ist § 31 Abs. 1 MBO-Ä enger gefasst als § 32 Abs. 1 MBO-Ä.

3.3.2.2.3.4.2 Systematik

Systematisch sind §§ 31 und 32 MBO-Ä Teil der Vorschriften zur Wahrung der ärztlichen Unabhängigkeit im vierten Abschnitt des zweiten Kapitels der MBO. § 31 MBO-Ä folgt direkt hinter dem als Generalklausel formulierten § 30 MBO-Ä, der Ärztinnen und Ärzte verpflichtet, in allen vertraglichen und sonstigen Beziehungen zu Dritten ihre ärztliche Unabhängigkeit für die Behandlung der Patientinnen und Patienten zu wahren. Auf die Regelung zur unerlaubten Zuweisung, § 31 MBO-Ä, folgt das Verbot der unerlaubten Zuwendungen, § 32 MBO-Ä sowie die Regelung zu Zuwendungen bei vertraglicher Zusammenarbeit, § 33 MBO-Ä. Ein Rangordnungsverhältnis zwischen den §§ 31 bis 33 MBO-Ä ist aus der Systematik nicht erkennbar.

3.3.2.2.3.4.3 Historie

In der MBO-Ä von 1997 in der Fassung des 100. Deutschen Ärztetags in Eisenach war die Entgegennahme von Geschenken geregelt wie folgt:⁷⁵⁰

⁷⁵⁰ Vgl. Bundesärztekammer, Deutsches Ärzteblatt 1997, 2354.

§ 31 Unerlaubte Zuweisung von Patienten gegen Entgelt

Dem Arzt ist es nicht gestattet, für die Zuweisung von Patienten oder Untersuchungsmaterial ein Entgelt oder andere Vorteile sich versprechen oder gewähren zu lassen oder selbst zu versprechen oder zu gewähren.

§ 32 Annahme von Geschenken und anderen Vorteilen

Es ist unzulässig, sich von Patienten oder von Dritten Geschenke oder andere Vorteile, welche das übliche Maß kleiner Anerkennungen übersteigen, versprechen zu lassen oder anzunehmen, wenn hierdurch der Eindruck erweckt werden kann, daß der Arzt in seiner ärztlichen Entscheidung beeinflusst sein könnte.

Die Vorschrift des § 32 MBO-Ä wurde neu geregelt durch den 106. Deutschen Ärztetag 2003 in Köln. § 31 MBO-Ä blieb unverändert. § 32 MBO-Ä erhielt die folgende Fassung:⁷⁵¹

§ 32 Annahme von Geschenken und anderen Vorteilen

Dem Arzt ist es nicht gestattet, von Patienten oder Anderen Geschenke oder andere Vorteile für sich oder Dritte zu fordern, sich oder Dritten versprechen zu lassen oder anzunehmen, wenn hierdurch der Eindruck erweckt wird, dass die Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidung beeinflusst wird. Eine Beeinflussung liegt dann nicht vor, wenn der Wert des Geschenkes oder anderen Vorteils geringfügig ist.

Durch den 114. Deutschen Ärztetag 2011 in Kiel wurden § 31 und § 32 MBO-Ä geändert:⁷⁵²

§ 31 Unerlaubte Zuweisung

(1) Ärztinnen und Ärzten ist es nicht gestattet, für die Zuweisung von Patientinnen und Patienten oder Untersuchungsmaterial oder für die Verordnung oder den Bezug von Arznei- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten ein Entgelt oder andere Vorteile zu fordern, sich oder Dritten versprechen oder gewähren zu lassen oder selbst zu versprechen oder zu gewähren.

(2) Sie dürfen ihren Patientinnen und Patienten nicht ohne hinreichenden Grund bestimmte Ärztinnen oder Ärzten, Apotheken, Heil- und Hilfsmittelbringer oder sonstige Anbieter gesundheitlicher Leistungen empfehlen oder an diese verweisen.

⁷⁵¹ Vgl. Bundesärztekammer, Beschlussprotokoll des 106. Ärztetages.

⁷⁵² Vgl. Bundesärztekammer, Deutsches Ärzteblatt 2011, 1980.

§ 32 Unerlaubte Zuwendungen

(1) Ärztinnen und Ärzten ist es nicht gestattet, von Patientinnen und Patienten oder anderen Geschenke oder andere Vorteile für sich oder Dritte zu fordern oder sich oder Dritten versprechen zu lassen oder anzunehmen, wenn hierdurch der Eindruck erweckt wird, dass die Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidung beeinflusst wird. Eine Beeinflussung ist dann nicht berufswidrig, wenn sie einer wirtschaftlichen Behandlungs- oder Verordnungsweise auf sozialrechtlicher Grundlage dient und der Ärztin oder dem Arzt die Möglichkeit erhalten bleibt, aus medizinischen Gründen eine andere als die mit finanziellen Anreizen verbundene Entscheidung zu treffen.

(2) Die Annahme von geldwerten Vorteilen in angemessener Höhe ist nicht berufswidrig, sofern diese ausschließlich für berufsbezogene Fortbildung verwendet werden. Der für die Teilnahme an einer wissenschaftlichen Fortbildungsveranstaltung gewährte Vorteil ist unangemessen, wenn er über die notwendigen Reisekosten und Tagungsgebühren hinausgeht.

(3) Die Annahme von Beiträgen Dritter zur Durchführung von Veranstaltungen (Sponsoring) ist ausschließlich für die Finanzierung des wissenschaftlichen Programms ärztlicher Fortbildungsveranstaltungen und nur in angemessenem Umfang erlaubt. Das Sponsoring, dessen Bedingungen und Umfang sind bei der Ankündigung und Durchführung der Veranstaltung offenzulegen.

§ 31 Satz 1 MBO-Ä wurde um den Regelungsgehalt der bisherigen §§ 33 Abs. 3 und 34 Abs. 1 erweitert, wobei nach der Begründung der Bundesärztekammer redaktionell die Heilmittel gestrichen wurden, weil sie bereits über die „Zuweisung“ von Patienten erfasst seien. § 31 Abs. 2 übernehme die Regelung des § 34 Abs. 5 und nenne dabei ausdrücklich weitere Leistungserbringer, die von der Vorschrift erfasst würden.⁷⁵³ In § 32 MBO-Ä wurde Satz 2 eingefügt, um die im Jahr 2007 von der Bundesärztekammer veröffentlichten Hinweise und Erläuterungen zum Umgang mit der Ökonomisierung des Gesundheitswesens⁷⁵⁴ in die entsprechenden Vorschriften der MBO-Ä zu integrieren.⁷⁵⁵ Bezüglich § 32 Abs. 2 MBO-Ä wurde auf dem 118. Deutschen Ärztetages 2015 in Frankfurt am Main vorgeschlagen, die Regelung ersatzlos zu streichen.⁷⁵⁶ Letztlich behielt man die Vorschrift

⁷⁵³ Vgl. Bundesärztekammer, Deutsches Ärzteblatt 2011, 1980 (1992)

⁷⁵⁴ Vgl. Bundesärztekammer, Deutsches Ärzteblatt 2007, 1607.

⁷⁵⁵ Vgl. Bundesärztekammer, Deutsches Ärzteblatt 2011, 1980 (1992).

⁷⁵⁶ Vgl. Bundesärztekammer, Beschlussprotokoll des 118. Ärztetages S. 149.

jedoch bei mit dem Verweis auf das laufende Gesetzgebungsverfahren zu Korruption im Gesundheitswesen.⁷⁵⁷

Historisch betrachtet fällt auf, dass in § 31 Abs. 1 MBO-Ä, der das Verbot der Zuweisung gegen Entgelt regelt, nie die Ausnahme der Einhaltung einer wirtschaftlichen Ordnungsweise enthalten war. Eine Zuweisung bzw. Zuführung von Untersuchungsmaterial gegen Entgelt, mithin ein Vorteil verbunden mit einer Gegenleistung, war immer unzulässig. § 32 MBO-Ä bezog sich dagegen auf die Annahme von Vorteilen ohne Gegenleistung.

§ 31 Abs. 1 MBO-Ä sah nie eine Ausnahme vom Verbot der Zuweisung gegen Entgelt vor, wohingegen § 32 MBO-Ä Ausnahmen etwa für geringwertige Vorteile nur bis zum Jahr 2011 vorsah. Danach wurde die Geringfügigkeitsschwelle zu Gunsten der Einhaltung einer wirtschaftlichen Behandlungs- oder Ordnungsweise auf sozialrechtlicher Grundlage gestrichen. Auch aus der historischen Betrachtung ergibt sich, dass § 31 Abs. 1 MBO-Ä enger gefasst ist als § 32 Abs. 1 MBO-Ä.

3.3.2.2.3.4.4 Telos

§ 31 Abs. 1 MBO-Ä soll, wie bereits dargestellt, ohne Ausnahme Vorteile verbieten, die bei der Zusammenarbeit zwischen Ärzten gewährt werden. Zielsetzung ist sowohl der Schutz des Patientenvertrauens in die Lauterkeit der ärztlichen Entscheidung als auch der Schutz des fairen Wettbewerbs zwischen den Ärzten.⁷⁵⁸

§ 32 MBO-Ä soll nach der Begründung der Bundesärztekammer alle Formen einseitiger Zuwendungen von Patienten und anderen (z. B. Herstellern oder Händlern von/mit Arznei- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten) umfassen. Die Vorschrift greife darüber hinaus ein, wenn bei Austauschbeziehungen wie etwa bei § 33 MBO-Ä die Leistung des Arztes nur einen scheinbaren oder nicht äquivalenten Wert besitze und daher bei wirtschaftlicher Betrachtung eine kaschierte einseitige Zuwendung vorliege.⁷⁵⁹

⁷⁵⁷ Vgl. Bundesärztekammer, Konvergenzverfahren und Teilnovellierung der MBO-Ä.

⁷⁵⁸ Vgl. Wollersheim, in: FS Steinhilper, S. 157; Scholz, in: Spickhoff Medizinrecht, § 31 MBO Rn. 1.

⁷⁵⁹ Vgl. Bundesärztekammer, Deutsches Ärzteblatt 2011, 1980 (1992).

Nach der Begründung der Bundesärztekammer stellten weiter verhaltenslenkende finanzielle Anreize für Ärztinnen und Ärzte zwar eine Beeinflussung dar, diese seien aber nicht in jedem Falle berufswidrig. Erfolgt die Anreize auf transparenter sozialrechtlicher Grundlage und im Interesse der finanziellen Stabilität der sozialen Krankenversicherung, um eine wirtschaftliche Mittelverwendung zu sichern ohne den Ärztinnen und Ärzten die Möglichkeit abweichender Entscheidungen völlig zu nehmen, verstießen sie nicht gegen Berufsrecht. Die Existenz einer sozialrechtlichen Grundlage stelle jedoch nicht frei von der Beachtung des Berufsrechts; vielmehr seien die auf sozialrechtlicher Grundlage erfolgenden Vereinbarungen anhand des Absatzes 1 daraufhin zu prüfen, ob sie dem Verfolgen der danach zulässigen Zielsetzung dienen und sie sich darauf beschränken.⁷⁶⁰

Die Begründung bezieht sich auf die Hinweise und Erläuterungen der Bundesärztekammer zur Ökonomisierung im Gesundheitswesen.⁷⁶¹ Diese Hinweise behandeln vorrangig die nach Sozialrecht und insbesondere SGB V erlaubten Kooperationen zwischen Krankenkassen und Ärzten oder Krankenhäusern und Ärzten, wie etwa Bonuszahlungen nach § 84 SGB V oder die Zusammenarbeit im Rahmen der Integrierten Versorgung nach §§ 140a SGB V.⁷⁶² Sofern die Zusammenarbeit von Ärzten mit anderen Ärzten angesprochen wird, erfolgt dies mit Bezug auf die Zuweisung gegen Entgelt nach § 31 MBO-Ä.⁷⁶³

Der Schwerpunkt der Anwendung des § 31 Abs. 1 MBO-Ä liegt im Bereich der Zusendung von Untersuchungsmaterial, also bei diagnostischen Fachdisziplinen wie Pathologie und Labormedizin, die normalerweise nicht direkt in Anspruch genommen werden.⁷⁶⁴ § 31 MBO-Ä soll daher Vorteile verbieten, die bei der Zusammenarbeit zwischen Ärzten gewährt werden,⁷⁶⁵ wohingegen § 32 MBO-Ä sich nach der Begründung der Bundesärztekammer auf Vorteilsgewährungen im Verhältnis zwischen Arzt und Patient bzw. Arzt und nicht-ärztlichen Leistungserbringern bezieht.⁷⁶⁶ Auch nach dem Telos der Vorschrift ist somit § 31 Abs. 1 MBO-Ä zu § 32 MBO-Ä die speziellere Vorschrift. § 31 Abs. 1 MBO-Ä beinhaltet das uneingeschränkt

⁷⁶⁰ Vgl. Bundesärztekammer, Deutsches Ärzteblatt 2011, 1980 (1992).

⁷⁶¹ Vgl. Bundesärztekammer, Deutsches Ärzteblatt 2007, 1607.

⁷⁶² Siehe zur Integrierten Versorgung die Ausführungen unter 3.3.6.5., ab Seite 243.

⁷⁶³ Vgl. Bundesärztekammer, Deutsches Ärzteblatt 2007, 1607 (1611).

⁷⁶⁴ Vgl. Ratzel, in: Kommentar zur MBO, § 31 MBO-Ä Rn. 2.

⁷⁶⁵ Vgl. Ratzel a.a.O., § 31 MBO-Ä Rn. 3.

⁷⁶⁶ Vgl. Bundesärztekammer, Deutsches Ärzteblatt 2011, 1980 (1992).

geltende Verbot einer Zuweisung gegen Entgelt, dem im Gegensatz zur reinen Annahme von Geschenken der gesteigerte Unwertgehalt der Verknüpfung zwischen dem gewährten Vorteil und der für den Vorteil erbrachten Zuweisung zukommt. Auch die Annahme von Vorteilen ohne Gegenleistung ist gem. § 32 Abs. 1 S. 1 MBO-Ä nicht gestattet, um dem Eindruck vorzubeugen, der Arzt würde seine Entscheidung nicht allein am Patientenwohl ausrichten. Die in § 32 Abs. 1 S. 2 MBO-Ä enthaltene Ausnahmeregel dient nur der Implementierung der Hinweise und Erläuterungen der Bundesärztekammer zur Ökonomisierung im Gesundheitswesen. Aufgrund der Stellung der Ausnahmeregel in § 32 Abs. 1 S. 2 MBO-Ä ist auch klar, dass diese nur auf den weniger schwerwiegenden Verstoß der reinen Annahme von Vorteilen Anwendung finden soll. Besteht eine Verknüpfung zwischen dem Vorteil und einer erbrachten Gegenleistung, kommt wegen des gesteigerten Unwertgehalts eine Ausnahme nicht in Betracht. Das ist auch folgerichtig: Ziel einer Abrede des Tauschs von Vorteilen gegen die Zuweisung von Patienten oder Untersuchungsmaterial ist immer die wirtschaftliche Besserstellung einer beider Parteien. Sofern durch eine solche Abrede auch zusätzliche Untersuchungen am Patienten vermieden und Kosten für die Krankenkasse eingespart werden können, ist dies, wenn überhaupt, eine reflexartige Folge der Vereinbarung und nicht der von den Parteien der Abrede intendierte Hauptzweck.

Zusammengefasst kommt § 32 MBO-Ä genau wie dem oben behandelten § 31 Abs. 2 MBO-Ä nur berufsrechtliche Bedeutung zu.⁷⁶⁷ Strafrechtlich setzt § 299a StGB eine inhaltliche Verknüpfung von Vorteil und Gegenleistung im Sinn einer Unrechtsvereinbarung voraus, wodurch bei der Inzidentprüfung des Berufsrechts nur § 31 Abs. 1 MBO-Ä zur Anwendung kommen kann. Die Ausnahmeregel des § 32 Abs. 1 S. 2 MBO-Ä, die Einhaltung einer wirtschaftlichen Behandlungs- und Ordnungsweise findet bei der Prüfung der Unrechtsvereinbarung damit keine Anwendung.

3.3.2.2.3.5 Zwischenergebnis

Im oben dargestellten Fall lässt sich der Gynäkologe einen Vorteil dadurch gewähren, dass er zur Untersuchung benötigte Materialien unentgeltlich erhält, die er ansonsten selbst einkaufen müsste. Diesem Gewährenlassen folgt dann die Zusendung des Untersuchungsmaterials genau an das Labor, von dem er die Materialien erhalten hat. Die inhaltliche Verknüpfung ist

⁷⁶⁷ Im Ergebnis auch Scholz, in: Korruption im Gesundheitswesen, S. 107.

damit gegeben; die Kooperation verstößt gegen § 31 Abs. 1 MBO-Ä. § 31 Abs. 1 MBO-Ä ist *lex specialis* zu § 31 Abs. 2 MBO-Ä und § 32 MBO-Ä, so dass die in ihnen enthaltenen Ausnahmeregelungen nicht zur Anwendung kommen. Eine Unrechtsvereinbarung i. S. d. § 299a StGB ist damit gegeben. Der objektive Tatbestand des § 299a StGB ist erfüllt.

3.3.2.3 Subjektiver Tatbestand

Voraussetzung für den subjektiven Tatbestand ist mindestens *dolus eventualis* bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale. Bezüglich der vom Zytologen überlassenen Objektträger muss berücksichtigt werden, dass sich die Kassenärztliche Bundesvereinigung noch nicht abschließend dazu geäußert hat, ob die Kosten für diese vom Gynäkologen oder vom Zytologen zu tragen sind. Geht der Gynäkologe davon aus, dass diese ohnehin vom Zytologen zu stellen sind, handelt er möglicherweise im Tatbestandsirrtum gem. § 16 StGB. Voraussetzung ist, dass der Gynäkologe die die Unlauterkeit begründenden Umstände nicht kennt, wobei hier eine Parallelwertung in der Laiensphäre ausschlaggebend ist und nicht die juristisch korrekte Subsumtion.⁷⁶⁸

Andererseits muss in dem hier dargestellten Fall auffallen, dass die Objektträger und Bürsten immer nur von einem bestimmten Labor übersandt werden. Gäbe es die Übersendung nicht, bliebe dem Gynäkologen nichts anderes übrig, als die Materialien selbst einzukaufen, da er ansonsten keine Abstriche entnehmen könnte. Demnach kennt der Gynäkologe sowohl den ihm gewährten Vorteil – er muss die Abstrichmaterialien für seine Praxis nicht selbst besorgen – als auch die von ihm gerade dafür erwartete Gegenleistung – die Rücksendung der Abstriche zur Befundung an das Labor, von dem er die Bürsten und Objektträger erhalten hat. Ob der Gynäkologe die Abstrichmaterialien juristisch korrekt als „Vorteil“ einordnet ist dabei unbeachtlich; die Erkenntnis, dass er etwas gratis erhält, das er ansonsten einkaufen müsste, genügt. Ein Tatbestandsirrtum scheidet damit aus. Der subjektive Tatbestand ist somit gegeben.

3.3.2.4 Rechtswidrigkeit, Schuld, schwerer Fall gem. § 300 StGB

Die Rechtswidrigkeit ist gegeben. Denkbar ist ein Verbotsirrtum gem. § 17 StGB. Dieser setzt voraus, dass der Täter die normativen Voraussetzungen

⁷⁶⁸ Vgl. Heger, in: Lackner/Kühl, § 299 Rn. 8.

der Handlung falsch bewertet, sich also lediglich über die Bewertung seines Handelns als verbotene Zuweisung von Untersuchungsmaterial im Gegenzug für die Gewährung eines Vorteils irrt. Die Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums setzt voraus, dass der Täter alle seine geistigen Erkenntniskräfte eingesetzt und etwa aufkommende Zweifel durch Nachdenken oder erforderlichenfalls durch Einholung verlässlichen und sachkundigen Rechtsrats beseitigt hat.⁷⁶⁹ Selbst wenn im oben dargestellten Fall der Gynäkologe der Ansicht sein sollte, die Annahme der Materialien vom Zytologen sei erlaubt, hätte ihm bei Einsetzen seiner geistigen Erkenntniskräfte klar sein müssen, dass der Zytologe durch sein Verhalten auf eine Bindung seiner Praxis abzielt, eine solche jedoch nicht erlaubt ist. Es ist auch zweifelhaft, ob überhaupt ein vermeidbarer Verbotsirrtum vorliegt. Eine Zuweisung von Untersuchungsmaterial an das immer gleiche Labor gegen Entgelt verstößt bereits seit vielen Jahren gegen die für den Gynäkologen – und auch den Zytologen – verbindliche Vorschrift in § 31 MBO-Ä, über die sich der Gynäkologe zu informieren hat, § 2 Abs. 5 MBO-Ä. Das entsprechende Unrechtsbewusstsein mag in der Praxis zwar abhanden gekommen sein, „weil das alle so machen“. Dies genügt aber nicht, um von einem auch nur vermeidbaren Verbotsirrtum gem. § 17 StGB auszugehen.

Aufgrund der geringen Höhe des dem Gynäkologen verschafften Vorteils von 70 EUR pro Jahr ist nicht von einem Vorteil großen Ausmaßes gem. § 300 Nr. 1 StGB auszugehen. Von Gewerbsmäßigkeit ist auszugehen, wenn der Täter in der Absicht handelt, sich aus einer wiederholten Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von einigem Gewicht zu verschaffen.⁷⁷⁰ Bei Mehreinnahmen von 70 EUR pro Jahr, also etwas weniger als 6 EUR pro Monat, kann nicht von einer Einnahmequelle von einigem Gewicht gesprochen werden. Eine bandenmäßige Begehung gem. § 300 Nr. 2 StGB scheidet aus. In dem geschilderten Fall arbeiten nur Zytologe und Gynäkologe zusammen; eine Bande besteht jedoch aus mindestens 3 Personen.⁷⁷¹

Ein schwerer Fall gem. § 300 StGB liegt somit nicht vor. Spiegelbildlich zum Gynäkologen macht sich der Zytologe gem. § 299b StGB strafbar.

⁷⁶⁹ Vgl. BGH, Urteil vom 04.04.2013 – 3 StR 521/12, NStZ 2013, 461.

⁷⁷⁰ Vgl. Krick, in: MüKo StGB, § 300 Rn. 3.

⁷⁷¹ Vgl. Dannecker, in: Nomos StGB, § 300 Rn. 8.

3.3.2.5 Ergebnis

An diesem Fallbeispiel wird deutlich, dass auch aufgrund ihrer weiten Verbreitung als alltäglich angesehenen Annahmen von vermeintlich geringwertigen Gegenständen die Tatbestände der Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen erfüllen können. Wie wenig Aufmerksamkeit dem in der Vergangenheit geschenkt wurde, zeigt sich nicht zuletzt daran, dass die Kassenärztliche Bundesvereinigung noch klären muss, von wem die Kosten für die Objektträger überhaupt zu tragen sind. Bei dem dargestellten Fall handelt es sich bewusst um einen Grenzfall; es kann ebenso für die Geringwertigkeit der überlassenen Objekte argumentiert werden, so dass bereits kein Vorteil gegeben ist. Nichtsdestotrotz zeigt sich, dass der Tatbestand der §§ 299a, 299b StGB ausgesprochen weit gefasst ist und auch Kooperationen wie die soeben dargestellte umfassen können. Auch wenn sich die Kooperation letztlich als wirtschaftlich erweist, weil dadurch weitere Untersuchungen und damit auch Kosten für die Krankenkassen vermieden werden können, lässt dies die Unrechtsvereinbarung nicht entfallen. Durch die Einführung der §§ 299a, 299b StGB stehen damit sämtliche ärztlichen Kooperationen, auch in diesen vermeintlich kleinen Fällen, auf dem Prüfstand.⁷⁷²

3.3.2.6 Exkurs: Die Teilgemeinschaftspraxis, § 18 MBO-Ä

Die Zusammenarbeit zwischen einem niedergelassenen Facharzt und einem Facharzt eines der methodendefinierten Fächer, wie Radiologie, Pathologie oder Labormedizin, wird abseits von der hier dargestellten Übersendung von Materialien auch über eine Zusammenarbeit in Form einer Teilgemeinschaftspraxis, kurz TGP, versucht.

Eine TGP ist zunächst von anderen gängigen Arten der Zusammenarbeit, insbesondere der Praxisgemeinschaft und der Gemeinschaftspraxis, abzugrenzen. Eine Praxisgemeinschaft ist eine lose Zusammenarbeit zwischen Ärzten, eine Organisationsgemeinschaft. Im Außenverhältnis handelt es sich dabei um zwei getrennte Praxen.⁷⁷³ Bei einer Gemeinschaftspraxis handelt es sich dagegen um einen organisatorischen Zusammenschluss von zwei oder mehreren Ärzten in gemeinsamen Räumen bzw. überörtlich mit gemeinschaftlichen Einrichtungen und Personal mit einer gemeinsamen

⁷⁷² Wallhäuser, GesR 2016, 551 (552).

⁷⁷³ Vgl. Ratzel, in: Kommentar zur MBO, § 18, § 18a MBO-Ä Rn. 23.

Organisation und Abrechnung sowie gemeinsamer Firmierung.⁷⁷⁴ Um die Abgrenzung von der Praxisgemeinschaft begrifflich sicherzustellen, findet sich in der Praxis statt des Begriffs der Gemeinschaftspraxis häufig der Begriff der Berufsausübungsgemeinschaft oder BAG, wobei beide Begriffe synonym zueinander verwendet werden.

Nach einer Neufassung des § 18 Abs. 1 MBO-Ä durch den 107. Deutschen Ärztetag⁷⁷⁵ in 2004 kann eine Berufsausübungsgemeinschaft auch auf Teile der gemeinsamen Berufsausübung und sogar eine einzelne Leistung beschränkt werden, die sogenannte Teilgemeinschaftspraxis oder TGP.⁷⁷⁶ Die Euphorie bei Einführung der Vorschrift war gewaltig – endlich schien ein Weg gefunden, § 31 MBO-Ä auf legalem Weg durch ganze Ketten an Teilgemeinschaftspraxen, deren Mitglieder sich kaum oder gar nicht mehr kannten, loszuwerden.⁷⁷⁷ Besonders bei den überweisungsabhängigen Fachgebieten glaubte man, den Schmiergeldcharakter von Zahlungen an Fachärzte, die ihre Patientenzuweisungen an die überweisungsgebundenen Fachgebiete von Rückvergütungen abhängig machen, dadurch heilen zu können, dass diese Zuweiser die Zahlungen als Gesellschafter über die Gewinnausschüttung einer formalrechtlich zulässigen Teilgemeinschaft erhielten.⁷⁷⁸ Der Vorstand der Bundesärztekammer sah sich daher gezwungen, die Euphorie einzudämmen, mit seinem Beschluss vom 24.11.2006 auf das Offensichtliche hinzuweisen und in § 18 MBO-Ä klarzustellen, dass der Zusammenschluss zu einer TGP dann unzulässig ist, wenn er der Umgehung des § 31 MBO-Ä dient.⁷⁷⁹ Notwendig war diese Klarstellung freilich nicht: TGPen, die nur der Verschleierung einer Zuweisung gegen Entgelt dienten, waren bereits vor dieser Klarstellung als Umgehungsgeschäfte gem. § 134 BGB nichtig, da gerade durch die TGP der Zweck des § 31 MBO-Ä, einem Verbotsgesetz im Sinne der Vorschrift,⁷⁸⁰ vereitelt wurde.⁷⁸¹

⁷⁷⁴ Vgl. *Ratzel a.a.O.*, § 18, § 18a MBO-Ä Rn. 8.

⁷⁷⁵ Vgl. *Möller*, in: *Handbuch Medizinrecht*, 16. Kapitel Rn. 333.

⁷⁷⁶ Vgl. *Möller a.a.O.* 16. Kapitel Rn. 333; unter Hinweis auf die Gefährlichkeit dieser Konstruktion *Wollersheim*, in: *FS Steinhilper*, S. 160.

⁷⁷⁷ Vgl. *Ratzel*, in: *Kommentar zur MBO*, § 18, § 18a MBO-Ä Rn. 18; von einem Dambruch sprechen *Dahm/Ratzel*, *MedR* 2006, 555 (558); die Zustände nach Änderung des § 18 MBO-Ä überspitzt aber zutreffend darstellend *Ratzel*, *GesR* 2007, 457.

⁷⁷⁸ Vgl. *Wigge*, *NZS* 2007, 393 (396).

⁷⁷⁹ Vgl. *Bundesärztekammer*, *Deutsches Ärzteblatt* 2007, 1613.

⁷⁸⁰ Vgl. *Scholz*, in: *Spickhoff Medizinrecht*, Vorbem. MBO Rn. 7.

⁷⁸¹ Vgl. *Armbrüster*, in: *MüKo BGB*, § 134 Rn. 17.

Das gilt selbst dann, wenn die TGP außer der Umgehung des § 31 MBO-Ä noch anderen Zwecken zu dienen bestimmt ist.⁷⁸²

Eine Umgehung des § 31 MBO-Ä liegt nach dem geänderten Wortlaut des § 18 Abs. 1 MBO-Ä dann vor, wenn der Gewinn innerhalb der TGP auf eine Weise verteilt wird, die nicht dem Anteil der vom einzelnen Mitglied persönlich erbrachten Leistung entspricht. Weiter stellt die reine Anordnung einer Leistung, wie etwa aus dem Bereich der Labormedizin, Pathologie und bildgebenden Verfahren, keinen ausreichenden Leistungsanteil innerhalb einer TGP dar.

In § 18 Abs. 1 MBO-Ä a. F.⁷⁸³ fand sich in Satz 3 als erste Alternative, dass eine Umgehung des § 31 MBO-Ä auch dann vorliegt, wenn sich der Beitrag der Ärztin oder des Arztes auf das Erbringen medizinisch-technischer Leistungen auf Veranlassung der übrigen Mitglieder einer Teil-Berufsausübungsgemeinschaft beschränkt. Diesen Passus, der wortlautgleich Teil der baden-württembergischen Berufsordnung war, sah der BGH als mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar an.⁷⁸⁴ § 18 Abs. 1 Alt. 2 MBO-Ä, die Umgehung bei unproportionaler Gewinnverteilung und § 18 Abs. 1 S. 4 MBO-Ä, wonach die Anordnung einer Leistung aus den Bereichen der Labormedizin, Pathologie oder bildgebenden Verfahren keinen Leistungsanteil innerhalb der TGP darstellt, wurden vom BGH ausdrücklich nicht beanstandet.⁷⁸⁵

Während in § 33 Abs. 2 S. 3 Ärzte-ZV a. F. die TGP zwischen Ärzten, die nur auf Überweisung in Anspruch genommen werden können, insb. Radiologen, Labormedizinern und Pathologen, noch untersagt war, wurde durch das GKV-VStG⁷⁸⁶ nachgebessert und in § 33 Abs. 2 S. 3 Ärzte-ZV n. F. eine zu § 18 MBO-Ä beinahe wortlautgleiche Regelung eingefügt, so dass bezüglich der TGP im privat- sowie kassenärztlichen Bereich Gleichlauf herrscht.⁷⁸⁷ Bei Vertragsärzten muss der Zulassungsausschuss die Berufsausübungsgemeinschaft genehmigen, § 33 Abs. 3 S. 1 Ärzte-ZV.

⁷⁸² Vgl. BGH, Urteil vom 23.02.2012 – I ZR 231/10, MedR 2013, 247 (249).

⁷⁸³ Bekanntmachung der Änderung durch Bundesärztekammer, Deutsches Ärzteblatt 2007, 1613.

⁷⁸⁴ Vgl. BGH, Urteil vom 15.05.2014 – I ZR 137/12, GesR 2014, 477 (480); nachfolgend OLG Karlsruhe, Urteil vom 25.02.2015 – 6 U 15/11 (14), 6 U 15/11, GesR 2015, 681.

⁷⁸⁵ Vgl. Ratzel, GesR 2015, 709 (710).

⁷⁸⁶ BGBl. I 2011, 2983.

⁷⁸⁷ Vgl. Ratzel, in: Kommentar zur MBO, § 18, § 18a MBO-Ä Rn. 21; so bereits angemahnt von Wigge, NZS 2007, 393 (393).

Im Ergebnis ist eine TGP zwischen einem niedergelassenen Gynäkologen und einem Zytologen grundsätzlich zulässig. Es ist jedoch zu beachten, dass sich der vom Gynäkologen erbrachte Leistungsanteil innerhalb der TGP nicht auf die Anordnung der Befundung der von ihm entnommenen Proben beschränkt. Dies sollte rechtssicher möglich sein durch die Aufzählung der Gebührensätze des EBM, welche als konkretisierte Leistungen Bestandteile der gemeinsamen Berufsausübung sein sollen.⁷⁸⁸ Bei der Zusammenarbeit zwischen Gynäkologen und Zytologen dürfte sich das als schwierig gestalten. Eine in der Praxis sinnvolle Zusammenarbeit innerhalb einer TGP ist etwa die zwischen Radiologen und Kardiologen, die bezüglich Leistungen, die im Rahmen des Kardio-MRT erbracht werden, zusammenarbeiten.⁷⁸⁹

Entspricht die Gewinnverteilung nicht den erbrachten Leistungen, muss die TGP als Umgehung des Verbots der Zuweisung gegen Entgelt gewertet werden, wodurch im Rahmen der Prüfung des § 299a StGB die Unrechtsvereinbarung zu bejahen ist. Wird der Vertrag von den beteiligten Ärzten gem. § 18 Abs. 1 MBO-Ä der Ärztekammer vorgelegt und von dieser gebilligt, ist ein Verbotsirrtum nach § 17 StGB zu diskutieren.

3.3.3 Arzt und Hilfsmittelhersteller: Sprunggelenksschienen

Fall: A ist Facharzt für Orthopädie, versierter Ingenieur und leidenschaftlicher Bastler. Im Rahmen seiner beruflichen Laufbahn hat er eine neue Sprunggelenksschiene entwickelt, die bei einer Bänderzerrung oder einem Bänderriss zum Einsatz kommt. Besonders bei der Behandlung von Außenbandrissen hat sich die Schiene bewährt. Sie ist im Vergleich zu anderen erhältlichen Schienen flexibler, verursacht weniger Druckstellen und ist, was die Patienten besonders schätzen, so dünn, dass sie unter normaler Kleidung und besonders in normalen Schuhen getragen werden kann. Die aufwändige Herstellung dieser Schienen unter Verwendung teurer Materialien erfolgt exklusiv im Sanitätshaus der B-GbR, betrieben von zwei sehr erfahrenen Orthopädietechnikern. A und die B-GbR vereinbaren, dass die Schienen nach As Vorgaben exklusiv nur bei der B-GbR gefertigt werden. A erhält dafür eine 20%ige Umsatzbeteiligung an der B-GbR, was einem marktüblichen Entgelt für derartige Exklusivverträge entspricht. Im Gegenzug verpflichtet er sich, aus Gründen der Qualitätssicherung

⁷⁸⁸ Vgl. BSG, Urteil vom 25.03.2015 – B 6 KA 24/14 R, GesR 2015, 617 (620).

⁷⁸⁹ Vgl. Ratzel, in: Kommentar zur MBO, § 18, § 18a MBO-Ä Rn. 21.

mindestens 40 Schienen im Jahr zu verordnen. Da A im Schnitt etwa eine Schiene pro Woche verordnet, ist diese Zahl einfach zu erreichen. Da die Schienen in der Herstellung teuer sind, kann A durch die Zahl der von ihm verordneten Schienen den Jahresumsatz der B-GbR objektiv beeinflussen.

Verordnet A einem Patienten diese Art der Schiene, erhält der Patient ein Rezept, das er sodann bei der B-GbR einlöst. Um den Patienten den Fußweg zu ersparen überlegen A und B, ob A nicht einige dieser Schienen auch auf Vorrat in der Praxis haben könnte, um die Endanpassung der Schiene gleich dort am Patienten vornehmen zu können.

Unabhängig von den Sprunggelenksschienen kaufen über 90% von As Patienten bei der B-GbR ihre Hilfsmittel. As Patienten haben so einen spürbaren Einfluss auf die vom Sanitätshaus generierten Gewinne. Das Sanitätshaus ist von As Praxis aus zu sehen und fußläufig in weniger als 5 Minuten zu erreichen. Eine besondere Empfehlung des Sanitätshauses wird durch A nicht ausgesprochen. Auf Nachfrage bekommen Patienten in As Praxis 5 Sanitätshäuser in der Umgebung genannt, unter denen werbungsfrei auch das der B-GbR ist.

3.3.3.1 Einführung

3.3.3.1.1 Monopole

Mit Wegfall der Tatbestandsvariante des Verstoßes gegen die Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit, dem sog. Berufsrechtsverstoß, wurden die §§ 299a, 299b StGB zu Tatbeständen, die lediglich den fairen Wettbewerb im Gesundheitswesen schützen.⁷⁹⁰ Wird jedoch nur der faire Wettbewerb geschützt, ergibt sich eine potentielle Strafbarkeitslücke in Fällen, in denen es aufgrund eines Monopols keinen Wettbewerb gibt. Dies war gerade einer der Gründe, warum im Referentenentwurf⁷⁹¹ neben § 299a Abs. 1 Nr. 1 StGB-E auch der Berufsrechtsverstoß, § 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB-E, als Auffangtatbestand, unter Strafe gestellt werden sollte.⁷⁹² Diese Tatbestandsalternative wurde ersatzlos gestrichen, wobei davon ausgegangen worden war, dass dadurch keine Strafbarkeitslücke entstünde. Im Gesundheitswesen dürfe es ohnehin kaum zu echten Monopolsituationen kommen. Dies gelte auch für unter Patentschutz stehende Medikamente,

⁷⁹⁰ Vgl. Kubiciel, in: Korruption im Gesundheitswesen, S. 85; Kubiciel, KPzK 3/2016, 1 (4).

⁷⁹¹ Vgl. Deutscher Bundestag, BT-Drs. 18/6446.

⁷⁹² Deutscher Bundestag, BT-Drs. 18/6446 S. 21.

da hier regelmäßig Re- oder Parallelimporte die Monopolsituation auflösen oder möglicherweise Therapiealternativen bestünden, die ebenfalls in der konkreten Situation verordnet werden könnten und damit im Wettbewerb zu dem patentgeschützten Medikament stünden.⁷⁹³

Dabei wird davon ausgegangen, dass der Begriff des Wettbewerbs weit zu verstehen ist.⁷⁹⁴ Dies beruht auf der extensiven Auslegung des Wettbewerbsbegriffs, die der BGH zu § 299 StGB a. F. entwickelt hatte.⁷⁹⁵ Ob die Rechtsprechung bei dieser Auslegung nach der Einführung des sog. Geschäftsherrenmodells in der Neufassung des § 299 StGB⁷⁹⁶ bestehen bleibt, ist fraglich, da aufgrund der Einführung der wettbewerbsunabhängigen Tatvariante des § 299 Abs. 1 Nr. 2 StGB dafür keine Notwendigkeit mehr besteht.⁷⁹⁷ Etwa die Fälle der Bestechung in einem dem eigentlichen Wettbewerb vorgelagerten Zulassungsverfahren oder auch gerade in Monopolsituationen, in welchen es typischerweise am Wettbewerb fehlt, sind nun problemlos von § 299 Abs. 1 Nr. 2 StGB erfasst,⁷⁹⁸ so dass eine Ausdehnung des Wettbewerbsbegriffs auf diese Fälle nicht mehr erforderlich ist. Wenn jedoch in Zukunft der Wettbewerbsbegriff in § 299 StGB enger als bisher gefasst wird, ist zweifelhaft, ob die Rechtsprechung diesen spalten und in § 299a StGB den Wettbewerbsbegriff des § 299 StGB a. F. zu Grunde legen wird. Mit Blick auf die Einheitlichkeit der Rechtsordnung ist das nicht zu erwarten. Des Weiteren könnte die Rechtsprechung leicht darauf verweisen, dass sich der Gesetzgeber mit der Streichung der Nr. 2 in den §§ 299a, 299b StGB sehenden Auges für eine Begrenzung der Strafbarkeit auf Wettbewerbslagen und damit gegen die Erfassung von Korruption in Monopollagen entschieden habe, so dass eine extensive Auslegung des Wettbewerbsbegriffs bei §§ 299a, 299b StGB nicht in Betracht kommt.⁷⁹⁹ Doch auch dann, wenn die Rechtsprechung beim für § 299 StGB a. F. entwickelten, weiten Wettbewerbsbegriff bleiben sollte, sind jedenfalls die dazu geäußerten Bedenken einer zu starken Subjektivierung des Wettbewerbsbegriffs auf § 299a, § 299b StGB übertragbar. So wird zur Eingrenzung des als zu weit gefasst empfundenen Wettbewerbsbegriffs gefordert,

⁷⁹³ Vgl. *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/8106 S. 15.

⁷⁹⁴ Vgl. *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/8106 S. 15 f.

⁷⁹⁵ Vgl. *Dannecker/Schröder*, in: *Nomos StGB*, § 299a Rn. 142.

⁷⁹⁶ BGBl. I 2015, 2025.

⁷⁹⁷ Vgl. *Kubiciel*, ZMGR 2016, 289 (290); a. A. *Gaede*, in: *Leitner/Rosenau/Ahlbrecht*, § 299a StGB Rn. 60.

⁷⁹⁸ Vgl. *Hoven*, NSTZ 2015, 553 (556); *Kubiciel*, KPzK 3/2016, 1 (3).

⁷⁹⁹ Vgl. *Kubiciel*, KPzK 3/2016, 1 (3).

dass nicht nur subjektiv, sondern auch nach objektiven Umständen zum Zeitpunkt der Bevorzugung ein konkretes Wettbewerbsverhältnis im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG zu erwarten ist, um in potentiellen Monopollagen den Bezug zum Wettbewerb herzustellen.⁸⁰⁰

Unabhängig davon ist es äußerst bedauerlich und der Rechtssicherheit nicht zuträglich, dass die Gesetzesbegründung zu der finalen Fassung der §§ 299a, 299b StGB weder dezidiert auf die Folgen des Wegfalls des § 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB-E eingeht, noch das gefundene Ergebnis – Monopolstellungen sind konträr zu der Begründung in BT-Drs. 18/6446 doch von der Wettbewerbsvariante erfasst – an dem neugefassten § 299 StGB überprüft.⁸⁰¹ Anhand des vorgestellten Fallbeispiels soll untersucht werden, ob eine Strafbarkeitslücke bei Monopollagen tatsächlich so fernliegend ist, wie der Gesetzgeber anzunehmen scheint.

3.3.3.1.2 Beteiligung an Unternehmen im Gesundheitswesen

Ärzten ist es nicht verwehrt, zur Ergänzung oder Unterstützung ihrer Berufstätigkeit Unternehmen im Gesundheitswesen zu betreiben oder sich daran zu beteiligen.⁸⁰² Das gilt auch für die Beteiligung an einem Unternehmen, das medizinische Hilfsmittel oder Medizinprodukte herstellt oder vertreibt. Problematisch wird die Beteiligung dort, wo der Arzt den an ihn ausgeschütteten Gewinnanteil durch sein Verordnungs- oder Bezugsverhalten oder die Zahl der zugewiesenen Patienten steuern kann: Dem steht § 31 Abs. 1 MBO-Ä entgegen, wonach der Arzt keine Vorteile für den Bezug von Hilfsmitteln oder Medizinprodukten fordern darf. Die Grenzziehung zwischen zulässiger, von Art. 12 Abs. 1 GG gedeckter Unternehmensbeteiligung⁸⁰³ und einer unzulässigen Zuweisung gegen Entgelt wird vom BGH dort gezogen, wo bei objektiver Betrachtung ein spürbarer Einfluss der Patientenzuführungen des einzelnen Arztes auf seinen Ertrag aus der Beteiligung ausgeschlossen erscheint.⁸⁰⁴ Vertragsgestaltungen, die dieses Verbot umgehen sollen, sind in der Praxis ebenso phantasie reich wie unzulässig.⁸⁰⁵

⁸⁰⁰ Vgl. Gaede, in: Leitner/Rosenau/Ahlbrecht, § 299a StGB Rn. 60.

