

Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 295

**Korruption im
Gesundheitswesen**

Von

Dorothee Pfohl



Duncker & Humblot · Berlin

DOROTHEE PFOHL

Korruption im Gesundheitswesen

Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Begründet von Dr. Eberhard Schmidhäuser (†)
em. ord. Prof. der Rechte an der Universität Hamburg

Herausgegeben von

Dr. Dres. h. c. Friedrich-Christian Schroeder
em. ord. Prof. der Rechte an der Universität Regensburg

und

Dr. Andreas Hoyer
ord. Prof. der Rechte an der Universität Kiel

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

Band 295

Korruption im Gesundheitswesen

Von

Dorothee Pfohl



Duncker & Humblot · Berlin

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungsfonds Wissenschaft
der VG WORT.

Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen von
Professor Dr. Jörg Eisele, Tübingen

Die Juristische Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen
hat diese Arbeit im Jahre 2019 als Dissertation angenommen.

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.

D 21

Alle Rechte vorbehalten
© 2020 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0720-7271
ISBN 978-3-428-18009-7 (Print)
ISBN 978-3-428-58009-5 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit entstand während meiner Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Jörg Eisele. Sie wurde im Sommersemester 2019 von der Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen angenommen. Die Disputation fand statt am 11.10.2019.

Mein besonderer Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Jörg Eisele, welcher mir während der gesamten Promotionszeit wissenschaftliche Freiheit gewährte, dabei aber stets für Diskussionen und Rückfragen zur Verfügung stand. Seine Betreuung war sowohl in persönlicher als auch fachlicher Hinsicht hervorragend. Weiter möchte ich mich bei Herrn Prof. Dr. Heinrich für die außerordentlich schnelle Erstellung des Zweitgutachtens bedanken. Danken möchte ich zudem Frau Prof. Dr. Ulrike Schittenhelm für die zahlreichen konstruktiven Gespräche und Anregungen, mit denen sie zum steten Fortgang der Arbeit beitrug.

Für die persönliche Unterstützung während dieser Zeit möchte ich mich außerdem bei Herrn Dr. Maximilian Lenk bedanken, welcher mir beim Erstellen der Arbeit immer verständnisvoll zur Seite stand.

Schließlich gilt mein besonderer Dank meiner Familie, die mich während meiner gesamten Ausbildung und dieser Arbeit begleitet hat und mir mit ihrer stetigen Unterstützung das Schreiben der Arbeit erst ermöglichte.

München, im Mai 2020

Dorothee Pfohl

Inhaltsverzeichnis

Teil 1

Einleitung	21
A. Problemskizzierung	21
B. Zielsetzung	22
C. Gang der Untersuchung	24

Teil 2

Außerstrafrechtliche Vorschriften des Gesundheitswesens	27
A. Das System der gesetzlichen Krankenversicherung	27
I. Historische Entwicklung des Vertragsarztrechts	28
1. Das Gesetz betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter vom 15. Juni 1883	28
2. Entwicklung ab 1900	29
3. Verordnung über Ärzte und Krankenkassen aus dem Jahre 1923	31
4. Die Notverordnungen 1931/32	31
5. Nationalsozialismus und Entwicklung ab 1950	32
II. Grundlagen der heutigen gesetzlichen Krankenversicherung	32
1. Das Viereck der gesetzlichen Krankenversicherung	32
2. Das Wirtschaftlichkeitsgebot	34
3. Die Schlüsselstellung des Arztes bei der Verordnung von Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln und Medizinprodukten	35
III. Das Prinzip der gemeinsamen Selbstverwaltung im Gesundheitswesen	36
1. Grundgedanke der mittelbaren Selbstverwaltung	36
2. Die gemeinsame Selbstverwaltung im Gesundheitswesen	38
IV. Rechtsgrundlagen des Vertragsarztrechts	39
1. Die einzelnen Steuerungsinstrumente der gemeinsamen Selbstverwaltung	39
a) Richtlinien des gemeinsamen Bundesausschusses	39
b) Kollektivverträge	40
aa) Bundesmantelverträge	40
bb) Gesamtverträge	42

