

Tobias Meyer

Strafbare Korruption bei Kooperationen mit den Gesundheitshandwerken

Die Voraussetzungen einer Strafbarkeit nach § 299a StGB bei einer Zusammenarbeit von Ärzten bzw. Zahnärzten mit Hörgeräteakustikern, Optikern sowie Orthopädie- und Zahntechnikern



Nomos

Schriften zum Medizinstrafrecht

herausgegeben von

Professor Dr. Christian Jäger,
Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

Professor Dr. Matthias Krüger,
Ludwig-Maximilians-Universität München

Professor Dr. Hans Kudlich,
Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

Professor Dr. Brian Valerius,
Universität Bayreuth

Band 17

Tobias Meyer

Strafbare Korruption bei Kooperationen mit den Gesundheitshandwerken

Die Voraussetzungen einer Strafbarkeit nach § 299a StGB bei einer Zusammenarbeit von Ärzten bzw. Zahnärzten mit Hörgeräteakustikern, Optikern sowie Orthopädie- und Zahntechnikern



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

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

Zugl.: Mannheim, Univ., Diss., 2020

u.d.T.: „Die Strafbarkeit von Ärzten und Zahnärzten nach § 299a StGB bei Kooperationen mit den Gesundheitshandwerken“

ISBN 978-3-8487-8145-4 (Print)

ISBN 978-3-7489-2574-3 (ePDF)

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Ohne die Hilfe und Unterstützung einiger Menschen wäre diese Arbeit nicht möglich gewesen. Dies schon deshalb, weil sie berufsbegleitend neben meiner Tätigkeit für eine Kassenzahnärztliche Vereinigung (dies sei auch als Compliance-Hinweis in eigener Sache verstanden) entstanden ist und Zeit bekanntlich ein limitierender Faktor ist.

All jenen, die mich bei der Erstellung des vorliegenden Werks unterstützt und gefördert haben, möchte ich hiermit meine Dankbarkeit zum Ausdruck bringen.

Ein herzliches Dankeschön gilt zunächst Herrn Prof. Dr. Jens Bülte für die hervorragende Betreuung der Arbeit. Er stand mir mit wertvollen Anregungen zur Seite und forderte mich so stets dazu heraus, die für diese Dissertation wichtigen Diskussionspunkte noch intensiver zu betrachten um so zu tragfähigen Lösungsvorschlägen zu gelangen. Ebenfalls herzlich danken möchte ich Herrn Prof. Dr. Jochen Taupitz für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Er gab wichtige Impulse, um der Promotionschrift für die Veröffentlichung den „letzten Schliff“ zu verpassen. Für seine Mitwirkung in der Prüfungskommission danke ich auch Herrn Prof. Dr. Friedemann Kainer.

Herr Prof. Dr. Gerhard Dannecker lieferte die initiale Idee für dieses Vorhaben. Ohne sein Zutun wäre dieses Werk niemals begonnen worden. Hierfür sowie für die stetigen Anregungen und den Austausch während der Erstellung dieser Arbeit bin ich ihm und seinen Mitarbeitern am Lehrstuhl zu Dank verpflichtet.

Ein herzliches Dankeschön gilt auch Herrn Ass. jur. Christian Finster für seine kontinuierliche Unterstützung. Nicht nur, dass er mich dazu ermunterte, dieses Vorhaben in die Tat umzusetzen; er war es auch, der meinen Fokus auf die §§ 299a ff. StGB lenkte und sich deshalb „mitschuldig“ für die Auswahl des Themas zeichnet.

Für ihre Geduld und Mithilfe gilt mein Dank zudem Frau Natascia Mastrobattista, Frau Kerstin Deuker sowie den Mitarbeitern am Lehrstuhl von Herrn Prof. Dr. Jens Bülte und der Universitätsbibliothek Mannheim (gerade in Zeiten einer Pandemie war die Beschaffung von Literatur nicht selten eine Herausforderung).

Nicht zuletzt möchte ich mich bei meiner Familie, besonders meiner Frau Nicole, bedanken, die mich stets unterstützte und mir mit Rat und

Vorwort

Tat zur Seite stand, selbst wenn die Arbeitstage länger als gewöhnlich wurden. Ohne das nötige Verständnis hätte ich dieses Vorhaben niemals in die Tat umsetzen können.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	23
Teil A – Einleitung	25
I. Die strafrechtliche Vorschrift des § 299a StGB	27
II. Untersuchungsgegenstand, Ziele und Vorgehensweise der Arbeit	28
1. Die Vielzahl der Kooperationsformen im Gesundheitswesen und ihre Eigenheiten	29
2. Fokussierung der Arbeit auf Kooperationen mit den Gesundheitshandwerken	31
3. Vorgehensweise bei der vorliegenden Arbeit	32
4. Ziele der Arbeit	34
5. Ausblick	36
Teil B – Formen der Kooperation zwischen Ärzten/Zahnärzten und Gesundheitshandwerken und hierfür geltende Vorgaben	38
I. Gemeinsame Versorgung von Patienten als Kooperationsgegenstand	38
1. Leistungen der Ärzte/Zahnärzte und Gesundheitshandwerke bei der gemeinsamen Versorgung von Patienten	40
a) Versorgung mit Hörgeräten	40
b) Versorgung mit Sehhilfen	41
c) Leistungen der Orthopädieschuhmacher und Orthopädietechniker	41
d) Zahntechnische Leistungen	42
2. Der sog. verkürzte Versorgungsweg	42
a) Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Hörgeräteversorgung	43
b) Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Versorgung mit Sehhilfen	45
c) Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Orthopädietechnik	47