⁸⁰¹ Vgl. Tsambikakis, medstra 2016, 131 (136).

⁸⁰² Vgl. Ratzel, in: Kommentar zur MBO, § 31 MBO-Ä Rn. 29.

⁸⁰³ Vgl. Braun/Püschel, MedR 2013, 655 (656).

⁸⁰⁴ Vgl. BGH, Urteil vom 13.01.2011 – I ZR 111/08, GesR 2011, 246 (253) (Hörgeräte II).

⁸⁰⁵ Vgl. Ratzel a.a.O., § 31 MBO-Ä Rn. 31.

Ob die dargestellte Kooperation eine solche Umgehung darstellt wird im Folgenden untersucht werden.

3.3.3.2 Objektiver Tatbestand

3.3.3.2.1 Tauglicher Täter

A ist Facharzt für Orthopädie und damit Angehöriger eines Heilberufes, der für die Berufsausübung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert.

3.3.3.2.2 Tathandlung

3.3.3.2.2.1 Verordnung

A verordnet seinen Patienten die Schienen, die von der B-GbR gefertigt werden. Die Tatbestandsalternative des § 299a Nr. 1 StGB ist damit gegeben.

3.3.3.2.2.2 Bezug

In der Variante der von A und B erwogenen „Vorratshaltung“ der Implantate A bezieht die Implantate direkt von der B-GbR, um sie bei Bedarf an seine Patienten anzupassen. Es geht damit um den Bezug von Medizinprodukten, die zu unmittelbaren Anwendung durch den Heilberufsangehörigen bestimmt sind, § 299a Nr. 2 StGB.

3.3.3.2.2.3 Zuführung

As Patienten, welchen die Sprunggelenksschiene verordnet worden war, wird mitgeteilt, dass sie dieses besondere Hilfsmittel nur im Sanitätshaus der B-GbR erhalten können. Eine Zuführung an das Sanitätshaus gem. § 299a Nr. 3 StGB ist bei dieser Patientengruppe gegeben.

Über 90 % von As Patienten, mithin auch solche, welchen keine Schiene verordnet wurde, kaufen ihre verordneten Hilfsmittel, im Sanitätshaus der B-GbR ein. Die Tathandlung des § 299a Nr. 3 StGB, die Zuführung von Patienten, kommt damit auch für As übrige Patienten in Betracht. Nach dem sozial- und berufsrechtlichen Zuweisungsbegriff, § 73 Abs. 7 SGB V, § 31 MBO-Ä, ist unter Zuführung jede Einwirkung auf den Patienten mit der Absicht, dessen Auswahl eines Arztes oder eines anderen Leistungserbringers zu beeinflussen, zu verstehen. Empfehlungen seien davon

ausdrücklich auch umfasst.⁸⁰⁶ Fraglich ist jedoch, ob in einer Konstellation wie hier – die Patienten bekommen auf Nachfrage 5 Häuser genannt, ohne dass dasjenige, an welchem A beteiligt ist, besonders herausgestrichen wird – überhaupt von einer „Zuführung“ gesprochen werden kann.

Schneider verneint das, da der darauf abstellt, ob ein „führendes“, d. h. ein lenkendes, steuerndes Verhalten des Arztes gegenüber dem Patienten gegeben ist.⁸⁰⁷ Erst wenn die gegebene Informationsasymmetrie zwischen Arzt und Patient dazu missbraucht werde, um den Patienten gezielt in Richtung eines bestimmten Dritten zu lenken, liege eine tatbestandsmäßige „Zuführung“ vor. Diese sei dann nicht gegeben, wenn der Patient sich, auch nach einer Empfehlung, eigenverantwortlich entscheide und persönlich die Führung bzw. das Steuer bei der Wahl des Dritten übernommen habe. Anhand der zur Einwilligung in den ärztlichen Heileingriff entwickelten Grundsätze zur Autonomie der Patientenentscheidung könne beurteilt werden, ob der Patient genug Informationen habe, um nicht vom Arzt an einen Dritten „zugeführt“ zu werden. Dabei müsse der Patient jedoch auch über alle Parameter informiert werden, die sein Vertrauen beeinflussen könnten. Dazu gehöre auch eine Aufklärung über Einkommensmöglichkeiten, die sich aus der Wahl eines bestimmten Unternehmens für den Arzt ergeben würden. Lege ein Orthopäde einem Patienten nahe, die Physiotherapie bei einer bestimmten Einrichtung in Anspruch zu nehmen, führe er ihn, wenn er nicht offenlege, dass ihm das Unternehmen gehöre, da der Gerichtspunkt, dass der Arzt entsprechende Einnahmen erziele, für die Abwägungsentscheidung des Patienten durchaus eine Rolle spielen könne.⁸⁰⁸ Dieser Auffassung schließt sich *Harneit* an. Wenn wie im hier vorliegenden Fall dem Patienten zu seiner Information eine Liste mit allen Anbietern der nachgefragten Gesundheitsleistung übergeben werde, ohne den einen oder anderen Anbieter hervorzuheben und damit zu bevorzugen, handelte sich es um einen bloßen Reflex aus einer autonomen Entscheidung des Patienten.⁸⁰⁹

Diese Auffassungen überzeugen zum Teil. An *Schneiders* Auffassung ist zu kritisieren, dass sie weiteren Dokumentationsaufwand für die Ärzte bedeutet – auch diese Aufklärung des Patienten muss schriftlich fixiert werden,

⁸⁰⁶ Deutscher Bundestag, BT-Drs. 18/6446 S. 20.

⁸⁰⁷ Vgl. *Schneider/Ebermann*, medstra 2018, 67 (68).

⁸⁰⁸ *Schneider/Ebermann*, medstra 2018, 67 (68).

⁸⁰⁹ *Harneit*, MedR 2017, 688 (692 f.).

um den Verdacht des § 299a StGB ausräumen zu können. Weiter kann es zu einem Bruch in der Rechtseinheit führen, wenn der eindeutig dem Sozialrecht entlehnte Begriff der Zuführung im StGB durch Ausklammerung der Empfehlungen an einen Patienten einen engeren Anwendungsbereich hat als in den SGB.⁸¹⁰ Sofern sich der Gesetzgeber für die Verwendung des weiten Zuführungsbegriffs aus dem Sozialrecht entschieden hat, ist dies für den Rechtsanwender so hinzunehmen, auch wenn die Zuführungsvariante so „aufgebohrt“ wird.⁸¹¹ Die Gegenauffassung, dass auch dann von einer Zuführung eines Patienten ausgegangen werden muss, wenn die Verdienstmöglichkeiten des Arztes bei Inanspruchnahme eines bestimmten Unternehmens offengelegt werden, ist jedoch ebenso abzulehnen.⁸¹² Diese würde letztlich dazu führen, dass der Arzt seinen Patienten gegenüber das Unternehmen, an dem er beteiligt ist, überhaupt nicht erwähnen darf oder sogar davon abraten muss, es in Anspruch zu nehmen – auch wenn die dort erbrachte Leistung bzw. vorgehaltenen Waren hochwertiger sind als bei der Konkurrenz.

Es sollte stattdessen eine Abwägung stattfinden zwischen der Patientenautonomie einerseits und der Situation des Arztes andererseits, der sich Patienten gegenüber sieht, die auch im Zeitalter des Dr. Google kein Interesse daran haben, sich selbst einen Gesundheitsanbieter zu suchen, sondern stattdessen erwarten, dass der Arzt ihres Vertrauens die Entscheidung für sie trifft. Hinzu kommt, dass die Bereitschaft eines Patienten, sich selbst z. B. auf die Suche nach Sanitätshäusern zu machen, umso geringer ist, je intimer seine Beeinträchtigungen sind. Während man bei Patienten, die Gelenkschienen, Krücken oder ähnliches benötigen noch eher davon ausgehen kann, dass sie ein Sanitätshaus etwa nach Nähe zum Wohnort oder der Arbeitsstätte, Ambiente oder Qualität der persönlichen Beratung auswählen, ist dies bei der Versorgung mit Artikeln für Harn- und/oder Stuhlinkontinenz eher nicht anzunehmen. Die Patienten werden wenig Interesse daran haben, mit ihrem Beschwerdebild hausieren zu gehen, bis sie sich gut aufgehoben fühlen. Sie werden sie erwarten vielmehr die Empfehlung ihres Arztes nach kompetentem, freundlichen und vor allem diskreten Personal. Dieser dann ausgesprochenen Empfehlung kann der Patient folgen, muss er aber nicht.

⁸¹⁰ Sehr krit. *Dannecker/Schröder*, Nomos StGB, § 299a Rn. 172.

⁸¹¹ *So Schneider/Ebermann*, medstra 2018, 67 (67).

⁸¹² *Siehe Dannecker/Schröder*, Nomos StGB, § 299a Rn. 172.

Harneits Ansatz stellt einen guten Mittelweg dar, um den tatsächlichen Gegebenheiten Rechnung zu tragen, andererseits aber auch Transparenz bei nachgefragten Empfehlungen sicherzustellen. Die Empfehlung an einen Patienten ist nur dort unter § 299a zu subsumieren, wo für die autonome Patientenentscheidung kein Raum mehr bleibt, etwa wenn sich die Empfehlung auf eine, als alternativlos dargestellte Einrichtung beschränkt. Werden den Patienten auf deren Nachfrage dagegen verschiedene Möglichkeiten genannt, wobei die Einrichtung, an welcher der Arzt beteiligt ist, keine Sonderstellung einnimmt, ist es eine autonome Entscheidung des Patienten, welche der Möglichkeiten für ihn selbst die passende ist. Er kann und muss seine eigenen Kriterien in die Entscheidung unter den 5 Häusern mit einfließen lassen – wie ist die Verkehrsanbindung, die Öffnungszeiten, die Terminverfügbarkeit, die Ausführlichkeit der Beratung – und wählt letztlich autonom aus. Die Mitteilung, an welcher Einrichtung eine Beteiligung besteht, kann sich dabei auch negativ im Sinne einer Einschränkung der Patientenautonomie auswirken. Bei Patienten kann das Gefühl einer Verpflichtung entstehen, sich erst recht an das Sanitätshaus zu wenden, an dem der Arzt beteiligt ist, ausgehend von der (zutreffenden) Überlegung, dass sich der Arzt nicht an einem Sanitätshaus beteiligen werde, von dessen Qualität er nicht überzeugt ist.

Zusammengefasst kann nicht von einer Zuführung im Sinne des § 299a Nr. 3 StGB ausgegangen werden, wenn sich Patienten, wenn auch mit Informationen des Arztes ausgestattet, aufgrund einer autonomen Entscheidung für einen bestimmten Anbieter von Gesundheitsleistungen entscheiden. Im hier vorliegenden Fall ist eine solche Autonomie bei der Auswahl zwischen 5 gleichwertigen Sanitätshäusern gegeben. Eine „Zuführung“ im Sinne der Tatbestandsalternative des § 299a Nr. 3 StGB scheidet bezüglich der Patienten, welchen keine Schiene verordnet worden war, aus.

3.3.3.2.2.4 Fordern eines Vorteils

A fordert im Rahmen der vertraglichen Zusammenarbeit eine Umsatzbeteiligung an der B-GbR, die in Geld ausbezahlt wird. Das Fordern eines Vorteils, durch den A wirtschaftlich bessergestellt ist, ist damit gegeben, ebenso wie die Annahme des Vorteils durch A.

3.3.3.2.3 Unrechtsvereinbarung

3.3.3.2.3.1 Unlautere Bevorzugung

Die ausschließliche Verordnung von Produkten nur eines Medizinprodukteherstellers, an dessen Umsatz ein Arzt direkt beteiligt ist, gehört zu einer der Fallkonstellationen, die der Gesetzgeber bei der Schaffung der §§ 299a, 299b StGB direkt im Blick hatte. So könne eine unzulässige und strafbare Verknüpfung zwischen Unternehmensbeteiligung und medizinischen Entscheidungen dann vorliegen, wenn ein Arzt einem Unternehmen, an dem er selbst beteiligt ist, einen Patienten zuführt und er für die Zuführung des Patienten wirtschaftliche Vorteile, etwa eine Gewinnbeteiligung, erhält, ohne dass die Zuführung wegen eines hinreichenden Grundes geschieht.⁸¹³ Auch ein Verstoß gegen § 128 Abs. 2 SGB V, der es Leistungserbringern verbietet, Ärzte gegen Entgelt an der Versorgung der gesetzlich krankenversicherten Patienten mit Hilfsmitteln zu beteiligen, ist denkbar. Es ist damit zu prüfen, ob ein Verstoß gegen diese oder andere Vorschriften des Berufs- oder Sozialrechts gegeben ist oder andere Gründe vorliegen, die eine unlautere Bevorzugung eines Mitbewerbers zur Folge haben.

3.3.3.2.3.1.1 Verstoß gegen § 31 Abs. 1 MBO-Ä

Fraglich ist, ob die Zusammenarbeit zwischen A und der B-GbR im Rahmen der Fertigung, Verordnung und Abgabe der Sprunggelenksschienen gegen Berufsrecht, § 31 Abs. 1 MBO-Ä, verstößt. Demnach ist es Ärztinnen und Ärzten nicht gestattet, für die Verordnung oder den Bezug von Arznei- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten ein Entgelt oder andere Vorteile zu fordern, sich versprechen oder gewähren zu lassen. Schutzzweck dieser Regelung ist unter anderem, dass sich der Arzt in seiner Entscheidung, welche Arznei-, Hilfsmittel oder Medizinprodukte er verordnet oder bezieht, nicht von vorneherein gegen Entgelt bindet, sondern diese Entscheidung allein auf Grund medizinischer Erwägungen im Interesse des Patienten trifft.⁸¹⁴

Sämtliche berufsrechtswidrigen Kooperationsmodelle zwischen Arzt und Heil- und Hilfsmittelhersteller haben eines gemeinsam: Der Arzt wählt unter mehreren verschiedenen Herstellern, die über ein austauschbares Leistungsspektrum verfügen, einen aus, mit dem er dauerhaft unter

⁸¹³ Deutscher Bundestag, BT-Drs. 18/6446 S. 19.

⁸¹⁴ Vgl. Ratzel, in: Kommentar zur MBO, § 31 MBO-Ä Rn. 3.

Ausschluss der anderen kooperiert, wobei er diese Entscheidung allein aufgrund des ihm gewährten Vorteils trifft. Im oben dargestellten Fall ist die Konstellation jedoch eine andere: Der Orthopäde hat das von ihm verordnete Hilfsmittel, die Sprunggelenksschiene, selbst erfunden. Die B-GbR stellt diese für ihn her. Es gibt keine Vorschrift im Berufsrecht die verbietet, dass Ärzte Erfindungen machen und sie, die Indikation für deren Einsatz und die Sicherheit der Patienten vorausgesetzt, in ihrer täglichen Arbeit verwenden. Es ist ebenfalls berufsrechtlich nicht verboten, dass diese Erfindungen dann von einem anderen als dem Erfinder massenweise hergestellt werden. Es ist aus dem Berufsrecht keine Verpflichtung abzuleiten, derartige Erfindungen von mehr als einem Unternehmen herstellen zu lassen, um gewissermaßen selbst eine Wettbewerbssituation zu schaffen. Es ist Ärzten auch nicht verwehrt, sich an Unternehmen im Gesundheitswesen zu beteiligen, auch wenn das ihre Berufstätigkeit ergänzt oder unterstützt.⁸¹⁵ Eine Umsatzbeteiligung an einem Unternehmen, auch im Gesundheitssektor, ist auch nicht nach der Gesetzesbegründung zu § 299a StGB per se ausgeschlossen.⁸¹⁶

Eine unzulässige, also sachfremde bzw. allein am gewährten Entgelt ausgerichtete Verknüpfung zwischen dem gewährten Vorteil in Form der Umsatzbeteiligung und ärztlicher Leistung in Form der Verordnung der Schienen und konsekutiver Zuführung der Patienten, ist hier nicht gegeben, auch wenn A durch sein Ordnungsverhalten direkt den generierten Umsatz beeinflussen kann. A ist von seiner Erfindung überzeugt – sonst hätte er sie nicht gemacht – und seine Patienten haben einen objektivierbaren Nutzen aus der Verwendung der Schiene. Dass As Verordnung zwingend bei der B-GbR einzulösen ist, ist eine direkte Folge aus der zulässigen Vereinbarung, dass die B-GbR exklusiv diese Schienen für A fertigt. Bei anderen Sanitätshäusern kann die Verordnung schlicht nicht eingelöst werden, da andere Sanitätshäuser diese Schiene nicht fertigen. Von einer unlauteren Bevorzugung der B-GbR gegenüber anderen Häusern ist damit nicht auszugehen. Die Lauterkeit ergibt sich aus dem Fertigungsvertrag zwischen A und der B-GbR. Ist man entgegen der hier vertretenen Auffassung der Ansicht, dass § 31 Abs. 2 MBO-Ä Anwendung findet,⁸¹⁷ ist

⁸¹⁵ Vgl. *Ratzel a.a.O.*, § 31 MBO-Ä Rn. 29.

⁸¹⁶ Vgl. *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446 S. 19.

⁸¹⁷ Siehe die Ausführungen unter 3.3.2.2.3.3 ab Seite 166.

der zulässige Fertigungsvertrag zwischen A und der B-GbR der hinreichende Grund, aus dem die Verweisung an die B-GbR erfolgt.

Die Unlauterkeit folgt auch nicht aus der A eingeräumten Vergütung. Es ist nicht von A zu fordern, dass dieser das Recht zur Fertigung einer seiner Erfindungen gratis an einen Dritten überträgt. Entsprechende Vorschriften im Berufs- und Sozialrecht existieren nicht und würden Angehörige der Heilberufe auch gegenüber anderen Berufen wie z. B. Maschinenbauern oder Programmierern, die auf eine Vergütung für ihre Erfindungen angewiesen sind, ungerechtfertigt benachteiligen. Eine Unlauterkeit aufgrund der Vergütung ergibt sich auch nicht aus der hier vertretenen Zweistufenprüfung. Ein Sockelbetrag für die exklusive Erlaubnis, die Sprunggelenkschiene herzustellen, ist kaum zu ermitteln, da bis zur der Grenze der Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB das zu zahlende Entgelt zwischen den Vertragsparteien frei vereinbart werden kann. Objektivierbare Maßstäbe wie die Vergütungssysteme von EBM und GOÄ existieren hierzu nicht. Dem Vorteil in Form einer Umsatzbeteiligung an der B-GbR stehen jedoch die Gegenleistung des Exklusivvertrags zur Herstellung der Schienen und der Erlaubnis, diese auch an Dritte zu verkaufen. Die Vergütung ist marktüblich. Von einer Unrechtsvereinbarung aufgrund des Missverhältnisses zwischen Vorteil und Gegenleistung ist daher nicht auszugehen.

Dasselbe gilt für die Tathandlung der Zuführung der Patienten gem. § 299a Nr. 3 StGB bezogen auf die Patienten, welchen die Schiene verordnet worden war. Dass As Verordnung zwingend bei der B-GbR einzulösen ist und die Patienten auch die B-GbR aufsuchen, ist eine direkte Folge aus der zulässigen Vereinbarung, dass die B-GbR exklusiv diese Schienen für A fertigt. Bei anderen Sanitätshäusern kann die Verordnung schlicht nicht eingelöst werden, da andere Sanitätshäuser diese Schiene nicht fertigen. Die Ausführungen zur Tathandlung der Verordnung gelten entsprechend. Von einer unlauteren Bevorzugung der B-GbR ist damit nicht auszugehen.

3.3.3.2.3.1.2 Verstoß gegen § 128 Abs. 2 S. 3 SGB V

Auch ein Verstoß gegen Sozialrecht kommt in Betracht. Nach § 128 Abs. 2 S. 3 SGB V stellt es eine unzulässige Zuwendung von einem Leistungserbringer an einem Vertragsarzt dar, wenn dieser Einkünfte aus Beteiligungen an Unternehmen dieses Leistungserbringers erhält, die der Vertragsarzt durch sein Verordnungs- oder Zuweiserverhalten selbst maßgeblich beeinflussen kann. Im Fallbeispiel kann A durch die Verordnung der Sprunggelenksschienen, die in der Herstellung sehr teuer sind, in der Tat

direkten Einfluss auf die von der B-GbR generierten Umsätze und damit seine 20%ige Beteiligung hieran, nehmen. Verstößt die Kooperation zwischen A und der B-GbR gegen Sozialrecht, ist von einer unlauteren Bevorzugung der B-GbR bei der Verordnung der Sprunggelenksschienen bzw. damit verbunden der Zuführung von Patienten an das Sanitätshaus auszugehen.

Das stetig weiter gefasste Verbot in § 128 Abs. 2 SGB V⁸¹⁸ soll sicherstellen, dass die verordnenden Ärzte unbeeinflusst von wirtschaftlichen Eigeninteressen über die Versorgung der Versicherten mit Hilfsmitteln bestimmen.⁸¹⁹ In der Praxis ist § 128 Abs. 2 S. 3 SGB V jedoch nicht einfach handzuhaben.⁸²⁰ Das Beteiligungsverbot wird in der Literatur als eine Ausweitung des bis zur Einführung des § 128 SGB V rein berufsrechtlichen Verbots auf das Sozialrecht verstanden.⁸²¹ § 128 Abs. 2 S. 3 SGB V solle nur, ebenso wie § 31 MBO-Ä die innerhalb von Zuweiserbindungsmodellen gewährten Vorteile untersagen, gleich ob diese versteckt oder offen erfolgen.⁸²²

Sofern man die Auffassung vertritt, dass auch § 31 Abs. 2 MBO-Ä bei der Prüfung des § 299a StGB Anwendung findet, kann so auch § 128 Abs. 2 S. 3 SGB V hierdurch eingeschränkt werden: Liest man in § 128 Abs. 2 S. 3 SGB V „ohne sachlichen Grund“ mit,⁸²³ ist im hier vorliegenden Fall kein Verstoß gegen Sozialrecht gegeben. Die Zuweisung der Patienten von A an das Sanitätshaus zur Anpassung und Abgabe seiner selbst entwickelten Sprunggelenksschienen stellt einen sachlichen Grund für die Zuweisung an die B-GbR, die aufgrund ihrer Vereinbarung mit A als einziges Sanitätshaus die Sprunggelenksschienen herstellen darf, dar. Der Fertigungsvertrag ist der hinreichende Grund, aus dem die Verweisung an die B-GbR erfolgt.

Doch auch nach der hier vertretenen Auffassung kann nicht von einem Verstoß gegen Sozialrecht und damit einer unlauteren Bevorzugung der B-GbR ausgegangen werden. § 128 Abs. 2 S. 3 SGB V verbietet Einkünfte, die durch das Verordnungs- oder Zuweisungsverhalten maßgeblich beeinflusst werden können. Abzustellen sei nach der sog. Hörgeräte II-Entscheidung des BGH darauf, ob bei objektiver Betrachtung durch die

⁸¹⁸ Vgl. die Zusammenfassung bei *Ratzel*, ZMGR 2012, 258 (262).

⁸¹⁹ Vgl. *Wabnitz*, in: *Spickhoff Medizinrecht*, § 128 SGB V Rn. 5.

⁸²⁰ Vgl. die Beispiele bei *Ratzel*, ZMGR 2012, 258 (262).

⁸²¹ Vgl. *Wittmann/Koch*, MedR 2011, 476 (479) m. w. N.

⁸²² So *Ratzel*, in: *Kommentar zur MBO*, § 31 MBO-Ä Rn. 42.

⁸²³ So *Ratzel*, a.a.O., § 31 MBO-Ä Rn. 42.

Patientenzuführungen ein spürbarer Einfluss auf den Ertrag des Arztes aus der Beteiligung ausgeübt werden könne. Ebenso könne sich die Unzulässigkeit der Beteiligung aus der Gesamthöhe der dem Arzt aus ihr zufließenden Vorteile ergeben, sofern diese in spürbarer Weise von seinem eigenen Verweisungsverhalten beeinflusst werde.⁸²⁴ § 128 Abs. 2 S. 3 SGB V sieht damit im Grunde, wie die Korruptionsdelikte im Strafrecht, eine Verknüpfung zwischen ärztlicher Leistung - der Verordnung bzw. Zuweisung - und dem erhaltenen Vorteil in Form der Beteiligung vor.⁸²⁵ Die allgemeine Umsatzbeteiligung von 20% in diesem Fall ist jedoch keine von § 128 Abs. 2 S. 3 SGB V verbotene pro-Kopf-Prämie für an die B-GbR vermittelten Patienten, sondern die Gegenleistung für den exklusiven Fertigungsvertrag für die Sprunggelenkschienen.

Eine versteckte pro-Kopf-Prämie ergibt sich auch nicht aus der Höhe des dem Arzt gewährten Entgelts. Im oben geschilderten Fallbeispiel wird klargestellt, dass die Umsatzbeteiligung, die A erhält, marktüblich ist. Ebenso ist, wie bereits oben zu § 31 Abs. 1 MBO-Ä ausgeführt, die Zuweisung von Patienten zur B-GbR nur die mittelbare Wirkung der zulässigen Kooperation über die Fertigung der Sprunggelenksschienen. Zwar ist es A trotz der nur mittelbaren weil prozentualen Umsatzbeteiligung möglich, das von der B-GbR erhaltene Entgelt über die Anzahl seiner Zuweisungen zu steuern. Letztlich erhält er aber nur eine marktübliche Vergütung, die als Gegenleistung für den exklusiven Fertigungsvertrag dient, und nicht der Abgeltung der Patientenzuweisung. Die grundsätzliche Möglichkeit der Steuerung der eigenen Einkünfte über die Verordnung ist nur mittelbare Folge der sozialrechtlich an sich zulässigen Kooperation zur Fertigung der Sprunggelenksschienen. Ein Verstoß gegen Sozialrecht und damit eine unlautere Bevorzugung der B-GbR ist nicht gegeben.

3.3.3.2.3.1.3 Verkürzter Versorgungsweg und Depotverbot

Fraglich ist, ob die geplante Zusammenarbeit zwischen A und der B-GbR gegen § 128 Abs. 2 S. 1 SGB V verstößt. § 128 Abs. 2 S. 1 SGB V untersagt es Leistungserbringern, Vertragsärzte gegen Entgelt oder Gewährung sonstiger wirtschaftlicher Vorteile an der Durchführung der Versorgung mit

⁸²⁴ BGH, Urteil vom 13.01.2011 – I ZR 111/08, GesR 2011, 246 (253).

⁸²⁵ So bereits 5 Jahre vor Inkrafttreten des § 299a StGB Wittmann/Koch, MedR 2011, 476 (481 ff.).

Hilfsmitteln zu beteiligen oder solche Zuwendungen im Zusammenhang mit der Verordnung von Hilfsmitteln zu gewähren.

Kooperationen zwischen niedergelassenen Ärzten und Hilfsmittelherstellern, besonders im Bereich der Versorgung mit Hörgeräten, beschäftigte bereits vor Einführung der §§ 299a, 299b StGB Rechtsprechung und Gesetzgeber unter dem Stichwort des Verkürzten Versorgungsweges. Bis zur Neufassung des § 128 SGB V durch das GKV-OrgWG zum 01.04.2009⁸²⁶ war es Praxis einiger Sanitätshäuser, bei Vertragsärzten so genannte Hilfsmitteldepots einzurichten, so dass die Hilfsmittel direkt von den Vertragsärzten an die Versicherten ohne Zwischenschaltung der Leistungserbringer abgegeben wurden.⁸²⁷ Es kam dadurch zu einer Verkürzung des Versorgungsweges der Versicherten. Unter diesem Stichwort des verkürzten Versorgungsweges wurden von der Rechtsprechung gebilligte Vertriebsmodelle zusammengefasst, die den Arzt mit einer ärztlichen Leistung in die Hilfsmittelabgabe gegen direkte Vergütung durch den Hilfsmittelhersteller bzw. -lieferanten einbanden.⁸²⁸ Der verkürzte Versorgungsweg war oberflächlich betrachtet eine win-win-Situation für Arzt und Patient: Der Arzt erhielt, etwa für die Fertigung eines Ohrabdrucks⁸²⁹ oder die Anpassung einer Brille⁸³⁰ eine Zusatzvergütung, während der Patient komfortabel ohne lästige Lauferei sein Hörgerät bzw. seine Brille vor Ort aussuchen konnte und diese auch angepasst bekam.⁸³¹ Rechtlich problematisch wurde es dort, wo auch die Hilfsmittelhersteller bzw. -lieferanten „winner“ sein wollten: Eine Bindung des Arztes und seinen Patienten an einen Hersteller war betriebswirtschaftlich ideal, verstieß aber potentiell gegen § 34 Abs. 5 MBO-Ä a. F., heute § 31 Abs. 2 MBO-Ä, wonach ohne sachlich gebotenen Grund keine Zuweisung an einen bestimmten Hilfsmittelerbringer erfolgen darf. Das OLG Köln sah es noch in 2006 mit der Berufsordnung als vereinbar an, wenn ein HNO-Arzt, der an dem Unternehmen eines Hörgeräteakustikers beteiligt war, in die Abgabe von Hörgeräten im verkürzten Versorgungsweg mit diesem eingebunden war, solange das an den Arzt gezahlte Entgelt nicht in Relation zu den zu erbringenden Leistungen

⁸²⁶ BGBl. I 2008, 2426.

⁸²⁷ Vgl. Wabnitz, in: Spickhoff Medizinrecht, § 128 SGB V Rn. 1.

⁸²⁸ Vgl. Ratzel, GesR 2008, 623.

⁸²⁹ Vgl. BGH, Urteil vom 29.06.2000 – I ZR 59/98, VersR 2001, 210.

⁸³⁰ Vgl. OLG Celle, Urteil vom 21.12.2006 – 13 U 118/06, GesR 2007, 220.

⁸³¹ Vgl. Ratzel, GesR 2008, 623 (624).

unangemessen hoch war.⁸³² Nach der Neufassung des § 128 SGB V durch das GKV-OrgWG⁸³³ sowie der Hörgeräte II-Entscheidung des BGH⁸³⁴ ist diese Ansicht heute so nicht mehr vertretbar. Das einzige heute noch zulässige Modell der Versorgung der Versicherten mit Hilfsmitteln direkt durch den Arzt nach § 128 Abs. 4 SGB V sieht die zwingende Beteiligung der Krankenkassen an diesen Versorgungssystemen vor.⁸³⁵ Es gilt das sog. Depotverbot: Die Abgabe von Hilfsmitteln an GKV-Versicherte über Depots bei Vertragsärzten ist unzulässig, außer es handelt sich um Hilfsmittel, die zur Versorgung in Notfällen benötigt werden.

Hilfsmittel sind sächliche Mittel, die durch ersetzende, unterstützende oder entlastende Wirkung den Erfolg der Krankenbehandlung sichern, eine Behinderung ausgleichen oder ihr vorbeugen. Dazu gehören insbesondere Körperersatzstücke und typische orthopädische Hilfsmittel, aber auch Gegenstände, die den Erfolg einer Behandlung bei Anwendung durch den Versicherten selbst sicherstellen sollen.⁸³⁶ Die von A entwickelten Schienen sind gerade solche Gegenstände, die As Patienten selbst anwenden sollen und die den Erfolg von As Behandlung bei einem Außenbandriss sichern. Durch die Lagerung in As Praxis wird ein Depot gebildet, aus dem A die Schienen direkt ohne Zwischenschaltung des Sanitätshauses abgeben soll. Notfälle im Sinne des § 128 Abs. 1 S. 1 SGB V dürften in der Regel nicht vorliegen; auch bei der bisherigen Zusammenarbeit war es As Patienten noch möglich, für den Erhalt der Schiene das nahe gelegene Sanitätshaus der B-GbR aufzusuchen. Die geplante Zusammenarbeit zwischen A und der B-GbR verstößt gegen das Depotverbot in § 128 Abs. 2 S. 1 SGB V. Im Rahmen der rechtlichen Beratung ist A und der B-GbR dringend von einer solchen Vertragsgestaltung abzuraten. Sofern sie von ihrem Plan jedoch nicht abrücken möchten, müssen sie gem. § 128 Abs. 4 SGB V zwingend eine Krankenkasse an diesem Abgabesystem beteiligen.

⁸³² Vgl. *Ratzel*, in: Kommentar zur MBO, § 31 MBO-Ä Rn. 32; *OLG Köln*, Urteil vom 04.11.2005 – 6 O 46/05, ZMGR 2006, 67 (70).

⁸³³ BGBl. I 2008, 2426.

⁸³⁴ Vgl. *BGH*, Urteil vom 13.01.2011 – I ZR 111/08, GesR 2011, 246.

⁸³⁵ Vgl. *Ratzel*, GesR 2008, 623 (626); mit einem Beispielsfall zum Verkürzten Versorgungsweg unter Einbeziehung einer Krankenkasse zur Versorgung der Versicherten mit Blutzuckermessgeräten *Rönnau/Wegner*, MedR 2017, 206 (210).

⁸³⁶ Vgl. *Wabnitz*, in: Spickhoff Medizinrecht, § 33 SGB V Rn. 2 f.

3.3.3.2.3.1.4 Vereinbarung Mindestmenge

Eine Beeinträchtigung der Entscheidung, was für den Patienten die beste Behandlung ist, durch die gewährte Umsatzbeteiligung und damit eine Unrechtsvereinbarung ist jedoch möglicherweise dadurch gegeben, dass sich A gegenüber der B-GbR zu einer Mindestanzahl an verordneten Sprunggelenksschienen pro Jahr verpflichtet hat. Mit der Vereinbarung einer Mindestanzahl an zu verordnenden Schienen ist gleichzeitig eine Mindestzahl an unmittelbaren Anwendung am Patienten verbunden. Die Vereinbarung einer Mindestanzahl könnte so ausgelegt werden, dass A überflüssige Verordnungen macht, nur um die vorgegebene Mindestmenge zu erreichen und sich bei der Indikationsstellung zur Verwendung der Schiene statt vom Patientenwohl von der Umsatzbeteiligung an der B-GbR, mithin dem Vorteil, leiten lässt.

Aufgrund einer möglichen, das Patientenvertrauen erschütternden Verknüpfung zwischen Indikationsstellung und erhaltener Vergütung ist die Vereinbarung einer Mindestmenge von durchgeführten Operationen für Chefärzte unzulässig. Gem. § 135c Abs. 1 SGB V hat die Deutsche Krankenhausgesellschaft im Einvernehmen mit der Bundesärztekammer in ihren Beratungs- und Formulierungshilfen für Verträge der Krankenhäuser mit leitenden Ärzten Empfehlungen abgegeben, die sicherstellen, dass Zielvereinbarungen, die auf finanzielle Anreize insbesondere für einzelne Leistungen, Leistungsmengen oder Leistungskomplexe abstellen, ausgeschlossen sind. An anderer Stelle im SGB V sind jedoch Mindestmengen zur Qualitätssicherung vorgesehen. So fasst der gemeinsame Bundesausschuss für zugelassene Krankenhäuser Beschlüsse über einen Katalog planbarer Leistungen, bei denen die Qualität des Behandlungsergebnisses von der Menge der erbrachten Leistungen abhängig ist, sowie Mindestmengen für die jeweiligen Leistungen je Arzt oder Standort eines Krankenhauses, § 136b Abs. 1 Nr. 2 SGB V.

In dem oben dargestellten Fall ist der A nicht leitender Arzt und § 135c SGB V damit nicht auf ihn anwendbar. Dennoch scheint es ein gewisses Unbehagen bezüglich der Vereinbarung von Mindestzahlen einer bestimmten ärztlichen Leistung zu geben, da eine solche Vereinbarung möglicherweise der zu wahrenen Unabhängigkeit ärztlicher Leistungen

zuwider laufen kann.⁸³⁷ Andererseits ist man sich dessen bewusst, dass es sich positiv auf die Qualität einer Behandlung auswirkt, wenn diese häufig durchgeführt wird und Ärzte und Pflegepersonal mehr Übung bei der Durchführung dieser Behandlung erhalten. Dasselbe muss auch für die Verwendung einer Sprunggelenksschiene gelten, die auch zum Wohl der Patienten durch Erfahrung in der täglichen Praxis weiterentwickelt werden kann. Beide Vorschriften stehen sich konträr gegenüber, und eine konkrete Aussage, ob die Vereinbarung einer Mindestmenge an Verordnungen grundsätzlich als unvereinbar mit dem ärztlichen Berufsrecht angesehen werden kann, kann ihnen nicht entnommen werden.

Ein Mittelweg kann darin bestehen, dass eine unzulässige Verknüpfung einer Mindestmenge an Verordnungen als Gegenleistung für den gewährten Vorteil jedenfalls dann angenommen wird, wenn die vereinbarte Mindestmenge mit Blick auf die Patientenstruktur in der Praxis und sonstige Tätigkeit des Arztes so hoch erscheint, dass offensichtlich ein Mehr an Expertise, das er durch die Behandlungen gewinnen kann, nicht mehr zu erwarten ist oder die Gefahr besteht, dass nur zur Erreichung der Mindestzahl medizinisch nicht indizierte Hilfsmittel verordnet werden. Im vorliegenden Fall hatte sich A verpflichtet, 40 Schienen pro Jahr zu verordnen. Bezieht man in die Überlegung mit ein, dass er die von ihm entwickelten Schienen stetig weiterentwickeln will, und ohnehin etwa eine Verordnung pro Woche erfolgt, ist diese Anzahl von 40 Stück zur Qualitätssicherung jedenfalls nicht ungeeignet. Dies gilt insbesondere angesichts des breiten Anwendungsbereichs dieser Schiene. Sie kann bei jeder Art von Bänderdehnung oder Bänderriss im Sprunggelenk zum Einsatz kommen. A kann daher aus einer großen Menge an Patienten solche auswählen, für die die Behandlung mit seinen Schienen die am besten geeignete ist und die vereinbarte Mindestzahl einfach erreichen.

Anders stellte sich die Sachlage dar, hätte er sich verpflichtet, 600 Verordnungen im Jahr durchzuführen. Bei mehr als zwei Verordnungen pro Tag – die Wochenenden und Feiertage ausgenommen – ist von einer Art „Fließbandarbeit“ auszugehen, in der aufgrund der doch vielgestaltigen Beschwerdebilder, die Patienten einer orthopädischen Praxis haben, proble-

⁸³⁷ Siehe zur Vorgängerregelung § 136a SGB V a. F. *Ratzel*, *GesR* 2014, 333 (335) bzgl. der Mindestmenge bei implantierten Endoprothesen.

matisch ist, wie A überhaupt 600 Patienten mit Bänderriss pro Jahr akquirieren soll.

Wie oben bereits dargelegt ist bei 40 Verordnungen pro Jahr jedoch noch nicht davon auszugehen, dass A in seiner spezialisierten Praxis auch solche Patienten mit seinen Schienen versorgt, für die eine andere Behandlung besser geeignet wäre, nur um die Zielvereinbarung einzuhalten. Eine Unrechtsvereinbarung im Sinne einer unzulässigen Verknüpfung von Vorteil und Gegenleistung, die darin besteht, dass der Vorteil letztlich für die Durchführung nicht oder kaum indizierter Verordnungen gewährt wird, ist damit auch in Bezug auf die vereinbarte Mindestmenge nicht gegeben.

3.3.3.2.3.1.5 Unrechtsvereinbarung durch „Klebeeffekt“

Unabhängig von der Verordnung der Schiene beziehen 90% von As Patienten ihre Hilfsmittel im Sanitätshaus der B-GbR, an deren Gewinn A zu 20% beteiligt ist. Wie oben bereits dargelegt ist nach der hier vertretenen Auffassung bereits keine tatbestandliche „Zuführung“ gegeben, wenn den Patienten lediglich auf Nachfrage 5 als gleichwertig dargestellte Sanitätshäuser genannt werden, unter denen auch das der B-GbR ist. Das gilt erst recht für Patienten, die nicht nach einem Sanitätshaus fragen, sondern aufgrund der räumlichen Nähe aus eigenem Antrieb zur B-GbR gehen.

Schließt man sich dieser Auffassung nicht an, ist möglicherweise von einer unlauteren Bevorzugung des Hauses der B-GbR aufgrund der nicht zu leugnenden Patientenströme von As Praxis zum Sanitätshaus der B-GbR anzunehmen. A hat aufgrund der 20%igen Beteiligung ein wirtschaftliches Interesse daran, dass möglichst viele seiner Patienten bei B einkaufen. Eine unlautere Bevorzugung der B-GbR ist damit grundsätzlich denkbar. Andererseits ist es nicht ungewöhnlich, dass Patienten ein Sanitätshaus aufsuchen, das sie nach dem Arztbesuch schnell und einfach erreichen können. Das gilt auch und gerade für Patienten eines Orthopäden, die wegen Beschwerden des Bewegungsapparats einen Arzt aufsuchen und in der Regel nicht gut zu Fuß sind.

Bezüglich der Beteiligung an Unternehmen steht die Berufsfreiheit der Ärzte gem. Art. 12 Abs. 1 GG einer strengen Regelung in § 128 Abs. 2 S. 3 SGB V gegenüber. Demnach sind Einkünfte aus Beteiligungen an Unternehmen von Leistungserbringern, die Vertragsärzte durch ihr Verordnungs- oder Zuweisungsverhalten selbst maßgeblich beeinflussen, unzulässig. Nach den Empfehlungen des Vorstands der Bundesärztekammer zur

Beteiligung von Ärzten an Unternehmen wird vor diesem Hintergrund bereits eine Unzulässigkeit der Kooperation angenommen, wenn z. B. die Verordnungen eines Orthopäden rein faktisch zu einem Großteil im nächstgelegenen Sanitätshaus eingelöst würde, ohne dass der Arzt eine entsprechende Empfehlung ausspricht.⁸³⁸ Dasselbe gilt für Physiotherapiepraxen oder Apotheken in unmittelbarer Nähe.⁸³⁹ In strafrechtlicher Hinsicht liegt eine Unrechtsvereinbarung nahe, sobald auch mittelbare Vorteile über allgemeine Gewinnausschüttungen, die sich auch aus gesteigerten Patientenzahlen errechnen, gewährt werden. Dies gelte, sobald der Arzt durch seine Zuführung von Patienten oder Material spürbaren Einfluss auf seinen Beteiligungsertrag nehmen kann.⁸⁴⁰ Hintergrund sei, dass der Arzt dann, wenn er sich an einem Sanitätshaus oder einer Apotheke in unmittelbarer räumlicher Nähe oder sogar im selben Gebäude, beteilige, an seinen Patienten zweimal verdiene: Einmal über die Abrechnung seiner ärztlichen Leistung und ein zweites Mal über die Beteiligung an dem Unternehmen, das den Patienten mit den vom Arzt verordneten Hilfs- oder Arzneimitteln versorgt und über das der Arzt eine Gewinnausschüttung erhält. Durch dieses „Noch-Einmal-Mitverdienen“ des Arztes auf der Ebene der nichtärztlichen Leistungserbringung werde das Vertrauen in die Unabhängigkeit des Arztes und seine alleinige medizinische Motivation zur Verordnung zumindest erschüttert.⁸⁴¹ Erst bei hinreichend deutlicher räumlicher Trennung könne dieser „böse Schein“ nicht mehr angenommen werden.⁸⁴² Nach diesen Auffassungen müsste eine unlautere Bevorzugung im Sinne des § 299a StGB bereits dann angenommen werden, wenn wie hier 90% von As Patienten auch ohne Empfehlung das Sanitätshaus der B-GbR aufsuchen, an dem A beteiligt ist.