2. Bindungswirkung der einzelnen Steuerungselemente	42
a) Kollektivverträge	43
b) Richtlinien	44
3. Fazit	44
V. Einbindung der Apotheker in die gesetzliche Krankenversicherung	45
VI. Wettbewerbselemente in der gesetzlichen Krankenversicherung	47
VII. Wahrung der ärztlichen Unabhängigkeit	49
1. Allgemeines sozialrechtliches Zuweisungsverbot gegen Entgelt	50
2. Zuweisungsverbot im Zusammenhang mit der Verordnung von Hilfsmitteln	51
3. Fortbildungsveranstaltungen	53
VIII. Disziplinarmaßnahmen in der gesetzlichen Krankenversicherung	54
1. Disziplinarverfahren	55
2. Zulassungsentziehungsverfahren	56
IX. Ausgestaltung der privaten Krankenversicherung	57
1. Versicherte in der privaten Krankenversicherung	57
2. Versicherungsvertrag und Finanzierung	57
3. Beziehungen zwischen Privatarzt und Privatpatient	59
B. Berufsrecht	61
I. Der Begriff des freien Berufes	62
II. Merkmale der Freiberuflichkeit	63
III. Das ärztliche Standesrecht	65
1. Die berufsständische Selbstverwaltung	66
2. Die Berufsordnung für Ärzte	67
a) Rechtsnatur der Berufsordnungen	67
b) Reichweite der Berufsordnungen	69
c) Inhalt der Berufsordnung	69
IV. Wahrung der ärztlichen Unabhängigkeit bei der Zusammenarbeit mit Dritten	70
1. Unerlaubte Zuweisungen und Verordnungen nach § 31 I MBO-Ä	72
2. Empfehlungen und Verweisungen ohne hinreichenden Grund nach § 31 II MBO-Ä	74
3. Unerlaubte Zuwendungen gemäß § 32 I MBO-Ä	76
4. Zuwendungen im Rahmen von Fortbildungsveranstaltungen gemäß § 32 II, III MBO-Ä	77
5. Zuwendungen bei vertraglicher Zusammenarbeit	78
V. Ahndung berufsrechtlicher Verstöße	79
C. Das Heilmittelwerberecht	81
I. Aufgabe des Heilmittelwerbegesetzes	81
II. Verbot von unentgeltlichen Zuwendungen gemäß § 7 HWG	82

D. Verhaltenskodizes	84
I. Aufgabe der Verhaltenskodizes	84
II. Grundsätze der Zusammenarbeit	85
1. Trennungsgrundsatz	86
2. Dokumentationsgrundsatz	87
3. Transparenzgrundsatz	87
4. Äquivalenzgrundsatz – Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung ..	88
5. Sonstige Prinzipien	89
III. Ahndung von Verstößen gegen den FSA-Kodex	90

Teil 3

Strafrechtliche Wertung 91

A. Wettbewerb als unmittelbar geschütztes Rechtsgut	92
I. Überholung des dualistischen Rechtsgutskonzeptes	92
1. Tatbestandsvariante der Verletzung der berufsrechtlichen Pflichten zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit	92
2. Geäußerte Kritikpunkte	94
a) Verfassungsrechtliche Bedenken	95
b) Notwendigkeit einer entsprechenden Regelung	97
3. Vertrauen des Patienten in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen als geschütztes Rechtsgut	98
4. Auswirkungen der Streichung der Tatbestandsvariante der Verletzung der berufsrechtlichen Pflichten auf das geschützte Rechtsgut	100
II. Erläuterung des Begriffs „Wettbewerb“	102
III. Wettbewerb im Gesundheitssystem	104
1. Vereinbarkeit des Wettbewerbs mit dem System der gesetzlichen Kranken- versicherung als Solidargemeinschaft	105
2. Wettbewerbsverhältnisse in der gesetzlichen Krankenversicherung	107
a) Freie Krankenkassenwahl	107
b) Durchbrechungen des Kollektivvertragssystems	109
3. Verschiedene Märkte im Gesundheitswesen	111
4. Geschützter Wettbewerb im Rahmen der §§ 299a, b StGB	114
a) Entscheidender Markt der Straftatbestände	114
b) Vergleichbarkeit des Wettbewerbsbegriffes mit § 299 StGB	114
c) Anwendbarkeit auf die private Krankenversicherung	116
IV. Einsatz des Strafrechts zur wirksamen Korruptionsbekämpfung	118
1. Wettbewerbs- oder Korruptionsunrecht?	118
a) Der Begriff der Korruption	118
b) Ausnahme von der grundsätzlich straflosen Geschäftsherrenbestechung	120

c) Stellungnahme	122
2. Schutz durch anderweitige Vorschriften	122
a) Schutz durch das Sozialrecht	122
aa) Aufgabe des Disziplinarrechts	122
bb) Effektivität des Disziplinarrechts	123
b) Schutz durch das Berufsrecht	124
aa) Adressatenkreis	124
bb) Aufgabe des berufsrechtlichen Verfahrens	125
cc) Effektivität des berufsrechtlichen Verfahrens	126
c) Wettbewerbsrecht	128
aa) Ausschluss durch § 69 SGB V	128
bb) Schutz durch das Wettbewerbsrecht	129
d) Schutz durch das Heilmittelwerbegesetz	130
aa) Funktion des Ordnungswidrigkeitenrechts	130
bb) Verfolgter Unrechtsgehalt durch das HWG	132
e) Schutz durch das Approbationsrecht	133
f) Schutz durch Verhaltenskodizes am Beispiel des FSA-Kodexes	134
g) Stellungnahme	135
3. Signalwirkung des Kernstrafrechts	136
4. Verortung im Strafgesetzbuch	138
a) Einfügung in den 26. Abschnitt des Strafgesetzbuches – Straftaten gegen den Wettbewerb	138
b) Einfügung in den 30. Abschnitt des Strafgesetzbuches – Straftaten im Amt	139
5. Ungleichbehandlung gegenüber anderen freien Berufen	139
B. Einfluss des Berufsrechts auf den Tatbestand	140
I. Bedeutung von gesetzlichen Regelungen	141
1. Einhaltung gesetzlicher Regelungen	141
a) Ausschluss der Unrechtsvereinbarung durch Einhaltung gesetzlicher Regelungen	141
b) Hinzukommen weiterer Umstände als Indiz für eine Unrechtsvereinbarung	143
2. Verstoß gegen gesetzliche Regelungen	145
II. Bedeutung von untergesetzlichen Rechtsnormen	147
1. Einhaltung von untergesetzlichen Rechtsnormen	147
a) Vorschriften der Berufsordnungen	147
b) Normsetzungsverträge	150
2. Verstoß gegen untergesetzliche Vorschriften	151
a) Verstoß gegen Vorschriften der Berufsordnungen	151
b) Verstoß gegen Normsetzungsverträge	153

III. Bedeutung von Verhaltenskodizes	154
1. Einhaltung von Verhaltenskodizes	154
2. Verstoß gegen Verhaltenskodizes	155
IV. Einfluss über das Wettbewerbsrecht	156
1. Vorschriften der Berufsordnungen	156
2. Verhaltenskodizes	157
V. Genehmigung durch zuständige Behörden	157
VI. Zusammenfassung	159
C. Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale	160
I. Täterkreis der Vorschrift	160
1. Einbeziehung von nichtakademischen Heilberuflern in den Anwendungsbereich der Vorschrift	160
2. Akademische Heilberufe	163
a) Apotheker	164
aa) Faktischer Ausschluss der Apotheker	164
bb) Sachgerechtigkeit des Ausschlusses des Apothekers	165
b) Tierarzt	168
aa) Wortlaut	168
bb) Systematik	170
cc) Historie	170
dd) Sinn und Zweck	171
3. Ausschluss bestimmter Berufsgruppen	172
a) Gesundheitshandwerksberufe	172
b) Ausschluss von Heilpraktikern	173
c) Klinikmanagement	174
4. Stellungnahme	176
II. Im Zusammenhang mit der Berufsausübung	176
III. Tathandlung	177
1. Vorteilsbegriff	177
a) Immaterielle Vorteile	177
b) Dritt Vorteile	178
c) Abschluss eines Vertrages als Vorteil	180
2. Handlungsmodalitäten	180
IV. Unrechtsvereinbarung als Kernelement der Straftatbestände	181
1. Marktverhalten	182
a) Nr. 1: Verordnen	182
b) Nr. 2: Bezugsvariante	184
c) Nr. 3: Zuführung	186

2. Als Gegenleistung	189
a) Anforderungen an die Unrechtsvereinbarung	189
aa) Ausschluss der gelockerten Unrechtsvereinbarung	189
bb) Nachträgliche Zuwendungen	191
b) Bonuszahlungen für wirtschaftliche Verordnungsweisen	192
c) Sozialadäquate Zuwendungen	192
d) Rabatte	195
e) Genehmigung als Ausschluss der Unrechtsvereinbarung	196
3. Unlautere Bevorzugung im Wettbewerb	197
a) Vorliegen einer Wettbewerbssituation	198
b) Medizinisch nicht indizierte Verordnungen	200
c) Einbeziehung des ausländischen Wettbewerbs	201
V. Subjektiver Tatbestand	202
VI. Konkurrenzverhältnis zu anderen strafrechtlichen Vorschriften	202
VII. Rechtsfolgen einer Strafbarkeit nach §§ 299a, b StGB	204