Es stellt sich jedoch die Frage, ob bei diesem Ergebnis nicht das Kind mit dem Bade ausgeschüttet wird. Wie oben bereits kurz angesprochen besteht patientenseits ein Interesse daran, ein Sanitätshaus aufzusuchen, das sie nach dem Arztbesuch schnell und einfach erreichen können – ganz besonders dann, wenn sie A wegen Beeinträchtigungen beim Gehen oder Stehen aufgesucht haben. Wenn die Entfernung das ausschlaggebende Kriterium

⁸³⁸ Vgl. Bundesärztekammer, Deutsches Ärzteblatt 2013, A2226 (A2230); Ratzel, in: Kommentar zur MBO, § 31 MBO-Ä Rn. 40.

⁸³⁹ Vgl. Scholz, GesR 2013, 12 (14).

⁸⁴⁰ Vgl. Dannecker/Schröder, in: Nomos StGB, § 299a Rn. 189.

⁸⁴¹ So Braun/Püschel, MedR 2013, 655 (657).

⁸⁴² Vgl. Scholz, GesR 2013, 12 (14); Braun/Püschel, MedR 2013, 655 (658).

bei der Wahl des Sanitätshauses unter den genannten 5 darstellt, ist nicht klar, inwiefern das Haus der B-GbR gegenüber den anderen unlauter bevorzugt wird. Letztlich ist es der Patient, der die B-GbR durch seinen Besuch bevorzugt, nicht der Arzt. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 128 Abs. 2 S. 3 SGB V. Die Vorschrift spricht von Einkünften, die durch das Verordnungs- oder Zuweisungsverhalten selbst maßgeblich beeinflusst werden können. Die Bundesärztekammer schießt über das Ziel hinaus wenn sie die Empfehlung ausspricht, gar keine Beteiligung an Unternehmen in unmittelbarer räumlicher Nähe einzugehen.⁸⁴³ Dies hätte die kuriose Folge, dass ein Arzt, der dennoch eine entsprechende Beteiligung erwirbt oder aber noch hält, seinen Patienten aktiv von der Frequentierung einer Apotheke bzw. eines Sanitätshauses in der Nähe abraten müsste, mit der Begründung, dass an diesem Unternehmen eine Beteiligung besteht. Dies führt seinerseits zu einer Einschränkung der Wahlfreiheit des Patienten bezüglich des Bezugs seiner Hilfsmittel. Dabei ist die Verordnung eines beliebigen Hilfsmittels, sofern sie wie hier ohne Empfehlung erfolgt, als neutral anzusehen. Der Patient wählt das Sanitätshaus, in dem er die Verordnung einlöst, selbst, nach seinen eigenen Kriterien. Das gilt auch dann, wenn er sich die Auswahl durch den Arzt auf seinen Wunsch von allen Sanitätshäusern der Stadt auf 5 eingrenzen lässt. Bei der Auswahl durch den Patienten spielen noch weitere Kriterien, wie die dort verfügbare Beratung, die Wartezeit und der Warenbestand – nicht jeder kann und will auf die Lieferung seines Hilfsmittels warten – eine Rolle. Die Entfernung vom Wohn- oder Arbeitsort ist ebenfalls relevant, genau wie die Öffnungszeiten. Sofern das Sanitätshaus der B-GbR As Patienten zusagt und es so von der Nähe zu As Praxis profitiert, handelt es sich um einen bloßen Reflex aus einer autonomen Entscheidung des Patienten und nicht um das Ergebnis einer Unrechtsvereinbarung.⁸⁴⁴ Wird überhaupt keine Information an den Patienten weitergegeben, wo er seine Verordnung einzulösen hat, ist es letztlich der Patient, der einen bestimmten Leistungserbringer bevorzugt, nicht der Heilberufsangehörige. Dasselbe gilt für eine neutrale, vom Patienten nachgefragte Auswahl an verschiedenen Sanitätshäusern. Der reine „Klebeeffekt“, der sich aus der räumlichen Nähe eines Sanitätshauses zu einer Arztpraxis ergibt, ist daher nicht geeignet, eine Unrechtsvereinbarung nahezulegen.

⁸⁴³ So auch *Ratzel*, in: Kommentar zur MBO, § 31 MBO-Ä Rn. 40.

⁸⁴⁴ So auch *Harneit*, MedR 2017, 688 (693).

3.3.3.2.3.1.6 Zwischenergebnis

As Patienten können in zwei Kategorien unterteilt werden: Zum Ersten gibt es Patienten, die As selbst erfundenen Sprunggelenksschienen verordnet bekommen. Diese Patienten müssen ihre Verordnung bei der B-GbR einlösen, da kein anderes Sanitätshaus diese Schienen herstellt, was gleichzeitig die Zuführung der Patienten an die B-GbR beinhaltet. Darin liegt jedoch trotz der Einflussnahmemöglichkeit auf den Umsatz der B-GbR kein Verstoß gegen § 299a Nr. 1, 3 StGB, da diese Bindung an die B-GbR nur eine mittelbare Wirkung aus der berufs- und sozialrechtlich zulässigen Vereinbarung mit der B-GbR ist, diese Schienen exklusiv herzustellen.

Zum Zweiten werden Patienten, die ohne diese Schiene behandelt werden, auf Nachfrage 5 gleichwertige Sanitätshäuser zum Bezug ihrer Hilfsmittel genannt, unter welchen sich wertungsfrei auch das der B-GbR befindet. Andere Patienten fragen gar keine Informationen nach und suchen sich das Sanitätshaus selbst aus. Nach der hier vertretenen Auffassung fehlt es bei dieser Gruppe bereits an einer tatbestandlichen Zuführung, da die Wahl der B-GbR letztlich Ausfluss einer vom Patienten autonom getroffenen Entscheidung ist. Sofern man von einer Zuführung auch in diesen Fällen ausgeht, fehlt es an der unlauteren Bevorzugung, da es letztlich der Patient ist, der einen bestimmten Leistungserbringer bevorzugt, nicht der Heilberufsangehörige. Der reine „Klebeeffekt“, der sich aus der räumlichen Nähe eines Sanitätshauses zu einer Arztpraxis ergibt, ist daher nicht geeignet, eine Unrechtsvereinbarung nahezulegen.

3.3.3.2.3.2 Im Wettbewerb

Sofern man davon ausgeht, dass trotz des exklusiven Fertigungsvertrages mit der B-GbR von einer unlauteren Bevorzugung derselben auszugehen ist, da A durch sein Verordnungs- und Zuführungsverhalten direkten Einfluss auf die Höhe seiner Umsatzbeteiligung nehmen kann und so gegen § 31 Abs. 1 MBO-Ä bzw. § 128 Abs. 2 S. 3 SGB V verstößt, bleibt fraglich, ob eine Bevorzugung im Wettbewerb der B-GbR durch den Bezug der Hilfsmittel überhaupt möglich ist. Wettbewerb findet dort statt, wo ein wirtschaftliches Konkurrenzverhältnis zwischen dem Vorteilsgeber und den Mitbewerbern besteht.⁸⁴⁵ Mitbewerber sind alle Marktteilnehmer, die Waren oder Leistungen gleicher oder verwandter Art herstellen oder in den

⁸⁴⁵ Vgl. Heine/Eisele, in: Schönke/Schröder, § 299 Rn. 23.

Geschäftsverkehr bringen.⁸⁴⁶ Im hier zu untersuchenden Fall stellt jedoch niemand außer der B-GbR die Sprunggelenkschienen, die A erfunden hat, her. Die Schienen unterscheiden sich in ihrer Machart erheblich von den bereits existierenden Schienen; sie sind flexibler, verursachen weniger Druckstellen und sind so dünn, dass sie unter normaler Kleidung und besonders in normalen Schuhen getragen werden können. Sprunggelenkschienen mit anderen Eigenschaften sind auf dem Markt erhältlich. Das konkret von A erfundene Modell wird jedoch nur von der B-GbR produziert und dürfen auch nur von der B-GbR produziert werden. Es liegt also möglicherweise eine Monopolsituation vor.

Die von A erfundene Schiene wird nur im Sanitätshaus der B-GbR gefertigt. Hintergrund ist der mit der B-GbR geschlossene Fertigungsvertrag. Ein Wettbewerb findet insofern nicht statt, als es nur einen Hersteller der Schiene gibt und nach As Willen auch geben soll. Es gibt keine Vorschrift, die A verpflichten würde, seine Erfindung von mehr als einem Hersteller fertigen zu lassen, um gewissermaßen selbst eine Wettbewerbssituation zu schaffen. Im Gegenteil lebt der freie Wettbewerb gerade von Innovationen, die auch in dem Bestreben gemacht werden, bessere Produkte, die einen höheren Absatz erzielen können, herzustellen und zu vertreiben.

„Wettbewerb“ ist jedoch immer gegeben beim Gegenübertreten von Waren oder Dienstleistungen gleicher oder ähnlicher Art mit möglichen Absatznachteilen für die Anbieter im Falle ihres gleichzeitigen Vertriebs.⁸⁴⁷ Der Begriff des Wettbewerbs ist weit zu verstehen.⁸⁴⁸ Man kann daher argumentieren, dass zwischen der B-GbR und anderen Sanitätshäusern ein Wettbewerbsverhältnis um den Verkauf von Sprunggelenksschienen besteht. Auch wenn die von anderen Häusern vertriebenen Schienen nicht genau die sind, die von A erfunden wurden, sind sie doch auch zur Behandlung von Außenbandrissen geeignet. Es handelt sich insofern nicht um ein neues Produkt, das in dieser Form noch nie auf dem Markt gewesen wäre. Die anderen Sanitätshäuser erleiden Absatznachteile, wenn A seine Sprunggelenksschiene verordnet, da diese aufgrund des Fertigungsvertrages mit der B-GbR nur bei dieser eingekauft werden kann.

⁸⁴⁶ Vgl. Heine/Eisele a.a.O., § 299 Rn. 23.

⁸⁴⁷ Vgl. Dannecker/Schröder, in: Nomos StGB, § 299a Rn. 142.

⁸⁴⁸ Vgl. BGH, Urteil vom 9. 8. 2006 - 1 StR 50/06, NJW 2006, 3290 (3298) m. w. N.

Vor dem Hintergrund des bislang so weit verstandenen Wettbewerbsbegriffs wird nicht von einer Monopolstellung der B-GbR ausgegangen werden können. Wenngleich das von A entwickelte Produkt in dieser Art einzigartig sein mag, gibt es doch andere Schienen, die wenngleich mit weniger Komfort für die Patienten, doch zur Behandlung von Außenbandrissen sehr gut geeignet sind. Entsprechend besteht ein Wettbewerbsverhältnis zwischen der B-GbR und den Anbietern dieser anderen Schienen.

Etwas anders kann nur in Fällen angenommen werden, in welchen es sich um ein sehr viel spezielleres Produkt handelt, für das möglicherweise sogar ein Patentschutz besteht. Dieses wird im Zweifel nur bei der kooperierenden Herstellerfirma zu beziehen sein und auch nicht z. B. durch Parallelimporte aus einem anderen Land bezogen werden können. Nach der zu § 299 StGB a. F. von der Rechtsprechung vorgenommenen, extensiven Auslegung des Wettbewerbsbegriffs kann allerdings auch in diesen Monopolsituationen dann von einer Wettbewerbsverzerrung ausgegangen werden, wenn Vorteilsgewährungen von Seiten des Monopolisten dazu dienen, seine Marktstellung langfristig abzusichern und künftige Wettbewerber auszuschalten oder schlechter zu stellen.⁸⁴⁹ Hier muss berücksichtigt werden, dass es grundsätzlich jedem Marktteilnehmer, der mit einer neuen Idee selbigen betritt, darum geht, seine Marktstellung langfristig abzusichern und künftige Wettbewerber schlechter zu stellen. Das ist gerade das Wesen der freien Marktwirtschaft und somit als Kriterium ungeeignet, erwünschtes unternehmerisches Verhalten von unerwünschten korrupten Praktiken abzugrenzen. Eine Wettbewerbsverzerrung durch die Vorteilsgewährung kann somit nur dort angenommen werden, wo eine solche Wettbewerbslage spätestens bis zum Zeitpunkt der in Aussicht gestellten oder vereinbarten Bevorzugung zumindest als möglich erachtet wird.⁸⁵⁰

3.3.3.3 Ergebnis

Eine Strafbarkeit des Orthopäden wegen Bestechlichkeit gem. § 299a StGB kommt bereits mangels Erfüllung des objektiven Tatbestands bezüglich der Zuführung der Patienten oder aber der unlauteren Bevorzugung der B-GbR

⁸⁴⁹ Vgl. *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/8106 S. 15; *Heine/Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 299 Rn. 23; kritisch und mit Hinweis auf Nachweisschwierigkeiten im Strafprozess *Dannecker/Schröder*, in: *Nomos StGB*, § 299a Rn. 146.

⁸⁵⁰ Vgl. *Krick*, in: *MüKo StGB*, § 299 Rn. 27; mit Kritik am von der Rechtsprechung vertretenen, subjektiv angenommenen Wettbewerbsverhältnis *Gaede*, in: *Leitner/Rosenau/Ahlbrecht*, § 299 StGB Rn. 62; *Dannecker/Schröder*, in: *Nomos StGB*, § 299a Rn. 145 ff.

nicht in Betracht. Auf den subjektiven Tatbestand sowie Rechtswidrigkeit und Schuld wird daher nicht eingegangen.

Die Umsatzbeteiligung eines Arztes an einem Unternehmen im Gesundheitssektor dergestalt, dass ein Arzt über die Verschreibung des vom Unternehmen produzierten Produktes dessen Umsatz zu steuern vermag, ist und bleibt problematisch, da sie immer den Verdacht der Umgehung des § 31 Abs. 1 MBO-Ä oder § 128 Abs. 2 S. 3 SGB V in sich trägt. Der hier dargestellte Fall ist ein Grenzfall, der im Rahmen eines Strafverfahrens sicher auch anders entschieden werden könnte. Zur Vermeidung eines Verdachts der unzulässigen Kooperation ist für die Praxis die transparente Vereinbarung eines fixen Betrages, der expressis verbis als Gegenleistung für z. B. die exklusive Fertigung der Schienen dient, der rechtssicherere Weg im Vergleich zu einer quotalen Beteiligung am Umsatz. Eine Unternehmensbeteiligung eines nahen Angehörigen des Arztes ist dagegen unschädlich, sofern dieser nicht nur als Strohmännchen für den Arzt eingesetzt ist.⁸⁵¹

Mindestmengenregelungen sind für die Praxis sehr kritisch zu sehen, da ihnen der Verdacht anhaftet, nur zur Erreichung der Mindestmenge würden medizinisch nicht indizierte Verordnungen ausgesprochen oder wenigstens die Indikation mit Blick auf den versprochenen Vorteil ausgesprochen großzügig gestellt. Hier muss eine Formulierung für den Kooperationsvertrag gefunden werden, mit welcher transparent dargelegt werden kann, dass die ärztliche Entscheidung zur Operation unabhängig von der vereinbarten Vergütung getroffen wird.

Vorsicht ist auch geboten, wenn der Orthopäde an einem Unternehmen, das Sanitätshäuser betreibt, beteiligt ist, wenn sich eine der Filialen in direkter Nähe zu seiner Praxis befindet. Durch die Verwendung von Listen, aus denen mehrere gleichartige Sanitätshäuser in der Umgebung aufgezählt werden, ohne dass das Haus, an dem die Beteiligung besteht, eine besondere Position – also etwa das erste oder letzte auf der Liste – einnimmt, kann dem Verdacht vorgebeugt werden, das Sanitätshaus würde gezielt empfohlen. Der reine „Klebeeffekt“, der letztlich auf einer autonomen Patientenentscheidung beruht, ist nach hier vertretener Auffassung nicht geeignet, den Verdacht einer Unrechtsvereinbarung zu begründen.

⁸⁵¹ Vgl. Ratzel, in: Kommentar zur MBO, § 31 MBO-Ä Rn. 33; Harneit, MedR 2017, 688 (690).

Hat der Arzt ein bestimmtes Produkt selbst erfunden und lässt es von einem Dritten gegen Umsatzbeteiligung herstellen, ist eine Wettbewerbslage zu diskutieren. Bei einer echten Monopolstellung ist eine Strafbarkeit nach § 299a StGB ausgeschlossen. Dies gilt jedoch nur für objektiv einzigartige Produkte: je austauschbarer das Produkt ist und je weiterverbreitet, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit, dass es sich durch ein ähnliches Produkt eines anderen Unternehmens ersetzen lässt und so von einer Wettbewerbslage zwischen den Unternehmen ausgegangen werden muss. Dies dürfte insbesondere bei Arzneimitteln relevant werden. Andererseits sind auch im orthopädischen Bereich Fallkonstellationen denkbar, in welchen die patentgeschützten Medizinprodukte auch in ihrem Anwendungsgebiet so speziell sind, dass von einer Einzigartigkeit ausgegangen werden muss. In diesen Fällen wäre aufgrund der Monopolstellung eine Wettbewerbslage zu verneinen.

3.3.4 Arzt und Krankenhaus: Der Belegarzt

Fall: Ein niedergelassener Arzt arbeitet im Rahmen der belegärztlichen Tätigkeit aus dem Bereich der Gynäkologie und Geburtshilfe mit einem nur 5min von seiner Praxis entfernten Krankenhaus zusammen. Teil des Belegarztvertrages ist die Vereinbarung, dass das Krankenhaus, zu dessen Gesellschaftern auch der Landkreis zählt, die vom Arzt an die Berufshaftpflichtversicherung zu entrichtende Prämie übernimmt. Diese beläuft sich auf 80.000 EUR pro Jahr. Hintergrund ist der, dass die Geburtenrate im Landkreis zurückgeht; mit sinkenden Geburtenzahlen bei gleichzeitig steigenden Haftpflichtprämien wäre die belegärztliche Geburtshilfe unrentabel, und die gesamte Belegabteilung müsste geschlossen werden. Die Übernahme der Versicherungsprämie wird auch vom Landkreis, vertreten durch den Landrat, unterstützt und befürwortet. Es ist auf lokalpolitischer Ebene von großer Bedeutung, dass es auch in Zukunft noch „gebürtige“ Landkreiseinwohner gibt.

Im Nachbarlandkreis, 30min von der Praxis des Arztes entfernt, gibt es ein weiteres Krankenhaus, dass bezüglich der Struktur, also Bettenanzahl, Personal, Hauptabteilungen etc. mit dem örtlichen Krankenhaus vergleichbar ist. Dieses verfügt auch über eine gynäkologische und geburtshilfliche Belegabteilung, bietet die Übernahme der Haftpflichtprämie jedoch nicht an.

3.3.4.1 Einführung

3.3.4.1.1 Der Belegarztvertrag

Eine der ältesten Formen der Zusammenarbeit zwischen Arzt und Krankenhaus⁸⁵² ist die Einbindung eines niedergelassenen Vertragsarztes als sog. Belegarzt. Belegärzte sind nicht am Krankenhaus angestellte Vertragsärzte, die berechtigt sind, ihre Patienten im Krankenhaus unter Inanspruchnahme der hierfür bereitgestellten Dienste, Einrichtungen und Mittel vollstationär oder teilstationär zu behandeln, ohne hierfür vom Krankenhaus eine Vergütung zu erhalten, § 121 Abs. 2 SGB V. Bezahlt werden die belegärztlichen Leistungen aus der vertragsärztlichen Gesamtvergütung, § 121 Abs. 3 S. 1 SGB V.

Bei der Behandlung durch einen Belegarzt wird kein totaler, sondern ein sog. gespaltener Krankenhausaufnahmevertrag mit dem Patienten geschlossen. Der Belegarzt ist ausschließlicher Vertragspartner des Patienten für seinen Bereich und auch nicht Erfüllungsgehilfe des Krankenhauses. Eine Wahlleistungsvereinbarung in Bezug auf den Arzt ist hier bereits begrifflich ausgeschlossen.⁸⁵³

Für die Krankenhäuser ist die Empfehlung des niedergelassenen Arztes an seine Patienten, ob und in welchem Krankenhaus sie sich operieren lassen sollen, von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung, da den allermeisten stationären Aufenthalten die Einweisung durch einen niedergelassenen Arzt vorausgeht.⁸⁵⁴ Es liegt daher nahe, dass Krankenhäuser auf diese Empfehlung Einfluss nehmen wollen und an die niedergelassenen Ärzte eine sog. Einweiservergütung oder Kopfprämie dafür bezahlen, dass der Arzt unter Verstoß gegen § 5 KH-RiL, der eine neutrale Beratung über das aufzusuchende Haus vorsieht, ganz gezielt an die zahlende Klinik zuleitet.⁸⁵⁵ Bei einem Belegarzt, der das Krankenhaus durch seine belegärztliche Tätigkeit bereits kennt, liegt eine solche Vereinbarung besonders nahe. Nichtsdestoweniger gilt für den Belegarzt das Verbot der Zuweisung gegen Entgelt, § 73 Abs. 7 SGB V, § 31 Abs. 1 MBO-Ä. Wie sich dieses Verbot

⁸⁵² Vgl. Wollersheim, in: FS Steinhilper, S. 163.

⁸⁵³ Vgl. Quaas/Zuck, Medizinrecht § 14 Rn. 13.

⁸⁵⁴ Vgl. Schneider/Gottschaldt, wistra 2009, 133 (133).

⁸⁵⁵ Vgl. Kölbel, NStZ 2011, 195 (197).

zum legalisierten⁸⁵⁶ Einsatz von Belegärzten verhält, steht im Mittelpunkt dieses Fallbeispiels.

3.3.4.1.2 Geburtshilfe

Im Bereich der Geburtshilfe kam es in den vergangenen Jahren wegen des medizinischen Fortschritts und den damit verbundenen Therapien, die auch schwerst geschädigten Kindern ein beschwerdefreies und langes Leben ermöglichen können, zu immer höheren, im Haftungsfall von den Berufshaftpflichtversicherungen der Ärzte zu tragenden Forderungssummen. Die Ansprüche werden sowohl von den Geschädigten selbst als auch über § 116 SGB X von den Sozialversicherungsträgern, insbesondere den Krankenversicherungen, der Geschädigten geltend gemacht und bewegen sich in einem Rahmen von drei bis fünf Millionen Euro. Die Berufshaftpflichtversicherungen passen dementsprechend die Versicherungssummen und auch die Versicherungsprämien an. Eine Steigerung der jährlichen Prämie von 20.000 EUR auf 80.000 EUR ist nicht ungewöhnlich.

Gerade in ländlichen Gebieten wird Geburtshilfe und Gynäkologie häufig als reine Belegabteilung geführt. Die Patientinnen der niedergelassenen Ärzte schätzen das sehr, da viele durch „ihre“ Ärzte, die sie aus der Schwangerschaftsbetreuung bereits kennen, entbunden werden möchten, und das in einem möglichst wohnortnahen Krankenhaus. Weiter ist es teilweise der Lokalpolitik ein wichtiges Anliegen, „gebürtige“ Landkreiseinwohner zu behalten. In den Medien wird darüber emotional berichtet.⁸⁵⁷ Die Gesundheitspolitik auf Bundesebene geht jedoch hin zu einer Kumulation von Geburten in wenigen, hoch spezialisierten Zentren, weg von der wohnortnahen Versorgung durch Belegärzte.⁸⁵⁸ Durch das zunehmende Alter der Erstgebärenden steigt gleichzeitig die Zahl der Risikoschwangerschaften. Die Versorgung der Risikoschwangerschaften soll jedoch vorzugsweise in Perinatalzentren mit angeschlossener neonatologischer Abteilung erfolgen.⁸⁵⁹

⁸⁵⁶ Vgl. Quaas/Zuck, Medizinrecht § 16 Rn. 146.

⁸⁵⁷ Vgl. zur Schließung der Geburtsstationen auf Sylt Christiansen, Sylter Rundschau 01.10.2013, Sylter Klinik fehlen die Hebammen; Parnack, Süddeutsche Zeitung 01.07.2014, Wo keine Babys mehr geboren werden.

⁸⁵⁸ Vgl. Jonat/Kreienberg, et al., Der Gynäkologe 2010, 203.

⁸⁵⁹ Vgl. Jonat/Kreienberg, et al., Der Gynäkologe 2010, 203.

Um die jahrelang mit denselben Ärzten bestehende Belegabteilung aufrechterhalten zu können, bietet das örtliche Krankenhaus Vergünstigungen an. Es möchte dadurch erreichen, dass die ambulant betreuten Schwangeren weiterhin von den Belegärzten in der Belegabteilung entbunden werden. Die Frage, wie sich dieses hehre Ziel mit den Straftatbeständen der Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen in Einklang bringen lässt, soll nun untersucht werden.

3.3.4.2 Objektiver Tatbestand

3.3.4.2.1 Tauglicher Täter

Der Belegarzt ist als Angehöriger eines Heilberufs tauglicher Täter des § 299a StGB.

3.3.4.2.2 Tathandlung

Die in Frage kommende Tathandlung ist § 299a Nr. 3 StGB, da möglicherweise der Belegarzt die Zuführung von Patienten an das örtliche Krankenhaus, von dem ihm gewährten Vorteil abhängig macht.

Beim Belegarzt ist zu beachten, dass mehrere Adressaten einer Zuführung in Betracht kommen. Der Begriff der Zuführung bzw. der Zuweisung meint immer eine Einwirkung auf den Patienten mit der Absicht, dessen Auswahl eines Arztes oder eines anderen Leistungserbringers zu beeinflussen. Erfasst werden Zuweisungen und Überweisungen sowie Verweisungen und Empfehlungen. Auch mündliche und unverbindliche Empfehlungen sind erfasst und solche im Rahmen vertraglicher Kooperationen wie beispielsweise Berufsausübungsgemeinschaften.⁸⁶⁰

Bei einer belegärztlichen Tätigkeit wechselt der Patient zwar nicht unmittelbar den Leistungserbringer, sondern bleibt bei „seinem“ Arzt, der lediglich die bisher ambulante Behandlung stationär fortsetzt. Es ist der Kern der Tätigkeit eines Belegarztes, dass er seine Patienten in das Krankenhaus einweist, um sie dort stationär unter Inanspruchnahme der vom Krankenhaus bereitgestellten Dienste, Einrichtungen und Mittel selbst weiter behandeln zu können, § 121 Abs. 2 SGB V. Die Zuführung geschieht in diesen Fällen jedoch an einen anderen Leistungserbringer in Form der stationären Einrichtung, hier des Krankenhauses. Fällt die weitere Behandlung des

⁸⁶⁰ Vgl. *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446 S. 20.

Patienten oder wenigstens ein Teil davon in ein Fachgebiet fällt, in dem der Belegarzt selbst nicht tätig ist, erfolgt die Zuführung an den Arzt des anderen Fachgebietes und gleichzeitig auch an die stationäre Einrichtung, in der er tätig ist. Für den Gynäkologen im Beispielsfall können das etwa Fälle sein, in welchen Beschwerden seiner Patientinnen ambulant oder stationär durch die Urologie am Krankenhaus abgeklärt oder behandelt werden müssen. Eine Zuführung ist auch dann gegeben, wenn der Patient vom Praxispartner des Belegarztes innerhalb der Berufsausübungsgemeinschaft, der ebenfalls am Krankenhaus als Belegarzt tätig ist, behandelt wird, da das Recht auf freie Arztwahl auch innerhalb einer gemeinsamen Berufsausübung zu beachten ist.⁸⁶¹

Der Vorteil kann auch in der Einsparung von Kosten liegen,⁸⁶² was durch die Übernahme der Haftpflichtprämie in Höhe von 80.000 EUR durch das örtliche Krankenhaus in beträchtlichem Ausmaß der Fall ist.

3.3.4.2.3 Unrechtsvereinbarung

Unrechtsvereinbarung ist die Verknüpfung zwischen Vorteil und Gegenleistung mit dem Ziel der unlauteren Bevorzugung eines Mitbewerbers.⁸⁶³

3.3.4.2.3.1 Wettbewerb

Die räumliche Entfernung zwischen den Krankenhäusern kann eine Rolle bei der Frage spielen, ob die beiden überhaupt im Wettbewerb zueinander stehen. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass auch bei der Zusammenarbeit mit einer im weiten Umkreis einzigen Klinik regelmäßig eine Wettbewerbslage vorläge, da an den konkreten Wettbewerbsbegriff keine zu strengen Maßstäbe anzulegen seien.⁸⁶⁴ Deshalb werde in jedem Einzelfall zu prüfen sein, wie weit der angemessene räumliche Einzugsbereichs zu ziehen sei und ob sich in diesem nicht weitere Fachärzte oder Kliniken befänden, an die der Vorteilsnehmer ebenfalls Patienten zu vergleichbaren Behandlungen zuführen könne.⁸⁶⁵ In der Literatur wird argumentiert, dass dauerhafte Monopolsituationen bei den Heilberufen nicht existierten, da

⁸⁶¹ Vgl. Scholz, in: Spickhoff Medizinrecht, § 31 MBO Rn. 3.

⁸⁶² Vgl. OLG München, Urteil vom 03.12.2009 – 29 U 3781/09, Rn. 36 nach juris, zu § 32 der bayerischen Berufsordnung.

⁸⁶³ Vgl. Dannecker, in: Nomos StGB, § 299 Rn. 67.

⁸⁶⁴ Vgl. Deutscher Bundestag, BT-Drs. 18/8106 S. 16; krit. Dannecker/Schröder, in: Nomos StGB, § 299a Rn. 145 f.

⁸⁶⁵ Vgl. Deutscher Bundestag, BT-Drs. 18/8106 S. 17.

ihnen durch ständige Innovation und Fortschritt der Wettbewerb quasi immanent sei.⁸⁶⁶ Dies überzeugt nicht. Es ist im Gegenteil eher davon auszugehen, dass in strukturschwachen Regionen Monopolsituationen häufiger vorkommen, da bei Kooperationen mit der einzigen Klinik der Umgebung nicht ohne Weiteres potentielle Wettbewerber verdrängt oder Monopolsituationen verfestigt werden.⁸⁶⁷ Fraglich ist, wie weit die nächste Klinik entfernt sein muss, um bei dem örtlichen Krankenhaus von der „einzigen Klinik in der Umgebung“ ausgehen zu können, ab wann also eine Entfernung gegeben ist, ab welcher die beiden Krankenhäuser bei vergleichbarer personeller und apparativer Ausstattung aufgrund ihrer großen Entfernung zueinander nicht mehr als gleichwertige Marktteilnehmer und damit potentielle Mitbewerber erscheinen. Den räumlichen Einzugsbereich eines Krankenhauses wird man dann nicht als angemessen und damit normativierend dem Tatbestand der § 299 a, 299 b unterfallen lassen dürfen, sofern nicht tatsächlich belegbar ist, dass bisher eine nennenswerte Anzahl von Patienten diese vermeintlichen Konkurrenten aufgesucht hat oder das wenigstens zukünftig zu erwarten war.⁸⁶⁸

Wenngleich die räumliche Entfernung des Klinikums von seiner Praxisniederlassung für den Belegarzt einige wichtige Rolle spielt – siehe hierzu sogleich – ist bei diesem Prüfungspunkt die Wettbewerbslage aus der Sicht des Patienten zu ermitteln. In Anbetracht des für § 299 StGB herangezogenen, weiten Wettbewerbsbegriffs wird bei einer in 30 Minuten zurückzulegenden Entfernung noch nicht von einer Monopolstellung des Krankenhauses in der Umgebung ausgegangen werden können.

3.3.4.2.3.2 Unlautere Bevorzugung

Fraglich ist, ob allein aufgrund der Höhe des gewährten Vorteils in Form einer Kostenersparnis von 80.000 EUR pro Jahr davon auszugehen ist, dass dessen Zahlung wenigstens zum Teil eine Bevorzugung des Krankenhauses bei der Zuführung von Patienten abgelten soll und damit ein Verstoß gegen das Verbot der Zuweisung gegen Entgelt, § 31 Abs. 1 MBO-Ä gegeben ist. Eine unlautere Bevorzugung entfällt nicht bereits dann, wenn die Zahl der vom Belegarzt im Krankenhaus behandelten Patienten nach Vereinbarung des Vorteils nicht ansteigt. Eine Bevorzugung kann bereits dann gegeben

⁸⁶⁶ Vgl. Aldenhoff/Valluet, medstra 2015, 195 (198).

⁸⁶⁷ Vgl. Tsambikakis, medstra 2016, 131 (136); so auch Kubiciel, jurisPR-StrafR 11/2016, Anm. 1.

⁸⁶⁸ Vgl. Dannecker/Schröder, in: Nomos StGB, § 299a Rn. 147.

sein, wenn bisher bestehende Geschäftsbeziehungen weiter aufrechterhalten werden.⁸⁶⁹ Auch bei der Weiterführung bereits bestehender Geschäftsbeziehungen ist die Unlauterkeit der Bevorzugung zu prüfen. Diese kann dann gegeben sein, wenn der vom Krankenhaus an den Belegarzt zugewendete Vorteil so hoch ist, dass zwischen Vorteil und ärztlicher Leistung ein auffallendes Missverhältnis besteht.

Bei der hier vertretenen, unter 3.2.3.3.2 ab Seite 135 dargestellten Zweistufenprüfung ist auf der ersten Stufe ein Sockelbetrag festzulegen, der sich aus der vergleichbaren Vergütung nach EBM, GOÄ oder anderen Vergütungssystemen ergibt. Für den Belegarzt ist der Sockelbetrag sehr einfach zu ermitteln: Liegt dem Belegarztvertrag die Regelung der § 121 Abs. 2 bis 4 SGB V zu Grunde, erhält er vom Krankenhaus überhaupt keine Vergütung. Der Belegarzt rechnet seine Leistungen direkt gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung ab. Eine zusätzliche Vergütung durch das Krankenhaus ist in diesen Vorschriften nicht vorgesehen; soll von den Regelungen abgewichen werden, steht der Weg zum Belegarzt mit Honorarvertrag gem. § 121 Abs. 5 SGB V offen. Beim Belegarzt mit Honorarvertrag ist die Abgrenzung schwieriger. Ein solcher Honorarvertrag gem. § 121 Abs. 5 SGB V liegt hier jedoch nicht vor.⁸⁷⁰ Da über § 121 Abs. 2 bis Abs. 4 SGB V hinaus grundsätzlich keine Zahlungen an den Belegarzt vorgesehen sind, auch nicht in Form einer Kostenübernahme, ist der Sockelbetrag mit 0 EUR zu beziffern. Dieser wird durch die Kostenübernahme im Wert von 80.000 EUR ganz erheblich überschritten.

Auf der zweiten Stufe ist zu prüfen, ob diesem ganz erheblichen Mehr an Vergütung ein Mehrwert für den Zuwendungsgeber gegenübersteht. Dieser kann in besonderen Eigenschaften oder Qualifikationen des Zuwendungsempfängers bestehen. Im dargestellten Fallbeispiel verfügt der Belegarzt jedoch nur über durchschnittliche Qualifikationen und Eigenschaften, die ihn nicht aus der Masse der Geburtshelfer herausstechen lassen. Insofern steht die Zuwendung in Höhe von 80.000 EUR pro Jahr in einem auffallenden Missverhältnis zu einem „nur“ durchschnittlichen Geburtshelfer.

Der Nutzen, den das Krankenhaus jedoch aus dem Gynäkologen zieht, ist die Möglichkeit, die geburtshilfliche Abteilung weiter erhalten zu können.

⁸⁶⁹ Vgl. Tiedemann, in: Leipziger Kommentar, § 299 Rn. 41; ausführlich Bach, wistra 2008, 47.

⁸⁷⁰ Im Übrigen gelten die Ausführungen zur Angemessenheit der Vergütung des Honorararztes Punkt 3.3.5. ab Seite 218 für den Belegarzt mit Honorarvertrag entsprechend.

Eine Einflussnahmemöglichkeit auf die Höhe der Versicherungsprämie besteht weder für das Krankenhaus noch den Belegarzt, da diese von dritter Seite festgelegt wird. Es wird mit der Übernahme der Kosten für die Berufshaftpflichtversicherung in erster Linie die Möglichkeit der Fortführung der belegärztlichen Tätigkeit der niedergelassenen Ärzte „wie gehabt“ bezweckt. Eine Fortführung der zulässigen Zusammenarbeit zu den bisherigen Konditionen ist wegen der Kostenexplosion bei der Haftpflichtprämie jedoch nicht möglich, so dass über die Übernahme dieser Kosten durch das Krankenhaus die Zusammenarbeit den veränderten Umständen angepasst wird. Eine Schließung der geburtshilflichen Abteilung ist darüber hinaus weder vom Krankenhaus noch auf lokaler und politischer Ebene gewollt.

Trotz nur durchschnittlicher Qualifikation ist mit der Übernahme der Haftpflichtprämie für das Krankenhaus daher der Mehrwert verbunden, die geburtshilfliche Abteilung überhaupt weiter führen zu können. Hinzu kommt, dass die am Krankenhaus tätigen Belegärzte nicht beliebig ausgetauscht werden können, sondern abhängig vom Ort der Praxisniederlassung nur ganz bestimmte Geburtshelfer als Belegärzte überhaupt in Frage kommen. Für die Genehmigung der belegärztlichen Tätigkeit ist erforderlich, dass Wohnung und Praxis des Arztes so nahe am Krankenhaus liegen, dass die unverzügliche und ordnungsgemäße Versorgung der von ihm ambulant und stationär zu betreuenden Versicherten gewährleistet ist, § 39 Abs. 5 Nr. 3 Bundesmantelvertrag-Ärzte. Nach der Rechtsprechung des BSG liegt die Obergrenze dafür bei einer Erreichbarkeit innerhalb von 30min,⁸⁷¹ wobei für die Zulassungsgremien ein gewisser Beurteilungsspielraum besteht.⁸⁷² Nach den Mindestanforderungen an prozessuale, strukturelle und organisatorische Voraussetzungen für geburtshilfliche Abteilungen der Deutschen Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe kann darüber hinaus ein Facharzt für Gynäkologie und Geburtshilfe seine Rufbereitschaft auch außerhalb der Klinik leisten, vorausgesetzt, er kann sicherstellen, dass er innerhalb von 10min im Krankenhaus verfügbar ist und vorbereitende Handlungen von einer anwesenden Hebamme oder einem anwesenden Assistenzarzt ausgeführt werden.⁸⁷³ Mit anderen Worten kommen nur solche niedergelassenen Ärzte für eine belegärztliche Geburtshilfe am Klinikum in Betracht, die idealerweise in 10min, maximal

⁸⁷¹ Vgl. BSG, Urteil vom 05.11.2003 – B 6 KA 2/03 R, GesR 2004, 242.

⁸⁷² Vgl. BGH, Urteil vom 10.02.2011 – III ZR 310/09, GesR 2012, 363.

⁸⁷³ In Überarbeitung begriffen: *Deutsche Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe*, Mindestanforderungen an geburtshilfliche Abteilungen vom Dezember 2011.

jedoch in 30min im Klinikum verfügbar sind. Gerade in strukturschwachen Gebieten ist das zumeist ein sehr überschaubarer Kreis an potentiellen Belegärzten. Es ist damit nicht möglich, die bereits am Klinikum tätigen Belegärzte, deren weitere Tätigkeit von der Übernahme der Haftpflichtprämie abhängig ist, durch andere niedergelassene Ärzte auszutauschen.

Zusammengefasst ist anders als durch die Übernahme der Prämie, auf deren stetiges Ansteigen weder das Krankenhaus noch der Belegarzt Einfluss hatten, ist die Erhaltung der geburtshilflichen Abteilung nicht möglich. Wenngleich dies zu einer gewissermaßen künstlichen Erhaltung der geburtshilflichen Abteilung führt – müsste der Belegarzt die Prämie selbst entrichten, wäre sie aufgrund der verhältnismäßig geringen Geburtenzahl unrentabel geworden – handelt es sich um ein anzuerkennendes Ziel, das von der Vertragsfreiheit des Krankenhauses noch gedeckt ist. Es muss einem Klinikum freigestellt bleiben, eine geburtshilfliche Abteilung defizitär zu betreiben, auch wenn dadurch eine Mitfinanzierung durch andere, rentable Abteilungen erforderlich wird. Das gilt insbesondere, als die Erhaltung der geburtshilflichen Abteilung von der Bevölkerung des Landkreises unbedingt gewollt ist, damit es weiter „gebürtige“ Landkreiseinwohner gibt.

Dem an den Belegarzt entrichteten Mehr an Vergütung steht damit ein objektivierbarer Mehrwert für den Zuwendungsgeber gegenüber. Weitere Anhaltspunkte für eine solche Bevorzugung des Krankenhauses durch den Belegarzt bestehen nicht. Eine Unrechtsvereinbarung ist damit nicht gegeben.

3.3.4.3 Ergebnis

Eine Strafbarkeit des Gynäkologen wegen Bestechlichkeit gem. § 299a StGB kommt bereits mangels Vorliegen des objektiven Tatbestands nicht in Betracht. Auf den subjektiven Tatbestand sowie Rechtswidrigkeit und Schuld wird daher nicht eingegangen. Aufgrund der Höhe der übernommenen Haftpflichtprämie wäre im Fall einer Strafbarkeit allerdings regelmäßig ein besonders schwerer Fall im Sinne des § 300 StGB gegeben.

Das Fallbeispiel zeigt, dass Kooperationen nicht nur vom Gesetzgeber, sondern auch auf lokaler politischer Ebene durchaus gewollt sind. Gerade im Bereich der Geburtshilfe spitzt sich die Situation in strukturschwächeren und damit geburtenärmeren Gegenden zu, da die zumeist als Belegabteilung geführte Geburtshilfe aufgrund der extrem stark angestiegenen

Berufshaftpflichtprämien für die dort tätigen Ärzte immer unrentabler wird. Dies hat häufig eine Schließung der Abteilungen zufolge, was bei der Bevölkerung und insbesondere den Schwangeren, die möglichst wohnortnah und durch den die Schwangerschaft betreuenden Gynäkologen entbunden werden wollen, auf Widerstand stößt. Wegen § 121 Abs. 2 SGB V ist jedoch jede Zuwendung eines Krankenhauses an einen Belegarzt, der normalerweise nur gegenüber der KV abrechnet, äußerst kritisch zu hinterfragen. Im hier dargestellten Fall steht der beträchtlichen Summe der Haftpflichtprämie ein Mehrwert gegenüber. Ist der Erhalt einer ganzen geburtshilflichen Abteilung nur durch die Übernahme der Haftpflichtprämie durch die stationäre Einrichtung überhaupt möglich, kann nicht von einer verdeckten Zuweisung gegen Entgelt ausgegangen werden.