Teil 4

Darstellung problematischer Konstellationen anhand von Fallbeispielen	206
A. Zusammenarbeit der Heilberufsangehörigen mit der Industrie	207
I. Anwendungsbeobachtungen	207
1. Grundlagen	207
2. Strafrechtliche Relevanz	208
a) Angemessenheit der Vergütung	209
b) Verstoß gegen formelle Voraussetzungen	209
c) Erforderlichkeit der Anwendungsbeobachtung	210
d) Überschreiten der GOÄ	211
aa) Grundsätzliches zur Überschreitung der GOÄ	211
bb) Überschreitung der GOÄ bei Anwendungsbeobachtungen	212
II. Fortbildungsveranstaltungen	213
1. Interne Veranstaltungen	213
a) Passive Teilnahme	214
aa) Angemessene Unterstützung der Teilnahme an internen Fortbildungsveranstaltungen	214
bb) Über das Maß der Angemessenheit hinausgehende Unterstützung der Teilnahme an internen Fortbildungsveranstaltungen	214
cc) Vereinbarung einer konkreten Gegenleistung	216
b) Aktive Teilnahme durch Referententätigkeit	217
2. Externe Veranstaltungen	221
a) Unterstützung der Teilnahme	221

b) Sponsorenvertrag mit einem nichtärztlichen Veranstalter	222
c) Sponsorenvertrag mit einem ärztlichen Veranstalter	224
III. Geschenke	225
1. Patientengeschenke	225
a) Dankesgaben	225
b) Sonstige Zuwendungen	226
2. Geschenke der Pharmaindustrie	227
IV. Übernahme von Bewirtungskosten	228
V. Spenden	229
VI. Weitere gegenseitige Verträge	230
1. Beraterverträge	230
2. Drittmittel (Forscherverträge)	232
B. Zusammenarbeit mit Krankenhäusern	234
I. Nichteinhalten der Voraussetzungen des § 115a SGB V	234
II. Kooperationsbedingter sachlicher Grund der Zahlung	237
III. Inaussichtstellen einer Beauftragung zur nachstationären Behandlung nach § 115a I S. 2 SGB V	238
IV. Übernahme der Haftpflichtbeiträge im Belegwesen	239
V. Entlassmanagement	241
C. Zuweisung an andere Heilberufe	243
I. Vergünstigte Überlassung von Praxisräumen	243
II. Kostenlose Überlassung von Blutentnahmeröhrchen	244
III. Auslage von Flyern	245
IV. Werbe-TV	246
D. Geräteüberlassung	246
I. Kostenlose Geräteüberlassung durch den Hersteller	246
II. Überlassung im Rahmen einer Studie	247
III. Gerätegestellung durch Fachkliniken	248
E. Vorteilsannahmen im Interesse des Patienten	249
I. Blutzuckermessgeräte	249
II. Arzneimittelmusterabgaben	251
III. Patientensupport-Programme	253
F. Unternehmensbeteiligung	255
I. Laborbeteiligungen	255
II. Mittelbare Gewinnbeteiligung	257
III. Kapitalbeteiligung in einer anderen Region	259
IV. Beteiligung des Ehegatten an einem Gesundheitsunternehmen	259

G. Berufsausübungsgemeinschaften, § 18 MBO-Ä	260
H. Rabattgewährung	261
I. Barabatte bei Medikamenten	261
II. Rabatte bei Bezug eines Ultraschallgerätes	263
III. Rabatte bei Sprechstundenbedarf	264
IV. Weitergabe an Kostenträger	265
V. Unterlassene Weitergabe bei bestehender Pflicht zur Weitergabe	266
VI. Treue- und Exklusivitätsrabatte	268
VII. Günstige Preisgestaltung	269
VIII. Skonti	270

Teil 5

Betrachtung de lege ferenda	272
A. Wesentliche Ergebnisse der Arbeit	272
B. Kritikpunkte	278
C. Reformvorschlag	279
Literaturverzeichnis	283
Sachwortverzeichnis	298