3.3.4.4 Exkurs: Das Krankenhaus-MVZ

Wie oben dargestellt ist für die Krankenhäuser die Empfehlung des niedergelassenen Arztes an seine Patienten, ob und in welchem Krankenhaus sie sich operieren lassen sollen, von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung, da den allermeisten stationären Aufenthalten die Einweisung durch einen niedergelassenen Arzt vorausgeht.⁸⁷⁴ Eine Steuerung dieser wichtigen Patientenströme wird über die Gründung von MVZ durch Krankenhausträger versucht. Gem. § 95 Abs. 1a S. 1 Hs. 1 SGB V kann das MVZ von zugelassenen Ärzten, zugelassenen Krankenhäusern, Erbringern nicht-ärztlicher Dienstleistungen, zugelassenen oder ermächtigten gemeinnützigen Trägern oder Kommunen gegründet werden. Gerade die Krankenhausträger werden als die geborenen MVZ-Träger bezeichnet.⁸⁷⁵

Übertragen auf den hier dargestellten Fall einer unrentablen geburtshilflichen Abteilung ist die folgende Konstruktion denkbar: Statt der Übernahme der Haftpflichtprämie kauft der Krankenhausträger die entsprechenden Vertragsarztpraxen auf und wandelt sie in MVZ um. Die vormaligen Belegarztverträge werden gekündigt und in Teilzeit sowohl im MVZ (in Trägerschaft des Krankenhauses) als auch im Krankenhaus

⁸⁷⁴ Vgl. *Schneider/Gottschaldt*, wistra 2009, 133 (133).

⁸⁷⁵ Vgl. *Möller*, in: FS Dahm, S. 311; ebenso *Wenner*, in: FS Dahm, S. 532.

angestellt, was durch die Änderung des § 20 Ärzte-ZV möglich wurde.⁸⁷⁶ Für den Patienten bleibt es dabei, dass er von „seinem“ Arzt, den er aus dem MVZ ambulant bereits kennt, stationär im Krankenhaus weiterbehandelt werden kann.⁸⁷⁷ Als angestellte Ärzte ist die stationäre geburtshilfliche Tätigkeit über das Krankenhaus versichert, so dass der Arzt von der Zahlung der Haftpflichtprämie entlastet wird.

Wird dem angestellten Arzt ein Bonus etwa in Form einer von der Anzahl der Überweisungen an das Krankenhaus abhängigen Zielvereinbarung gewährt, ist eindeutig sowohl ein gewährter Vorteil als auch die Unrechtsvereinbarung in Form eines Verstoßes gegen das Verbot der Zuweisung gegen Entgelt gem. § 31 Abs. 1 MBO-Ä gegeben.⁸⁷⁸ Schwieriger ist die Frage zu beantworten, wenn der Arzt lediglich sein Angestelltengehalt ohne einen derartigen „Bonus“ erhält. Nach der hier vertretenen Zweistufenprüfung der Angemessenheit der Vergütung ist auf der ersten Stufe zu prüfen, welche Vergütung der erbrachten ärztlichen Leistung entspricht. Dies kann neben dem Vergleich mit ortsüblich an angestellte Ärzte gezahlten Gehältern durch eine Abbildung der ärztlichen Tätigkeit anhand der bestehenden Vergütungssysteme geschehen. Bewegt sich das dem angestellten Arzt zugewendete Gehalt noch innerhalb dieses Sockelbetrages, ist davon auszugehen, dass das Gehalt kein verdecktes Entgelt für Zuweisungen darstellt. Geht das Gehalt über diesen Sockelbetrag hinaus, ist auf der zweiten Stufe zu prüfen, ob dem Zuwendungsgeber aus diesem Mehr an Vergütung ein Mehrwert erwächst. Wieder kommt es auf einen Mehrwert an, der über die reine Arbeitskraft des Arztes hinausgeht, also etwa dessen besonderes Renommee, besondere Qualifikationen etc. Besteht ein solcher Mehrwert, ist ebenfalls nicht von einer verdeckten Zuweisung gegen Entgelt und damit einer Unrechtsvereinbarung auszugehen.

Dabei wird nicht verkannt, dass auch ohne eine Zuweiserprämie oder über den Sockelbetrag hinausgehendes Gehalt die sowohl im MVZ als auch dem

⁸⁷⁶ *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 16/2474 Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Vertragsarztrechts und anderer Gesetze S. 29, wo klargestellt wird, dass eine enge Verzahnung von Krankenhäusern und medizinischen Versorgungszentren von Seiten des Gesetzgebers angestrebt würde. Diese enge Verzahnung durch Trägeridentität könne nur dann wirtschaftlich sinnvoll ausgestaltet werden, wenn es dem Träger auch gestattet sei, die personellen Ressourcen optimal zu nutzen und das Personal sowohl im Krankenhaus als auch im medizinischen Versorgungszentrum einzusetzen.

⁸⁷⁷ Vgl. zu den sog. „Überweiser-MVZ“ Möller, in: FS Dahm, S. 311 ff.

⁸⁷⁸ Vgl. zu zulässigen und unzulässigen Zielvereinbarungen in Chefarztverträgen Ratzel, *GesR* 2014, 333.

Krankenhaus angestellten Ärzte ein Interesse daran haben, durch eine hohe Bettenauslastung im stationären Bereich ihre beiden Arbeitsplätze zu erhalten.⁸⁷⁹ Ebenso wenig wird verkannt, dass ein Patient, der erfährt, im MVZ und im Krankenhaus eine Versorgung aus einer Hand erhalten zu können, sich in beinahe allen Fällen für eine stationäre Aufnahme beim MVZ-Träger und gegen die Behandlung in einem dritten Krankenhaus entscheiden wird.⁸⁸⁰ Die Lenkung der Patientenströme ist evident. Dies ist jedoch als Ausfluss der gesetzgeberischen Intention, Krankenhäuser und Medizinische Versorgungszentren eng zu verzahnen,⁸⁸¹ hinzunehmen und entzieht sich der strafrechtlichen Sanktionierung.⁸⁸²

3.3.5 Arzt und Krankenhaus: Die Vergütung des Honorararztes über anteilige DRGs

Fall: Ein niedergelassener Arzt durchschnittlicher Qualifikation und Reputation führt in einem Krankenhaus als selbstständiger Honorararzt Operationen durch. Bei der Behandlung eines gesetzlich versicherten Patienten erhält er als Honorararzt 20 % der Vergütung über DRG, die das Krankenhaus wiederum zu 100 % von den Krankenkassen erhält. Der Anteil der Vergütung der ärztlichen Leistung innerhalb einer DRG wird nach der sog. InEK-Kalkulationsmatrix für jede einzelne DRG bestimmt. Er beträgt im Schnitt zwischen 11 % und 13 % der gesamten DRG-Vergütung.

Bei der Behandlung eines Selbstzahlers, also eines privat krankenversicherten Patienten oder eines Kassenpatienten, der mit dem Honorararzt eine Wahlarztvereinbarung gem. § 17 KHEntgG abschließt, liquidiert das Krankenhaus die Leistung. Der Honorararzt erbringt seine wahlärztliche Leistung nach GOÄ, die das Krankenhaus zusammen mit den erbrachten allgemeinen Krankenhausleistungen gegenüber dem Patienten unter Berücksichtigung des zwingenden Abschlags von 15 %, § 6a Abs. 1 S. 2 GOÄ, abrechnet, § 17 Abs. 3 S. 5 KHEntgG. Der Honorararzt ist selbst nicht berechtigt, privat zu liquidieren, und erhält vom Krankenhaus einen bestimmten Prozentsatz der Vergütung nach GOÄ, etwa 80 % der Gesamtsumme der beim Krankenhaus eingegangenen Zahlung, zurück. Beides,

⁸⁷⁹ Vgl. Möller, in: FS Dahm, S. 314.

⁸⁸⁰ Vgl. Möller a.a.O. S. 313 f.; mit Zweifeln, ob in der Realität tatsächlich eine Weiterbehandlung durch den ambulant betreuenden Arzt erfolgt Wenner, in: FS Dahm, S. 532.

⁸⁸¹ Vgl. Möller, in: FS Dahm, S. 312.

⁸⁸² Vgl. Deutscher Bundestag, BT-Drs. 16/2474 Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Vertragsarztrechts und anderer Gesetze S. 29.

sowohl der 20 % Anteil an der an das Krankenhaus für die Behandlung der Kassenpatienten gezahlten DRG als auch die 80 % der Zahlung auf die Rechnung nach GOÄ ermöglichen dem Honorararzt, höhere Einkünfte zu erzielen, als dies bei einer Belegarztstätigkeit an derselben Klinik möglich wäre. Es gibt in der Umgebung weitere Krankenhäuser, die bezüglich der Struktur, also Bettenanzahl, Personal, Hauptabteilungen etc. mit der Klinik vergleichbar sind.

3.3.5.1 Einführung

Nachdem der Gesetzgeber mit dem VändG zum 01.01.2007⁸⁸³ den Honorararzt als Mittel, die ambulante und die stationäre Versorgung besser zu verknüpfen, eingeführt hatte, kam es zu einer Vielzahl neuer Vertragstypen in der Kooperation zwischen Ärzten und stationären Einrichtungen. Dies geschah nicht zuletzt deshalb, weil es der Gesetzgeber versäumt hatte, einen gesetzlichen Rahmen für die Kooperation zwischen Krankenhäusern und niedergelassenen Ärzten zu schaffen.⁸⁸⁴ Hier wurde mittlerweile schrittweise nachgebessert.

Dass die Beschäftigung von Honorarärzten grundsätzlich zulässig ist, stellt der am 01.01.2013 in Kraft getretene, geänderte § 2 Abs. 1 KHEntgG⁸⁸⁵ in Verbindung mit dem neu eingefügten § 2 Abs. 3 KHEntgG klar. Bereits zum 01.01.2012 wurde der Wortlaut des § 20 Abs. 1 Ärzte-ZV dahingehend geändert, dass ein Beschäftigungsverhältnis oder eine anderweitige nichtehrenamtliche Tätigkeit der Eignung für die Ausübung der vertragsärztlichen Tätigkeit nur dann entgegensteht, wenn der Arzt unter Berücksichtigung der Dauer und zeitlichen Lage der anderweitigen Tätigkeit den Versicherten nicht in dem seinem Versorgungsauftrag entsprechenden Umfang persönlich zur Verfügung steht und insbesondere nicht in der Lage ist, Sprechstunden zu den in der vertragsärztlichen Versorgung üblichen Zeiten anzubieten, § 20 Abs. 1 Ärzte-ZV. Nach der zuvor geltenden, strengeren Regelung war vom BSG die vertragsärztliche Tätigkeit mit der gleichzeitigen Tätigkeit im Krankenhaus als unvereinbar angesehen⁸⁸⁶ worden bzw.

⁸⁸³ Gesetz zur Änderung des Vertragsarztrechts und anderer Gesetze (Vertragsarztrechtsänderungsgesetz – VändG) vom 22.12.2006, BGBl. I 2006, 3439.

⁸⁸⁴ Vgl. Clausen/Schroeder-Printzen, ZMGR 2010, 3.

⁸⁸⁵ BGBl. I 2012, 1613.

⁸⁸⁶ Vgl. Wollersheim, in: FS Steinhilper, S. 162; BSG, Urteil vom 05.11.1997 – 6 RKa 52–97, NJW 1998, 3442.

in Abwandlung dazu nur eine Nebentätigkeit von 13⁸⁸⁷ bzw. 26 Stunden bei hälftigem Versorgungsauftrag⁸⁸⁸ als vereinbar eingestuft worden.

Daran, dass die Erbringung von Leistungen durch Ärzte, die von den Krankenhäusern vergütet werden, ohne angestellt oder Beleg- oder Konsiliarärzte zu sein, von Seiten des Gesetzgebers erwünscht ist, dürfte nach diesen Neuregelungen kein Zweifel mehr bestehen, auch wenn sich diese Erkenntnis in der Gerichtsbarkeit nicht sofort durchsetzte: So ging das LSG Baden-Württemberg 2013 so weit, § 2 Abs. 1 KHEntgG entgegen dem Wortlaut so auszulegen, dass die Erbringung allgemeiner Krankenhausleistungen durch nicht angestellte Ärzte gerade nicht ermöglicht werden solle.⁸⁸⁹ Diese Rechtsprechung wurde mittlerweile jedoch korrigiert:⁸⁹⁰ Aus der Klarstellung in § 2 Abs. 1 KHEntgG folge, dass abrechnungsfähige Krankenhausleistungen auch durch nicht fest angestellte Ärzte erbracht werden könnten, mit anderen Worten die Beschäftigung freiberuflicher Honorarärzte in Krankenhäusern zulässig sei.

In der Praxis kommen Honorarärzte ohne Anstellungsvertrag jedoch praktisch nicht mehr vor, da nach dem Urteil des BGH vom 16.10.2014 nicht angestellte Ärzte und insbesondere selbstständige Honorarärzte keine Wahlarztvereinbarung i. S. d. § 17 Abs. 3 KHEntgG abschließen können.⁸⁹¹ Kooperationen zwischen stationären Einrichtungen und Honorarärzten sind dennoch beliebt; so sollen etwa 65 % der Krankenhäuser mit freien Mitarbeitern auf Honorarbasis zusammenarbeiten.⁸⁹² Entsprechend hoch ist der Konkurrenzdruck der Krankenhäuser untereinander, niedergelassene Ärzte als Honorarärzte zu gewinnen. Ein Modell wie das im Fallbeispiel dargestellte ist als üblich anzusehen. Seine strafrechtlichen Risiken werden im Folgenden erörtert werden.

⁸⁸⁷ Vgl. BSG, Urteil vom 30.01.2002 – B 6 KA 20/01 R, NZS 2003, 270.

⁸⁸⁸ Vgl. BSG, Urteil vom 13.10.2010 – B 6 KA 40/09 R, GesR 2011, 422.

⁸⁸⁹ LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 17.04.2013 – L 5 R 3755/11, GesR 2013, 483; kritisch Szabados, ZMGR 2013, 280; genau entgegengesetzt OVG Lüneburg, Urteil vom 12.06.2013 – 13 LC 173/10, GesR 2013, 495.

⁸⁹⁰ LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 19.04.2016 – L 11 R 2428/15, über juris; LAG Hessen, Urteil vom 30.11.2015 – 16 Sa 583/15, GesR 2016, 251 m. w. N.

⁸⁹¹ BGH, Urteil vom 16.10.2014 – III ZR 85/14, GesR 2014, 720; vgl. Eufinger, MedR 2017, 296 (300); vgl. zum Streitstand die Ausführungen unter 3.3.5.2.3.2 ab Seite 225.

⁸⁹² Vgl. Möller/Makoski, GesR 2012, 647 (647); zu einer möglichen Vertragsgestaltung Ratzel, MedR 2017, 701 (705).

3.3.5.2 § 299a StGB: Objektiver Tatbestand

3.3.5.2.1 Tauglicher Täter

Gem. § 299a StGB sind taugliche Täter Angehörige eines Heilberufs, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert. Bei Ärzten ist das zweifelsfrei gegeben.

3.3.5.2.2 Tathandlung

Vorteil ist jede unentgeltliche Leistung materieller oder immaterieller Art, welche die wirtschaftliche, rechtliche oder persönliche Lage des Vorteilsempfängers objektiv verbessert und auf die er keinen Anspruch hat.⁸⁹³ Bei der Behandlung der Kassenpatienten kommt hier die Zuwendung von 20 % der DRG-Vergütung durch das Krankenhaus in Betracht, obwohl die ärztliche Leistung nur 11 – 13 % der DRG-Vergütung ausmacht. Hinzu kommt, dass ein Vorteil kann nach der Gesetzesbegründung auch im Abschluss eines Vertrages liegen, der Leistungen an den Vorteilsnehmer zur Folge hat, und zwar selbst dann, wenn diese nur das angemessene Entgelt für die von ihm selbst aufgrund des Vertrags geschuldeten Leistungen sind. Einen Vorteil stellt damit auch die Verschaffung von Verdienstmöglichkeiten, etwa der Abschluss eines Behandlungsvertrags, dar.⁸⁹⁴

Bei der Behandlung von Privatpatienten/Selbstzahlern ist dies schwieriger zu beantworten. Erhält der Honorararzt nur 80 % der Vergütung nach GOÄ, hat er auf den ersten Blick sogar einen Nachteil aus diesem Vertrag, da er ansonsten 100 % seiner Leistung nach GOÄ vergütet bekäme. In dem oben dargestellten Fall erhält der Honorararzt jedoch die Möglichkeit, seine Privatpatienten aus seiner Praxis stationär im Krankenhaus zu behandeln, die er ansonsten an einen anderen Arzt überweisen müsste, und seine Leistung nicht liquidieren könnte. Wenngleich dies so auch für einen Belegarzt gilt, ist der Honorararzt zusätzlich in die Wahlarztkette des Krankenhauses eingebunden, was bei einem Belegarzt bereits begrifflich ausgeschlossen ist, da er nicht angestellter oder beamteter Arzt des Krankenhauses im Sinne des § 17 Abs. 3 S. 1 KHEntgG ist.

⁸⁹³ Vgl. Heine/Eisele, in: Schönke/Schröder, § 299 Rn. 11 m. w. N.

⁸⁹⁴ Vgl. Deutscher Bundestag, BT-Drs. 18/6446 S. 18.

Damit ist bereits die im Zusammenhang mit der Einbindung in die Wahl-
arztkette bestehende, erweiterte Verdienstmöglichkeit, auch dann, wenn
die Vergütung hinter den 100 % der nach GOÄ fälligen Zahlung zurück-
bleibt, als Vorteil anzusehen. Hinzu kommt, und das macht in der Praxis
den Abschluss eines Honorararztvertrages so attraktiv, dass der Honorar-
arzt trotz der dargestellten Abstriche noch immer eine höhere Vergütung,
als er sie bei der Behandlung seiner Privatpatienten als Belegarzt erhielte,
bekommt. Sowohl bezüglich der Vergütung über anteilige DRGs als auch
bezüglich der Vergütung der Behandlung von Privatpatienten oder solcher
mit Wahlleistungsvereinbarung ist damit von einem Vorteil für den Hono-
rararzt auszugehen.

Die in Frage kommende Tathandlung ist § 299a Nr. 3 StGB, da möglicher-
weise der Honorararzt für die ihm gewährte Vergütung das Krankenhaus
bei der Zuweisung seiner Patienten bevorzugt.

3.3.5.2.3 Unrechtsvereinbarung

Unrechtsvereinbarung ist die Verknüpfung zwischen Vorteil und Gegen-
leistung mit dem Ziel der unlauteren Bevorzugung eines Mitbewerbers.⁸⁹⁵
Im vorliegenden Fall besteht ein Konkurrenzverhältnis zwischen dem
Krankenhaus, in dem der Honorararzt seine Leistung erbringt und den
umliegenden Krankenhäusern, in welchen der Honorararzt ebenfalls seine
Patienten einweisen und die Operation durchführen könnte. Eine Wettbe-
werbslage ist somit gegeben.

Die Honorierung heilberuflicher Leistungen im Rahmen zulässiger berufli-
cher Zusammenarbeit soll, so der Gesetzgeber, grundsätzlich nicht den
Verdacht begründen können, dass eine Unrechtsvereinbarung vorliegt.⁸⁹⁶
Fraglich ist, ob die zwischen dem Honorararzt und dem Krankenhaus ge-
schlossene Vereinbarung noch eine zulässige berufliche Zusammenarbeit
darstellt oder ob es Gründe gibt, die vermuten lassen, dass die Kooperation
nur eine Zuweisung gegen Entgelt verdecken soll.

3.3.5.2.3.1 Umgehung von § 18 Abs. 3 KHEntgG

Das Verdecken einer Zuweisung gegen Entgelt könnte gegeben sein, wenn
die Beschäftigung des selbstständigen Honorararztes eine Umgehung des

⁸⁹⁵ Vgl. Dannecker, in: Nomos StGB, § 299 Rn. 67.

⁸⁹⁶ Vgl. Deutscher Bundestag, BT-Drs. 18/6446 S. 18.

§ 18 Abs. 3 KHEntgG darstellt. Seit der entsprechenden Änderung des § 121 SGB V können Krankenhäuser mit Belegärzten Honorarverträge abschließen und für die behandelten Belegpatienten die Hauptabteilungs-DRG mit einem Abschlag von 20 % abrechnen. Aufgrund dieses Abschlags ist der Belegarzt mit Honorarvertrag in der Praxis für alle Beteiligten zutiefst uninteressant.⁸⁹⁷

Eine Umgehung des § 18 Abs. 3 KHEntgG ist dahingehend denkbar, dass systematisch Belegarztverträge zu Gunsten von neu abgeschlossenen Verträgen mit „selbstständigen“ Honorararztverträgen gekündigt werden, wobei sich bezüglich der vom Arzt am Krankenhaus erbrachten Leistung nichts Wesentliches ändert. Dabei war umstritten, ob Honorarärzte überhaupt selbstständig im Krankenhaus tätig sein können. Das LSG Baden-Württemberg führte in seiner Entscheidung vom 17.04.2013 aus, dass eine Kooperation zwischen einem Krankenhaus und einem nicht niedergelassenen Anästhesisten an einem Krankenhaus als selbstständig tätigen Honorararzt ausgeschlossen sei, insbesondere, soweit dadurch der Einsatz eigenen, angestellten Personals eingespart werden solle.⁸⁹⁸ Drei Jahre später revidierte das LSG Baden-Württemberg diese Ansicht und stellte klar, dass die Tätigkeit als Honorararzt sowohl als Beschäftigung als auch im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses ausgeübt werden könne.⁸⁹⁹ Nach dieser Änderung der Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass Honorarärzte sowohl eine selbstständige Tätigkeit als auch eine solche in Anstellung am Krankenhaus ausüben können.

Das Krankenhaus zöge bei der Kündigung der Belegarztverträge zugunsten solcher mit selbstständigen Honorarärzten doppelt Gewinn: nach wie vor fallen für den Arzt keine Sozialversicherungsbeiträge an, während der von ihm betreute Behandlungsfall zu 100 % und nicht nur 80 % – wie im Fall des Belegarztes mit Honorarvertrag – der Krankenkasse gegenüber abgerechnet werden kann. Werden Belegärzte zu selbstständigen Honorarärzten unter Erhaltung ihres Pflichtenkreises, z. B. zu Nachtdiensten und

⁸⁹⁷ Vgl. *Kutlu*, in: Spickhoff Medizinrecht, § 18 KHEntgG Rn. 8.

⁸⁹⁸ Vgl. *LSG Baden-Württemberg*, Urteil vom 17.04.2013 – L 5 R 3755/11, GesR 2013, 483 Rn. 489 f., mit kritischer Anmerkung *Szabados*, ZMGR 2013, 280; ebenso *SG München*, Urteil vom 10.03.2016 – S 15 R 1782/15, über juris; a. A. *SG Berlin*, Urteil vom 26.02.2014 – S 208 KR 2118/12, über juris und *SG Braunschweig*, Urteil vom 25.07.2014 – S 64 KR 206/12, über juris.

⁸⁹⁹ Vgl. *LSG Baden-Württemberg*, Urteil vom 19.04.2016 – L 11 R 2428/15, über juris Rn. 44 nach juris mit Verweis auf *Hanau*, MedR 2015, 77.

Vertretungen, „umgewandelt“, so liegt nahe, dass dies nur der „Einsparung“ des 20 %igen Abschlags gem. § 18 Abs. 3 KHEntgG dienen soll. Andererseits enthält § 18 Abs. 3 KHEntgG gerade nicht die Verpflichtung, bestehende Belegarztverträge in Belegarztverträge mit Honorarverträgen umzuwandeln. Vielmehr soll den Krankenhäusern die Möglichkeit gegeben werden, an Stelle von belegärztlichen Leistungen nach den vertragsarztrechtlichen Regeln auf der Basis von Honorarverträgen abzurechnen.⁹⁰⁰ Der 20 %ige Abschlag soll dabei die günstigeren Kostenstrukturen der belegärztlichen Versorgung abbilden.⁹⁰¹ Die Vorschrift schafft damit nur die Möglichkeit einer alternativen Abrechnung von belegärztlichen Leistungen und kann gerade nicht als Verbot des Abschlusses von Honorararztverträgen mit niedergelassenen Ärzten verstanden werden. Dies muss auch für den Fall gelten, dass der niedergelassene Arzt zuvor als Belegarzt in demselben Krankenhaus tätig gewesen, der entsprechende Vertrag jedoch gekündigt worden war. Eine Umgehung des § 18 Abs. 3 KHEntgG ist damit nicht gegeben.

Eine Umgehung von § 18 Abs. 3 KHEntgG scheidet weiter bei (teil-)angestellten Honorarärzten aus. Durch eine (Teil-)Anstellung am Krankenhaus unterscheidet sich der Honorararzt so stark vom selbstständigen Belegarzt, der seine eigenen Patienten selbst behandelt und diese Leistungen auch selbst abrechnet, dass in der Regel davon auszugehen ist, dass die Auflösung einer Belegabteilung mit anschließender (Teil-)Anstellung der vorherigen Belegärzte aufgrund der juristisch so unterschiedlichen Struktur eines selbstständigen Belegarztes im Vergleich zu einem (sozialversicherungspflichtigen) angestellten Arzt am Krankenhaus nicht als Umgehung des § 18 Abs. 3 KHEntgG gesehen werden kann.

Unlauterkeit im Sinn eines Verstoßes gegen Sozialrecht im Sinne einer Umgehung der Vorschrift des § 18 Abs. 3 KHEntgG scheidet daher aus, unabhängig davon, ob der Honorararzt im oben dargestellten Fall selbstständig oder angestellt am Krankenhaus tätig geworden war.

⁹⁰⁰ Vgl. Hähnlein, in: LPK-SGB V, § 121 SGB V Rn. 12.

⁹⁰¹ Vgl. Kutlu, in: Spickhoff Medizinrecht, § 18 KHEntgG Rn. 8.

3.3.5.2.3.2 Erbringung der wahlärztlichen Leistung durch den Honorararzt

Die Unlauterkeit könnte sich jedoch daraus ergeben, dass die Erbringung wahlärztlicher Leistungen für Privatpatienten bzw. Selbstzahler durch den selbstständigen Honorararzt eine unzulässige berufliche Zusammenarbeit darstellt oder daraus, dass es Hinweise gibt, die darauf schließen lassen, dass die Kooperation nur einen Verstoß gegen Berufsrecht, namentlich die Zuweisung gegen Entgelt, verdecken soll.

Die Frage, ob Honorarärzte überhaupt wahlärztliche Leistungen nach § 17 Abs. 3 KHEntgG erbringen dürfen, ist ungeklärt:⁹⁰² Das Krankenhaus schuldet im Rahmen eines totalen Krankenhausaufnahmevertrages die allgemeinen Krankenhausleistungen im Sinne des § 2 Abs. 2 KHEntgG. Alles, was darüber hinausgeht, ist eine Wahlleistung.⁹⁰³ Das gilt insbesondere für die Wahlleistung „Arzt“, § 17 Abs. 3 KHEntgG. Die Vereinbarung über wahlärztliche Leistungen erstreckt sich auf die ärztliche Leistung des leitenden Arztes (Chefarzt) und alle an der Behandlung des Patienten beteiligten, angestellten oder verbeamteten Ärzte des Krankenhauses, soweit diese zur gesonderten Berechnung ihrer Leistungen im Rahmen der vollstationären oder teilstationären Behandlung berechtigt sind (sog. Wahlarztkette).⁹⁰⁴ Im Fall einer solchen Vereinbarung handelt es sich rechtlich um einen totalen Krankenhausvertrag mit Arzt-Zusatzvertrag, wobei sämtliche Wahlärzte neben dem Krankenhausträger Schuldner der ärztlichen Leistung sind.⁹⁰⁵ Kostenschuldner der Wahlleistung ist der Selbstzahler und nicht die gesetzliche Krankenversicherung des Patienten,⁹⁰⁶ was die Vereinbarung für die Ärzte und eben auch Honorarärzte reizvoll macht.

Einer Entscheidung des BGH vom Oktober 2014 meinte man die Antwort auf die Frage, ob Honorarärzte wahlärztliche Leistungen erbringen dürfen, entnehmen zu können: „§ 17 Abs. 3 S. 1 KHEntgG ist seinem Wortlaut nach eindeutig und schließt die Abrechnung wahlärztlicher Leistungen durch selbstständige Honorarärzte aus. Indem der Kreis der liquidationsberechtigten Ärzte positiv beschrieben wird, wird zugleich negativ geregelt, dass

⁹⁰² Vgl. zum Streitstand *Ufer*, ZMGR 2017, 3 (10 ff.).

⁹⁰³ Vgl. *Spickhoff*, in: *Spickhoff Medizinrecht*, § 17 KHEntgG Rn. 1.

⁹⁰⁴ Vgl. *Spickhoff a.a.O.*, § 17 KHEntgG Rn. 17.

⁹⁰⁵ Vgl. *Quaas/Zuck*, *Medizinrecht* § 14 Rn. 11, 12.

⁹⁰⁶ Vgl. *Quaas/Zuck a.a.O.* § 14 Rn. 10.

anderen Ärzten ein Liquidationsrecht nicht zusteht.“⁹⁰⁷ Eine freie Vereinbarung einer direkten Abrechnungsmöglichkeit der Honorarärzte gegenüber Patienten durch privatrechtlichen Vertrag widerspreche weiter dem Sinn und Zweck des Abschlusses einer Wahlleistungsvereinbarung und sei daher gem. § 134 BGB nichtig.⁹⁰⁸

Das BVerfG sah in einer Entscheidung vom März 2015 diese Formulierung dagegen keineswegs als eindeutig an und führte aus, sie enthalte nicht die Annahme, dass ein Honorararzt generell keine wahlärztlichen Leistungen abrechnen könne. Die Aussage des BGH, § 17 Abs. 3 KHEntgG lege die liquidationsberechtigten Ärzte abschließend fest, beziehe sich erkennbar nur auf die Frage, ob der gesetzlich geregelte Kreis der einbezogenen Ärzte durch Privatvereinbarung zwischen Arzt und Patient erweitert werden könne.⁹⁰⁹ Eine Aussage, ob Honorarärzte nun in die Wahlarztkette mit einbezogen werden können oder nicht, sei vom BGH gerade nicht getroffen worden: Im konkreten Fall war der betreffende Arzt schlicht in der Wahlleistungsvereinbarung weder als Wahlarzt noch als Stellvertreter aufgeführt, so dass bereits aus diesem Grund eine Liquidationsberechtigung ausscheide.⁹¹⁰ Wenngleich der Wortlaut der BGH-Entscheidung freilich auch anders verstanden werden kann,⁹¹¹ ist die Entscheidung des BVerfG zu respektieren. Die Diskussion um die Erbringung ärztlicher Wahlleistungen durch den Honorararzt hält damit an.⁹¹² In der Praxis wird der verbleibenden Rechtsunsicherheit wie bereits oben angesprochen dadurch gerecht, dass die Honorarärzte eine Teilanstellung mit dem Krankenhaus vereinbaren.⁹¹³ Damit gelten sie als angestellte Ärzte i. S. d. § 17 Abs. 3 KHEntgG und

⁹⁰⁷ So BGH, Urteil vom 16.10.2014 – III ZR 85/14, GesR 2014, 720 (722).

⁹⁰⁸ Vgl. BGH, GesR 2014, 720 (722).

⁹⁰⁹ BVerfG, Beschluss vom 03.03.2015 – 1 BvR 3226/14, GesR 2015, 340 (342).

⁹¹⁰ BVerfG, GesR 2015, 340 (342).

⁹¹¹ Vgl. Clausen, ZMGR 2014, 414; kritisch Bohle, MedR 2015, 123.

⁹¹² Zur Erbringung wahlärztlicher Leistungen durch einen Honorararzt wurden auch Modelle diskutiert, nach denen der Honorararzt als gewillkürter Vertreter des liquidationsberechtigten Arztes tätig wurde und über eine Individualvereinbarung mit dem Patienten quasi zum selbst liquidationsberechtigten Arzt werden könnte. Die für eine Individualvereinbarung nötigen Voraussetzungen der frühzeitigen Aufklärung des Patienten hierüber und die Dokumentation derselben ohne Verwendung vorgedruckter Formulare können in der Praxis im laufenden Klinikbetrieb nicht erfüllt werden. Die wahlärztliche Tätigkeit des Honorararztes aufgrund einer Vertretung des liquidationsberechtigten Arztes wird daher nicht weiter vertieft werden. Vgl. zur Problematik Ufer, ZMGR 2017, 3 (12); kritisch Schneider/Ebermann, HRRS 2015, 116 (120).

⁹¹³ Vgl. als Formulierungsbeispiel für einen solchen Vertrag Ratzel, MedR 2017, 701 (707).

können rechtlich unproblematisch ärztliche Wahlleistungen erbringen.⁹¹⁴ Hierbei ist unschädlich, dass Honorarärzte in der Regel keine leitende Funktion haben. Auch wenn umgangssprachlich eine Wahlarztvereinbarung gerne unter das Schlagwort der „Chefarztbehandlung“ gefasst wird, ist die Qualifikation des Wahlarztes – leitender Arzt oder „nur“ Facharzt – für die Wahlleistungsvereinbarung irrelevant.⁹¹⁵

Fraglich ist ob, geht man davon aus, dass der Kreis der liquidationsberechtigten Ärzte in § 17 Abs. 3 KHEntgG abschließend festgelegt wird, eine Unrechtsvereinbarung dann denkbar ist, wenn – wie hier – ein Honorararzt ohne Teilanstellung wahlärztliche Leistungen erbringt obwohl er nicht Teil der Wahlarztkette ist. Nach der Gesetzesbegründung kann ein Vorteil auch im Abschluss eines Vertrages liegen, der Leistungen an den Vorteilsnehmer zur Folge hat, und zwar selbst dann, wenn diese nur das angemessene Entgelt für die von ihm selbst aufgrund des Vertrags geschuldeten Leistungen sind. Einen Vorteil stellt damit auch die Verschaffung von Verdienstmöglichkeiten, etwa der Abschluss eines Behandlungsvertrags, dar.⁹¹⁶ Es könnte daher vertreten werden, dass bereits die Möglichkeit, über eine Wahlarztvereinbarung abzurechnen, einen Vorteil darstellt, der eine Zuführung von Patienten an das Krankenhaus abgelten soll. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass letztlich die Leistungen von einem Arzt erbracht wurden, der nicht Teil der Wahlarztkette ist. Sowohl das liquidierende Krankenhaus als auch der Honorararzt sehen sich in einem solchen Fall mit erheblichen Rückforderungsansprüchen der Patienten bzw. deren privater Krankenversicherung konfrontiert. Eine Wahlarztvereinbarung, die gegen § 17 Abs. 3 KHEntgG verstößt, ist gem. § 134 BGB nichtig, da es sich dabei um eine dem Schutz des Privatpatienten dienende, zwingende preisrechtliche Norm handelt, die eine abweichende individuelle Vergütungsabrede zwischen nicht liquidationsberechtigten Ärzten und Patienten nicht zulässt.⁹¹⁷ Eine Abrechnung nach GOÄ scheidet dann aus bzw. kann vom Patienten zurückgefordert werden. Zu erstatten sind nur die allgemeinen Krankenhausleistungen i. S. d. § 2 Abs. 2 KHEntgG, ohne die zusätzliche

⁹¹⁴ Vgl. *Eufinger*, MedR 2017, 296 (300); ausgenommen sind selbstverständlich Anstellungsverträge, die nur der Umgehung der formalen Voraussetzungen des § 17 Abs. 3 KHEntgG dienen, siehe *Schneider/Ebermann*, HRRS 2015, 116 (118).

⁹¹⁵ Vgl. *Theodoridis*, GesR 2017, 216 (218 f. /page§).

⁹¹⁶ Vgl. *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446 S. 18.

⁹¹⁷ Vgl. *BGH*, Urteil vom 16.10.2014 – III ZR 85/14, GesR 2014, 720 (722); die aktuelle Rechtsprechung zu wahlärztlichen Leistungen zusammenfassend *Theodoridis*, GesR 2017, 216.

Zahlung der GOÄ-Gebühren.⁹¹⁸ Angesichts dieser mit dem Vorteil der Abrechnung über eine (unwirksame) Wahlarztvereinbarung verbundenen Rückforderungsansprüche ist bereits fraglich, ob überhaupt ein Vorteil i. S. d. § 299a StGB gegeben ist.

Doch auch, wenn keine Rückforderungsansprüche bestünden, ist die Unrechtsvereinbarung zu verneinen. Die Gewährung von Vorteilen, die ihren Grund ausschließlich in der Behandlung von Patienten oder anderen heilberuflichen Leistungen finden, kann nach der Gesetzesbegründung nicht den Tatbestand des § 299a StGB erfüllen.⁹¹⁹ Wenngleich auch in der Möglichkeit eines Vertragsabschlusses ein Vorteil liegen kann, ist auf der Ebene der Unrechtsvereinbarung zu prüfen, ob dieser Vorteil gerade für die unlautere Bevorzugung gewährt wird. Das kann dann der Fall sein, wenn das gewährte Entgelt den Wert der erbrachten Leistung übersteigt und nahelegt, dass das Entgelt eine verdeckte Zuweiserprämie oder Ähnliches darstellt.⁹²⁰ Hier steht der 80 % Vergütung nach GOÄ direkt die erbrachte ärztliche Leistung durch den Honorararzt gegenüber. Durch die strenge Bindung der Vergütung an die GOÄ ist in diesem Fall davon auszugehen, dass die erbrachte Leistung des Honorararztes mit der Vergütung korreliert. Eine darüber hinausgehende Vergütung, die gewissermaßen „on top“ zur ärztlichen Leistung gezahlt wird und den Verdacht einer verdeckten Zuweiserprämie erwecken kann, gibt es im hier dargestellten Fall nicht. Nach der hier vertretenen Auffassung scheidet eine Unrechtsvereinbarung in Form einer verdeckten Zuweisung gegen Entgelt bereits auf der ersten Stufe aus. Der vom Vergütungssystem der GOÄ vorgegebene Rahmen wird nicht überschritten.

Da die gewährten Vorteile ihren Grund ausschließlich in der Behandlung von Patienten haben, ist eine Unrechtsvereinbarung auch bei Unwirksamkeit der Wahlarztvereinbarung nach § 17 Abs. 3 KHEntgG bezüglich der Behandlung von Privatpatienten bzw. Selbstzahlern zu verneinen.⁹²¹

⁹¹⁸ Vgl. *LG Stuttgart*, Urteil vom 13.04.2016 – 13 S 123/15, MedR 2017, 322; *Dahm*, MedR 2017, 324.

⁹¹⁹ Vgl. *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446 S. 18.

⁹²⁰ Vgl. *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446 S. 18, 19.

⁹²¹ So auch *Clausen*, ZMGR 2016, 82 (87).

3.3.5.2.3.3 Angemessenheit der Vergütung

Ein Missverhältnis könnte sich dagegen bei der Vergütung des selbständigen Honorararztes für die Behandlung der gesetzlich versicherten Patienten ergeben, die 20 % der an das Krankenhaus gezahlten Vergütung nach DRG beträgt. Nach der hier vertretenen Zweistufenprüfung ist auf der ersten Stufe der Sockelbetrag zu ermitteln, der sich aus dem Entgelt für die ärztliche Leistung nach den Vergütungssystemen ergibt. Im vorliegenden Fall entsprechen 11 % und 13 % der gesamten DRG-Vergütung der ärztlichen Leistung. Eine Vergütung des Arztes in Höhe des Anteils der ärztlichen Leistung an der DRG ist nach der hier vertretenen Auffassung immer zulässig, da die dem Krankenhaus erstatteten Kosten direkt an den behandelnden Arzt weitergegeben werden und ein Missverhältnis bereits auf der ersten Stufe verneint werden kann.⁹²²

Fraglich ist jedoch, ob dieser Anteil an der DRG gleichzeitig die Obergrenze für eine noch angemessene Vergütung der ärztlichen Leistung darstellt. Dagegen wird eingewandt, dass die InEK-Kalkulation, die die Verteilung der Vergütung innerhalb der einzelnen DRG festlegt, lediglich ein durchschnittlicher Verteilmaßstab von Sach- und Personalkosten sei, der über die Kostenstruktur am einzelnen Klinikum nichts aussage.⁹²³ Es müsse einem Klinikum freigestellt bleiben, durch Einsparung von Sachkosten oder Personalkosten an anderer Stelle mehr Geld für den Einkauf von spezialisierten Operateuren zur Verfügung zu haben.⁹²⁴ Für eine Deckelung auf den ärztlichen Anteil an der DRG-Vergütung wird argumentiert, dass der Einkauf einer ärztlichen Leistung, die das Krankenhaus nicht über die DRG gewissermaßen refinanziert bekomme, über dem „Marktpreis“ liege und damit grundsätzlich die Frage aufwerfe, was mit diesem Bonus, an § 31 MBO-Ä vorbei, noch eingekauft würde.⁹²⁵ Und auch die Deckelung selbst könne zu einer überhöhten Vergütung führen: Die DRG decke nicht nur die operativen Leistungen, sondern alle ärztlichen Leistungen, wie auch die von Assistenzärzten und die von Ärzten anderer Abteilungen erbrachten (Konsiliar-)Leistungen, ab. Es sei daher nicht gerechtfertigt, einem Operateur den kompletten Arztanteil der DRG zu vergüten.⁹²⁶

⁹²² Vgl. auch *Bahner/Bechtler, et al.*, medstra 2016, 343 (347).

⁹²³ Vgl. *Bahner/Bechtler, et al.*, medstra 2016, 343 (347).

⁹²⁴ Vgl. *Schneider*, medstra 2016, 195 (198).

⁹²⁵ Vgl. *Clausen*, ZMGR 2012, 248 (252).

⁹²⁶ Vgl. *Scholz*, in: *Korruption im Gesundheitswesen*, S. 103.

Eine Deckelung auf den Anteil der ärztlichen Leistung der DRG erkennt jedoch, dass die Akteure im Gesundheitswesen gleichzeitig Teilnehmer in einem immer härter umkämpften Wettbewerb sind. Mit einer Deckelung auf DRG verbleibt kein Spielraum für Individualitäten, wie unterschiedliche Qualifikationen oder sonstige Leistungsparameter des Heilberufsbeteiligten.⁹²⁷ Auf der zweiten Stufe ist daher am Einzelfall zu prüfen, ob dem Mehr an gewährter Vergütung ein Mehrwert des Zuwendungsgebers entspricht, der sich aus besonderen Qualifikationen o.ä. des Zuwendungsempfängers ergibt.

Im vorliegenden Fall geht die dem Honorararzt gewährte Vergütung mit 20 % der DRG für die Behandlung gesetzlich krankenversicherter Patienten deutlich über das hinaus, was seiner ärztlichen Leistung entspricht. Wie oben unter 3.2.3.3.2 ab Seite 135 bereits dargestellt sollte ein leichtes Überschreiten des anhand der Vergütungssysteme ermittelten Rahmens auf der ersten Stufe noch keinen Anhaltspunkt dafür bieten, dass dadurch Patientenzuweisungen abgegolten werden sollen. Das wäre im hier dargestellten Fall etwa dann gegeben, wenn der an den Honorararzt ausgekehrte Anteil der DRG mit 15 % leicht über dem Sockelbetrag von 11-13 % liegt, die der ärztlichen Leistung in der DRG entsprechen. Mit 20 %, was beinahe das Doppelte der unteren Grenze des Vergütungsrahmens darstellt, kann von einer leichten Überschreitung nicht mehr gesprochen werden. Auf der zweiten Stufe stellt sich die Frage, ob diesem Mehr an Vergütung eine besondere Qualifikation des Arztes oder ein sonstiger Mehrwert für die Klinik gegenübersteht. Das ist im hier dargestellten Fall zu verneinen. Der niedergelassene Arzt verfügt nur über eine durchschnittliche Qualifikation und Reputation. Andere, nicht in der Person des Arztes liegende Gründe für die erhöhte Vergütung sind im geschilderten Fall nicht erkennbar.

Da keine objektiven Gründe für das Mehr an Vergütung vorliegen, muss davon ausgegangen werden, dass ein Teil der Leistung für die Zuweisung von Patienten an das Krankenhaus gewährt wird. Eine Verknüpfung von Vorteil und Gegenleistung mit dem Ziel der unlauteren Bevorzugung des Krankenhauses vor seinen Mitbewerbern besteht.⁹²⁸ Die Unrechtsvereinbarung ist gegeben.

⁹²⁷ Vgl. *Schneider*, *medstra* 2016, 195 (198).

⁹²⁸ So auch *Clausen*, *ZMGR* 2016, 82 (88).

3.3.5.3 Subjektiver Tatbestand

Im vorliegenden Fall ist den mit der Vergütung ärztlicher Leistungen im Krankenhaus bestens vertrauten Beteiligten klar, dass die Vergütung mit 20 % des DRG-Satzes über das hinausgeht, was innerhalb der DRG der ärztlichen Leistung entspricht. Dass in der Vereinbarung ein regelwidriger Vorteilstausch liegt, wird wenigstens billigend in Kauf genommen. Der subjektive Tatbestand ist damit erfüllt.

3.3.5.4 Rechtswidrigkeit, Schuld, schwerer Fall gem. § 300 StGB

Es sind weder Rechtfertigungs- noch Entschuldigungsgründe erkennbar. Im Einzelfall mag es für den Honorararzt mit erheblichen finanziellen Einbußen verbunden sein, mit dem einzigen Krankenhaus in der weiteren Umgebung nicht zu deren Konditionen zusammenzuarbeiten, etwa wenn seine Einkünfte aus stationären Behandlungen wegfallen. Eine Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz bzw. eine gegenwärtige Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit ist in diesen Fällen höchst unwahrscheinlich. Da es sich bei dem dargestellten Vertrag zwischen Krankenhaus und Honorararzt keinesfalls um eine allgemeine „Klimapflege“ handelt, die nach § 299a StGB straflos bleiben soll, sondern um die Grundlage einer dauerhaften, auf einen nicht unerheblichen Gewinn ausgelegten Zusammenarbeit, ist ein gewerbsmäßiges Handeln durch den Honorararzt gegeben. § 300 StGB ist damit erfüllt.

3.3.5.5 Ergebnis

Eine Vergütung eines selbstständigen Honorararztes über anteilige DRGs ist nicht per se strafbar. In der Praxis ist bei diesen Verträgen in jedem Einzelfall darauf zu achten, dass der auf den Arzt ausgezahlte Teil der DRG zu dessen Leistung noch in einem angemessenen Verhältnis steht, um sich nicht dem Vorwurf ausgesetzt zu sehen, nur eine verdeckte Zuweiserprämie auszuzahlen. Sollte der Anteil an der DRG höher sein als die Vergütung der ärztlichen Leistung innerhalb der DRG, sollten die Gründe für dieses Mehr an Vergütung in der Kooperationsvereinbarung dargelegt werden. Die Angemessenheit der Vergütung ist hier, wie auch in anderen Fallkonstellationen, das entscheidende Kriterium für die Beurteilung, ob eine Unrechtsvereinbarung gegeben ist oder nicht. Das gilt auch dann, wenn statt einer Vergütung pro Operation nach DRG eine jährlich zu zahlende, fixe Prämie vereinbart wird. In diesem Fall wäre auf der ersten Stufe zu fragen, ob sich diese unter Einbeziehung der jährlich zu erwartenden

Operationen durch den Honorararzt im Rahmen des Entgelts nach den Vergütungssystemen bewegt. Geht das Entgelt darüber hinaus, müssen die besonderen Qualifikationen bzw. der Nutzen des Vorteilsgebers, gesondert dargelegt werden, um nicht auf der zweiten Stufe den Verdacht einer verschleierten Zuweisung gegen Entgelt zu begründen.

Erbringt der Honorararzt seine ärztliche Leistung auf Basis einer unwirksamen Wahlarztvereinbarung, etwa weil er nicht in einem Angestelltenverhältnis zu dem Krankenhaus steht, wird im Schrifttum eine Strafbarkeit wegen Abrechnungsbetrugs gem. § 263 StGB diskutiert.⁹²⁹ Wird die Tätigkeit des Honorararztes seitens des Krankenhauses falsch als selbstständig und damit sozialversicherungsfrei bewertet, obwohl in Wirklichkeit ein abhängiges sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorliegt, kommt für den Arbeitgeber eine Strafbarkeit nach § 266a StGB in Betracht.⁹³⁰ Eine Erörterung dieser Fragen würde jedoch den Rahmen dieser Arbeit sprengen und soll daher dahingestellt bleiben.

3.3.5.6 Exkurs: Konsiliarärzte

Für Konsiliarärzte fehlt die gesetzliche Definition. Unter Rückgriff auf § 2 Abs. 2 KHEntgG umfasst die konsiliarärztliche Tätigkeit die externe Beratung – auch durch Belegärzte – von Krankenhausärzten zur Stellung oder Absicherung einer Diagnose, der Festlegung des Behandlungsplans oder der Untersuchung und Mitbehandlung des Patienten, insbesondere die Diagnostik und Therapie von Erkrankungen, die in Fachgebiete fallen, die im Krankenhaus selbst nicht vertreten sind.⁹³¹ Die Abgrenzung zum Honorararzt ist im Einzelfall schwierig, da beide am Krankenhaus tätig werden, ohne beim Krankenhaus angestellt oder als Belegarzt tätig zu sein.

Das gilt insbesondere für die Tätigkeit der sog. „unechten“ oder „schwarzen“ Konsiliarärzte.⁹³² Während die echte Konsiliararztstätigkeit einzelfallbezogen und ergänzend erfolgt, nimmt der unechte Konsiliararzt operative Hauptleistungen des Krankenhauses wahr. Die Vergütung hierfür wird zwischen Krankenhausträger und dem niedergelassenen Arzt frei

⁹²⁹ Vgl. Clausen/Schroeder-Printzen, ZMGR 2010, 3 (21); Ufer, ZMGR 2017, 3 (13); Eufinger, MedR 2017, 296 (299); ablehnend Schneider/Ebermann, HRRS 2015, 116 (118).

⁹³⁰ Vgl. zu diesem Problemkreis Eufinger, MedR 2017, 296.

⁹³¹ Vgl. Ratzel/Luxenburger, in: Handbuch Medizinrecht, 21. Kapitel Rn. 34.; siehe auch Erläuterung in Kapitel 1.

⁹³² Vgl. Ratzel, GesR 2009, 561 (565).

vereinbart und liegt in der Regel über der Vergütung eines Belegarztes. Der Krankenkasse gegenüber rechnet das Krankenhaus die Gesamtbehandlung nach dem für das Haus geltenden DRG ab.⁹³³ Die Grenze zum Honorararzt ist dabei fließend. Wie bei der Vergütung des Honorararztes ist auch hier die Frage ausschlaggebend, ob die gewährte Vergütung noch der erbrachten konsiliarärztlichen Leistung entspricht oder ob deren Höhe den Schluss zulässt, dass als Mehr zu dieser Leistung die Zuführung der Patienten mit abgegolten werden soll. Das im Fallbeispiel zum Honorararzt Ausgeführte gilt entsprechend.

3.3.6 Die Aufweichung der Sektoren

Zur besseren Nutzung der Ressourcen und zur Kosteneinsparung werden verstärkt Kooperationsformen entwickelt, um die strenge Trennung der Sektoren in ambulante und stationäre Versorgung aufzuweichen und Krankenhäusern Kooperationen mit niedergelassenen Ärzten zu ermöglichen. Allen Liberalisierungen bei der Zusammenarbeit zwischen Arzt und Krankenhaus zum Trotz bleibt das Verbot der Zuweisung gegen Entgelt unangetastet, § 73 Abs. 7 SGB V, § 31 MBO-Ä. Eine detaillierte Aufarbeitung aller in Betracht kommenden Kooperationen würde den Umfang dieser Arbeit bei Weitem überschreiten, so dass im Folgenden nur die rechtlichen Rahmenbedingungen der am häufigsten vorkommenden Kooperationen sowie ihre möglichen strafrechtlichen Folgen kurz skizziert werden sollen.

3.3.6.1 § 115a SGB V: Vor- und nachstationäre Behandlung

3.3.6.1.1 Darstellung

Um die stationäre Liegedauer zu verkürzen und den Bettenbedarf zu vermindern, können Krankenhäuser gesetzlich Krankenversicherte ohne Unterbringung und Verpflegung – mit anderen Worten ambulant – behandeln, um entweder die Erforderlichkeit einer stationären Aufnahme zu klären oder vorzubereiten oder aber nach der Entlassung den Behandlungserfolg zu sichern oder zu festigen, § 115a Abs. 1 SGB V.⁹³⁴

Eine Vereinbarung nach § 115a Abs. 1 SGB V ist für die Krankenhäuser reizvoll, da sie der Verkürzung der stationären Liegedauer, der Verminderung

⁹³³ Vgl. Ratzel/Luxenburger, in: Handbuch Medizinrecht, 21. Kapitel Rn. 41.

⁹³⁴ Ausführliche Darstellung in Dahm, MedR 2010, 597 (604 f.).

des Bettenbedarfs sowie der Vermeidung von Selbst- bzw. Wiedereinweisungen der Patienten dient.⁹³⁵ Wiedereinweisungen sind für Krankenhäuser aufgrund der Abrechnung über DRGs, siehe § 17 Abs. 1 S. 1 KHG, wirtschaftlich unattraktiv. Bei DRGs handelt es sich um ein pauschalierendes Vergütungssystem, das gleichartige Fälle zu einer Fallgruppe zusammenfasst und die Vergütung für eine solche Fallgruppe bestimmt.⁹³⁶ Eine solche Fallpauschale fällt stark vereinfacht bei der Aufnahme eines bestimmten Patienten mit einer bestimmten Hauptdiagnose an. Kommt dieser Patient im Rahmen einer Wiedereinweisung innerhalb von 30 Tagen mit derselben Hauptdiagnose wieder, fällt die Pauschale kein zweites Mal an.⁹³⁷ Das Krankenhaus kann außerdem für eine längere Dauer des Aufenthalts eines Patienten nur dann weitere Vergütung verlangen, wenn die in den DRGs festgelegte obere Grenzverweildauer überschritten ist.⁹³⁸ Wird diese nicht überschritten, kann das Krankenhaus über die Verlagerung der nachstationären Behandlung auf den Vertragsarzt Betten leeren, die nach Abschluss der vergüteten Behandlung des Patienten keine weiteren Einnahmen generieren.

Für den niedergelassenen Vertragsarzt liegt der Reiz der Teilnahme an diesem System darin, dass er seine Einkünfte außerhalb der Gesamtvergütung durch die KV steigern kann, da die im Rahmen des § 115a SGB V behandelten Patienten nicht der Budgetierung unterliegen und die Vergütung hierfür einzelvertraglich mit den jeweiligen Krankenhäusern im Rahmen der Grenzen des § 115a Abs. 3 SGB V vereinbart wird.⁹³⁹ Eine Genehmigung dieser Verträge durch die KVen ist nicht erforderlich.⁹⁴⁰ Bei der nachstationären Behandlung durch niedergelassene Vertragsärzte ist zu beachten, dass nicht bei jeder Entlassung, die eine ambulante Weiterbehandlung erforderlich macht, ein Fall des § 115a Abs. 1 Nr. 2 SGB V vorliegt. Häufig wünscht der Patient, früher nach Hause entlassen zu werden, obwohl aufgrund der erst kurz zuvor stattgefundenen Behandlung eine stationäre Überwachung sinnvoll ist. Ist dies bei entsprechender vertragsärztlicher Abdeckung vor Ort medizinisch vertretbar, kann dennoch eine vorzeitige – gewissermaßen

⁹³⁵ Vgl. Becker, in: Becker/Kingreen, § 115a SGB V Rn. 1, 2; *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 12/3806 S. 102.

⁹³⁶ Vgl. Rehborn/Thomae, in: *Handbuch Medizinrecht*, 30. Kapitel Rn. 192 ff.

⁹³⁷ Vgl. Busse, *OP-Management* S. 13 f..

⁹³⁸ Vgl. BSG, Urteil vom 17.07.2013 – B 6 KA 14/12 R, NZS 2013, 915 (917).

⁹³⁹ Vgl. Kölbl, *wistra* 2009, 129 (130).

⁹⁴⁰ Vgl. Quaas, *Rechtsfragen der ambulanten Versorgung im Krankenhaus* S. 155; Szabados, in: *Spickhoff Medizinrecht*, § 115a SGB V Rn. 6.

„blutige“ – Entlassung durchgeführt werden. Die Vertragsärzte, die die weitere Betreuung übernehmen, erhalten bei diesen Konstellationen einen gewissen Anteil der DRG als Honorar.⁹⁴¹ In Abgrenzung zu den Fällen des § 115a Abs. 1 Nr. 2 SGB V wird in diesen Fällen der Behandlungserfolg nicht gefestigt, sondern durch den niedergelassenen Vertragsarzt erst herbeigeführt.

Bis 01.01.2012 war die herrschende Meinung, dass eine Erbringung vor- und nachstationärer Leistungen im Sinne des § 115a SGB V in den Praxisräumen eines niedergelassenen Arztes ohnehin unzulässig ist, was sich nicht zuletzt aus dem Wortlaut („Vor- und nachstationäre Behandlung im Krankenhaus“) ergab.⁹⁴² War neben der stationären Behandlung noch eine ambulante erforderlich, wurde davon ausgegangen, dass diese Betreuung im Rahmen des Sicherstellungsauftrags von den niedergelassenen Vertragsärzten durchgeführt wird.⁹⁴³ Dieses Ergebnis war vom Gesetzgeber eigentlich nicht gewollt, so dass zum 01.01.2012 eine Klarstellung erfolgte.⁹⁴⁴ Mit dem an diesem Tag in Kraft getretenen GKV-VStG⁹⁴⁵ wurde an den bestehenden § 115a Abs. 1 SGB V ein Satz 2 angefügt, mit dem klargestellt werden sollte, dass die vor- und nachstationäre Behandlung auch in den Praxisräumen des niedergelassenen Vertragsarztes stattfinden kann.

Die Betonung liegt auf dem Wort „sollte“. Arbeitet man streng am Wortlaut der geänderten Vorschrift, stellt sich die Frage, wo überhaupt Raum für eine nachstationäre Behandlung in der Arztpraxis, die nicht vom Sicherstellungsauftrag umfasst ist, bleibt. Die nachstationäre Behandlung gem. § 115a SGB V ist ein Unterfall der Krankenhausbehandlung gem. § 39 Abs. 1 S. 1 SGB V. Krankenhausbehandlung ist jedoch gegenüber der ambulanten Behandlung nachrangig. Solange der Behandlungserfolg auch durch eine ambulante Behandlung erreicht werden kann, haben gesetzlich krankenversicherte Patienten keinen Anspruch auf Behandlung im Krankenhaus, § 39 Abs. 1 S. 2 SGB V. Wenn die Gesundheit des Patienten somit eine ambulante Weiterbehandlung in der Arztpraxis vor Ort erlaubt, ist eine Krankenhausbehandlung begriffsnotwendig nicht objektiv erforderlich und damit auch kein Fall des § 115a SGB V mehr gegeben. Ausnahmen sind

⁹⁴¹ Vgl. *Ratzel/Szabados*, GesR 2012, 210 (211); *Ratzel*, MedR 2017, 701; ebenfalls von § 115a Abs. 1 Nr. 2 SGB V abgrenzend *BSG*, Urteil vom 17.07.2013 – B 6 KA 14/12 R, NZS 2013, 915 (916).

⁹⁴² Vgl. *Makoski*, MedR 2009, 376 (383); *Gerdts/Gersch*, ZMGR 2015, 3 (4).

⁹⁴³ Vgl. *Ratzel/Szabados*, GesR 2012, 210 (211); *Ratzel*, MedR 2017, 701 (703).

⁹⁴⁴ Vgl. *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 17/8005 S. 114.

⁹⁴⁵ GKV-Versorgungsstrukturgesetz, BGBl. I 2011, 2983.

nur in den Fällen denkbar, in welchen die Arztpraxis vor Ort über so überlegene Mittel verfügt, dass mindestens das Niveau einer stationären Behandlung ohne Abstriche gehalten werden kann oder aber ein ergänzendes Therapiesegment vorgehalten wird.⁹⁴⁶ Dagegen wird angeführt, dass nach dieser Argumentation der Anwendungsbereich des § 115a Abs. 1 S. 1 SGB V gegen den eindeutigen Willen des Gesetzgebers auf null reduziert würde; außerdem gebiete das Wirtschaftlichkeitsgebot gem. § 12 SGB V, dass die nachstationäre Behandlung komplett per DRG abgegolten würde, ohne dass es einer Ergänzung durch einen gegenüber der KV abrechnenden Vertragsarzt bedürfe.⁹⁴⁷

Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts hilft bei der Lösung des Disputs kaum weiter.⁹⁴⁸ Der 6. Senat des BSG entschied am 17.07.2013,⁹⁴⁹ dass die vor- und nachstationäre ambulante Behandlung lediglich als „Annex“ zur stationären Behandlung zu verstehen sei. Eine nachstationäre ambulante Behandlung könne dann außerhalb des Krankenhauses stattfinden, wenn ohnehin eine ärztliche Behandlung aufgrund einer anderen Indikation erforderlich sei oder eine Behandlung aus zeitlichen, räumlichen oder anderen wichtigen Gründen auch außerhalb des Krankenhauses sinnvoll sei. Voraussetzung sei immer, dass die nachstationäre Versorgung einen engen medizinischen Zusammenhang mit der vollstationär durchgeführten Behandlung aufweise. Sei diese Voraussetzung erfüllt, wären ambulant erbrachte Leistungen von Vertragsärzten innerhalb der Frist von 14 Tagen regelmäßig der nachstationären Versorgung gem. § 115a Abs. 1 SGB V zuzuordnen.⁹⁵⁰

Dagegen entschied der 1. Senat des Bundessozialgerichts auf den Tag genau nur zwei Monate später, dass eine nachstationäre Behandlung regelmäßig dann nicht erforderlich sei, wenn stattdessen eine vertragsärztliche Versorgung ausreichend sei.⁹⁵¹ Einschränkend stellt der 1. Senat noch fest, dass eine ambulante Leistung die Zuordnung zur stationären Versorgung dann nicht ausschließe, wenn sie nach Art und Schwere der Erkrankung für die medizinische Versorgung des Patienten im Krankenhaus erforderlich

⁹⁴⁶ Vgl. *Ratzel/Szabados*, GesR 2012, 210 (211); *Ratzel*, MedR 2017, 701 (703).

⁹⁴⁷ *Gerdts/Gersch*, ZMGR 2015, 3 (8).

⁹⁴⁸ Vgl. zum Rechtsbegriff des medizinisch geeigneten Falles *Thomae*, in: NK-GesundhR, § 115a SGB V Rn. 6 f.

⁹⁴⁹ BSG, Urteil vom 17.07.2013 – B 6 KA 14/12 R, NZS 2013, 915 (916).

⁹⁵⁰ BSG, NZS 2013, 915 (916).

⁹⁵¹ BSG, Urteil vom 17.09.2013 – B 1 KR 51/12 R, NZS 2014, 62 (64).

seien, im Hinblick auf eine stationäre Behandlung und unter Verantwortung eines im Krankenhaus tätigen Arztes erbracht würde sowie eine ansonsten notwendige stationäre Leistung ersetzt oder sie überflüssig machten.⁹⁵² Wiederum im Widerspruch dazu steht ein anderes Urteil des 1. Senats, wonach ein Krankenhaus bei einer Portimplantation keine ambulante Operation im Sinne des § 115b SGB V abrechnen dürfe, soweit dieses den Eingriff auch nachstationär hätte durchführen können.⁹⁵³

Zusammengefasst ist eine ambulante Behandlung in der Arztpraxis, die in engem Zusammenhang zur Krankenhausbehandlung steht und innerhalb von 14 Tagen seit der Entlassung erbracht wird, für den 6. Senat in der Regel, für den 1. Senat dagegen nur ausnahmsweise eine nachstationäre Behandlung nach § 115a Abs. 1 Nr. 2 SGB V. Das LSG Baden-Württemberg schloss sich der Ansicht des 1. Senats an und entschied, dass jedenfalls Wundkontrolle, Verbandswechsel oder Fadenzug nicht als nachstationäre Versorgung i. S. d. § 115a Abs. 1 Nr. 2 SGB V einzustufen seien, da hierfür die grundsätzlich vorrangige vertragsärztliche Versorgung ausreichend sei.⁹⁵⁴ Ob diese Entwicklung in der Rechtsprechung der Intention des Gesetzgebers entspricht, der eine Flexibilisierung der Zusammenarbeit zwischen den Sektoren erreichen wollte, ist mehr als fraglich.⁹⁵⁵

3.3.6.1.2 Strafrechtliche Risiken in Bezug auf §§ 299a, 299b StGB

An § 115a SGB V können anschaulich die Grauzonen dargestellt werden, die in den sozialrechtlichen Regelungen existieren und über das Merkmal der Unlauterkeit unverändert Eingang in die Prüfung der §§ 299a, 299b StGB finden werden. Die Vereinbarung der vor- und nachstationären Behandlung der Patienten kann mit anderen Honorararztverträgen verbunden werden. So könnte der im Fallbeispiel V.⁹⁵⁶ geschilderte Honorararztvertrag zusätzlich die vor- und nachstationäre Behandlung von Patienten, sei es den vom Honorararzt selbst operierten, sei es einer bestimmten Patientengruppe im Allgemeinen, in dessen Praxis vorsehen.

Bezüglich der an sich zulässigen vorstationären Behandlung ist die Abgrenzung zu einer unzulässigen Zuweisung gegen Entgelt hochproblematisch,

⁹⁵² BSG, NZS 2014, 62 (65).

⁹⁵³ BSG, Urteil vom 19.04.2016 – B 1 KR 23/15 R, NZS 2016, 618.

⁹⁵⁴ LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 04.11.2014 – L 5 KR 141/14 ER-B, ZMGR 2015, 27.

⁹⁵⁵ Vgl. Gerds/Gersch, ZMGR 2015, 3 (8).

⁹⁵⁶ Punkt 3.3.5. ab Seite 218.

da die vorstationäre Behandlung bereits begriffsnotwendig die spätere Zuführung eines Patienten in ein Krankenhaus umfasst. Um sich nicht dem Vorwurf der Umgehung der § 73 Abs. 7 SGB V und § 31 MBO-Ä auszusetzen, ist bei der Vertragsgestaltung peinlich genau darauf zu achten, dass entweder nur der Sockelbetrag der vom Arzt erbrachten Leistungen in angemessenem Umfang vergütet werden, jedenfalls aber der Mehrwert für den Zuwendungsempfänger im Vertragstext genau dargelegt wird. Es gibt sicher keinen Raum mehr für eine pauschale Rückvergütung an den vorbehandelnden Honorararzt pro Überweisung eines Patienten zur stationären Behandlung. Da bereits das Versprechenlassen von Vorteilen von § 299a StGB umfasst ist, genügt bereits die Vereinbarung einer Rückvergütung als solcher, um gegen die Vorschrift zu verstoßen.⁹⁵⁷

Bei der nachstationären Behandlung ist unbedingt darauf zu achten, dass der teilnehmende Arzt keine Leistungen vergütet bekommt, die bereits von seinem Sicherstellungsauftrag als niedergelassenem Vertragsarzt umfasst sind. Auch in diesem Fall drängt sich die Vermutung einer Zuweisung gegen Entgelt – insbesondere, wenn die ursprüngliche Krankenhauseinweisung auf den Honorararzt zurückgeht – geradezu auf. Die Vertragsgestaltung in der Praxis wird sich an dieser Stelle als besonders schwierig erweisen, da der Widerspruch zwischen § 115a Abs. 1 S. 3 zu § 115a Abs. 2 S. 5 und § 39 Abs. 1 S. 2 SGB V ungelöst bleibt.

3.3.6.2 § 39 Abs. 1a SGB V: Entlassmanagement

Dieselben strafrechtlichen Risiken, die soeben für eine Kooperation nach § 115a SGB V angesprochen wurden, sind bei einer Kooperation zwischen einem Krankenhaus und einem niedergelassenen Vertragsarzt im Rahmen des Entlassmanagements gem. § 39 Abs. 1a SGB V⁹⁵⁸ relevant.⁹⁵⁹

Das Entlassmanagement stellt eine der zentralen Schnittstellen zwischen ambulanter und stationärer Versorgung dar.⁹⁶⁰ Zeitlich fällt es in die letzte Phase der stationären Krankenhausbehandlung, bevor der Patient wieder

⁹⁵⁷ Vgl. *Ratzel*, in: Kommentar zur MBO, § 31 MBO-Ä Rn. 64.

⁹⁵⁸ Neu eingeführt durch das GKV-Versorgungsstärkungsgesetz (kurz GKV-VSG), BGBl. I 2015, 1211.

⁹⁵⁹ Vgl. *Schroeder-Printzen*, ZMGR 2015, 377.

⁹⁶⁰ Hierzu ausführlich *Braun*, GesR 2015, 518; *Diener/Heil*, GesR 2016, 1; *Knispel*, GesR 2016, 339.

ambulant versorgt wird.⁹⁶¹ Zu den Kernaufgaben des Entlassmanagements zählen z. B. die Information des Patienten bzw. seiner Angehörigen über das weitere Vorgehen, die Koordination der weiteren Krankenhausbehandlung, die Koordination der Entlassungsplanung, die Information, Koordination und ggf. Terminierung mit weiterbehandelnden (Vertrags-)Ärzten und/oder weiteren Leistungserbringern sowie die Koordination der weiterführenden Hilfs-, Heil- oder Arzneimittelversorgung.⁹⁶² Soweit dies für die Versorgung des Versicherten unmittelbar nach der Entlassung erforderlich ist, können die Krankenhäuser die in § 92 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 SGB V genannten Leistungen verordnen und die Arbeitsunfähigkeit feststellen. Dazu gehört auch die Verordnung von Arznei-, Verband-, Heil- und Hilfsmitteln, häuslicher Krankenpflege und Soziotherapie nach den vertragsärztlich geltenden Bestimmungen durch die Krankenhausärzte.⁹⁶³ Kommt es hier zu Absprachen, die Vorteile für die Empfehlung eines bestimmten Krankenpflegedienstes, bestimmter Sanitätshäuser zum Bezug der Hilfsmittel oder auch bestimmter Apotheken vorsehen, ist für diese sonstigen Leistungserbringer eine Strafbarkeit nach § 299b StGB gegeben.

Dieses Entlassmanagement kann auch niedergelassene Vertragsärzte als weiterbehandelnde Leistungserbringer übertragen werden. Dies soll insbesondere dann sinnvoll sein, wenn eine umfassende ambulante Weiterbehandlung erforderlich ist, z. B. bei der Weiterbehandlung onkologischer Patienten.⁹⁶⁴ Auch hier kann ein unangemessen hohes Entgelt den Verdacht begründen, es werde mehr als nur die Durchführung des Entlassmanagements abgegolten; dies gilt wie bei § 115a SGB V insbesondere für Konstellationen, in welchen der das Entlassmanagement durchführende (und abrechnende) Arzt auch derjenige war, der den Patienten in das Krankenhaus eingewiesen hatte.

3.3.6.3 § 115b SGB V: Ambulantes Operieren im Krankenhaus

Gem. § 39 Abs. 1 S. 1 SGB V kann eine Krankenhausbehandlung auch ambulant, das heißt ohne stationären Aufenthalt, erfolgen. In § 115b SGB V sind die Voraussetzungen für die Durchführung ambulanter Operationen sowie stationärsersetzender Eingriffe geregelt. Eine stationäre Behandlung

⁹⁶¹ Vgl. Braun, GesR 2015, 518 (518).

⁹⁶² Vgl. Braun, GesR 2015, 518 (518).

⁹⁶³ Vgl. Braun, GesR 2015, 518 (519).

⁹⁶⁴ Vgl. Braun, GesR 2015, 518 (520).

liegt nach der Rechtsprechung des BSG dann vor, wenn eine physische und organisatorische Eingliederung des Patienten in das spezifische Versorgungssystem des Krankenhauses gegeben ist, die sich zeitlich mindestens über einen Tag und eine Nacht erstreckt.⁹⁶⁵ Verbringt der Patient somit weder die Nacht vor noch die Nacht nach dem Eingriff im Krankenhaus, liegt eine ambulante Operation vor.⁹⁶⁶ Die Vergütung der Operation erfolgt wie bei § 115a SGB V außerbudgetär, das heißt direkt durch die Krankenkassen, § 115b Abs. 2 S. 4 SGB V. Entsprechend den Vorgaben des § 115b Abs. 1 SGB V vereinbarten die Selbstverwaltungsträger auf Bundesebene den Normvertrag⁹⁶⁷ über ambulantes Operieren und stationersetzende Eingriffe im Krankenhaus, kurz AOP-Vertrag.

§ 115b Abs. 1 SGB V wurde durch das GKV-VStG⁹⁶⁸ zum 01.01.2012 um Satz 4 erweitert, der es den Krankenhäusern ermöglicht, die Operationen nach dem AOP-Vertrag durch vertraglich verpflichtete, niedergelassene Vertragsärzte – mit anderen Worten Honorarärzte – vorzunehmen. Zu dieser Regelung kam es aufgrund einer Entscheidung des BSG im März 2011.⁹⁶⁹ Das BSG legte § 115b SGB V in Verbindung mit dem damals gültigen AOP-Vertrag dahingehend aus, dass dessen Voraussetzungen nur dann erfüllt wären, wenn entweder sowohl der Operateur als auch der Anästhesist am Krankenhaus angestellt wären oder der Operateur als Belegarzt tätig und der Anästhesist am Krankenhaus angestellt wäre. Operateur könne kein Arzt sein, der vom Krankenhaus nur als freier Mitarbeiter hinzugezogen worden wäre.⁹⁷⁰ Diese Rechtsprechung ist mittlerweile überholt, weil nicht nur § 115b Abs. 1 S. 4 SGB V sondern auch § 7 Abs. 4 AOP-Vertrag mittlerweile die Erbringung der in § 3 AOP-Vertrag genannten Operationen durch vertraglich verpflichtete niedergelassene Vertragsärzte bzw. Anästhesisten vorsehen. Nach diesen Änderungen des SGB V sowie des AOP-Vertrages ist das ambulante Operieren im Krankenhaus durch einen Honorararzt nicht mehr berufsrechtswidrig.

⁹⁶⁵ Vgl. BSG, Urteil vom 04.03.2004 – B 3 KR 4/03 R, NZS 2005, 93; Kutlu, in: Spickhoff Medizinrecht, § 1 KHEntgG.

⁹⁶⁶ Vgl. Becker, in: Becker/Kingreen, § 115b SGB V Rn. 2; hier kann freilich diskutiert werden, inwiefern die Kooperation dann noch sektorübergreifend ist. Es kommt eben gerade nicht zu einer Mischung von stationärer und ambulanter Behandlung, sondern die Behandlung wird ausschließlich ambulant durchgeführt.

⁹⁶⁷ Vgl. Becker a.a.O., § 115b SGB V Rn. 5.

⁹⁶⁸ BGBl. I 2011, 2983.

⁹⁶⁹ Vgl. BSG, Urteil vom 23.03.2011 – B 6 KA 11/10 R, GesR 2011, 542.

⁹⁷⁰ Vgl. BSG, GesR 2011, 542 (213).

Bei § 115b SGB V lässt sich wie bereits bei § 115a SGB V illustrieren, wie eine vom Gesetzgeber als zu restriktiv empfundene Auslegung durch die Sozialgerichtsbarkeit zu einer Gesetzesänderung, aber damit verbunden auch zur erheblichen Unsicherheit bei der Vertragsgestaltung führt. § 115b SGB V lässt sich ebenfalls mit einem Honorararztvertrag wie im Fallbeispiel 3.3.5 dargestellt⁹⁷¹ kombinieren. In einem solchen Fall würden die stationär aufgenommenen Patienten vom Honorararzt gegen die oben dargestellte Vergütung von 20 % DRG bzw. GOÄ vom Krankenhaus vergütet und die ambulanten Operationen gem. § 115b Abs. 1 S. 4 SGB V von der Krankenkasse, was für den Honorararzt aufgrund der Vergütung außerhalb seines Budgets sehr reizvoll ist. Abgesehen von den allgemeinen Regeln bezüglich der Unzulässigkeit einer Zuweisung gegen Entgelt – so darf auch hier für die Operation von „mitgebrachten“ Patienten kein gesondertes Entgelt vereinbart werden; es darf nur das Entgelt in der Höhe wie gem. § 115b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB V i. V. m. dem AOP-Vertrag bestimmt gewährt werden – ergeben sich für Kooperationen im Rahmen des § 115b SGB V keine weiteren Besonderheiten. Die Ausführungen zur Angemessenheit der Vergütung gelten entsprechend.

3.3.6.4 § 116b SGB V: Ambulante spezialfachärztliche Versorgung

Die im Gesundheitswesen vorherrschende Trennung von ambulanter und stationärer Behandlung wurde durch das GKV-VStG⁹⁷² und die Neufassung des § 116b SGB V auch im Bereich der spezialfachärztlichen Versorgung (kurz ASV) aufgelöst.⁹⁷³

Um dem steigenden Erfordernis nach interdisziplinärer Zusammenarbeit Rechnung zu tragen,⁹⁷⁴ sieht die ASV die Diagnostik und Behandlung komplexer, schwer therapierbarer Krankheiten vor, die je nach Krankheit eine spezielle Qualifikation, eine interdisziplinäre Zusammenarbeit und besondere Ausstattungen erfordern, § 116b Abs. 1 S. 1 SGB V. Dazu zählen z. B. schwere Verlaufsformen und besondere Krankheitsverläufe bei onkologischen Erkrankungen, HIV/AIDS oder Multipler Sklerose, § 116b Abs. 1 Nr. 1 SGB V. Weiter erfasst sind seltene Erkrankungen mit geringen Fallzahlen wie Tuberkulose oder Mukoviszidose, § 116b Abs. 1 Nr. 2 SGB V. Zur

⁹⁷¹ Siehe Kapitel 3 Punkt 3.3.5. ab Seite 218.

⁹⁷² BGBl. I 2011, 2983.

⁹⁷³ Vgl. Ratzel/Szabados, GesR 2012, 210 (214).

⁹⁷⁴ Vgl. Ratzel/Szabados, GesR 2012, 210 (214).

Diagnostik und Therapie dieser Erkrankungen können sich niedergelassene Fachärzte, MVZ oder auch nach § 108 SGB V zugelassene Krankenhäuser zu interdisziplinären Teams zusammenschließen.⁹⁷⁵ Der Zugang von Krankenhäusern und Vertragsärzten zur ASV ist gleichberechtigt: Wer die in § 116b SGB V aufgezählten, hochspezialisierten Leistungen erbringen kann, darf dies dem erweiterten Landesausschuss der Ärzte und Krankenkassen anzeigen, § 116b Abs. 2 S. 1 SGB V. Zwei Monate nach dieser Anzeige ist der Anzeigende berechtigt, die entsprechenden Leistungen zu erbringen, § 116b Abs. 2 S. 4 SGB V.⁹⁷⁶ Die so erbrachten Leistungen werden unmittelbar von der Krankenkasse vergütet, § 116b Abs. 6 SGB V, was die Zusammenarbeit für die Beteiligten reizvoll macht.

Es wird bei der ambulanten spezialärztlichen Versorgung von einem neuen Versorgungsbereich gesprochen, der selbstständig neben die ambulante und stationäre Versorgung gem. § 39 SGB V sowie die integrierte Versorgung nach § 140a SGB V tritt.⁹⁷⁷ Bei dieser Auffassung ist zu beachten, dass es sich, soweit Krankenhäuser an der ASV teilnehmen, um ambulante Krankenhausbehandlungen nach § 39 Abs. 1 S. 1 SGB V handelt.⁹⁷⁸ Nehmen Vertragsärzte an dieser Versorgungsform teil, handelt es sich nicht um eine vertragsärztliche Versorgung im engeren Sinn, sondern eine spezialfachärztliche Versorgung als eigenständigen Versorgungsbereich.⁹⁷⁹ Der Gesetzgeber will § 116b SGB V zwar formal nicht als Schaffung eines dritten Sektors verstanden wissen, doch läuft die Regelung im Ergebnis darauf hinaus.⁹⁸⁰ Die für die Leistungserbringung nach § 116b SGB V zwingend erforderliche Richtlinie des G-BA (kurz ASV-RL) trat am 20.07.2013 in Kraft und wurde zum 19.05.2016, in Kraft getreten zum 26.08.2016, zuletzt geändert.⁹⁸¹

⁹⁷⁵ Vgl. Szabados, in: Spickhoff Medizinrecht, § 116b SGB V Rn. 3.

⁹⁷⁶ Diese Fiktion problematisierend Quaas, GesR 2013, 327 (330); Wenner, MedR 2015, 175 (180); Becker, in: Becker/Kingreen, § 116b SGB V Rn. 17.

⁹⁷⁷ Vgl. Quaas, GesR 2013, 327 (327 f.).

⁹⁷⁸ Vgl. Quaas, GesR 2013, 327 (328).

⁹⁷⁹ Vgl. Quaas, GesR 2013, 327 (328).

⁹⁸⁰ Vgl. Halbe, MedR 2015, 168 (171).

⁹⁸¹ Siehe *Gemeinsamer Bundesausschuss*, Richtlinie ambulante spezialfachärztliche Versorgung § 116b SGB V - ASV-RL.

§ 299a Abs. 1 Nr. 3 StGB dann einschlägig, wenn der interdisziplinäre Zusammenschluss zur ASV nur zum Schein eingegangen wird und nur der Verschleierung einer Zuweisung gegen Entgelt zwischen den einzelnen Partnern dient. Besonders brisant ist dabei die Berechtigung zur Teilnahme zwei Monate nach Antragsstellung gem. § 116b Abs. 2 S. 4 SGB V, da eine Kontrolle der geplanten Zusammenarbeit auf deren sozialrechtliche Zulässigkeit nach § 116b SGB V nicht stattfindet. Ein Verbotsirrtum nach § 17 StGB wäre in diesen Fällen wenn überhaupt nur dann anzunehmen, wenn sich die Teilnehmer der ASV anderweitig Rechtsrat, etwa bei einem Anwalt, eingeholt hätten. Bei der Beteiligung eines in einem MVZ angestellten Arztes an einer nur zum Schein eingegangenen ASV kommt neben der Strafbarkeit nach § 299a StGB auch eine solche nach § 299 StGB in Betracht, bei einem in einem staatlichen Krankenhaus tätigen Arzt eine nach den §§ 331 ff. StGB.

3.3.6.5 § 140a SGB V: Besondere Versorgung

3.3.6.5.1 Darstellung

Teilweise wird sogar über die reine Trennung der Sektoren hinausgegangen und eine völlig neue Versorgungsform entwickelt. Die besondere Versorgung ist in den §§ 140a SGB V ff. geregelt und stellt einen eigenständigen Versorgungsbereich dar, der neben die ambulante und stationäre Versorgung der Versicherten nach § 39 SGB V tritt.⁹⁸² Die zuvor mit „Integrierte Versorgung“ (kurz: IV) überschriebenen §§ 140a SGB V ff. a. F. wurden im Rahmen des GKV-VSG zum 23.07.2015⁹⁸³ zu § 140a SGB V, der Besonderen Versorgung zusammengefasst und um die Vorschriften der §§ 73a, 73c SGB V a. F., den Vorschriften bezüglich der Strukturverträge und der besonderen ambulanten ärztlichen Versorgung, ergänzt. Inhaltliche Änderungen sollen damit aber nicht verbunden sein.⁹⁸⁴ Verträge, die nach den §§ 140a ff. SGB V in der am 22.07.2015 geltenden Fassung geschlossen wurden, gelten fort, § 140a Abs. 1 SGB V. Sofern im Folgenden von IV-Verträgen die Rede ist, sind damit in Anlehnung an die alte Nomenklatur solche im Rahmen der Besonderen Versorgung gem. § 140a Abs. 1 SGB V gemeint.

⁹⁸² Vgl. Quaas, GesR 2013, 327 (328).

⁹⁸³ GKV-Versorgungsstärkungsgesetz, BGBl. I 2015, 1211.

⁹⁸⁴ Vgl. Schroeder-Printzen, ZMGR 2016, 3 (14).

Eingeführt durch das GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000⁹⁸⁵ sollte die Integrierte Versorgung eine leistungssektorenübergreifende Versorgung der Versicherten neben und außerhalb der Versorgung im Rahmen des Sicherstellungsauftrags ermöglichen und die Regelversorgung überwiegend ersetzen.⁹⁸⁶ Die starren Grenzen zwischen ambulanter und stationärer Versorgung sollten durchbrochen und die Möglichkeit eröffnet werden, eine echte Alternative zur durch Kollektivverträge geregelten Versorgung zu schaffen.⁹⁸⁷

Kern der Besonderen Versorgung ist der Abschluss autonomer öffentlich-rechtlicher⁹⁸⁸ Direktverträge, in sog. IV-Verträge gem. § 140a Abs. 1 SGB V, über die die Versorgung der Versicherten zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern ohne den „Umweg“ über die Kassenärztlichen Vereinigungen sichergestellt werden soll.⁹⁸⁹ Die Teilnahme der Versicherten an der Versorgung nach den IV-Verträgen ist freiwillig, § 140a Abs. 4 SGB V. Erklären sich die Versicherten zur Teilnahme bereit, ist ihr Recht auf freie Arztwahl in diesem Teilbereich der Versorgung eingeschränkt; es besteht eine Bindung an die an der Integrierten Versorgung teilnehmenden Ärzte und sonstigen Leistungserbringer, § 140a Abs. 4 S. 4 SGB V, was den Versicherten in den Teilnahmebedingungen zur Integrierten Versorgung zwingend zu erläutern ist.

Eine Festlegung der Voraussetzungen eines IV-Vertrages existiert nicht. Das Gesetz spricht lediglich in § 140a Abs. 1 S. 1 SGB V von Verträgen, die eine verschiedene Leistungssektoren übergreifende oder eine interdisziplinär fachübergreifende Versorgung (integrierte Versorgung) der Versicherten ermöglichen sollen. Hierzu können die Krankenkassen mit den in § 140a Abs. 3 SGB V genannten Vertragspartnern Verträge abschließen. Von den Vorschriften der §§ 140a ff. SGB V, des KHG, des KHEntgG darf gem. § 140a Abs. 2 SGB V abgewichen werden, soweit der Gemeinsame Bundesausschuss keine ablehnende Entscheidung getroffen hat und die abweichende Regelung dem Sinn und der Eigenart der vereinbarten besonderen Versorgung entspricht, sie insbesondere darauf ausgerichtet ist, die Qualität, die Wirksamkeit und die Wirtschaftlichkeit der Versorgung zu

⁹⁸⁵ BGBl. I 1999, 2626.

⁹⁸⁶ Vgl. Huster, in: Becker/Kingreen, § 140a SGB V Rn. 9.

⁹⁸⁷ Vgl. Fischinger, in: Spickhoff Medizinrecht, § 140a SGB V Rn. 1.

⁹⁸⁸ Vgl. Huster, in: Becker/Kingreen, § 140a SGB V Rn. 13.