Abkürzungsverzeichnis

A&R	Zeitschrift für Arzneimittelrecht und Arzneimittelpolitik
a. A.	andere Ansicht
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
ApO	Approbationsordnung für Apotheker
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG Medizinrecht	Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht
AltPflG	Altenpflegegesetz
AMG	Arzneimittelgesetz
AMPreisV	Arzneimittelpreisverordnung
AnwBl.	Anwaltsblatt
ApoG	Apothekengesetz
Art.	Artikel
ÄrzteVO	Ärzteverordnung
Ärzte-ZVO	Ärzte-Zulassungsverordnung
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BÄK	Bundesärztekammer
BÄO	Bundesärzteordnung
BApO	Bundes-Apothekerordnung
BayObLG	Bayerisches Oberlandesgericht
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgeschichtshof
Bd.	Band
BeckRS	Beck Rechtsprechung
BerGerOÄ BW	Berufsgerichtsordnung Baden-Württemberg
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, Amtliche Sammlung
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, Amtliche Sammlung
BKA	Bundeskriminalamt
BlnHKG	Berliner Heilberufekammergesetz
BMJV	Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
BMV-Ä	Bundsmantelvertrag Ärzte
BMV-Z	Bundsmantelvertrag Zahnärzte
BO	Berufsordnung
BORA	Berufsordnung für Rechtsanwälte
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung

BR-Drs	Bundesrats-Drucksache
BRKG	Bundesreisekostengesetz
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts, Amtliche Sammlung
bspw.	beispielsweise
BT WD	Bundestag Wissenschaftliche Dienste
BTÄO	Bundestierärzteordnung
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Amtliche Sammlung
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
CB	Compliance Berater
CCZ	Corporate Compliance
DÄBl.	Deutsches Ärzteblatt
DAV	Deutscher Anwaltsverein
ders.	derselbe
dies.	dieselbe/dieselben
DKG	Deutsche Krankenhausgesellschaft
DRG	Diagnosis related groups
DStR	Das deutsche Steuerrecht
e. V.	eingetragener Verein
EBM	Einheitlicher Bewertungsmaßstab
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Einl.	Einleitung
EL	Ergänzungslieferung
EStG	Einkommensteuergesetz
f.	folgende (Seite/Randnummer)
ff.	fortfolgende (Seite/Randnummer)
FG	Festgabe
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
FSA	Freiwillige Kontrolle für die Arzneimittelindustrie
FSA-VO	Freiwillige Selbstkontrolle für die Arzneimittelindustrie – Verfahrensordnung
GA	Goldammers Archiv für Strafrecht
GesR	GesundheitsRecht – Zeitschrift für Arztrecht, Krankenhausrecht, Apotheken- und Arzneimittelrecht
GewArch	Gewerbearchiv
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GKV	Gesetzliche Krankenversicherung
GOÄ	Gebührenordnung für Ärzte
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Rechtsprechungsreport
GS	Gedächtnisschrift
GuP	Gesundheit und Pflege – Rechtszeitschrift für das gesamte Gesundheitswesen
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

HandwO	Handwerksordnung
HansOLG	Hanseatisches Oberlandesgericht
HBKG BW	Heilberufe-Kammergesetz Baden-Württemberg
HBKG SH	Heilberufskammergesetz Schleswig-Holstein
Hdb.	Handbuch
HebG	Gesetz über das Studium und den Beruf von Hebammen
HeilBerG Brb.	Heilberufsgesetz Brandenburg
HeilBerG Bre	Heilberufsgesetz Bremen
HeilBerG HB	Heilberufsgesetz Hansestadt Bremen
HeilBerG HE	Heilberufsgesetz Hessen
HeilBerG HH	Heilberufsgesetz Hansestadt Hamburg
HeilBerG MV	Heilberufsgesetz Mecklenburg-Vorpommern
HeilBerG NRW	Heilberufsgesetz Nordrhein-Westfalen
HeilBerG RP	Heilberufsgesetz Rheinland-Pfalz
HeilBG Th	Heilberufsgesetz Thüringen
HeilPraktG	Gesetz über die berufsmäßige Ausübung der Heilkunde ohne Bestallung
HeilPraktGDV	Erste Durchführungsverordnung zum Gesetz über die berufsmäßige Ausübung der Heilkunde ohne Bestallung
HessVGH	Hessischer Verwaltungsgerichtshof
HKaG Bay	Heilberufekammergesetz Bayern
HKaG SN	Heilberufekammergesetz Sachsen
HKG NI	Heilberufekammergesetz Niedersachsen
HKG SL	Heilberufekammergesetz Saarland
HNO-Arzt	Hals-Nasen-Ohren-Arzt
HRG	Hochschulrahmengesetz
HRRS	Onlinezeitschrift für höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht
Hs.	Halbsatz
HWG	Heilmittelwerbebesetz
IGeL	individuelle Gesundheitsleistungen
JZ	JuristenZeitung
Kap.	Kapitel
KÄV	Kassenärztliche Vereinigung
KBV	Kassenärztliche Bundesvereinigung
KG	Kammergericht
KGHB SA	Gesetz über die Kammern für Heilberufe Sachsen-Anhalt
KHEntG	Gesetz über die Entgelte für voll- und teilstationäre Krankenhausleistungen
KHG HB	Krankenhausgesetz Bremen
KHGG NRW	Krankenhausgestaltungsgesetz Nordrhein-Westfalen
KPzKP	Kölner Papiere zur Kriminalpolitik
Krit.	Kritisch
KVBW	Kassenärztliche Vereinigung Baden-Württemberg
KVG	Gesetz betreffend die Krankenversicherung der Arbeitnehmer
LandesberufsG	Landesberufsgericht
LBG BW	Landesbeamtengesetz Baden-Württemberg
LG	Landgericht
LHG	Landeshochschulgesetz

LKHG BW	Landeskrankenhausgesetz Baden-Württemberg
LogopG	Gesetz über den Beruf des Logopäden
LSG	Landessozialgericht
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MB/KK	Musterbedingungen für die Krankheitskosten
MBO	Musterberufsordnung
MBO-Ä	Musterberufsordnung für Ärzte
MedR	Medizinrecht
medstra	Zeitschrift für Medizinstrafrecht
MMR	Zeitschrift für IT-Recht und Digitalisierung
MPhG	Gesetz über die Berufe in der Physiotherapie
MPJ	Medizinprodukte Journal
MPR	MedizinProdukteRecht – Zeitschrift für das gesamte Medizinproduktrecht
MRT	Magnetresonanztomographie
MTAG	Gesetz über technische Assistenten in der Medizin
MVZ	Medizinische Versorgungszentren
n. F.	neue Fassung
NJ	Neue Justiz Zeitschrift für Anwalts- und Gerichtspraxis
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJWE-WettbR	Neue Juristische Wochenschrift Entscheidungsdienst Wettbewerbsrecht
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungsreport
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht Rechtsprechungsreport
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
NZWSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht
OLG	Oberlandesgericht
OTC-Präparate	Over the Counter-Präparate
OVG	Oberverwaltungsgericht
PartGG	Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften
PBKG SH	Pflegeberufekammergesetz Schleswig-Holstein
PflegeKG Niedersachsen	Kammergesetz für die Heilberufe in der Pflege Niedersachsen
PharmR	Pharmarecht Fachzeitschrift für das gesamte Arzneimittelrecht
PharmTAG	Gesetz über den Beruf des pharmazeutisch-technischen Assistenten
PKV	Verband der privaten Krankenversicherung
RDG	Rechtsdepesche für das Gesundheitswesen
RefE	Referentenentwurf
RettAssG	Rettungsassistentengesetz
RGBI.	Reichsgesetzblatt
Rn.	Randnummer
RVO	Reichsversicherungsordnung
S.	Seite/siehe
SGB V	5. Sozialgesetzbuch

St.	Ständige
StBerG	Steuerberatungsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StV	Strafverteidiger
ThürKG	Thüringer Krankenhausgesetz
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
Vor.	Vorbemerkung
VSSR	Vierteljahresschrift für Sozialrecht
VuR	Verbraucher und Recht – Zeitschrift für Wirtschafts- und Verbraucherrecht
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
WiJ	Journal der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V.
WiPrO	Wirtschaftsprüferordnung
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WRV	Weimarer Reichsverordnung
ZfWU	Zeitschrift für Wirtschafts- und Unternehmensethik
ZHG	Gesetz über die Ausübung der Zahnheilkunde
ZIS	Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik
ZMGR	Zeitschrift für das gesamte Medizin- und Gesundheitsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZulassungsVO	Zulassungsverordnung
zust.	zustimmend

Einleitung

A. Problemskizzierung

Dem Gesundheitswesen kommt eine hohe ökonomische Bedeutung zu. In den vergangenen Jahren ist das Ausgabevolumen sowohl in der gesetzlichen als auch in der privaten Krankenversicherung stetig angestiegen. Insgesamt wurden im Jahr 2019 Gesundheitsausgaben in Höhe von 407.446 Millionen Euro verzeichnet.¹ Um einen weiteren Anstieg der Ausgaben zu vermeiden und die Beitragsstabilität zu wahren, wurde das System der gesetzlichen Krankenversicherung in den vergangenen Jahren für den Wettbewerb geöffnet. Hierzu wurden zahlreiche Kooperationsmöglichkeiten eingeführt, welche die Korruptionsanfälligkeit des ohnehin sehr intransparenten Systems zusätzlich erhöhten. Einen wesentlichen Faktor der Korruption stellt die Schlüsselstellung des Arztes dar, die diesem vom Gesetzgeber bei seinen beruflichen Tätigkeiten eingeräumt worden ist.²