⁹⁸⁹ Vgl. Fischinger, in: Spickhoff Medizinrecht, § 140a SGB V Rn. 1.

verbessern, § 140a Abs. 2 S. 3 SGB V. Welche Regelungen gerade „dem Sinn und der Eigenart der vereinbarten besonderen Versorgung“ entsprechen, kann weder § 140a SGB V a. F. noch § 140a Abs. 2 SGB V n. F. – die Worthülsen der „Ausrichtung auf Qualität, Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit der Versorgung“ helfen nicht weiter – entnommen werden.⁹⁹⁰ Der Gesetzgeber verzichtete bewusst auf eine beschreibende Darstellung der integrierten Versorgung, um den Beteiligten Verhandlungs- und Gestaltungsspielräume einzuräumen, die für innovatives unternehmerisches Handeln notwendig waren.⁹⁹¹

Die Ausfüllung dieser bereits in § 140a SGB V a. F. sehr weiten Begriffe war der Rechtsprechung überlassen worden, die strenge Maßstäbe anlegte: Das BSG beharrte nachdrücklich auf der strikten Trennung zwischen ambulanter und stationärer Versorgung, die nur durch eine ausdrückliche gesetzliche Regelung durchbrochen werden könne.⁹⁹² Für die vom Gesetzgeber verstärkt angestrebte sektorenübergreifende Versorgung der Versicherten mit einer verbesserten Abstimmung und Verzahnung der stationären mit den ambulanten Leistungen im Interesse der Patienten seien daher aufwendige gesetzliche und vertragliche Konstruktionen erforderlich.⁹⁹³ Aufgrund der dargelegten traditionell deutlichen Trennung der ambulanten von der stationären Versorgung seien sektorenübergreifende Kooperationsformen nur zulässig, wenn sich diese ausdrücklich aus dem Gesetz ergäben und auch dann nur in dem gesetzlich vorgesehenen Umfang.⁹⁹⁴ Bestimmungen zur sektorenübergreifenden Zusammenarbeit werden vom BSG daher auch in Zukunft wohl nicht großzügig, sondern restriktiv ausgelegt werden.⁹⁹⁵ So entwickelte das BSG das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal des „Ersetzen der Regelversorgung jedenfalls in Teilbereichen“.⁹⁹⁶ Es zeigte sich bislang an den Entscheidungen zu den IV-Verträgen, dass diese Voraussetzungen nicht einfach zu erfüllen sind.⁹⁹⁷

⁹⁹⁰ Vgl. Quaas/Zuck, Medizinrecht § 11 Rn. 77.

⁹⁹¹ Vgl. Keil-Löw, ZMGR 2015, 297 (298).

⁹⁹² BSG, Urteil vom 19.09.2013 – B 3 KR 8/12 R, GesR 2014, 176 (177).

⁹⁹³ BSG, GesR 2014, 176 (178).

⁹⁹⁴ BSG, GesR 2014, 176 (179).

⁹⁹⁵ Vgl. Münzel, ZMGR 2015, 307 (308).

⁹⁹⁶ Vgl. Keil-Löw, ZMGR 2015, 297 (298); BSG, Urteil vom 06.02.2008 – B 6 KA 27/07 R, GesR 2008, 260 (263 f.).

⁹⁹⁷ Vgl. Braun, GesR 2016, 680 (681).

Ob die Rechtsprechung zu diesem ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal aufrechterhalten wird, ist fraglich; nach § 140a Abs. 2 S. 6 SGB V n. F. dürfen Gegenstand der IV-Verträge auch Vereinbarungen sein, die allein die Organisation der Versorgung betreffen. Dem integrativen Moment der Integrierten Versorgung kann in diesen Fällen wohl dadurch Rechnung getragen werden, dass eine gemeinsame Dokumentation, ein wechselseitiger Austausch und gemeinsame Fallbesprechungen zwischen den Vertragsbeteiligten stattfinden. Auf eine Ersetzung der Regelversorgung durch den Selektivvertrag scheint es jedenfalls für Verträge, die nach dem 22.07.2015 geschlossen wurden, nicht mehr anzukommen.⁹⁹⁸

Als Beispielsfall für einen zulässigen IV-Vertrag sowohl nach der alten als auch der neuen Regelung kann die Behandlung von Diabetes (versorgungsrelevante Volkskrankheit) innerhalb mehrerer Landkreise (bevölkerungsbezogene Flächendeckung) durch Zusammenarbeit von Hilfsmittelanbietern und/oder niedergelassenen Ärzten sowie Krankenhäusern (sektorenübergreifend) oder durch Zusammenarbeit von Haus- und Fachärzten (interdisziplinär-fachübergreifend) genannt werden. Diese IV-Diabetes-Behandlung ersetzt die Behandlung innerhalb der Regelversorgung in dem entsprechenden Gebiet.

Eine integrierte Versorgung muss auch nicht zwingend die Sektorengrenzen überschreiten; auch eine nur interdisziplinär-fachübergreifende Versorgung gem. § 140a Abs. 1 S. 1 SGB V ist möglich, etwa zwischen Haus- und Fachärzten oder Fachärzten verschiedener Fachgebiete.⁹⁹⁹ Strittig war, ob Verträge zwischen Krankenkassen und MVZ, wobei letztere jedenfalls bis 23.07.2015 fachübergreifend sein mussten,¹⁰⁰⁰ in den Anwendungsbereich des § 140a SGB V fallen. Dies wurde teilweise verneint, da MVZ nach der alten Rechtslage stets fachübergreifend waren und kein Anhaltspunkt dafür bestanden habe, dass der Gesetzgeber den Anwendungsbereich derart weit ausdehnen wollte.¹⁰⁰¹ Nach der Einführung des sog. „Mono-MVZ“ mit

⁹⁹⁸ Vgl. Murawski, in: LPK-SGB V, § 140a SGB V Rn. 19; Greiff, in: NK-GesundhR, § 140a SGB V Rn. 29.

⁹⁹⁹ Vgl. Fischinger, in: Spickhoff Medizinrecht, § 140a SGB V Rn. 5; Huster, in: Becker/Kingreen, § 140a SGB V Rn. 8; Braun, GesR 2016, 680 (681); Greiff, in: NK-GesundhR, § 140a SGB V Rn. 24.

¹⁰⁰⁰ Geändert durch das GKV-Versorgungsstärkungsgesetz (kurz GKV-VSG), BGBl. I 2015, 1211.

¹⁰⁰¹ Vgl. Fischinger, in: Spickhoff Medizinrecht, § 140a SGB V Rn. 5.

nur einer vertretenen Fachrichtung zum 23.07.2015¹⁰⁰² hat sich dieses Argument erübrigt, so dass davon auszugehen ist, dass ein IV-Vertrag zwischen einer Krankenkasse und nur einem, dann aber wegen des Merkmals der fachübergreifenden Versorgung der Bevölkerung doch fachübergreifendes MVZ möglich ist.¹⁰⁰³ Eine Beschränkung ist § 140a Abs. 3 Nr. 1 SGB V jedenfalls nicht zu entnehmen.

In der Rechtswirklichkeit hält sich die Bedeutung der IV-Verträge nicht zuletzt wegen der mit der offenen Formulierung verbundenen Rechtsunsicherheit in Grenzen: Zum 31.12.2008 waren lediglich 6.407 Integrationsverträge in unterschiedlichster Regelungstiefe mit einem Finanzvolumen von 811 Millionen Euro gemeldet.¹⁰⁰⁴ Viele dieser Verträge wurden für 2009 gekündigt oder nicht verlängert, da die Krankenkassen wegen der Einführung des Gesundheitsfonds finanzielle Unsicherheiten fürchteten und auch die Anschubfinanzierung gem. § 140d Abs. 1 S. 1 SGB V wegfiel.¹⁰⁰⁵ Es wird sich noch zeigen, ob durch die Öffnung der Besonderen Versorgung mit dem GKV-VSG zur Einbeziehung von Vereinbarungen, die allein die Organisation der Versorgung betreffen, die Besondere Versorgung für die Praxis attraktiver werden wird.¹⁰⁰⁶

3.3.6.5.2 Strafrechtliche Risiken in Bezug auf §§ 299a, 299b StGB

Durch die zwingende Beteiligung der Krankenkassen am IV-Vertrag ergibt sich ein Interessenwiderspruch zwischen den Leistungserbringern, die möglichst viel Gewinn erzielen wollen und den Krankenkassen, die ihre Ausgaben minimieren wollen. Dies schließt jedoch nicht automatisch aus, dass sich auch Krankenkassen an einem korruptiven System beteiligen können.

Da nach der Neuregelung des § 140a SGB V wohl kein Ersetzen der Regelversorgung wenigstens in Teilbereichen mehr erforderlich ist, wird die Besondere Versorgung zu einem offenen System, in dem beinahe jede Vertragsgestaltung möglich ist. Folgende Konstruktion ist denkbar: Eine

¹⁰⁰² GKV-Versorgungsstärkungsgesetz, BGBl. I 2015, 1211.

¹⁰⁰³ So bereits *Huster*, in: Becker/Kingreen, § 140a SGB V Rn. 8.

¹⁰⁰⁴ Vgl. *Huster a.a.O.*, § 140a SGB V Rn. 1.

¹⁰⁰⁵ Vgl. *Makoski*, MedR 2009, 376 (385).

¹⁰⁰⁶ Wobei es aufgrund des Wegfalls der Meldepflicht hierzu bedauerlicherweise keine neueren Daten gibt, vgl. *Behrens-Potratz/Posselt et. al.*, Welt der Krankenversicherung 2017, 104.

Krankenkasse schließt mit mehreren Kliniken und operierenden und niedergelassenen Ärzten sowie Reha-Zentren einen IV-Vertrag, in dem sich die Beteiligten zur Zusammenarbeit im Rahmen einer Managementgesellschaft verpflichten. Diese Managementgesellschaft hat das Ziel, eine wohnortnähere Versorgung der Versicherten, eine bessere Bettenauslastung der stationären Einrichtungen und individuell auf den Versicherten zugeschnittene Reha-Pläne zu organisieren. Zu diesem Zweck übernimmt die Managementgesellschaft die Verteilung der Patienten, etwa nach einer Brustkrebsoperation, auf niedergelassene Onkologen, Kliniken oder Reha-Zentren. Mit anderen Worten übernimmt die Management-Gesellschaft die Organisation der Versorgung i. S. d. § 140a Abs. 2 SGB V. Da eine Ersetzung der Regelversorgung gerade nicht mehr erforderlich ist, kann der IV-Vertrag auch nur mit ausgewählten Leistungserbringern geschlossen werden. Im Grunde handelt es sich um ein über einen IV-Vertrag organisiertes Netzwerk aus stationären Einrichtungen und niedergelassenen Ärzten, das sich die Patienten gegenseitig zuweist und von der Krankenkasse finanziert wird. Auf den ersten Blick ähnelt diese Konstruktion den Zuweisernetzwerken, die eindeutig gegen § 31 Abs. 1 MBO-Ä verstoßen.

Man könnte nun argumentieren, dass eine Vereinbarung, an welcher die Krankenkasse beteiligt ist und die die sozialrechtlich vorgegebenen Voraussetzungen erfüllt, nach dem Willen des Gesetzgebers nie gegen §§ 299a, 299b StGB verstößt.¹⁰⁰⁷ Vertritt man weiter die Ansicht, dass § 32 Abs. 1 MBO-Ä auch bei der Prüfung der Strafbarkeit nach § 299a StGB zur Anwendung kommt, entspräche die Zusammenarbeit einer wirtschaftlichen Behandlungs- oder Ordnungsweise auf sozialrechtlicher Grundlage, die eine berufsrechtswidrige Beeinflussung ausschließt. Durch die Beteiligung der Krankenkasse, die wie bereits dargelegt ein Interesse daran hat, ihre Ausgaben zu minimieren und für sie und damit auch ihre Versicherten günstige Verträge abzuschließen, müsste eine solche wirtschaftliche Behandlungsweise durch die Heilberufsangehörigen bei Teilnahme an dem Vertragssystem in der Regel bejaht werden. Etwas anderes dürfte nur dann gelten, wenn aufgrund der vermeintlichen Kostenersparnis in der Zukunft IV-Verträge abgeschlossen werden, die mit einem nicht mehr zu rechtfertigenden finanziellen Aufwand in der Gegenwart verbunden sind

¹⁰⁰⁷ So für eine Kooperation im Rahmen des Verkürzten Versorgungswegs nach § 128 SGB V Rönna/Wegner, MedR 2017, 206 (210).

und mithin § 266 StGB erfüllt ist.¹⁰⁰⁸ Außerhalb dieser extremen Konstellation ist bei der Beteiligung einer Krankenkasse jedoch immer § 32 Abs. 1 MBO-Ä auf Seiten der zuweisenden Ärzte erfüllt. Diese machen sich damit, solange das auf internen Zuweisungen beruhende Netzwerk von einer Krankenkasse finanziert wird, nie nach § 299a StGB bzw. spiegelbildlich nach § 299b StGB strafbar. Geht man davon aus, dass § 299b StGB dem § 299 StGB als *lex specialis* vorgeht, scheidet auch eine Strafbarkeit nach § 299 StGB aus.

Eine solche Privilegierung von Kooperationen, die unter Beteiligung einer Krankenkasse geschlossen werden, ist abzulehnen. Sie passt nicht zum möglichst weitgehenden Schutz des Wettbewerbs im Gesundheitswesen, wie es der Zweck der §§ 299a, 299b StGB ist. Stattdessen gilt es, ohne Anwendung des § 32 Abs. 1 MBO-Ä, wie bei den anderen dargestellten Kooperationsmodellen die erbrachten Leistungen der Beteiligten zum erhaltenen Entgelt in Relation zu setzen. Die Ausführungen zur Angemessenheit der Vergütung gelten entsprechend. Ergibt die Zweistufenprüfung ein Missverhältnis zwischen der von den Vertragsparteien erbrachten Leistung und der hierfür von der Krankenkasse gewährten Vergütung, wird mithin der Sockelbetrag überschritten, ohne dass diese Überschreitung auf Seiten des Zuwendungsempfängers zu einem Mehrwert führt, liegt ebenso wie in den anderen Konstellationen der Verdacht nahe, dass eine unzulässige Zuweisung gegen Entgelt an die anderen Leistungserbringer im System als Mehr zur ärztlichen Leistung abgegolten werden soll. Es ist für die Strafbarkeit nach § 299a StGB gerade nicht erforderlich, dass Vorteilsgeber und Bevorzugter identisch sind. Der Vorteil kann auch dafür gewährt werden, dass ein anderer als der Vorteilsgeber bei der Zuweisung von Patienten bevorzugt wird, wie dies bei einer Zuführung an eines der am IV-Vertrag beteiligten Reha-Zentren gegen Vergütung durch die Krankenkasse der Fall wäre. Die Voraussetzungen des § 299a StGB sind erfüllt: Ein Heilberufsangehöriger erhält einen Vorteil in Form der Vergütung seiner Leistung plus einem Bonus als Mehr, der über den Wert der ärztlichen Leistung hinausgeht, von der Krankenkasse. Seine Gegenleistung für diesen Vorteil besteht darin, dass er seine Patienten bevorzugt an einen anderen Teilnehmer des IV-Vertrages zuweist. Die Unlauterkeit der Bevorzugung ergibt sich daraus, dass die Zuweisung nicht objektiv am Patientenwohl

¹⁰⁰⁸ Vgl. zum Problemkreis des Marketings von Krankenkassen *Krüger*, NZS 2016, 841.

orientiert ist sondern subjektiv aufgrund des von der Krankenkasse gezahlten Bonus erfolgt, den er bei einer Zuweisung an einen nicht am IV-Vertrag beteiligten Arzt nicht bekäme. Die Vertragspartner, zu denen auch die Krankenkasse zählt, können sich damit auch bei einer nach dem SGB V grundsätzlich zulässigen Kooperation nach §§ 299a, 299b StGB strafbar machen.¹⁰⁰⁹

Dieses Ergebnis widerspricht nicht der Intention des Gesetzgebers, dass zulässige Kooperationsmodelle, zu denen ausdrücklich auch die Besondere Versorgung nach § 140a SGB V zählt, von der Strafbarkeit ausgenommen sein sollen.¹⁰¹⁰ Diese Ausnahme soll ohnehin nur gelten, sofern für die in diesem Rahmen erbrachten heilberuflichen Leistungen angemessene Entgelte gewährt werden.¹⁰¹¹ Ein Missverhältnis zwischen erbrachter ärztlicher Leistung und gewährter Vergütung ist auch nicht mit § 140a SGB V in Einklang zu bringen: Ziel der Besonderen Versorgung ist die Verbesserung der Wirtschaftlichkeit der Versorgung, was vier Jahre nach dem Wirksamwerden der zugrunde liegenden Verträge nachweisbar sein muss, § 140a Abs. 2 S. 4 SGB V. Bei einer Vergütung einer ärztlichen Leistung durch die Krankenkasse, die höher vergütet wird, als dies bei einer Abrechnung über den EBM oder DRGs der Fall wäre, ohne dass damit ein höherer Mehrwert für die Krankenkasse verbunden ist, dürfte schwerlich als wirtschaftliche Versorgung der Versicherten einzuordnen sein. Die Beteiligung einer Krankenkasse an einer Kooperation allein schützt damit nicht vor einer Strafbarkeit nach den §§ 299a, 299b StGB.¹⁰¹²

¹⁰⁰⁹ A. A. Rönau/Wegner, MedR 2017, 206 (210), der bei einer nach § 128 Abs. 4, 4a, 6 SGB V zulässigen Kooperation nicht von einer Strafbarkeit der Beteiligten ausgeht; zur Darstellung der rechtsaufsichtlichen Maßnahmen gegen eine Krankenkasse Gaßner, MedR 2017, 677 (682 ff.).

¹⁰¹⁰ Vgl. *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446 S. 18.

¹⁰¹¹ Vgl. *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446 S. 18.

¹⁰¹² A. A. *Bundesärztekammer*, Deutsches Ärzteblatt 2016, A1 (A7), die davon ausgeht, dass sich im Rahmen einer sektorenübergreifenden Kooperation nach § 140a SGB V sich die Problematik verbotener Zuweisung gegen Entgelt in der Regel nicht stellen dürfte, da die Vergütung unmittelbar durch die Krankenkasse an den jeweiligen Vertragsarzt bzw. das jeweilige Krankenhaus erfolge.

Kapitel 4: Berufsrechtliche Konsequenzen

Neben der strafrechtlichen Ahndung von Bestechung und Bestechlichkeit hat korruptes Verhalten für die betroffenen Ärzte auch berufsrechtliche Konsequenzen, die hier dargestellt werden sollen.

4.1 Kontrollinstanzen: Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen: § 81a, § 197a SGB V

Gemäß § 81a Abs. 1 S. 1 SGB V haben die kassenärztlichen Vereinigungen und die Kassenärztliche Bundesvereinigung organisatorische Einheiten einzurichten, die Fällen und Sachverhalten nachzugehen haben, die auf Unregelmäßigkeiten oder auf rechtswidrige oder zweckwidrige Nutzung von Finanzmitteln durch ihre Mitglieder hindeuten. Auch die Krankenkassen haben derartige Stellen einzurichten, § 197a SGB V. Gleichzeitig mit der Einführung der §§ 299a, 299b StGB¹⁰¹³ wurden die Stellen verpflichtet, regelmäßig unter Beteiligung der Berufskammern und Staatsanwaltschaften ihre Erfahrungen auszutauschen.¹⁰¹⁴ Damit wird die Hoffnung verbunden, dass bundesweit gleichmäßiger als bisher, insbesondere hinsichtlich der Einschaltung der Staatsanwaltschaften durch die Fehlverhaltensbekämpfungsstellen, vorgegangen wird.¹⁰¹⁵ Die Bekämpfungsstellen haben gem. § 81a Abs. 1 SGB V auf konkrete Hinweise Dritter auch zu prüfen, ob ein Anfangsverdacht für die Bestechlichkeit und Bestechung vorliegt.¹⁰¹⁶ Gem. § 81a Abs. 5, § 197a Abs. 5 SGB V ist über die Tätigkeit der Stelle unter anderem mit anonymisierten Fallbeispielen sowie Angaben zu entstandenen Schäden und gestellten Strafanzeigen zu berichten. Diese Berichte werden im Internet veröffentlicht, § 81a Abs. 6, § 197a Abs. 5 SGB V.

Diese Stellen werden nicht proaktiv im Sinne einer Ermittlung tätig, sondern sind auf eine detaillierte Anzeige Dritter angewiesen. Die Mitarbeiter der Bekämpfungsstellen sind nicht Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft.¹⁰¹⁷

¹⁰¹³ BGBl. I 2016, 1254.

¹⁰¹⁴ Vgl. zu den Änderungen *Steinhilper*, in: FS Dahm, S. 463.

¹⁰¹⁵ Vgl. *Dann/Scholz*, NJW 2016, 2077 (2080).

¹⁰¹⁶ Vgl. *Steinhilper*, in: FS Dahm, S. 472.

¹⁰¹⁷ Vgl. *Steinhilper*, ZMGR 2010, 152 (153).

Bei Verdacht auf strafbare Handlungen hat die Bekämpfungsstelle den Vorstand der jeweiligen KV zu unterrichten. Je nach Schwere des Verstoßes kann dieser Verdacht sofort ein Disziplinarverfahren oder vorgeschaltet ein Strafverfahren, z. B. wegen Abrechnungsbetrug, nach sich ziehen.¹⁰¹⁸

4.2 Ahndungsmöglichkeiten

Die Berufsvertretung, die Überwachung der Berufsausübung und die Berufsgerichtsbarkeit fallen in die Gesetzgebungskompetenz der einzelnen Bundesländer. Im Folgenden wird exemplarisch auf die bayerischen Regelungen im Heilberufe-Kammergesetz, kurz HKaG, eingegangen werden.¹⁰¹⁹

4.2.1 Rüge und berufsgerichtliches Verfahren

Berufsrechtliche Sanktionen gegen einen Privatarzt können in einer Rüge nach Art. 38 HKaG oder einem berufsgerichtlichen Verfahren nach Art. 66 Abs. 1 S. 1 HKaG bestehen.

Der Vorstand des ärztlichen Bezirksverbands, Art. 36a HKaG, kann ein Mitglied, das die ihm obliegenden Berufspflichten verletzt hat, rügen, wenn die Schuld gering ist und der Antrag auf Einleitung eines berufsgerichtlichen Verfahrens nicht erforderlich erscheint, Art. 38 Abs. 1 HKaG. In Verbindung mit dieser Rüge kann eine Geldbuße von bis zu 5.000 EUR verhängt werden, Art. 38 Abs. 1 S. 2 HKaG. Wiegt die Verletzung der Berufspflichten so schwer, dass eine Rüge im Einzelfall nicht ausreicht oder aber setzt das Mitglied sein gerühtes Verhalten weiter fort, kann die Berufsaufsicht ein berufsgerichtliches Verfahren nach Art. 39 i. V. m. Art. 66 ff. HKaG einleiten.

Das berufsgerichtliche Verfahren wird von den Berufsgerichten für die Heilberufe (Berufsgericht) als erster Instanz und dem Landesberufsgericht für die Heilberufe (Landesberufsgericht) als Rechtsmittelinstanz durchgeführt, Art. 68 Abs. 1 HKaG. Für Bayern sind die Berufsgerichte jeweils dem Landgericht München I bzw. dem Landgericht Nürnberg-Fürth organisatorisch angegliedert, stellen jedoch einen eigenen Rechtsweg dar. Das

¹⁰¹⁸ Vgl. *Steinhilper*, in: Handbuch des Arztrechts, § 37 Rn. 9.

¹⁰¹⁹ Für Niedersachsen etwa finden sich die entsprechenden Regelungen im HKG, für Baden-Württemberg im HBKG oder für Nordrhein-Westfalen im Heilberufsgesetz NRW, dem HeilBerG.

Berufsgericht hat Anspruch auf Rechtshilfe durch Behörden und Körperschaften des öffentlichen Rechts, Art. 74 HKaG, während der Durchführung des Untersuchungsverfahrens. Ist gegen den Arzt außerdem noch ein Disziplinarverfahren anhängig, ist das berufsgerichtliche Verfahren einstweilen zurückzustellen, Art. 86, 87 HKaG.

In einem derartigen Verfahren kann unter anderem gemäß Art. 67 Abs. 1 Nr. 1 HKaG auf einen Verweis oder gemäß Art. 67 Abs. 1 Nr. 2 HKaG auf eine Geldbuße bis zu 100.000 EUR erkannt werden. Die Maßnahmen können nebeneinander verhängt werden, Art. 67 Abs. 2 HKaG. Hat ein Gericht oder eine Behörde wegen desselben Verhaltens bereits eine Strafe, Geldbuße, Disziplinarmaßnahme oder ein Ordnungsmittel verhängt, so ist von einer Maßnahme nach Art. 67 Abs. 1 Nr. 1 und 2 HKaG abzusehen, es sei denn, dass diese Maßnahme zusätzlich erforderlich ist, um das Mitglied zur Erfüllung seiner Berufspflichten anzuhalten und das Ansehen des Berufsstands zu wahren, siehe Art. 67 Abs. 3 HKaG.

4.2.2 Widerruf der Approbation: § 5 Abs. 2 i. V. m. § 3 Abs. 1 Nr. 2 BÄO

Wiegt der Verstoß eines Arztes gegen die Berufspflichten und das Ansehen des ärztlichen Berufs so schwer, dass er zur Ausübung des ärztlichen Berufs unwürdig erscheint, kann seine Approbation, also die Erlaubnis zur Ausübung des ärztlichen Berufs widerrufen werden. Sie ist zwingend zu widerrufen, wenn gemäß § 5 Abs. 2 i. V. m. § 3 Abs. 1 Nr. 2 Bundesärzteordnung (kurz: BÄO) nachträglich die Zuverlässigkeit und Würdigkeit zur Ausübung des ärztlichen Berufs weggefallen sind. Unzuverlässig im Sinne des § 3 BÄO ist, wer nach seiner Gesamtpersönlichkeit keine ausreichende Gewähr für eine ordnungsgemäße Berufsausübung in der Zukunft bietet.¹⁰²⁰ Dies wird nach einer Prognose über das zukünftige Verhalten des Arztes beurteilt.¹⁰²¹ Unwürdig in diesem Sinne ist ein Arzt, der durch sein Verhalten das zur Ausübung des ärztlichen Berufs unabdingbare Ansehen und Vertrauen der Bevölkerung nicht mehr besitzt.¹⁰²²

¹⁰²⁰ Vgl. BVerwG, Urteil vom 16.09.1997 – 3 C 12/95, MedR 1998, 142.

¹⁰²¹ Vgl. Braun, MedR 2013, 277 (278).

¹⁰²² Vgl. BVerwG, Beschluss vom 28.01.2003 – 1 B 149/02, abrufbar in juris.

Bei Vorliegen entsprechender Gesamtumstände wird man diese Voraussetzungen regelmäßig bejahen können, wenn ein Arzt von der Industrie Vorteile annimmt und im Gegenzug seinen Patienten ein Präparat des zuwendenden Herstellers verordnet bzw. bei der Behandlung einsetzt, das nicht unmittelbar zur Genesung des Patienten beiträgt. Ein solches Verhalten lässt sich nicht mit dem Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient in Einklang bringen.¹⁰²³ Mit dieser Begründung wurde einem angestellten Chefarzt eines städtischen Klinikums in München die Approbation entzogen, als er in insgesamt 8 Fällen Geldzahlungen vom Pharma-Unternehmen entgegennahm und diese teilweise für sich, teilweise für einen Betriebsausflug verwendete.¹⁰²⁴

Als weniger eingriffsintensives Mittel steht die Anordnung des Ruhens der Approbation, § 6 BÄO, zur Verfügung. Das Ruhen kann angeordnet werden, wenn gegen den Arzt wegen des Verdachts einer Straftat, aus der sich seine Unwürdigkeit oder Unzuverlässigkeit zur Ausübung des ärztlichen Berufs ergeben kann, ein Strafverfahren eingeleitet ist, § 6 Abs. 1 Nr. 2 BÄO. Ein Arzt, dessen Approbation ruht, darf den ärztlichen Beruf nicht ausüben, § 6 Abs. 2 BÄO. Sind die Voraussetzungen für die Anordnung des Ruhens der Approbation nicht mehr gegeben, ist die Anordnung aufzuheben, § 6 Abs. 2 BÄO.

Der Widerruf der Approbation ist keine Sanktion, die im berufsgerichtlichen Verfahren ausgesprochen werden kann. Für den Widerruf ist ausschließlich die Approbationsbehörde, in Bayern die örtlich zuständige Bezirksregierung, sachlich zuständig. Bei der Prüfung der Voraussetzungen für den Widerruf einer Approbation ist die zuständige Behörde an die Beurteilung des Berufsgerichts nicht gebunden.¹⁰²⁵ Da sowohl der Widerruf als auch die Anordnung des Ruhens der Approbation gemäß § 6 BÄO Verwaltungsakte sind, ist gegen diese Entscheidungen der Verwaltungsrechtsweg gemäß § 40 VwGO eröffnet.

Nach Widerruf der Approbation besteht gem. § 8 BÄO die Möglichkeit, einen Antrag auf Wiedererteilung der Approbation zu stellen. Statt der Wiedererteilung kann auch eine auf maximal zwei Jahre befristete sowie

¹⁰²³ Vgl. Braun, MedR 2013, 277 (279).

¹⁰²⁴ Vgl. BayVGh, Urteil vom 30.09.2010 – 21 BV 09.1279, MedR 2011, 594.

¹⁰²⁵ Vgl. Lipp, in: Handbuch des Arztrechts, § 6 Rn. 34.

widerrufliche Erlaubnis erteilt werden, die auf bestimmte Tätigkeiten und Beschäftigungsstellen beschränkt werden kann.

4.2.3 Disziplinarmaßnahmen im Vertragsarztrecht

Während die vorgenannten Verfahren gegen jeden approbierten Arzt Deutschlands durchgeführt werden können, ergeben sich für die zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassenen Ärzte noch zusätzliche Pflichten, deren Verletzung eine gesonderte Ahndung durch die Kassenärztliche Vereinigung nach sich ziehen kann.

4.2.3.1 Das Disziplinarverfahren: § 81 Abs. 5 SGB V

Ein Disziplinarverfahren gemäß § 81 Abs. 5 SGB V, § 18 Abs. 1 Satzung der Kassenärztlichen Vereinigung Bayern (im Folgenden: S-KVB)¹⁰²⁶ findet gegenüber Mitgliedern der KVB statt, die ihre vertragsärztlichen Pflichten nicht oder nicht ordnungsgemäß erfüllen, mit anderen Worten wenn der Verdacht besteht, der Arzt habe spezifisch kassenärztliche Pflichten verletzt. Nach Ansicht des Bundessozialgerichts gehört es zu den generellen Pflichten eines jeden Vertragsarztes, bei der Ausübung seiner Tätigkeit keine Gesetzesverstöße zu begehen.¹⁰²⁷ Spezifisch kassenärztliche Pflichten ergeben sich aus verschiedenen Regelungen, insbesondere aus den §§ 72 ff. SGB V, dem Bundesmantelvertrag für Ärzte und den Satzungen der kassenärztlichen Vereinigungen.¹⁰²⁸

Bei korruptem Verhalten der Kassenärzte kommt neben dem Verstoß gegen § 128 SGB V auch ein Verstoß gegen die Pflicht zur peinlich genauen Leistungsabrechnung in Betracht. Ein solcher Verstoß ist z. B. dann gegeben, wenn Kassenärzte gegen ein Entgelt für eine "Weiterleitung" der von ihnen behandelten Patienten an einen weiteren Vertragsarzt sorgen, was dazu führt, dass beide Vertragsärzte eine Fallpauschale wegen Patientenkontakt abrechnen, obwohl bereits einer von ihnen die Behandlung hätte

¹⁰²⁶ Derartige Satzungen existieren für jede Kassenärztliche Vereinigung in Deutschland. Deren Unterteilung entspricht den Bundesländern, wobei Nordrhein-Westfalen in die KV Nordrhein und die KV Westfalen-Lippe aufgeteilt ist. Exemplarisch soll hier wiederum die bayrische Regelung dargestellt werden.

¹⁰²⁷ Vgl. BSG, Beschluss vom 25.09.1997 – 6 BKa 54/96, Beck-RS 1997, 31037239; kritisch *Heidemann*, Das Disziplinarrecht der Vertragsärzte S. 92.

¹⁰²⁸ Vgl. *Braun*, MedR 2013, 277 (278).

erbringen können oder de facto bereits erbracht hat und diese doppelt abgerechnet wird.¹⁰²⁹

Das förmliche Disziplinarverfahren wird von einem besonderen Ausschuss der kassenärztlichen Vereinigung, § 18 Abs. 2 S-KVB, durchgeführt. Je nach der Schwere der Verfehlung kann eine Verwarnung, ein Verweis, eine Geldbuße bis zu 50.000 EUR oder das Ruhen der Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung von bis zu 2 Jahren ausgesprochen werden, § 18 Abs. 1 S-KVB, § 81 Abs. 5 SGB V. Das Verfahren ruht, solange gegen ein Mitglied der KV ein strafgerichtliches, berufsgerichtliches oder ein Verfahren auf Entziehung der Zulassung anhängig ist, § 18 Abs. 4 S. 3 S-KVB. Will der Vertragsarzt gegen Entscheidungen des Disziplinarausschusses vorgehen, steht ihm der Rechtsweg zu den Sozialgerichten gemäß § 51 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGG offen.

4.2.3.2 Das Zulassungsentziehungsverfahren: § 27 Ärzte-ZV in Verbindung mit § 95 Abs. 6 SGB V

Bei einer gröblichen Verletzung der vertragsärztlichen Pflichten kommt außerdem ein Zulassungsentziehungsverfahren gemäß § 27 Ärzte-ZV in Verbindung mit § 95 Abs. 6 S. 1 SGB V in Betracht. Eine gröbliche Verletzung liegt nach ständiger Rechtsprechung dann vor, wenn die Verletzung der vertragsärztlichen Pflichten ein Ausmaß erreicht, das das Vertrauensverhältnis zwischen der Kassenärztlichen Vereinigung und dem Arzt so zerstört, dass der KV eine weitere Zusammenarbeit mit ihrem Mitglied nicht mehr zugemutet werden kann.¹⁰³⁰ Als mildere Sanktion ist auch die hälftige Entziehung der Zulassung, § 95 Abs. 6 S. 2 SGB V möglich. Für die Entziehung der Zulassung sachlich zuständig sind die Zulassungsausschüsse gemäß §§ 36 ff. Ärzte-ZV. Diese Zulassungsausschüsse sind paritätisch mit jeweils drei Vertretern der Ärzte und Krankenkassen besetzt, § 34 Ärzte-ZV. Antragsberechtigt für ein Zulassungsentziehungsverfahren sind die Kassenärztliche Vereinigung und die Landesverbände der Krankenkassen sowie die Ersatzkassen, § 27 S. 2 Ärzte-ZV.

Wurde bereits eine Disziplinarmaßnahme verhängt, wird dadurch die Zulassungsentziehung nicht ausgeschlossen, sofern diese objektiv geboten erscheint. Disziplinarmaßnahme und Entziehungsverfahren sind über den

¹⁰²⁹ Vgl. *Hesral*, in: Ehlers Disziplinarrecht, Rn. 201.

¹⁰³⁰ Vgl. *Braun*, MedR 2013, 277 (278).

Verhältnismäßigkeitsgrundsatz miteinander verknüpft.¹⁰³¹ Infolge der unterschiedlichen Zuständigkeiten des Disziplinarausschusses und des Zulassungsgremiums müssen beide den Sachverhalt selbstständig würdigen. Divergierende Entscheidungen sind daher möglich.¹⁰³² Nach Entzug der Zulassung darf der Arzt nicht mehr an der vertragsärztlichen Versorgung der Patienten teilnehmen und hat keinen Vergütungsanspruch mehr gegen deren Krankenkasse. Die Behandlung von Privatpatienten steht ihm nach wie vor offen.

Gegen die Entscheidung des Zulassungsausschusses steht dem Arzt nach dem Verfahren vor dem Berufungsausschuss gemäß § 96 Abs. 4 SGB V der Rechtsweg zu den Sozialgerichten offen, § 51 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGG. Statthafter Rechtsbehelf beim Entzug der Zulassung ist die Anfechtungsklage, § 54 Abs. 1 S. 1 SGG.

4.2.4 Das Verhältnis der dargestellten Verfahren zueinander

Alle soeben dargestellten Verfahren sind auch nebeneinander möglich. Der Widerruf der Approbation geht inhaltlich weiter als der Entzug der Kassenzulassung, da nicht nur die Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung von dieser betroffen ist, sondern die Ausübung des ärztlichen Berufs insgesamt. Dennoch stehen beide nicht in einem Stufenverhältnis zueinander sondern stehen als selbstständige Ahndungsmöglichkeiten mit unterschiedlicher Zielsetzung nebeneinander. Ein Zulassungsentziehungsverfahren hat kein Präjudiz für die Approbationsentziehung. Eine Approbationsentziehung kann auch dann gerechtfertigt sein, wenn die vertragsärztliche Zulassung nur für 3 Monate entzogen worden war.¹⁰³³ Wird die Approbation gem. § 8 BÄO wieder erteilt, ist auch die Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung, sofern die Zulassung zu selbiger noch besteht, wieder möglich.

Approbationsentziehung und der Zulassungsentzug als disziplinarische Maßnahme nebeneinander verstoßen auch nicht gegen das Verbot der Doppelbestrafung nach Art. 103 Abs. 3 GG, da beide unterschiedliche Ziele verfolgen. Grund der Approbationsentziehung ist die Unwürdigkeit des Arztes zur Ausübung des ärztlichen Berufes; eine weitere Ausübung des

¹⁰³¹ Vgl. *Hesral*, in: Ehlers Disziplinarrecht, Rn. 569.

¹⁰³² Vgl. *Hesral a.a.O.* Rn. 570.

¹⁰³³ Vgl. *VG Hannover*, Urteil vom 24.11.2010 – 5 A 1975/09, über juris.

Berufs würde eine Beeinträchtigung des Vertrauens in die Integrität der Ärzteschaft und ihres Ansehens in der Bevölkerung nach sich ziehen. Dagegen ist der Grund für den Zulassungsentzug der Verstoß gegen die vertrauensvolle Zusammenarbeit mit den Krankenkassen, die das Vertrauen der KV in ihr Mitglied so schwer beschädigt, dass der KV eine weitere Zusammenarbeit mit ihrem Mitglied nicht mehr zugemutet werden kann.¹⁰³⁴

Das berufsgerichtliche Verfahren, das Verfahren über den Widerruf der Approbation sowie, für Vertragsärzte, das Disziplinarverfahren und gegebenenfalls das Zulassungsentziehungsverfahren stehen jeweils gleichgeordnet nebeneinander. Besteht bei berufsrechtlichen Verstößen durch einen Kassenarzt, etwa gegen die MBO oder die BÄO, ein sogenannter kassenarztrechtlicher Überhang, kommt neben dem Verfahren vor dem Berufsgericht ein kassenärztliches Disziplinarverfahren in Betracht. Ein solcher Überhang dann gegeben, wenn die Besorgnis besteht, ein rein berufsgerichtliches Verfahren könnte den zu Grunde liegenden Verstoß nur unzureichend mit Blick auf die vertragsärztlichen Pflichten ahnden.¹⁰³⁵ Wie bereits dargestellt, schließt darüber hinaus ein Disziplinarverfahren ein Zulassungsentziehungsverfahren nicht aus; jedoch ruht das Disziplinarverfahren, solange das Zulassungsentziehungsverfahren läuft, § 18 Abs. 4 S. 3 S-KVB.

4.3 Berufsrechtlicher Überhang

Macht sich ein Arzt bei seiner Berufstätigkeit strafbar, verletzt er damit wie bereits dargestellt seine Berufspflichten. Ein berufsgerichtliches Verfahren ist neben dem strafrechtlichen Verfahren möglich, wenngleich das berufsgerichtliche Verfahren bis zum Ende des strafrechtlichen Verfahrens ausgesetzt wird, Art. 86 HKaG. Eine über die Verurteilung im Strafverfahren hinausgehende berufsgerichtliche Sanktion ist nicht bereits wegen des Verbots des *ne bis in idem* gemäß Art. 103 Abs. 3 GG ausgeschlossen, weil sie keinen bestrafenden, sondern disziplinarischen Charakter hat.¹⁰³⁶ Bei einer strafgerichtlichen Verurteilung ist jedoch stets zu prüfen, ob eine weitere berufsrechtliche Sanktion noch verhältnismäßig ist, d.h. inwieweit

¹⁰³⁴ Vgl. *VG Hannover*, über juris a.a.O.

¹⁰³⁵ Vgl. *Laufs*, *Arztrecht: Ärztliches Berufsrecht*, Rn. 36.

¹⁰³⁶ Vgl. *BVerfG*, Beschluss vom 29.10.1969 – 2 BvR 545/68, NJW 1970, 507.

der disziplinarische Zweck bereits durch die Strafe erreicht ist und inwieweit noch eine disziplinarische Maßnahme erforderlich und geboten ist.¹⁰³⁷

Erforderlich ist daher ein sog. berufsrechtlicher Überhang.¹⁰³⁸ Die Definitionen eines solchen sind jedoch leider vage.¹⁰³⁹ Nach Laufs ist der Überhang gegeben, wenn das dem Arzt zur Last gelegte Verhalten den Kern seiner berufsrechtlichen Pflichten berührt und die berufsrechtlichen Belange durch die strafrechtliche Ahndung noch nicht ausreichend gewahrt werden.¹⁰⁴⁰ Nach dem Landesberufsgericht Kassel ist ein berufsrechtlicher Überhang, der durch die strafgerichtliche Verurteilung nicht ausreichend geahndet worden ist, dann gegeben, wenn „davon ausgegangen werden muß, daß die in der strafrechtlichen Verurteilung liegende Pflichtenmahnung nicht ausreicht, um den Beschuldigten zukünftig zu einem pflichtgemäßen Verhalten anzuhalten.“¹⁰⁴¹ Diese wenig transparenten Formulierungen führen im Einzelfall dazu, dass es schwer bis unmöglich vorherzusagen ist, ob sich nach einem strafrechtlichen Verfahren ein berufsrechtliches anschließen wird oder nicht.¹⁰⁴² Entscheidungen des Strafgerichts oder der Staatsanwaltschaft binden die Berufsgerichte grundsätzlich nicht. Trotz Freispruchs oder Einstellung kann der Gegenstand des strafgerichtlichen Verfahrens berufsrechtlich relevant bleiben.¹⁰⁴³

Mit dem Wegfall des Tatbestandsmerkmals der Verletzung der berufsrechtlichen Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit ist auch das Rechtsgut des Schutzes des Vertrauens der Patienten in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen weggefallen.¹⁰⁴⁴ Bestünde dieses Tatbestandsmerkmal noch, wäre in der Tat fraglich, ob aufgrund der Parallelität der strafrechtlichen und berufsrechtlichen Vorschriften das

¹⁰³⁷ Vgl. Lipp, in: Handbuch des Arztrechts, § 6 Rn. 35.

¹⁰³⁸ Instruktiv hierzu Willmes, in: Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht, S. 39.

¹⁰³⁹ Vgl. Rehborn, GesR 2004, 170 (174).

¹⁰⁴⁰ Laufs, in: Handbuch des Arztrechts, § 14 Rn. 25; ebenso Rehborn, GesR 2004, 170 (174).

¹⁰⁴¹ Vgl. auch Landesberufsgericht für Heilberufe Kassel, Urteil vom 29.06.1994 – LBG 1368/92, juris Rn. 27; Rehborn, GesR 2004, 170 (174).

¹⁰⁴² Mit harscher Kritik am Gesetzgeber Rehborn, GesR 2004, 170 (174).

¹⁰⁴³ Vgl. Laufs, in: Handbuch des Arztrechts, § 14 Rn. 28; zum Überhang bei Einstellung des Strafverfahrens wegen Diffamierung des jüdischen Volkes Ärztliches Berufsgericht Hannover, Urteil vom 27.05.2015 – BG 14/14, GesR 2015, 637 (638).