Diese Missbrauchsanfälligkeit wirft die Frage auf, inwieweit korruptive Verhaltensweisen durch das Strafrecht erfasst werden können. Mit einem Paukenschlag beendete der BGH die Frage nach der Anwendbarkeit der bisherigen Korruptionsstrafatbestände auf niedergelassene Vertragsärzte. Der Große Senat entschied am 29. März 2012, dass ein niedergelassener, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassener Arzt bei der Wahrnehmung der ihm in diesem Rahmen übertragenen Aufgaben, namentlich der Verordnung von Arzneimitteln, weder als Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB noch als Beauftragter der gesetzlichen Krankenkassen im Sinne des § 299 StGB handle.³ Eine Amtsträgerschaft scheidet aus, da der einzelne Vertragsarzt aufgrund der sozialrechtlichen Vorschriften nicht dazu bestellt sei, im Auftrag der gesetzlichen Krankenkassen Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen.⁴ Ebenso führe der zwischen den Krankenkassen und Kassenärztlichen Vereinigungen als Vertreter der Ärzteschaft vereinbarte Sicherstellungsauftrag dazu, dass sich die an der ärztlichen Versorgung Beteiligten in

¹ Zahlen und Fakten, Statistisches Bundesamts, abrufbar unter: Vgl. <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Gesundheit/Gesundheitsausgaben/Tabellen/ausgabentraeger.html>. Letzter Abruf am 02.07.2020.

² Näher zur Korruptionsanfälligkeit: *Murmann*, in: Duttge, Tatort, Gesundheitsmarkt, S. 109 (110 ff.).

³ BGHSt 57, 202.

⁴ BGHSt 57, 202 (206 ff.).

kooperativem Zusammenwirken und damit auf der Ebene der Gleichordnung begegneten. Eine für § 299 StGB erforderliche Beauftragtenstellung käme damit nicht in Betracht.⁵

Mit dieser Entscheidung erteilte der BGH der bisherigen Rechtsprechung verschiedener unterinstanzlicher Gerichte eine Absage. Zuvor hatte das Landgericht Hamburg eine Pharmareferentin wegen Bestechung im geschäftlichen Verkehr nach § 299 II StGB verurteilt.⁶ Diese vertrieb ein „Verordnungsmanagement“ für die ärztliche Verordnung von Medikamenten aus ihrem Unternehmen. Für die Verordnung eines Medikamentes des Unternehmens erhielt der Arzt 5 % des Herstellerabgabepreises als Prämie. Die Prämie wurde als Honorar für tatsächlich nicht stattgefundene wissenschaftliche Vorträge deklariert. Die annehmenden Ärzte wurden wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr nach § 299 I StGB verurteilt.

Folge dieser höchstrichterlichen Entscheidung war, dass derartige Verhaltensweisen von den zu diesem Zeitpunkt bestehenden Strafvorschriften nicht erfasst werden konnten. Nur bei Hinzutreten weiterer Umstände konnten die Straftatbestände des Betruges oder der Untreue zur Anwendung kommen. Das Strafbarkeitsrisiko der verschiedenen Ärzte war von ihrem jeweiligen Beschäftigungsverhältnis abhängig. Zwar konnte sich ein angestellter Arzt nach § 299 StGB strafbar machen, ebenso drohte für einen Arzt in einem Universitätsklinikum eine Strafbarkeit nach §§ 331, 332 StGB. Ein niedergelassener Vertragsarzt blieb hingegen straffrei. Der BGH verkannte in seiner Entscheidung aber nicht die grundsätzliche Berechtigung, entsprechende Verhaltensformen über das Strafrecht zu sanktionieren.

Der Gesetzgeber kam daraufhin dem an ihn gerichteten Appell nach. Geschaffen werden sollte ein Straftatbestand, der sowohl den Wettbewerb als auch das Vertrauen des Patienten in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen schützt.⁷ Nach einem lebendigen Gesetzgebungsverfahren traten am 04. Juni 2016 die neuen Straftatbestände der Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen gemäß §§ 299a, b StGB in Kraft.

B. Zielsetzung

Ziel der Arbeit soll die Untersuchung einer drohenden Strafbarkeit nach §§ 299a, b StGB bei Abschluss bestimmter Kooperationsvereinbarungen sein. Der Fokus wird hierbei auf die Beeinträchtigung des Wettbewerbs als alleinig geschütztes Rechtsgut der Straftatbestände gelegt. Erforderlich ist dazu zunächst eine umfassende Begut-

⁵ BGHSt 57, 202 (211 ff.).

⁶ LG Hamburg, BeckRS 20122, 23487. Ebenso OLG Braunschweig, NStZ 2010, 392; ablehnend für die Verordnung von Hilfsmitteln aber das LG Stade, MPR 2011, 97.

⁷ BT-Drs. 18/6446, S. 1, 11.

achtung der Straftatbestände. Neben diesen existieren außerdem zahlreiche andere Regelungswerke, die bereits Vorschriften zur Wahrung der ärztlichen Unabhängigkeit und teilweise auch zum Schutz des Wettbewerbs enthalten. Damit stellt sich die Frage, ob diese Vorschriften für sich nicht bereits einen ausreichenden Schutz bieten und ob es den Schutz durch das Strafrecht tatsächlich bedarf. Sieht man den Einsatz des Strafrechts als erforderlich an, ist weitergehend die Frage zu beantworten, ob dem Gesetzgeber durch die Straftatbestände der §§ 299a, b StGB der gewünschte umfassende Schutz gelungen ist. Insbesondere ist von Bedeutung, ob die Straftatbestände gängige und teilweise auch gewünschte Kooperationen untersagen und damit möglicherweise die Funktionsfähigkeit des Gesundheitswesens gefährden.

Die Relevanz der Untersuchung ergibt sich bereits aus dem Erfordernis bestimmter Kooperationsformen im Gesundheitswesen, welche vom Gesetzgeber in den vergangenen Jahren verstärkt eingeführt worden sind. Sie dienen der Stärkung des Wettbewerbs im System der gesetzlichen Krankenversicherung und sollen damit zu einer stetigen Qualitätsverbesserung, aber auch zu einer Kostensenkung führen.⁸ Zu denken ist bei diesen Kooperationsformen an die vor- und nachstationäre Behandlung im Krankenhaus gemäß § 115a SGB V oder auch die integrierte Versorgung gemäß § 140a SGB V. Allerdings bleibt dabei zu beachten, dass der Wettbewerb im Gesundheitswesen gewisse Besonderheiten aufweist und nicht ohne Weiteres mit dem Wettbewerb der freien Marktwirtschaft vergleichbar ist. Vielmehr handelt es sich um einen in großen Teilen staatlich regulierten Markt. Bereits die Teilnahme an diesem Markt ist durch gesetzlich vorgeschriebene Zulassungsvoraussetzungen eingeschränkt. Aber auch das eigentliche Agieren auf dem Markt wird durch zahlreiche Vorschriften begrenzt. Die an der gesetzlichen Krankenversicherung teilnehmenden Heilberufler unterliegen dem SGB V und sind damit an die dort enthaltenen Vorschriften gebunden. Von wesentlicher Bedeutung ist hier unter anderem das sozialrechtliche Zuweisungsverbot gegen Entgelt nach § 73 VII SGB V. Heilberufe, die einer Kammer angehören, haben außerdem ihr eigens gesetztes Kammerrecht zu beachten. Auch die Musterberufsordnung für Ärzte, auf welche in dieser Arbeit vorrangig Bezug genommen werden soll, enthält im 4. Abschnitt Vorschriften zur Wahrung der ärztlichen Unabhängigkeit.

Neben diesen sozialrechtlich erwünschten Kooperationsformen existieren im Gesundheitswesen zahlreiche Formen der Zusammenarbeit, die auch in der Öffentlichkeit nicht selten Aufsehen erregen. Dazu gehören beispielsweise Einladungen der Pharmaindustrie an Ärzte zu Fortbildungsveranstaltungen. Für die Pharmaindustrie handelt es sich dabei freilich auch um entscheidende Werbemaßnahmen. Eine Teilnahme der Ärzte wäre in vielen Fällen aus Kostengründen ohne die Unterstützung der Industrie erst gar nicht möglich. Dies gilt insbesondere für kostspielige Fachkongresse im Ausland. Problematisch werden diese Einladungen aber

⁸ BSGE 82, 78 (81 f.).