¹⁰⁴⁴ Siehe auch die Ausführungen unter Kapitel 3 Punkt 3.2.1 ab Seite 102.

berufsrechtliche Verfahren neben dem Strafverfahren überhaupt noch eigenständige Bedeutung hätte.¹⁰⁴⁵

Aufgrund der jetzt teilweise unterschiedlichen Schutzzwecke der §§ 299a, 299b StGB und § 31 Abs. 1 MBO-Ä ist in der Regel von einem berufsrechtlichen Überhang auszugehen. Schutzzweck des § 31 Abs. 1 MBO-Ä ist neben dem Schutz des fairen Leistungswettbewerbs zwischen den Ärzten auch die ärztliche Unabhängigkeit bzw. das Vertrauen der Patienten in die Sachlichkeit ärztlicher Entscheidungen,¹⁰⁴⁶ während §§ 299a, 299b StGB nur den freien Wettbewerb im Gesundheitswesen schützt. Lässt sich ein Arzt somit z. B. bei einer Zuweisung von durch einen anderen Arzt gewährten Vorteilen und nicht der besten Patientenversorgung leiten, ist der berufsrechtliche Überhang gegeben.¹⁰⁴⁷

Der Schutz des Patientenvertrauens ist noch Zweck des § 32 Abs. 1 MBO-Ä, so dass bei der Annahme von Vorteilen durch den Arzt, ohne dass dem eine Gegenleistung folgt, dieser spezifische berufsrechtliche Verstoß nicht von einer strafrechtlichen Verurteilung abgedeckt ist. Es ist daher denkbar, dass über das Strafverfahren hinaus, wohlgemerkt unabhängig von dessen Ausgang, eine berufsrechtliche Sanktion erforderlich ist, um das Kammermitglied zur Erfüllung seiner berufsrechtlichen Pflichten anzuhalten.¹⁰⁴⁸ Ein berufsrechtlicher Überhang ist in diesen Fällen gegeben.¹⁰⁴⁹

Die im Strafverfahren getroffenen Feststellungen können auch im berufsgerichtlichen Verfahren, dem Disziplinarverfahren, dem Zulassungsentziehungsverfahren oder dem Verfahren zum Widerruf der Approbation zu Grunde gelegt werden.¹⁰⁵⁰ Dies gilt auch dann, wenn das Strafverfahren vor Erhebung der Anklage eingestellt wurde oder mit einem Freispruch endete, sofern nur bejaht wird, dass die darin liegende Pflichtenmahnung nicht

¹⁰⁴⁵ Vgl. Nestler, GesR 2016, 70 (75); Scholz, in: Korruption im Gesundheitswesen, S. 106 f.

¹⁰⁴⁶ Vgl. Scholz, in: Spickhoff Medizinrecht, § 31 MBO Rn. 1; BGH, Urteil vom 23.02.2012 – I ZR 231/10, MedR 2013, 247 (248).

¹⁰⁴⁷ So auch Scholz, in: Korruption im Gesundheitswesen, S. 107; a. A. Dannecker/Schröder, in: Nomos StGB, § 299a Rn. 225, die aufgrund der besonderen Bedeutung des Berufsrechts in der Prüfung des § 299a StGB dazu tendieren, einen berufsrechtlichen Überhang aufgrund der Reichweite der kriminalstrafrechtlichen Sanktion zu verneinen.

¹⁰⁴⁸ Vgl. Stollmann, GesR 2016, 76 (80); Scholz, in: Korruption im Gesundheitswesen, S. 107, der ausführt, den Vorschriften des Berufsrechts käme die Wirkung eines Auffangtatbestandes im Verhältnis zu den strafrechtlichen Vorschriften zu.

¹⁰⁴⁹ Vgl. Dann/Scholz, NJW 2016, 2077 (2080).

¹⁰⁵⁰ Vgl. Nestler, GesR 2016, 70 (75).

ausreicht, um den Beschuldigten zukünftig zu einem pflichtgemäßen Verhalten anzuhalten.¹⁰⁵¹ Ein eingestelltes Strafverfahren ist damit, wie auch in Fällen der fahrlässigen Körperverletzung oder des Abrechnungsbetrugs, kein Schutz gegen Sanktionen berufsrechtlicher Art.

¹⁰⁵¹ Vgl. *Landesberufsgericht für Heilberufe Kassel*, Urteil vom 29.06.1994 – LBG 1368/92, juris Rn. 27.

Ergebnis

Die neu gefassten §§ 299a, 299b StGB wurden als „Großer Wurf mit kleinen Schwächen“ bezeichnet.¹⁰⁵² Dem kann sich die Verfasserin nicht anschließen. Die Entscheidung des Großen Senats,¹⁰⁵³ dass korrupte Verhaltensweisen im Gesundheitswesen nach den damals anzuwendenden Vorschriften nicht strafbar seien, kann nur als konsequent bezeichnet werden. Ganze 4 Jahre nach diesem Beschluss wurde jedoch ein Gesetz verabschiedet, in dessen Wortlaut Strafbarkeitslücken offen in Kauf genommen wurden. Die Vereinbarkeit mit Europarecht ist insbesondere in Anbetracht des nur wenige Monate zuvor europarechtlichen Vorgaben angepassten § 299 StGB mehr als fraglich. Wenngleich der bezüglich des Bestimmtheitsgebotes bedenkliche Verweis auf die heilberufliche Unabhängigkeit letztlich gestrichen wurde, finden über das Merkmal der „Unrechtsvereinbarung“ das von Kammer zu Kammer unterschiedliche Berufsrecht sowie zusätzlich das Sozialrecht Eingang in die strafrechtliche Prüfung. Diese wird sehr viel stärker von diesen berufs- und sozialrechtlichen Vorschriften geprägt als dem Strafrecht, was die Frage aufwirft, ob hier zur Ahndung korrupten Verhaltens nicht das falsche Rechtsgebiet bemüht wird.

Die Arbeit hat gezeigt, dass außerhalb von offensichtlich strafwürdigen Verhaltensweisen gerade wegen dieser Akzessorietät eine enorme Grauzone existiert, deren strafrechtliche Relevanz heute noch nicht abgesehen werden kann. Die bestehenden Kooperationsmöglichkeiten im Gesundheitswesen sind so vielgestaltig und undurchschaubar, dass vor dem Hintergrund des wachsenden Kostendrucks auf alle Beteiligten¹⁰⁵⁴ ein kriminogenes System¹⁰⁵⁵ geschaffen wird, das trotz der generellen Ablehnungswürdigkeit korruptiver Praktiken diese selbst hervorruft. Das Gesundheitswesen, das gemeinhin gerade nicht als Wettbewerb begriffen wird,¹⁰⁵⁶ ist trotz starker Reglementierung längst ein solcher geworden.¹⁰⁵⁷ Die Akteure im Gesundheitswesen, allen voran die niedergelassenen Ärzte, sehen sich mit einem steigenden Kostendruck und einem System konfrontiert, das

¹⁰⁵² So der Titel von *Pragal/Handel*, medstra 2015, 337 und *Pragal/Handel*, medstra 2016, 22.

¹⁰⁵³ BGH, Beschluss vom 29.03.2012 – GSSt 2/11, NJW 2012, 2530.

¹⁰⁵⁴ Vgl. *Bausback*, in: *Korruption im Gesundheitswesen*, S. 33.

¹⁰⁵⁵ Vgl. *Kubiciel*, MedR 2016, 1 (2).

¹⁰⁵⁶ So auch *Nestler*, GesR 2016, 70 (74).

¹⁰⁵⁷ Vgl. *Scholz*, in: *Korruption im Gesundheitswesen*, S. 108; *Brettel/Mand*, A&R 2016, 99 (102).

Kooperationen, etwa durch die Öffnung der Sektorengrenzen mit dem Ziel der „Erhöhung der Wirtschaftlichkeit der Patientenversorgung“ oder „Qualitätssicherung“, fördert und dabei die Frage, was im Einzelfall erlaubt ist, bewusst¹⁰⁵⁸ offenlässt. Es liegt für die Beteiligten nahe, diesen vom Gesetzgeber eingeräumten Gestaltungsspielraum unter ökonomischen Gesichtspunkten so effektiv wie möglich zu nutzen. Im direkten Gegensatz zu diesen immer zahlreicheren Möglichkeiten der Zusammenarbeit sollen „unerwünschte“ Kooperationen jedoch mit Mitteln des Strafrechts bekämpft werden.

Der häufig zitierte Satz, dass derjenige, der sich an das Sozialrecht und das Berufsrecht halte, strafrechtlich nichts zu befürchten habe,¹⁰⁵⁹ suggeriert, dass abschließend geklärt ist, welche Arten der Kooperation zulässig sind und welche nicht. Das trifft jedoch gerade nicht zu. Wie dargestellt, sind die einschlägigen Vorschriften des SGB V und KHEntgG sowohl von Seiten des Gesetzgebers als auch der Rechtsprechung starken Änderungen unterworfen, die dazu führen, dass die Frage nach der Zulässigkeit einer Kooperation nicht leicht zu beantworten ist.¹⁰⁶⁰ Über das Merkmal der Unrechtsvereinbarung finden diese teils halbjährlich stattfindenden Änderungen Eingang in das Strafrecht. Auch die Regeln des Berufsrechts sind hochkomplex und nicht immer vorhersehbar.¹⁰⁶¹ Die Einrichtung von Schwerpunktstaatsanwaltschaften wie etwa in Bayern¹⁰⁶² ist wegen der Komplexität des immer inzident zu prüfenden Sozial- und Berufsrechts zu begrüßen. Angesichts des so schwer durchschaubaren, nicht zuletzt durch die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts häufigen Änderungen unterworfenen¹⁰⁶³ und stellenweise sogar in sich widersprüchlichen¹⁰⁶⁴ Sozialrechts ist jedoch damit zu rechnen, dass für Kooperationen gewaltige Grauzonen bestehen bleiben werden und der Kern der kriminalisierten weil eindeutig unververtretbaren Kooperationen klein bleibt. Es ist am Gesetzgeber, bei Änderungen

¹⁰⁵⁸ Vgl. Keil-Löw, ZMGR 2015, 297 (298) mit Verweis auf *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 15/1525 S. 129.

¹⁰⁵⁹ So u.a. *Deutsches Ärzteblatt*, Kooperationen nicht unter Generalverdacht stellen vom 15.11.2016; Bausback, in: *Korruption im Gesundheitswesen*, S. 42.

¹⁰⁶⁰ Vgl. Steinhilper, in: FS Dahm, S. 463 f.

¹⁰⁶¹ So selbst Pragal/Handel, medstra 2016, 22 (24).

¹⁰⁶² Siehe Bausback, in: *Korruption im Gesundheitswesen*, S. 41.

¹⁰⁶³ Vgl. Wallhäuser, GesR 2016, 551 (553) mit Verweis auf *LSG Baden-Württemberg*, Beschluss vom 04.11.2014 – L 5 KR 141/14 ER-B, ZMGR 2015, 27.

¹⁰⁶⁴ Siehe die Ausführungen zu den Mindestmengenvereinbarungen bei Operationen, Kapitel 3 Punkt 3.3.3.2.3.1.4 ab Seite 198.

im SGB V mit Weitsicht und Augenmaß vorzugehen, um diese Grauzonen nicht zu erweitern, was am Ende dazu führen würde, dass eine strafrechtliche Bekämpfung unerwünschter Kooperationen immer weiter erschwert wird. Solange also eine abschließende berufs-, sozial- oder sonst gesundheitsrechtliche Einschätzung der konkreten Gegenseitigkeitsvereinbarung, etwa durch eine Entscheidung der Obergerichte, noch nicht erzielt worden ist und die eigene Rechtsauffassung, die betreffende Gestaltung sei legal, jedenfalls vertretbar erscheint, kann die Kooperation auch nicht als Korruption mit den Mitteln des Strafrechts geahndet werden.¹⁰⁶⁵

Sollte es jedoch gelingen, unter dem Eindruck des Strafrechts endlich verständliche, beständige Regeln zum Umgang mit Kooperationen im Berufs- und Sozialrecht sowie präzise Abgrenzungen zwischen erwünschten und unerwünschten Kooperationen zu finden, können die §§ 299a, 299b StGB in der Tat als „großer Wurf“ bezeichnet werden.

¹⁰⁶⁵ So *Dannecker/Schröder*, in: *Nomos StGB*, § 299a Rn. 156; *Gaede*, in: *Leitner/Rosenau/Ahlbrecht*, § 299a StGB Rn. 88; *Dann/Scholz*, NJW 2016, 2077 (2080).

Zusammenfassung

Im Folgenden sollen die wichtigsten Thesen dieser Arbeit zusammengefasst dargestellt werden.

Korruption ist ein regelwidriger Vorteilstausch,¹⁰⁶⁶ über dessen tatsächliche Schädlichkeit für das Gesundheitswesen kaum Aussagen getroffen werden können.

Aufgrund der hohen Dunkelziffer ist eine konkrete Bezifferung des Schadens, der jährlich durch Korruption im Gesundheitswesen hervorgerufen wird, nicht möglich. Bezüglich der Zuweisung gegen Entgelt gem. § 31 Abs. 1 MBO-Ä kommt eine repräsentative Studie aus 2012¹⁰⁶⁷ zu dem Ergebnis, dass die Vorschrift, sofern sie überhaupt bekannt ist, eher als bloße Handlungsorientierung denn eine Verbotsvorschrift verstanden wird. Korruption im Gesundheitswesen und insbesondere die Zuweisung gegen Entgelt können damit als ein Missstand begriffen werden, der sich nicht auf wenige Einzelfälle beschränkt.¹⁰⁶⁸

Nach dem Beschluss des BGH vom 29.03.2012¹⁰⁶⁹ mussten neue Straftatbestände geschaffen werden, um Korruption im Gesundheitswesen bekämpfen zu können.

Der Große Senat des BGH entschied, dass sich der niedergelassene Arzt, der Vorteile als Gegenleistung etwa für Patientenzuweisungen annimmt, weder gem. §§ 331 ff. StGB noch gem. § 299 StGB strafbar macht.¹⁰⁷⁰ Der niedergelassene Arzt ist nicht Amtsträger i. S. d. § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB, da er keine Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt. Der Tätigkeit des Vertragsarztes fehlt es am Charakter eines hoheitlichen Eingriffs.¹⁰⁷¹ Eine Strafbarkeit gem. § 299 StGB scheidet ebenfalls aus, da der niedergelassene Arzt nicht Beauftragter der gesetzlichen Krankenkassen ist. Aus

¹⁰⁶⁶ Vgl. Volk, in: GS Zipf, S. 421.

¹⁰⁶⁷ Vgl. Bussmann, Studie über Zuweisung gegen Entgelt vom September 2012.

¹⁰⁶⁸ Vgl. die Ausführungen zur Inzidenz von Korruption in Kapitel 1 Punkt 1.2.2 ab Seite 22.

¹⁰⁶⁹ Vgl. BGH, Beschluss vom 29.03.2012 – GSSt 2/11, NJW 2012, 2530.

¹⁰⁷⁰ Zur vorangegangenen Diskussion in der Literatur siehe Kapitel 2 Punkt 2.1 ab Seite 33.

¹⁰⁷¹ Vgl. BGH, NJW 2012, 2530 (2532).

objektiver Sicht wird der Vertragsarzt im Interesse des Patienten, nicht der Krankenkasse, tätig, so dass eine Beauftragung i. S. d. § 299 StGB nicht vorliegt.¹⁰⁷²

Außerhalb des Strafrechts bestehen Möglichkeiten, um die Annahme von Vorteilen durch einen niedergelassenen Arzt zu sanktionieren. Diese wurden von Seiten des Gesetzgebers jedoch als unzureichend zur effektiven Bekämpfung von Korruption angesehen. Am 04.06.2016 traten die §§ 299a, 299b StGB in Kraft, die die Strafbarkeit von Bestechung und Bestechlichkeit im Gesundheitswesen regeln.¹⁰⁷³

§§ 299a, 299b sind mit dem ultima-ratio-Prinzip sowie dem Bestimmtheitsgebot vereinbar. Ob die Paragraphen europarechtskonform sind, ist fraglich.

Eine effektive Abschreckung der Täter sowie eine Bestärkung des Vertrauens der Bevölkerung in den Rechtsstaat ließen sich auch durch die außerstrafrechtlichen Maßnahmen zur Bestrafung korrupten Verhaltens erreichen.¹⁰⁷⁴ Neben der Verhängung von Geldstrafen ist auch den Entzug der Kassenzulassung oder sogar der Widerruf der Approbation möglich, was einer Zerstörung der Existenzgrundlage eines niedergelassenen Arztes gleichkommt. Dass der Gesetzgeber diese Sanktionsmöglichkeiten als unzureichend erachtete und sich für eine strafrechtliche Regelung entschied, ist unter dem Gesichtspunkt des ultima-ratio-Prinzips bedauerlich, jedoch noch von seiner Einschätzungsprärogative gedeckt. Ist ein berufsrechtlicher Überhang gegeben, bestehen unabhängig vom Ausgang des Strafverfahrens diese Ahndungsmöglichkeiten außerhalb des Strafrechts weiter.¹⁰⁷⁵

Die Frage der ausreichenden Bestimmtheit der neuen §§ 299a, 299b StGB¹⁰⁷⁶ wurde vor deren Einführung eifrig diskutiert, insbesondere, da § 299a StGB-E¹⁰⁷⁷ als Tatbestandsmerkmal einen Verstoß gegen die berufrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit vorgeesehen hatte. In der Gesetz gewordenen Fassung wurde hierauf verzichtet.

¹⁰⁷² Vgl. *BGH*, NJW 2012, 2530 (2533).

¹⁰⁷³ Zum Gang der Gesetzgebung siehe Kapitel 2 Punkt 2.2 ab Seite 56.

¹⁰⁷⁴ Siehe die Darstellung in Kapitel 3 Punkt 3.1.1.2 ab Seite 80.

¹⁰⁷⁵ Siehe hierzu die Ausführungen in Kapitel 4.

¹⁰⁷⁶ Vgl. hierzu Kapitel 3 Punkt 3.1.2 ab Seite 87.

¹⁰⁷⁷ Vgl. *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446.

Durch den Wegfall der Tatbestandsalternative des Berufsrechtsverstoßes entfällt gleichzeitig das Rechtsgut des Vertrauens des Patienten in die Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidung. Alleine verbleibendes Rechtsgut ist der Schutz des Wettbewerbs im Gesundheitswesen; das Patientenvertrauen wird nur noch mittelbar geschützt.

Über das noch enthaltene Merkmal der unlauteren Bevorzugung finden berufs- und sozialrechtliche Regelungen weiterhin Eingang in das Strafrecht. Dem Bestimmtheitsgebot kann durch eine restriktive Auslegung Rechnung getragen werden, so dass nur ein Verstoß gegen den ärztlichen Mindeststandard bezüglich der Annahme von Vorteilen sanktioniert wird. So werden die unterschiedlichen berufsrechtlichen Regelungen auf ihren gemeinsamen Kern reduziert und einem Flickenteppich¹⁰⁷⁸ der Strafbarkeit, abhängig von jeweiligen Ärztekammer, vorgebeugt.

§§ 299a, 299b StGB begegnen europarechtlichen Bedenken.¹⁰⁷⁹ Der Gesetzgeber setzte mit der Neufassung des § 299 StGB¹⁰⁸⁰ europarechtliche Vorgaben, insbesondere das Strafrechtsübereinkommen des Europarats vom 27.01.1999 (ETS Nr. 173) um, das die Übernahme einer Strafbarkeit des Beauftragten bei der Annahme von Vorteilen, durch die er seine Pflichten gegenüber dem Geschäftsherrn verletzt, in nationales Recht vorsah. Es ist zweifelhaft, ob das Fehlen eines solchen Pflichtenverstoßes in den §§ 299a, 299b StGB sowie die Ausnahme der Apotheker von der Strafbarkeit im Einklang mit den Vorgaben dieses Übereinkommens stehen.

§§ 299a, 299b StGB erfassen auf der Ebene des Vorteils auch die berufsrechtlich zulässige Zusammenarbeit.

Erst beim Merkmal der Unrechtsvereinbarung kann zwischen zulässigen und unzulässigen Kooperationen differenziert werden. §§ 299a, 299b StGB sind als abstrakte Gefährdungsdelikte ausgestaltet, die die passive Bestechlichkeit und spiegelbildlich die aktive Bestechung unter Strafe stellen. Inhaltlich orientieren sie sich sowohl an § 299 StGB als auch den §§ 332, 334 StGB.¹⁰⁸¹ Der Vorteilsbegriff ist wie in § 299 StGB außerordentlich weit

¹⁰⁷⁸ Vgl. Aldenhoff/Valluet, medstra 2015, 195 (197).

¹⁰⁷⁹ Siehe hierzu Kapitel 3 Punkt 3.1.3 ab Seite 95.

¹⁰⁸⁰ BGBl. I 2015, 2025.

¹⁰⁸¹ Siehe zur rechtlichen Einordnung sowie den übrigen Tatbestandsmerkmalen die Ausführungen in Kapitel 3 ab Punkt 3.2.2 ab Seite 106.

und kann bereits im Abschluss eines Vertrages liegen, und das selbst dann, wenn die gewährten Vorteile nur das angemessene Entgelt für die aufgrund des Vertrags geschuldeten Leistungen, z. B. im Rahmen eines Behandlungsvertrages, sind.¹⁰⁸² Entsprechend unterfallen alle, auch berufsrechtlich zulässige, Kooperationen zunächst § 299a StGB.

Ist eine Kooperation berufsrechtlich zulässig, ist eine Unrechtsvereinbarung jedoch zu verneinen. Es besteht eine negative Akzessorietät zum Berufs- und Sozialrecht.¹⁰⁸³ Besondere Bedeutung kommt dabei dem Verbot der Zuweisung gegen Entgelt gem. § 31 Abs.1 MBO-Ä zu. Ist ein Verstoß gegeben, ist gleichzeitig von einer Unrechtsvereinbarung i. S. d. § 299a StGB auszugehen. Dabei bleiben die Ausnahmen in § 31 Abs. 2 und § 32 MBO-Ä außer Betracht, da beide Vorschriften nur berufsrechtlich relevant sind.¹⁰⁸⁴

Wichtigster Punkt bei der Unterscheidung einer zulässigen Kooperation von einer unzulässigen Zuweisung gegen Entgelt ist die Angemessenheit der im Rahmen der Kooperation gewährten Vergütung.

Die Unrechtsvereinbarung im Sinne einer Verknüpfung von Vorteil und Gegenleistung mit dem Ziel der unlauteren Bevorzugung eines Mitbewerbers soll nach dem Willen des Gesetzgebers dann nicht gegeben sein, wenn die Gewährung von Vorteilen ihren Grund ausschließlich in der Behandlung von Patienten findet. Das gilt jedoch nur insofern, als für die in diesem Rahmen erbrachten heilberuflichen Leistungen angemessene Entgelte gewährt werden.¹⁰⁸⁵ Ist das gewährte Entgelt nicht mit der erbrachten Leistung deckungsgleich, liegt die Vermutung nahe, dass nur ein Teil der Vergütung der Abgeltung der ärztlichen Leistung dient, während der darüber hinausgehende Teil z. B. das Honorar für die Zuweisung von Patienten darstellt.¹⁰⁸⁶

¹⁰⁸² Vgl. *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446 S. 18.

¹⁰⁸³ Vgl. *Gaede/Lindemann, et al.*, medstra 2015, 142 (150); *Aldenhoff/Valluet*, medstra 2015, 195 (199); *Sahan*, in: *Graf/Jäger/Wittig*, § 299a StGB Rn. 22; so bereits zum Referentenentwurf *Kubiciel*, KPzK 2015, 1 (9); den Begriff der asymmetrischen Akzessorietät verwendend *Schneider*, medstra 2016, 195 (202).

¹⁰⁸⁴ Siehe die Ausführungen in Kapitel 3 ab Punkt 3.3.2.2.3.3 ab Seite 166.

¹⁰⁸⁵ Vgl. *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 18/6446 S. 18.

¹⁰⁸⁶ Vgl. *Schneider/Ebermann*, HRRS 2013, 219 (220).

Es muss ein Weg gefunden werden, die Vertragsfreiheit der Kooperationspartner abzubilden und gleichzeitig eine Abgrenzung zum Verbot der Zuweisung gegen Entgelt zu schaffen. Dies ist durch eine Zweistufenprüfung möglich, wobei auf der ersten Stufe ein Sockelbetrag und auf der zweiten der Mehrwert des Zuwendungsgebers zu ermitteln sind.¹⁰⁸⁷ Der Sockelbetrag ergibt sich aus einer Gegenüberstellung der ärztlichen Leistung mit der Vergütung nach den bestehenden Vergütungssystemen wie GOÄ, EBM, InEK und DRG. Wird dieser Sockelbetrag nicht überschritten, ist davon auszugehen, dass mit der Vergütung nur die ärztliche Leistung und nicht eine unzulässige Zuweisung von Patienten abgegolten werden soll. Der Sockelbetrag ist nicht als Fixum anzusehen; es muss den Kooperationspartner im Rahmen ihrer Vertragsfreiheit gestattet sein, sich an dessen oberen Rand zu bewegen oder diesen leicht zu überschreiten.

Kommt es zu einer deutlichen Überschreitung des Sockelbetrages, ist auf der zweiten Stufe zu prüfen, ob mit diesem Mehr an Vergütung auch ein Mehrwert für den Zuwendungsgeber korrespondiert. In einem marktwirtschaftlichen System wird ein ökonomisch handelnder Zuwendungsgeber nur dann eine erhöhte Vergütung gewähren, wenn er hierfür vom Zuwendungsempfänger einen entsprechenden Mehrwert bekommt. Ein solcher Mehrwert kann in besonderen Qualifikationen, einem besonderen Renommee oder sonstigen besonderen Fähigkeiten des Zuwendungsempfängers bestehen. Auf der zweiten Stufe verbietet sich eine streng formale Betrachtungsweise. Die Kooperationspartner sind gleichzeitig Teilnehmer in einem immer härter umkämpften Wettbewerb, in dessen Rahmen es ihnen gestattet bleiben muss, den Preis ihrer Arbeit selbst zu bestimmen.¹⁰⁸⁸ Die Grenze zwischen noch zulässigem ökonomischen Handeln und einer Verschleierung eines Entgelts für Patientenzuweisungen ist dort zu ziehen, wo das Mehr an gewährter Vergütung und der Mehrwert für den Zuwendungsgeber in keinem Verhältnis mehr zueinanderstehen. In diesen Fällen ist eine Unrechtsvereinbarung gegeben.

¹⁰⁸⁷ Siehe die Ausführungen in Kapitel 3 ab Punkt 3.2.3.3 ab Seite 126.

¹⁰⁸⁸ Vgl. *Schneider*, medstra 2016, 195 (197).

Auch wenn es vom Gesetzgeber nicht gewollt ist, stehen alle Kooperationsformen, insbesondere die sektorenübergreifenden, auf dem Prüfstand.

Sämtliche Unsicherheiten der Regelungen des Sozialrechts werden über die Inzidentprüfung beim Merkmal der Unlauterkeit in das Strafrecht eingetragen. Oft entscheiden nur Details über die Strafbarkeit oder deren Verneinung. In fünf Fallbeispielen¹⁰⁸⁹ wurde dargestellt, in welches komplexe und häufigen Änderungen unterworfenen Regelungssystem alltägliche Kooperationen eingebettet sind. Die bestehende Grauzone und die damit verbundene Rechtsunsicherheit sind enorm.

Es ist wünschenswert, dass die unter Angehörigen des Heilberufs nun vorherrschende Verunsicherung bezüglich des Eingehens oder Weiterführens von Kooperationen zum Anlass genommen wird, die entsprechenden Regelungen insbesondere des SGB V zu reformieren und eindeutiger abzufassen. De lege lata sehen sich die niedergelassenen Ärzte einem Widerstreit zwischen geförderter Kooperation einerseits und strafbarer Korruption andererseits ausgesetzt, dessen Spannungsfeld Kooperationen verhindert statt fördert.

¹⁰⁸⁹ Siehe Kapitel 3 Punkt 3.3 ab Seite 151.

Literaturverzeichnis

Achenbach, Hans / Ransiek, Andreas (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl., C. F. Müller Heidelberg 2015.

AG Medizinrecht im DAV/IMR (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht, 7. Düsseldorfer Medizinstrafrechtstag, Nomos Baden-Baden 2017.

Albrecht, Hans-Jörg (Hrsg.), Kommentar zum Strafgesetzbuch, Luchterhand Neuwied, Darmstadt 1986.

Aldenhoff, Hans-Hermann / Valluet, Susanne, Entwurf des BMJV zur Korruption im Gesundheitswesen (§ 299a StGB), medstra 2015, 195.

Arzneimittelkommission der deutschen Ärzteschaft Wink, Konrad, Anwendungsbeobachtung in der ärztlichen Praxis vom 18.12.2010, abrufbar unter <http://www.akdae.de/Stellungnahmen/Weitere/20101218.pdf>, zuletzt geprüft am 20.02.2015.

Zitiert als: Wink, Anwendungsbeobachtung in der ärztlichen Praxis.

Bach, Florian, Kundenbindungsprogramme und Bestechung im geschäftlichen Verkehr nach § 299 II StGB, wistra 2008, 47.

Badle, Alexander, § 299a StGB- Eine Prognose aus Sicht der Strafverfolgung, medstra 2015, 139.

Badle, Alexander, Das Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen - ein erstes Zwischenfazit aus der staatsanwaltschaftlichen Praxis, medstra 2017, 1.

Bahner, Beate / Bechtler, Oliver / Hartmannsgruber, Karl, u.a., Kooperation oder Korruption?, medstra 2016, 343.

Bannenberg, Britta / Schauensteiner, Wolfgang, Korruption in Deutschland, 3. Aufl., C. H. Beck München 2007.

Barton, Stephan / Fischer, Thomas et al. (Hrsg.), Festschrift für Reinhold Schlothauer zum 70. Geburtstag, C. H. Beck München 2018.

Bäune, Stefan / Dahm, Franz-Josef/Flasbarth, Roland, Vertragsärztliche Versorgung unter dem GKV-Versorgungsstrukturgesetz, GKV-VStG, MedR 2012, 77.

Bausback, Winfried, Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen, in: Kubiciel/Hoven (Hrsg.) Korruption im Gesundheitswesen, Nomos, Baden-Baden 2016, 33.

Bazan, Markus / Dann, Matthias et al. (Hrsg.), Rechtshandbuch für Ärzte und Zahnärzte, C. H. Beck München 2013.

Becker, Ulrich / Kingreen, Thorsten (Hrsg.), SGB V Gesetzliche Krankenversicherung, 4. Aufl., C. H. Beck München 2014.

Becker, Ulrich / Kingreen, Thorsten, SGB V, 16. Aufl., beck in dtv München 2010.

Behrens-Potratz, Anja / Posselt, Jacqueline et al., Integrierte Versorgung – Befragungsergebnisse bei Krankenkassen und Handlungsbedarf, Welt der Krankenversicherung 2017, 104.

Berchtold, Josef / Huster, Stefan / Rehborn, Martin (Hrsg.), Nomos Kommentar Gesundheitsrecht SGB V SGB XI, 2. Aufl., Nomos Baden-Baden 2018.

Berg, Andreas, Wirtschaftskriminalität in Deutschland, Der Andere Verlag Osnabrück 2001.

Bernsmann, Klaus / Schoß, Christian, Vertragsarzt und "kick-back" - zugleich Anmerkung zu OLG Hamm, Urteil vom 22.12.2004, GesR 2005, 193.

Bohle, Thomas, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 16. 10. 2014 – III ZR 85/14 (LG Düsseldorf), MedR 2015, 123.

Bonvie, Horst, Angemessene Vergütung oder Zuweiserentgelt? - Eine berufsrechtliche Spurensuche, in: Katzenmeier/Ratzel (Hrsg.) Festschrift für Franz-Josef Dahm, Springer, Berlin, Heidelberg 2017, 65.

Böse, Martin, Das Bundesverfassungsgericht "bestimmt" den Inhalt des Untreuetatbestandes, JURA 2011, 617.

Böse, Martin / Mölders, Simone, Durchführung sog. Anwendungsbeobachtungen durch den Kassenarzt als Korruption im Geschäftsverkehr (§ 299 StGB), MedR 2008, 585.

Braun, Julian, Ärztekorrupption und Strafrecht - steht das ultima-ratio-Prinzip der Schaffung eines neuen Strafrechtstatbestands entgegen?, MedR 2013, 277.

Braun, Julian, Das Entlassmanagement nach dem GKV-Versorgungsstärkungsgesetz (GKV-VSG), GesR 2015, 518.

Braun, Julian, Die Beteiligung von Medizinprodukteherstellern an der besonderen ambulanten ärztlichen Versorgung gem. § 140a Abs. 1 S. 2 Var. 3 SGB V, GesR 2016, 680.

Braun, Julian, Industrie und Ärzteschaft, Cuvillier Göttingen 2011.

Braun, Julian / Püschel, Constanze, Die gesellschaftsrechtliche Beteiligung von Ärzten und ihren Verwandten an Unternehmen nichtärztlicher Leistungserbringer, MedR 2013, 655.

Brettel, Hauke / Duttge, Gunnar / Schuhr, Jan C., Kritische Analyse des Entwurfs eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen, JZ 2015, 929.

Brettel, Hauke / Mand, Elmar, Die neuen Straftatbestände gegen Korruption im Gesundheitswesen, A&R 2016, 99.

Bülow, Peter / Ring, Gerhard et al. (Hrsg.), Heilmittelwerbe-gesetz: HWG, 5. Aufl., Carl Heymanns Köln 2015.

Bundesärztekammer, (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte in der Fassung der Beschlüsse des 100. Deutschen Ärztetages 1997 in Eisenach, Deutsches Ärzteblatt 1997, 2354.

Bundesärztekammer, (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte in der Fassung der Beschlüsse des 114. Deutschen Ärztetages 2011 in Kiel, Deutsches Ärzteblatt 2011, 1980.

Bundesärztekammer, Beschlussprotokoll des 106. Ärztetages, abrufbar unter <http://www.bundesaerztekammer.de/aerztetag/beschlussprotokolle-ab-1996/106-daet-2003/>, zuletzt geprüft am 19.12.2016.

Zitiert als: Bundesärztekammer, Beschlussprotokoll des 106. Ärztetages.

Bundesärztekammer, Beschlussprotokoll des 118. Ärztetages, abrufbar unter <http://www.bundesaerztekammer.de/aerztetag/aerztetage-ab-2006/118-deutscher-aerztetag2015/beschlussprotokoll/>, zuletzt geprüft am 19.12.2016.

Zitiert als: Bundesärztekammer, Beschlussprotokoll des 118. Ärztetages.

Bundesärztekammer, Konvergenzverfahren und Teilnovellierung der MBO-Ä, abrufbar unter <http://www.bundesaerztekammer.de/ueberuns/taetigkeitsberichte/2015/berichtsthemen/>, zuletzt geprüft am 04.03.2017.

Zitiert als: Bundesärztekammer, Konvergenzverfahren und Teilnovellierung der MBO-Ä.

Bundesärztekammer, Hinweise und Erläuterungen zu Kooperationen zwischen Krankenhäusern und niedergelassenen Ärztinnen und Ärzten, Deutsches Ärzteblatt 2016, A1.

Bundesärztekammer, Unternehmerische Betätigungen von Ärztinnen und Ärzten und Beteiligung an Unternehmen, Deutsches Ärzteblatt 2013, A2226.

Bundesärztekammer, Wahrung der ärztlichen Unabhängigkeit Umgang mit der Ökonomisierung des Gesundheitswesens Hinweise und Erläuterungen, Deutsches Ärzteblatt 2007, 1607.

Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte, Glossareintrag: Anwendungsbeobachtungen vom 19.05.2015, abrufbar unter <http://www.bfarm.de/SharedDocs/Glossareintraege/DE/A/Anwendungsbeobachtungen.html>, zuletzt geprüft am 05.07.2015.

Zitiert als: Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte, Glossareintrag: Anwendungsbeobachtungen.

Bundeskriminalamt, Bundeslagebild Korruption 2012, abrufbar unter http://www.bka.de/nn_193376/DE/Publikationen/JahresberichteUndLagebilder/Korruption/korruption__node.html?__nnn=true, zuletzt geprüft am 26.06.2014.

Zitiert als: Bundeskriminalamt, Bundeslagebild Korruption 2012.

Bundeskriminalamt, Polizeiliche Kriminalstatistik, für die Jahre 2012 bis 2016 abrufbar unter https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/pks_node.html, zuletzt geprüft am 02.04.2018

Zitiert als: Bundeskriminalamt, PKS [Jahr].

Bundesrechtsanwaltskammer Ausschuss Strafrecht, Zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen vom 21.10.2015 (BT-Drucks. 18/6446) vom November 2015, abrufbar unter <http://www.brak.de/die-brak/organisation/ausschuesse/ausschuss-strafrecht/>, zuletzt geprüft am 17.08.2016.

Zitiert als: Ausschuss Strafrecht, Stellungnahme Nr. 40/2015.

Busche, Jan / Casper, Matthias et al. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Band 4: Schuldrecht Besonderer Teil II, 7. Aufl., C. H. Beck München 2016.

Busse, Thomas, OP-Management, 4. Aufl., Medhochzwei Heidelberg 2010.

Butenschön, Ines, Der Vertragsarzt zwischen Untreue und Betrug, Lang Frankfurt am Main 2011.

Christiansen, Jörg, Sylter Klinik fehlen die Hebammen – Hilferuf nach Kiel, Sylter Rundschau 01.10.2013, abrufbar unter <http://www.shz.de/lokales/sylter-rundschau/sylter-klinik-fehlen-die-hebammen-hilferuf-nach-kiel-id3758881.html>, zuletzt geprüft am 25.01.2017.

Zitiert als: Christiansen, Sylter Rundschau 01.10.2013, Sylter Klinik fehlen die Hebammen.

Clausen, Tilman, Die Änderung des § 2 KHEntgG - Beginnt jetzt die „große Freiheit“ für Honorarärzte?, ZMGR 2012, 248.

Clausen, Tilman, Die Tätigkeit des niedergelassenen Arztes im Krankenhaus nach der Honorararzt-Entscheidung des BGH vom 16.10.2014 (III ZR 85/14) - Was nun?, ZMGR 2016, 82.

Clausen, Tilman, Keine Liquidation wahlärztlicher Leistungen durch im Krankenhaus nicht fest angestellte Honorarärzte: Anmerkung zu BGH III ZR 85/14, ZMGR 2014, 414.

Clausen, Tilman / Schroeder-Printzen, Jörn, Kooperationsverträge zwischen Krankenhäusern und niedergelassenen Ärzten - ein Erfolgsmodell für die Zukunft?, ZMGR 2010, 3.

Clemens, Thomas, Das medizinische Versorgungszentrum - Kriminologie und aktuelle Rechtsfragen, in: Schiller / Tsambikakis (Hrsg.) Kriminologie und Medizinrecht Festschrift für Gernot Steinhilper, C. F. Müller, Heidelberg 2013, 11.

Cosack, Katrin, Gleichstellung von zuwendungsbedingten vertrags- und privatärztlichen Verschreibungen bei der Normierung eines neuen Straftatbestandes, ZIS 2013, 226.

Dahm, Franz-Josef / Möller, Karl-Heinz et al. (Hrsg.), Rechtshandbuch Medizinische Versorgungszentren, Springer Berlin, New York 2005.

Dahm, Franz-Josef, Anmerkung zu LG Stuttgart, Urteil vom 13.04.2016 - 13 S 123/15 (AG Esslingen), MedR 2017, 324.

Dahm, Franz-Josef, Zusammenarbeit von Vertragsärzten und Krankenhäusern im Spannungsfeld der Rechtsbereiche, MedR 2010, 597.

Dahm, Franz-Josef / Ratzel, Rudolf, Tätigkeitsvoraussetzungen des Vertragsarztes und Vertragsarztrechtsänderungsgesetz – VÄndG, MedR 2006, 555.

Dann, Matthias, Und immer ein Stück weiter – Die Reform des deutschen Korruptionsstrafrechts, NJW 2016, 203.

Dann, Matthias / Scholz, Karsten, Der Teufel steckt im Detail – Das neue Anti-Korruptionsgesetz für das Gesundheitswesen, NJW 2016, 2077.

Dannecker, Gerhard, Die Straflosigkeit der Korruption niedergelassener Vertragsärzte als Herausforderung für den Gesetzgeber, ZRP 2013, 37.

Dannecker, Gerhard, Korruption durch Zuwendung finanzieller Leistungen an Ärzte - zugleich eine Anmerkung zur Entscheidung des OLG Braunschweig vom 23.02.2010, GesR 2010, 281.

Dannecker, Gerhard / Schröder, Thomas, Entgrenzte Untreue oder wettbewerbskonforme Stärkung des Geschäftsherrnmodells?, ZRP 2015, 48.

Deutsche Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe, Mindestanforderungen an prozessuale, strukturelle und organisatorische Voraussetzungen für geburtshilfliche Abteilungen vom Dezember 2011, abrufbar unter <http://www.dggg.de/leitlinien-stellungnahmen/leitlinien/leitlinie/mindestanforderungen-an-prozessuale-strukturelle-und-organisatorische-voraussetzungen-fuer-geburtshilfliche-abteilungen-der-grund-und-regelversorgung-251/>, zuletzt geprüft am 28.01.2017.

Zitiert als: Deutsche Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe, Mindestanforderungen an geburtshilfliche Abteilungen.

Deutsche Zahnärztekammer, GOZ vom Kabinett beschlossen vom 16.11.2011, abrufbar unter http://www.bzaek.de/ileadmin/PDFs/presse/pm11/111116_PM_GOZ_beschlossen.pdf, zuletzt geprüft am 14.09.2014.
Zitiert als: Deutsche Zahnärztekammer, GOZ vom Kabinett beschlossen.

Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Medizinrecht zu gesetzgeberischen Maßnahmen zur Verfolgung von Korruption im Gesundheitswesen vom Oktober 2014, abrufbar unter <http://www.anwaltverein.de/downloads/DAV-SN54-2014.pdf>, zuletzt geprüft am 14.11.2014.

Zitiert als: Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme des Ausschusses Medizinrecht.

Deutscher Ärztetag, Beschlussprotokoll des 113. Deutschen Ärztetages vom 14.05.2010, abrufbar unter <http://www.bundesaerztekammer.de>, zuletzt geprüft am 01.02.2014.

Zitiert als: Deutscher Ärztetag, Beschlussprotokoll des 113. Deutschen Ärztetages.

Deutscher Juristentag, 61. Deutscher Juristentag: Die Beschlüsse, NJW 1996, 2994.

Deutsches Ärzteblatt, "Kooperationen nicht unter Generalverdacht stellen" vom 15.11.2016, abrufbar unter <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/71448/Kooperationen-nicht-unter-Generalverdacht-stellen>, zuletzt geprüft am 16.01.2017.

Zitiert als: Deutsches Ärzteblatt, Kooperationen nicht unter Generalverdacht stellen.

Deutsches Ärzteblatt, PKV: Verhandlungen zur GOÄ auf gutem Weg vom 14.09.2014, abrufbar unter <http://www.aerzteblatt.de/nachrichten/58931/PKV-Verhandlungen-zur-GOAe-auf-gutem-Weg>, zuletzt geprüft am 16.01.2017.

Zitiert als: Deutsches Ärzteblatt, PKV: Verhandlungen zur GOÄ auf gutem Weg.

Die PVS Südwest, Faktenlage: GOÄ-Reform nicht vor 2018 vom 08.04.2016, abrufbar unter <https://www.pvs-suedwest.de/aktuell/news-single-view/article/baek-lehnt-goae-entwurf-ab/>, zuletzt geprüft am 08.01.2017.

Zitiert als: Die PVS Südwest, GOÄ-Reform nicht vor 2018.

Dieners, Peter (Hrsg.), Handbuch Compliance im Gesundheitswesen, 3. Aufl., C. H. Beck München 2010.

Dieners, Peter / Lembeck, Ulrich/Taschke, Jürgen, Der "Herzklappenskandal" - Zwischenbilanz und erste Schlussfolgerungen für die weitere Zusammenarbeit der Industrie mit Ärzten und Krankenhäusern, PharmR 1999, 156.

Dieners, Peter / Cahnbley, Ann-Kristin, Die neuen Tatbestände der Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen (§§ 299a, b StGB) und ihr Verhältnis zu den Vorschriften des ärztlichen Berufsrechts und des Heilmittelwerberechts, MPR 2016, 48.

Dieners, Peter / Heil, Maria, Kooperationen im Entlassmanagement nach dem GKV-VSG, GesR 2016, 1.

Dölling, Dieter (Hrsg.), Jus humanum: Grundlagen des Rechts und Strafrecht, Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, Duncker & Humblot Berlin 2003.

Dölling, Dieter, Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Strafprozeßrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen?, C. H. Beck München 1996.

Eggerts, Olaf / Klümper, Mathias, Die Strafbarkeit niedergelassener Ärzte gemäß § 299 StGB, A&R 2010, 211.

Ehlers, Alexander (Hrsg.), Disziplinarrecht für Ärzte und Zahnärzte, 2. Aufl., C. H. Beck München 2013.

Eisenberg, Ulrich, Kriminologie, 5. Aufl., C. H. Beck München 2000.

Eufinger, Alexander, Strafbarkeitsrisiken des Honorararztmodells in Krankenhäusern, MedR 2017, 296.

Fenger, Hermann / Göben, Jens, Sponsoring im Gesundheitswesen, C. H. Beck München 2004.

Feuerbach, Paul Johann Anselm von, Themis oder Beiträge zur Gesetzgebung, Krüll Landshut 1812.

Fischer, Thomas (Hrsg.), Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 59. Aufl., C. H. Beck München 2012.

Fischer, Thomas (Hrsg.), Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 64. Aufl., C. H. Beck München 2017.

Fleck, Christian / Kuzmics, Helmut, Korruption, Athenäum-Verlag Königstein 1985.

Flintrop, Jens, Vergebliche Liebesmüh, Deutsches Ärzteblatt 2013, Heft 7, 1.

Freiwillige Selbstkontrolle für die Arzneimittelindustrie e.V., Kodex für die Zusammenarbeit der pharmazeutischen Industrie mit Ärzten, Apothekern und anderen Angehörigen medizinischer Fachkreise vom 20.05.2014, abrufbar unter <http://www.fsa-pharma.de/bezugsgruppen/aerzte-apotheker/>, zuletzt geprüft am 02.05.2015.

Zitiert als: Freiwillige Selbstkontrolle für die Arzneimittelindustrie e.V., FSA-Fachkreise.

Freiwillige Selbstkontrolle für die Arzneimittelindustrie e.V., Kodex zur Transparenz bei der Zusammenarbeit mit den Angehörigen der Fachkreise und medizinischen Einrichtungen vom 18.06.2014, abrufbar unter <http://www.fsa-pharma.de/bezugsgruppen/aerzte-apotheker/>, zuletzt geprüft am 02.05.2015.

Zitiert als: Freiwillige Selbstkontrolle für die Arzneimittelindustrie e.V., FSA-Transparenz.

Gaede, Karsten, Die Zukunft der europäisierten Wirtschaftskorruption gem. § 299 StGB, NZWiSt 2014, 281.

Gaede, Karsten, Patientenschutz und Indizienmanagement - Der Regierungsentwurf zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen, *medstra* 2015, 263.

Gaede, Karsten / Lindemann, Michael/Tsambikakis, Michael, Licht und Schatten - Die materiellrechtlichen Vorschriften des Referentenentwurfs des BMJV zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen, *medstra* 2015, 142.

Gaßner, Maximilian, Korruptionsprävention durch Aufsicht über die Träger der gesetzlichen Krankenversicherung, *MedR* 2017, 677.

Geiger, Daniel, Ärzte-Korruption - Wie viel Strafrecht braucht das Gesundheitswesen?, *Neue Kriminalpolitik* 2013, 136.

Geiger, Daniel, Das Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen und seine Auswirkungen auf Strafverfolgung und Healthcare-Compliance, *CCZ* 2016, 172.

Geiger, Daniel, High Noon im Gesundheitswesen: Niedergelassene Vertragsärzte sind keine tauglichen Täter der Korruptionsdelikte, *CCZ* 2012, 172.

Geiger, Daniel, Rabatte im Arzneimittelhandel - erwünschter Preiswettbewerb oder verbotene Korruption?, *medstra* 2016, 9.

Geis, Mark, (Vertrags-)Arztbild des BGH versus Publikumswahrnehmung, *GesR* 2011, 641.

Geis, Mark, Das sozialrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot - kriminalstrafbewehrtes Treuegesetz des Kassenarztes?, *GesR* 2006, 345.

Geis, Mark, Ist jeder Kassenarzt ein Amtsarzt?, *wistra* 2007, 361.

Geis, Mark, Tatbestandsüberdehnungen im Arztstrafrecht am Beispiel der "Beauftragtenbestechung" des Kassenarztes nach § 299 StGB, *wistra* 2005, 369.

Gerdts, Christian / Gersch, Sarah, Vor- und nachstationäre Leistungen gemäß § 115a SGB V - Kooperationen im Spannungsfeld zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung, *ZMGR* 2015, 3.

GKV-Spitzenverband / Bussmann, Kai, Unzulässige Zusammenarbeit im Gesundheitswesen durch "Zuweisung gegen Entgelt": Ergebnisse einer empirischen Studie im Auftrag des GKV-Spitzenverbands vom September 2012, abrufbar unter http://www.gkv-spitzenverband.de/presse/pressekonferenzen_gespraechе/2012_1/zuweisungen_gegen_entgelt/120522_zuweisungen_gegen_entgelt.jsp, zuletzt geprüft am 16.05.2015.
Zitiert als: Bussmann, Studie über Zuweisung gegen Entgelt.

Göppinger, Hans, Kriminologie, 6. Aufl., C. H. Beck München 2008.

Gössel, Karl / Triffterer, Otto (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, C. F. Müller Heidelberg 1999.

Graeff, Peter / Grieger, Jürgen (Hrsg.), Was ist Korruption?, Nomos Baden-Baden 2012.

Graf, Jürgen / Jäger, Markus et al. (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl., C. H. Beck München 2017.

Grewendorf, Günther (Hrsg.), Rechtskultur als Sprachkultur, Suhrkamp Frankfurt am Main 1992.

Grill, Markus, Normal korrupt, SPIEGEL 2012, Heft 26, 47.

Grützner, Thomas, Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen, Lang Frankfurt am Main 2003.

Haft, Fritjof, Freiberufler sind keine Amtsträger, NJW 1995, 1113.

Halbe, Bernd, Moderne Versorgungsstrukturen: Kooperation oder Korruption?, MedR 2015, 168.

Hanau, Peter, Der rechtliche Status von Honorärärzten im Krankenhaus, MedR 2015, 77.

Hänlein, Andreas / Schuler, Rolf (Hrsg.), Sozialgesetzbuch, 5. Aufl., Nomos Baden-Baden 2016.

Harneit, Paul, Beteiligung von Leistungserbringern an Unternehmen, MedR 2017, 688.

Hauck, Ernst / Noftz, Wolfgang (Hrsg.), Sozialgesetzbuch SGB V, Erich Schmidt Verlag Berlin 2013.

Hecker, Bernd, Strafrecht AT und BT: Beteiligung von Ärzten am sog. Pharma-Marketing, JuS 2012, 852.

Heermann, Peter / Schlingloff, Jochen (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2. Aufl., C. H. Beck München 2014.

Hefendehl, Roland, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Heymann Köln; Berlin; Bonn, u.a. 2002.

Hefermehl, Wolfgang / Baumbach, Adolf (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 19. Aufl., C. H. Beck München 1996.

Heidelmann, Ulrike, Das Disziplinarrecht der Vertragsärzte, Diss. Universität Tübingen 2002.

Heinrich, Bernd, Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht: Auslegungsrichtlinien unter besonderer Berücksichtigung des Rechtsguts der Amtsdelikte, Duncker & Humblot Berlin 2001.

Hensen, Horst-Diether, Zulässigkeit von Sondervereinbarungen nach der neuen Gebührenordnung für Ärzte, NJW 1983, 1366.

Herffs, Harro, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 25.11.2003, Az: 4 StR 239/03 (Zur Abgrenzung von Untreue und Betrug gegenüber Krankenkasse und Apotheker beim Bezug kassenärztlich verordneter Medikamente), wistra 2006, 63.

Herzog, Felix / Neumann, Ulfrid (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag, C. F. Müller Heidelberg 2010.

Hiebl, Stefan / Kassebohm, Nils et al. (Hrsg.), Festschrift für Volkmar Mehle zum 65. Geburtstag, Nomos Baden-Baden 2009.

Hoven, Elisa, Aktuelle rechtspolitische Entwicklungen im Korruptionsstrafrecht – Bemerkungen zu den neuen Strafvorschriften über Mandats-trägerbestechung und Bestechung im geschäftlichen Verkehr, NSTZ 2015, 553.

Jäger, Christian, Auswirkungen sozial- und berufsrechtlicher Regelungen auf Unrechtsvereinbarungen nach §§ 299a ff. StGB, MedR 2017, 694.

Jakobs, Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., de Gruyter Berlin; New York 1993.

Joecks, Wolfgang / Miebach, Klaus et al. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., C. H. Beck München 2014.

Jonat, Walter / Kreienberg, Rolf/Diedrich, Klaus, Zentrumsbildung in der Gynäkologie und Geburtshilfe, Der Gynäkologe 2010, 203.

Kaiser, Günther, Kriminologie, 3. Aufl., C. F. Müller Heidelberg 1996.

Kassenärztliche Bundesvereinigung Köhler, Andreas, Korruption im Gesundheitswesen: Statement des KBV-Vorstandsvorsitzenden Dr. Andreas Köhler vom 28.03.2012, abrufbar unter <http://www.kbv.de/html/4869.php>, zuletzt geprüft am 05.07.2015.

Zitiert als: Köhler, Korruption im Gesundheitswesen.

Kassenärztliche Vereinigung Bayern, „Erlaubte Kooperationen versus Korruption“ (Fallsammlung nach dem Antikorruptionsgesetz), abrufbar unter <https://www.kvb.de/praxis/zulassung/kooperation/>, zuletzt geprüft am 18.12.2017.

Zitiert als: KVB, Erlaubte Kooperation versus Korruption.

Katzenmeier, Christian / Ratzel, Rudolf (Hrsg.), Festschrift für Franz-Josef Dahm, Springer Berlin, Heidelberg 2017.

Keil-Löw, Martina, Selektivverträge unter aufsichtsrechtlichen Gesichtspunkten, ZMGR 2015, 297.

Kindhäuser, Urs / Neumann, Ulfrid et al. (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 5. Aufl., Nomos Baden-Baden 2017.

Klück, Oliver, Das Medizinische Versorgungszentrum im GKV-Versorgungsstrukturgesetz, NZS 2013, 368.

Klötzer, Antje, Ist der niedergelassene Vertragsarzt tauglicher Täter der §§ 299, 331 StGB?, NStZ 2008, 12.

Klümper, Mathias, Niedergelassene Ärzte fallen nicht unter die Korruptionsdelikte, A&R 2012, 147.

Knierim, Thomas / Smok, Robin, BVerfG: Verfassungsrechtliches Bestimmtheitsgebot begrenzt Ermittlungen wegen Untreue - Besprechung von BVerfG 2 BvR 2559/08, beck FD-StrR 2010, 307157.

Knispel, Ulrich, Beteiligung externer Dritter beim Entlassmanagement im Krankenhaus – Zusammenarbeit oder Outsourcing?, *GesR* 2016, 339.

Koepsel, Anne K., Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB), V & R unipress Göttingen 2006.

Kölbel, Ralf, §§ 299a ff. StGB und die unzuträgliche Fokussierung auf den Wettbewerbsschutz, *medstra* 2016, 193.

Kölbel, Ralf, Die Einweisungsvergütung - eine neue Form von Unternehmensdelinquenz im Gesundheitssystem?, *wistra* 2009, 129.

Kölbel, Ralf, Strafbarkeitsnahe vertragsärztliche Kooperationsformen, *NStZ* 2011, 195.

Koller, Iris, Das Kostenerstattungsprinzip nach SGB V, *Der Frauenarzt* 2009, 300.

Koordinations-Konferenz Zytologie (KoKoZyt), Münchner Nomenklatur III für die gynäkologische Zytodiagnostik der Zervix ab 1. Juli 2014, abrufbar unter www.zytologie.org/.../Broschuere-Muenchner-Nomenklatur-III-fuer-die-gynaeko.pdf, zuletzt geprüft am 13.11.2016.

Zitiert als: Koordinations-Konferenz Zytologie, Münchner Nomenklatur III.

Kraatz, Erik, *Arztstrafrecht*, Kohlhammer Stuttgart 2013.

Krack, Ralf, Die Tätige Reue im Wirtschaftsstrafrecht, *NStZ* 2001, 505.

Krafczyk, Wolfgang, Kick-Backs an Ärzte im Strafraum - berufs- und strafrechtliche Aspekte der Zuweisung gegen Entgelt, in: Hiebl/Kassebohm, et al. (Hrsg.) *Festschrift für Volkmarr Mehle zum 65. Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden 2009, 325.

Krey, Volker / Esser, Robert, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., Kohlhammer Stuttgart 2016.

Krick, Carsten, Die Strafbarkeit von Korruptionsdelikten bei niedergelassenen Vertragsärzten, *A&R* 2011, 3.

Krüger, Matthias, Mit Eifersuchtstests zur Untreue verführt, *NZS* 2016, 841.

Krüger, Matthias, Neues aus Karlsruhe zu Art. 103 II GG und § 266 StGB: Bespr. von BVerfG, Beschl. vom 23. 6. 2010 – 2 BvR 2559/08, NStZ 2011, 369.

Kubiciel, Michael / Hoven, Elisa (Hrsg.), Korruption im Gesundheitswesen, Nomos Baden-Baden 2016.

Kubiciel, Michael, Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen – Ziel, Tragweite und Wirkungen des Referentenentwurfs, KPzK 2015, 1.

Kubiciel, Michael, Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen – Grund und Grenze der §§ 299a, 299b StGB-E, MedR 2016, 1.

Kubiciel, Michael, Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr, ZIS 2014, 667.

Kubiciel, Michael, Die Straftatbestände gegen die Korruption im Gesundheitswesen: verfassungskonform, kriminalpolitisch angemessen und effektiv?, WiJ 2016, 1.

Kubiciel, Michael, Die Tatbestände gegen die Korruption im Gesundheitswesen und ihre Folgen in der Praxis, ZMGR 2016, 289.

Kubiciel, Michael, Die Tatbestände gegen Korruption im Gesundheitswesen und die Folgen für die Healthcare Compliance, jurisPR-Compl 2016, Anm. 1.

Kubiciel, Michael, Einschätzung zur Anwendbarkeit der §§ 299a, 299b auf Monopollagen, KPzK 3/2016, 1.

Kubiciel, Michael, Gesetz zur Bekämpfung der Korruption, KPzK 2014, 1.

Kubiciel, Michael, Kriminalisierung der Korruption im Gesundheitswesen – Inhalt und Tragweite der §§ 299a, 299b StGB, jurisPR-StrafR 11/2016, Anm. 1.

Kubiciel, Michael, Legitimation und Interpretation der §§ 299a, 299b StGB, in: Kubiciel/Hoven (Hrsg.) Korruption im Gesundheitswesen, Nomos, Baden-Baden 2016, 69.

Kubiciel, Michael / Tsambikakis, Michael, Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen (§ 299a StGB) – Stellungnahme zum Entwurf des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz, medstra 2015, 11.

Kudlich, Hans, Aktuelle Fragen des Abrechnungsbetrugs, in: Kubiciel/Hoven (Hrsg.) *Korruption im Gesundheitswesen*, Nomos, Baden-Baden 2016, 111.

Kudlich, Hans, Anmerkung zu BGH Urt. v. 16.11.2006, A.Z.: 3 StR 204/06, StV 2007, 242.

Kudlich, Hans, Fast wie im richtigen Leben: Wo fängt eigentlich Untreue an ...?, JA 2011, 66.

Kuhlen, Lothar, Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen, C. F. Müller Heidelberg 2006.

Kuhlen, Lothar, Strafrecht und freiwillige Selbstkontrolle der Wirtschaft, das Beispiel der Pharmaindustrie, in: Herzog/Neumann (Hrsg.) *Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Heidelberg 2010, 875.

Lackner, Karl / Kühl, Kristian (Hrsg.), *Strafgesetzbuch*, 28. Aufl., C. H. Beck München 2014.

Laufhütte, Heinrich / Rissing-van Saan, Ruth et al. (Hrsg.), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 12. Aufl., de Gruyter Recht Berlin 2012.

Laufs, Adolf / Kern, Bernd-Rüdiger (Hrsg.), *Handbuch des Arztrechts*, 4. Aufl., C. H. Beck München 2010.

Leimenstoll, Ulrich, Das Verhältnis der Vertragsärzte zu den Krankenkassen aus dem Blickwinkel des Wirtschaftsstrafrechts – Anmerkungen zu BGH, Beschl. v. 16.8.2016 – 4 StR 163/16, MedR 2017, 96.

Leitner, Werner / Rosenau, Henning et al. (Hrsg.), *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, Nomos Baden-Baden 2017.

Lenckner, Theodor, Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz "nullum crimen sine lege", JuS 1968, 249.

Lieber, Manfred (Hrsg.), *Gebührenordnungen für Ärzte und Zahnärzte*, 12. Aufl., beck in dtv München 2014.

Litzcke, Sven / Linssen, Ruth / Maffenbeier, Sina, u.a., *Korruption: Risikofaktor Mensch*, Springer Fachmedien Wiesbaden 2012.

Makoski, Kyrill, Zusammenarbeit zwischen Krankenhäusern und Vertragsärzten - sozialrechtlich erwünscht, berufsrechtlich verboten?, *MedR* 2009, 376.

Manthey, Christina, Der Vertragsarzt als "Schlüsselfigur" der Arzneimittelversorgung, *GesR* 2010, 601.

Meseke, Stephan, Die Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen aus der Perspektive der gesetzlichen Kranken- und Pflegekassen, in: *AG Medizinrecht im DAV/IMR (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht*, 7. Düsseldorfer Medizinstrafrechtstag, Nomos Baden-Baden 2017, 65.

Mey, Christian de, Sinn und Unsinn von Anwendungsbeobachtungen, *Medizinische Klinik* 2000, 56.

Miessen, Wolfgang, Können niedergelassene Ärzte bei Teilhabe an der stationären Patientenversorgung Amtsträger sein?, in: Hiebl/Kassebohm, et al. (Hrsg.) *Festschrift für Volkmar Mehle zum 65. Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden 2009, 431.

Möller, Karl-Heinz, Das MVZ nach dem GKV-Versorgungsstärkungsgesetz, in: Katzenmeier/Ratzel (Hrsg.) *Festschrift für Franz-Josef Dahm*, Springer, Berlin, Heidelberg 2017, 307.

Möller, Karl-Heinz / Makoski, Kyrill, Der Honorararzt im Krankenhaus, *GesR* 2012, 647.

Müller, Eckhart / Opper, Florian, Ultima-ratio-Prinzip und Umgang mit der Korruption im Gesundheitswesen, in: Barton/Fischer, et. al. (Hrsg.), *Festschrift für Reinhold Schlothauer zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck München 2018, 401.

Münzel, Hartmut, Rechtsfragen des SGB V bei der ambulanten Notfallversorgung im Krankenhaus, *ZMGR* 2015, 307.

Nestler, Nina, Standpunkte der Wissenschaft zu §§ 299a, 299b StGB-E, *GesR* 2016, 70.

Neupert, Michael, Risiken und Nebenwirkungen: Sind niedergelassene Vertragsärzte Amtsträger im strafrechtlichen Sinne?, *NJW* 2006, 2811.

Nye, J. S., Corruption and political development: A cost-benefit analysis, in: Uphoff/Ilchman (Hrsg.) *The Political Economy of Development: Theoretical and Empirical Contributions*, University of California Press 1972, 463.

Palandt, Otto / Bassenge, Peter (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 77. Aufl., C. H. Beck München 2018.

Parnack, Charlotte, Wo keine Babys mehr geboren werden, *Süddeutsche Zeitung* 01.07.2014, abrufbar unter <http://www.sueddeutsche.de/gesundheit/geburtshilfe-wo-keine-babys-mehr-geboren-werden-1.1834050>, zuletzt geprüft am 25.01.2017.

Zitiert als: Parnack, *Süddeutsche Zeitung* 01.07.2014, Wo keine Babys mehr geboren werden.

Passarge, Malte, Aktuelle Entwicklungen in der Gesetzgebung zur Korruptionsbekämpfung, *DStR* 2016, 482.

Peinemann, Christopher, Zur Frage der Strafbarkeit des geschäftsführenden Alleingesellschafters einer GmbH wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr, Kovač Hamburg 2009.

Pflugmacher, Ingo, Bricht jetzt die Zeit für Praxisketten an?, *Deutsche Ärztezeitung* 15.06.2015, abrufbar unter http://www.aerztezeitung.de/praxis_wirtschaft/mvz/article/888014/fachgleiches-mvz-bricht-jetzt-zeit-praxisketten.html?sh=18&h=-617291209, zuletzt geprüft am 14.08.2015. Zitiert als: Pflugmacher, *Deutsche Ärztezeitung* 15.06.2015, Bricht jetzt die Zeit für Praxisketten an?

Pragal, Oliver, Das Pharma-"Marketing" um die niedergelassenen Kassenärzte: "Beauftragtenbestechung" gemäß § 299 StGB!, *NStZ* 2005, 133.

Pragal, Oliver, Die Korruption innerhalb des privaten Sektors und ihre strafrechtliche Kontrolle durch § 299 StGB, Heymann Köln 2006.

Pragal, Oliver / Apfel, Henner, Bestechlichkeit und Bestechung von Leistungserbringern im Gesundheitswesen, *A&R* 2007, 10.

Pragal, Oliver / Handel, Timo, Der Regierungsentwurf zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen - ein großer Wurf mit kleinen Schwächen (Teil 1), *medstra* 2015, 337.

Pragal, Oliver / Handel, Timo, Der Regierungsentwurf zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen - ein großer Wurf mit kleinen Schwächen (Teil 2), *medstra* 2016, 22.

Preißler, Reinhold, Rechtsformprobleme beim Betrieb Medizinischer Versorgungszentren, in: Katzenmeier/Ratzel (Hrsg.) *Festschrift für Franz-Josef Dahm*, Springer, Berlin, Heidelberg 2017, 335.

Prölss, Erich / Martin, Anton (Hrsg.), *Versicherungsvertragsgesetz*, 29. Aufl., C. H. Beck München 2015.

Prütting, Dorothea (Hrsg.), *Medizinrecht Kommentar*, 4. Aufl., Luchterhand Köln 2016.

Putzke, Holm / Hardtung, Bernhard et al. (Hrsg.), *Strafrecht zwischen System und Telos: Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg*, Mohr Siebeck Tübingen 2008.

Quaas, Michael, Die Einbeziehung der Krankenhäuser in die ambulante spezialfachärztliche Versorgung nach dem neuen § 116b SGB V, *GesR* 2013, 327.

Quaas, Michael / Zuck, Rüdiger, *Medizinrecht*, 3. Aufl., C. H. Beck München 2014.

Quaas, Moritz, *Rechtsfragen der ambulanten Versorgung im Krankenhaus*, Nomos Baden-Baden 2011.

Ransiek, Andreas, Zur Amtsträgereigenschaft nach § 11 I Nr. 2c StGB - Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH vom 15.05.1997 - 1 StR 233/96, *NStZ* 1997, 519.

Ratzel, Rudolf / Lippert, Hans-Dieter (Hrsg.), *Kommentar zur Musterberufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte - MBO-Ä 1997*, 7. Aufl., Springer Heidelberg; Dordrecht; London, u.a. 2018.

Ratzel, Rudolf / Luxenburger, Bernd (Hrsg.), *Handbuch Medizinrecht*, 3. Aufl., Deutscher AnwaltVerlag Bonn 2015.

Ratzel, Rudolf, Beteiligung von Ärzten an Unternehmen im Gesundheitswesen, *ZMGR* 2012, 258.

Ratzel, Rudolf, Der verkürzte Versorgungsweg - ein Auslaufmodell?, GesR 2008, 623.

Ratzel, Rudolf, Die Teilgemeinschaftspraxis (TGP) oder „ohne pizzo keine pizza!“, GesR 2007, 457.

Ratzel, Rudolf, Kooperations- und Honorararztverträge – eine Standortbestimmung, GesR 2009, 561.

Ratzel, Rudolf, Risiken bei Gründung und Betrieb einer Teilberufsausübungsgemeinschaft, GesR 2015, 709.

Ratzel, Rudolf, Zielvereinbarungen in Chefarztverträgen auf dem berufsrechtlichen Prüfstand, GesR 2014, 333.

Ratzel, Rudolf / Szabados, Tibor, Schnittmengen zwischen niedergelassenen Leistungserbringern (Vertragsärzten) und Krankenhäusern nach dem GKV-VStG, GesR 2012, 210.

Ratzel, Rudolf, Sektorenübergreifende Kooperationen – Anforderungen an die Vertragsgestaltung, MedR 2017, 701.

Reese, Ulrich, Vertragsärzte und Apotheker als Straftäter? - eine strafrechtliche Bewertung des "Pharma-Marketings", PharmR 2006, 92.

Rehborn, Martin, Berufsgerichtliche Verfahren gegen Ärzte – grundlegende Rechtsfragen, GesR 2004, 170.

Rengier, Rudolf, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., C. H. Beck München 2017.

Richter, Rudolf / Furubotn, Eirik Grundtvig, Neue Institutionenökonomik, 4. Aufl., Mohr Siebeck Tübingen 2010.

Rixen, Stephan, Die Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen, ZFSH/SGB 2005, 131.

Rönnau, Thomas / Golombek, Tine, Die Aufnahme des „Geschäftsherrenmodells“ in den Tatbestand des § 299 – ein Systembruch im deutschen StGB, ZRP 2007, 193.

Rönnau, Thomas / Wegner, Kilian, Zur Strafbarkeit von niedergelassenen Ärzten gem. §299a StGB, die kostenfrei erhaltene Blutzuckermessgeräte an Patienten weitergeben, MedR 2017, 206.

Roxin, Claus / Schroth, Ulrich (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl., Boorberg Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden 2010.

Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., C. H. Beck München 2006.

Rudolphi, Hans-Joachim / Wolter, Jürgen (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Aufl., Heymann Köln 2017.

Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (Hrsg.), Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, 1972 - 1979, Bundesmin. der Justiz Bonn.

Säcker, Franz / Armbrüster, Christian et al. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 1: Allgemeiner Teil §§ 1-240, AGG, 7. Aufl., C. H. Beck München 2015.

Safferling, Christoph, Bestimmt oder nicht bestimmt? Der Untreuetatbestand vor den verfassungsrechtlichen Schranken, NStZ 2011, 376.

Sahan, Oliver, Ist der Vertragsarzt tauglicher Täter der Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr gemäß § 299 Abs. 1 StGB?, ZIS 2007, 69.

Sahan, Oliver / Urban, Kathrin, Die Unbestechlichkeit niedergelassener Vertragsärzte, ZIS 2011, 23.

Salinger, Frank, Auswirkungen des Untreue-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 23.6.2010 auf die Schadensdogmatik, ZIS 2011, 902.

Satzger, Helmut (Hrsg.), StGB Kommentar, 2. Aufl., Heymann Köln 2014.

Schaupensteiner, Wolfgang, Wachstumsbranche Korruption, Kriminalistik 2003, 9.

Schielke, Heinrich (Hrsg.), Wirtschaftskriminalität und Korruption, Luchterhand Neuwied 2003.

Schiller, Herbert / Tsambikakis, Michael (Hrsg.), *Kriminologie und Medizinrecht* Festschrift für Gernot Steinhilper, C. F. Müller Heidelberg; München; Landsberg [u.a.] 2013.

Schirmer, Horst Dieter, *Vertragsarztrecht kompakt. Die Übersicht für Ärzte, Psychotherapeuten und Juristen*, Deutscher Ärzte-Verlag Köln 2006.

Schmedt, Michael, *Vor weiteren Verhandlungen*, Deutsches Ärzteblatt 19.04.2016, 748, abrufbar unter <https://www.aerzteblatt.de/pdf/113/16/a748.pdf?ts=19.04.2016+07%3A42%3A44>, zuletzt geprüft am 08.01.2017.

Zitiert als: Schmedt, Deutsches Ärzteblatt 19.04.2016, *Vor weiteren Verhandlungen*.

Schmidl, Michael, *Der Fluch der bösen Tat - Finder's Fees und Bestechlichkeit von Beratern*, wistra 2006, 286.

Schmidt, André, *Anmerkung zum Beschluss des OLG Braunschweig vom 23.02.2010, Ws 17/10, NStZ 2010*, 392.

Schnapp, Friedrich / Wigge, Peter (Hrsg.), *Handbuch des Vertragsarztrechts*, 3. Aufl., C. H. Beck München 2017.

Schnapp, Friedrich E., *Der Vertragsarzt - Sachwalter der gesetzlichen Krankenkassen?*, in: Putzke/Hardtung, et al. (Hrsg.) *Strafrecht zwischen System und Telos: Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg*, Mohr Siebeck, Tübingen 2008, 795.

Schneider, Hendrik / Kahlo, Michael et al. (Hrsg.), *Festschrift für Manfred Seebode zum 70. Geburtstag*, de Gruyter Recht Berlin 2008.

Schneider, Hendrik, *Das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen und die Angemessenheit der Vergütung von HCP*, medstra 2016, 195.

Schneider, Hendrik, *Unberechenbares Strafrecht. Vermeidbare Bestimmtheitsdefizite im Tatbestand der Vorteilsannahme und ihre Auswirkungen auf die Praxis des Gesundheitswesens*, in: Schneider/Kahlo, et al. (Hrsg.) *Festschrift für Manfred Seebode zum 70. Geburtstag*, de Gruyter Recht, Berlin 2008, 331.

Schneider, Hendrik / Ebermann, Thorsten, Das Strafrecht im Dienstesgesundheitsökonomischer Steuerungsinteressen, HRRS 2013, 219.

Schneider, Hendrik / Ebermann, Thorsten, Zangenangriff auf den Honorar-Wahlarzt, HRRS 2015, 116.

Schneider, Hendrik / Ebermann, Thorsten, Der Begriff der Zuführung von Patienten in den Tatbeständen Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen, medstra 2018, 67.

Schneider, Hendrik / Gottschaldt, Peter, Zuweisungspauschale: Lukratives Geschäft oder Straftat?, wistra 2009, 133.

Schneider, Hendrik / Kaltenhäuser, Niels, An den Grenzen des kreativen Strafrechts – Das Problem der akzessorischen Begriffsbildung im Wirtschaftsstrafrecht des Arztes, medstra 2015, 24.

Scholz, Karsten, Die Unzulässigkeit von Zuwendungen und Vorteilen nach § 73 Abs. 7 und § 128 Abs. 2 S. 3 SGB V, GesR 2013, 12.

Scholz, Karsten, Rechtliche Fragen der Korruption im Gesundheitswesen aus Sicht des ärztlichen Berufsrechts, in: Kubiciel/Hoven (Hrsg.) Korruption im Gesundheitswesen, Nomos, Baden-Baden 2016, 89.

Schönke, Adolf / Schröder, Horst (Hrsg.), Kommentar zum Strafgesetzbuch, 29. Aufl., C. H. Beck München 2014.

Schröder, Thomas, Korruptionsbekämpfung im Gesundheitswesen durch Kriminalisierung von Verstößen gegen berufsrechtliche Pflichten zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit: Fünf Thesen zu den §§ 299a, 299b StGB des Regierungsentwurfs vom 29.07.2015, Teil 1, NZWiSt 2015, 321.

Schroeder-Printzen, Jörn, GKV-VSG – Der große Entwurf für die Verstärkung der ambulanten Versorgung? – Teil I, ZMGR 2015, 377.

Schroeder-Printzen, Jörn, GKV-VSG – Der große Entwurf für die Verstärkung der ambulanten Versorgung? – Teil II, ZMGR 2016, 3.

Schünemann, Bernd, Der Gesetzentwurf zur Bekämpfung der Korruption – überflüssige Etappe auf dem Niedergang der Strafrechtskultur, ZRP 2015, 68.

Schünemann, Bernd, Nulla poena sine lege?, de Gruyter Berlin 1978.

Schwerdtfeger, Gunther, Die Leistungsansprüche der Versicherten im Rechtskonkretisierungskonzept des SGB V (Teil 2), NZS 1998, 97.

Sobotta, Daniel, Der Vertragsarzt - tatsächlich Beauftragter der Krankenkassen?, GesR 2010, 471.

Spellbrink, Wolfgang, Die Rechtsstellung des Psychotherapeuten nach dem Psychotherapeutengesetz - zugleich eine Einführung in das Psychotherapeutengesetz, NZS 1999, 1.

Spickhoff, Andreas (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Aufl., C. H. Beck München 2014.

Staatsanwaltschaft Ulm, Hintergründe des Verfahrenskomplexes ratiopharm vom 26.06.2009, abrufbar unter <http://www.staatsanwaltschaft-ulm.de/pb/,Lde/1236516/?LISTPAGE=1236460>, zuletzt geprüft am 25.01.2014. Zitiert als: Staatsanwaltschaft Ulm, Hintergründe des Verfahrenskomplexes ratiopharm.

Staatsanwaltschaft Ulm, Staatsanwaltschaft Ulm stellt restliche Ermittlungsverfahren gegen Verantwortliche der Firma Ratiopharm ein vom 22.05.2013, abrufbar unter <http://www.staatsanwaltschaft-ulm.de/pb/,Lde/1236876/?LISTPAGE=1759850>, zuletzt geprüft am 17.04.2017. Zitiert als: Staatsanwaltschaft Ulm, Staatsanwaltschaft Ulm stellt restliche Ermittlungsverfahren ein.

Steinhilper, Gernot, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 16.8.2016 – 4 StR 163/16 (LG Halle), MedR 2017, 138.

Steinhilper, Gernot, Anmerkung zum Beschluss des OLG Braunschweig vom 23.02.2010, Az.: Ws 17/10, MedR 2010, 497.

Steinhilper, Gernot, Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen - Reformen nach dem Antikorruptionsgesetz, in: Katzenmeier/Ratzel (Hrsg.) Festschrift für Franz-Josef Dahm, Springer, Berlin, Heidelberg 2017, 463.

Steinhilper, Gernot, Tätigkeiten der "Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen" (§§ 81a, 197a SGB V), ZMGR 2010, 152.

Stellpflug, Martin (Hrsg.), Handbuch Medizinrecht, C. F. Müller Heidelberg, München, Landsberg, Berlin Loseblatt Stand 2014.

Stollmann, Frank, Verhältnis der §§ 299a, 299b, 300 StGB-E zu bereits vorhandenen Regelungen, GesR 2016, 76.

Strate, Gerhard, Untreuetatbestand verstößt nicht gegen Bestimmtheitsgebot: Besprechung von BVerfG, 2 BvR 2559/08, Beschluss vom 23.06.2010, GWR 2010, 422.

Szabados, Tibor, Anmerkung zu Urteil des LSG BW vom 17.04.2013, Az. L 5 R 3755/11, ZMGR 2013, 280.

Taschke, Jürgen, Die Strafbarkeit des Vertragsarztes bei der Verordnung von Rezepten, StV 2005, 406.

Taschke, Jürgen / Zapf, Daniel, §§ 299a, 299b StGB-E - Folgen für die Kooperation zwischen Pharmaunternehmen und Medizinprodukteherstellern mit niedergelassenen Ärzten, medstra 2015, 332.

Taupitz, Jochen, Vertragsfreiheit im privatärztlichen Gebührenrecht, MedR 1996, 533.

Theodoridis, Konstantin, Wahlärztliche Leistungen - Praxis und aktuelle Rechtsprechung, GesR 2017, 216.

Transparency International, Anwendungsbeobachtungen – Instrumente für Korruption? vom 18.05.2015, abrufbar unter https://www.transparency.de/2015-05-15_Anwendungsbeobachtu.2639.o.html, zuletzt geprüft am 05.07.2015.

Zitiert als: Transparency International, Instrumente für Korruption?

Transparency International, Transparency fordert Gleichbehandlung von angestellten Klinikärzten und niedergelassenen Kassenärzten als Amtsträger vom 11.05.2010, abrufbar unter http://www.transparency.de/2010-05-11-Gleichbehandlung-AE.1617.o.html?&no_cache=1&sword_list%5B%5D=%C3%A4rzte, zuletzt geprüft am 13.06.2014.

Zitiert als: Transparency International, Gleichbehandlung als Amtsträger.

Transparency International, Transparency International Deutschland fordert gesetzliches Verbot von „Anwendungsbeobachtungen“ vom 03.11.2010, abrufbar unter www.transparency.de/.../Positionspapier_Anwendungsbeobachtungen, zuletzt geprüft am 02.05.2015.

Zitiert als: Transparency International, Gesetzliches Verbot von „Anwendungsbeobachtungen“.

Tsambikakis, Michael, Kommentierung des Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen, *medstra* 2016, 131.

Ufer, Thomas, Der Honorararzt – ein Auslaufmodell? (Straf-) Rechtliche Schwierigkeiten in der Gestaltung der honorarärztlichen Tätigkeit, *ZMGR* 2017, 3.

Ulsenheimer, Klaus, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 5. Aufl., C. F. Müller Heidelberg 2015.

Ulsenheimer, Klaus, Der Vertragsarzt als Sachwalter der Vermögensinteressen der gesetzlichen Krankenkassen?, *MedR* 2005, 622.

Uphoff, N. / Ilchman, W. (Hrsg.), *The Political Economy of Development: Theoretical and Empirical Contributions*, University of California Press 1972.

Vahlenkamp, Werner / Knauß, Ina (Hrsg.), *Korruption - hinnehmen oder handeln?*, Bundeskriminalamt Wiesbaden 1995.

Volk, Klaus, Die Merkmale der Korruption und die Fehler bei ihrer Bekämpfung, in: Gössel/Triffterer (Hrsg.) *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, C. F. Müller, Heidelberg 1999, 419.

Wallhäuser, Matthias, Novellierung des Wirtschaftsstrafrechts, §§ 299a und 299b StGB, *GesR* 2016, 551.

Walther, Felix, Anmerkungen zur geplanten Neufassung von § 299 StGB, *NZWiSt* 2015, 255.

Weidhaas, Rüdiger, Anmerkung zum Beschluss des OLG Braunschweig vom 23.02.2010, *Ws* 17/10, *ZMGR* 2010, 198.

Wenner, Ulrich, Liberalisierung der vertragsärztlichen Tätigkeit - mehr Freiheit oder nur mehr Freiheit für den Missbrauch?, in: Katzenmeier/Ratzel (Hrsg.) *Festschrift für Franz-Josef Dahm*, Springer, Berlin, Heidelberg 2017, 517.

Wenner, Ulrich, Strukturproblem der Gesundheitsversorgung in Deutschland – Herausforderungen für die Rechtsprechung des BSG, *MedR* 2015, 175.

Wigge, Peter, Die Teilgemeinschaftspraxis - Innovative Kooperationsform oder unzulässiges Kick-Back-Modell?, *NZS* 2007, 393.

Wigge, Peter, Grenzen der Zusammenarbeit im Gesundheitswesen – der Gesetzentwurf zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen, NZS 2015, 447.

Willmes, Herbert, Der berufsrechtliche Überhang, in: AG Medizinrecht im DAV/IMR (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht, 7. Düsseldorfer Medizinstrafrechtstag, Nomos Baden-Baden 2017, 39.

Windeler, Jürgen, Verharren in der „Schmuddelecke“, Deutsches Ärzteblatt 2000, 2756.

Winnat, Christoph, Honorar: "Angemessen" ist nicht alles, ÄrzteZeitung 16.11.2016, 29.

Wittig, Petra, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl., C. H. Beck München 2017.

Wittmann, Christian; Koch, Detlef; Die Zulässigkeit gesellschaftsrechtlicher Beteiligungen von Ärzten an Unternehmen der Hilfsmittelbranche im Hinblick auf § 128 Abs. 2 SGB V und das ärztliche Berufsrecht, MedR 2011, 476.

Wolf, Sebastian, Ein hybrides Regelungsmodell zur strafrechtlichen Bekämpfung von Wirtschaftskorruption? Zur ausstehenden Reform von § 299 StGB, CCZ 2014, 29.

Wollersheim, Ulrike, "Zuweisung gegen Entgelt" im Berufsrecht der Ärzte und im SGB V, in: Schiller / Tsambikakis (Hrsg.) Kriminologie und Medizinrecht Festschrift für Gernot Steinhilper, C. F. Müller, Heidelberg, München, Landsberg [u.a.] 2013, 157.

Zimmermann, Markus (Hrsg.), Kommentar zum Heilmittelwerbegegesetz, Nomos Baden-Baden 2012.

Zippelius, Reinhold, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl., C. H. Beck München 2012.

Zöller, Mark, Abschied vom Wettbewerbsmodell bei der Verfolgung der Wirtschaftskorruption? Überlegungen zur Reform des § 299 StGB, GA 2009, 135.

Die Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen vom 29.03.2012 zur Strafbarkeit eines niedergelassenen Arztes nach § 299 StGB setzte einen Gesetzgebungsprozess in Gang, der in dem Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 30.05.2016, in Kraft getreten am 04.06.2016, seinen Abschluss fand. Als Teil dieses Gesetzes wurden die §§ 299a, 299b StGB in das Strafgesetzbuch aufgenommen, die die Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen unter Strafe stellen.

Die vorliegende Arbeit rekapituliert den Gesetzgebungsprozess und analysiert diese Neuzugänge zum 26. Abschnitt des Strafgesetzbuches. Der Fokus liegt dabei auf der Strafbarkeit des niedergelassenen Arztes wegen Bestechlichkeit gemäß § 299a StGB. Zunächst erfolgt eine allgemeine Auseinandersetzung mit der Verfassungsmäßigkeit und den Tatbestandsmerkmalen der §§ 299a, 299b StGB. Danach werden anhand von fünf ausführlichen Fallbeispielen die Probleme im praktischen Umgang mit dieser Vorschrift aufgezeigt und Lösungsmöglichkeiten erarbeitet. Kooperationen im Rahmen von Anwendungsbeobachtungen werden ebenso erörtert wie die Zusammenarbeit des niedergelassenen Arztes mit einem Labor oder einem Hilfsmittelhersteller. Breiten Raum nimmt die kontrovers diskutierte Frage nach der Angemessenheit der Vergütung für ärztliche Leistungen ein, die anhand eines Fallbeispiels zur Vergütung eines im Krankenhaus tätigen Honorararztes konkretisiert wird. Das Kapitel schließt mit einem Überblick über weitere Strafbarkeitsrisiken bei im SGB V geregelten Kooperationsformen. Eine Darstellung der berufsrechtlichen Konsequenzen eines Verstoßes gegen § 299a bildet den Abschluss der Arbeit.

ISBN 978-3-96147-121-8