d) Der verkürzte Versorgungsweg nach aktueller Rechtslage	48
3. Insbesondere Kooperationen zwischen Zahnärzten und Zahntechnikern	49
a) Besonderheiten bei der Versorgung mit zahntechnischen Leistungen	50
b) Mögliche Organisationsformen für Zahntechniklabore	53
c) Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu Kooperationen zwischen Zahnärzten und Zahntechnikern	55
II. Kooperationen ohne gemeinsame Versorgung	56
III. Fälle von Unternehmensbeteiligungen und Gründung von Unternehmen	57
 Teil C – Der Rechtsgüterschutz der §§ 299a ff. StGB	 59
I. Die Notwendigkeit der Rechtsgutbestimmung für das Tatbestandsverständnis	61
II. Ermittlung des vom Gesetzgeber verfolgten Rechtsgüterschutzes	63
1. Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen beim Bundesgerichtshof	64
2. Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Prävention in der Fassung der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Gesundheit	65
3. Entwurf des Bundesrates für ein Strafrechtsänderungsgesetz zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen	66
4. Entwurf des bayerischen Staatsministeriums der Justiz	67
5. Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz	68
6. Gesetzentwurf der Bundesregierung	69
7. Beschlussempfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz	69
8. Debatten im Deutschen Bundestag und Bundesrat	71
a) Erster Durchgang im Bundesrat (936. Sitzung)	71
b) Erste Beratung im Deutschen Bundestag (137. Sitzung)	71
c) Zweite Beratung im Deutschen Bundestag (164. Sitzung)	72

9. Die beiden erklärten Rechtsgüter der §§ 299a ff. StGB	73
III. Inhaltliche Bedeutung der Rechtsgüter	76
1. Das wettbewerbsorientierte Rechtsgut	77
2. Das patientenorientierte Rechtsgut	78
a) Heilberufliche Entscheidung	78
b) Integrität	80
c) Vertrauen und vertrauender Personenkreis	81
(1) Besonderes Verhältnis im Rahmen medizinischer Behandlungen	81
(2) Bezugsmoment des Vertrauens im Falle des zweiten Rechtsguts	82
(3) Vertrauen und abstraktes Gefährungsdelikt	85
(4) Vertrauender Personenkreis und systemische Bedeutung	86
3. Verhältnis der Schutzgüterbereiche zueinander	87
a) Marktbezogene Entscheidungskomponente	88
b) Medizinisch orientierte Entscheidungskomponente	88
c) Einheitliche Auswahlentscheidung mit Wirkung für mehrere Interessenkreise	89
d) Vorgelagerte Therapieentscheidung	91
e) Schlussfolgerungen	92
IV. Kritik an der zweifachen Schutzrichtung	93
1. Systematische Stellung als Ansatzpunkt geäußerter Kritik	94
a) Grundsätzliches zur systematischen Stellung der §§ 299a ff. StGB	94
b) Erste Schlussfolgerungen aus der Systematik	95
c) Rückschlüsse aus der systematischen Stellung auf weitere Rechtsgüter	96
2. Fehlender Normtextbezug	103
3. Entstehen von Schwierigkeiten bei der Rechtsanwendung durch einen dualen Rechtsgüterschutz?	104
a) Verstrickung auf Grund gegensätzlicher pekuniären Interessen	105
b) Interpretationsprobleme wegen nicht kompatibler bzw. greifbarer Zielrichtungen	107
c) Schlussfolgerung und allgemeine Bewertung der Kritik	112

4. Gescheshistorisch begründete Argumente	113
a) Zuordnung der Rechtsgüter zu einzelnen Tatvarianten?	114
b) Gründe für die Streichung von § 299a Abs. 1 Ziff. 2 StGB-E	116
c) Festhalten an der Rechtsgutskonzeption im Gesetzgebungsverfahren	117
d) Der gesetzgeberische Wille	122
(1) Bedeutung des gesetzgeberischen Willens bei der Rechtsgutwahl	122
(2) Nachvollziehbarkeit der Auswahl des patientenorientierten Rechtsguts	124
(3) Degradierende Einstufung des patientenorientierten Anliegens in der Literatur	126
(4) Zwischenergebnis	127
e) Folgen des zweifachen Rechtsgüterschutzes für die Interpretation der Tatbestände	128
(1) Rangverhältnis der Rechtsgüter oder kumulative Relevanz?	129
(2) Erläuterung der Konsequenzen anhand des Beispiels nicht indizierter Leistungen	132
Teil D – Der Täter und seine auf den Vorteil gerichtete Handlung	136
I. Die Kooperationspartner als Täter i. S. v. §§ 299a und 299b StGB	136
1. Ärzte und Zahnärzte	136
2. Die Gesundheitshandwerke	137
a) Die einzelnen Gesundheitshandwerke	138
b) Gesundheitshandwerker als Täter des § 299a StGB?	139
II. Im Zusammenhang mit der Ausübung des Berufs	141
III. Das Fordern, Sich-Versprechen-Lassen oder Annehmen (eines Vorteils)	142
1. Fordern des Vorteils	143
2. Sich-Versprechen-Lassen eines Vorteils	143
3. Annehmen eines Vorteils	144
IV. Der Vorteil	144
1. Reichweite der Vorteilsdefinition	145
2. Die sog. Sozialadäquanz	147
a) Die Verortung der Sozialadäquanz im Deliktsaufbau	149
b) Ermittlung eines „sozialadäquaten“ Vorteils	152

3. Der Vorteil im Kontext von Kooperationsvereinbarungen	155
a) Position der Rechtsprechung	156
b) Literaturmeinung mit abweichender Vorteilsdefinition	158
c) Literaturmeinung: Konsequente Anwendung der gängigen Vorteilsdefinition	159
d) Literaturmeinung: Saldierung als Voraussetzung der Vorteilsprüfung	160
e) Literaturmeinung: Einschränkung durch Tauglichkeit	162
f) Diskussion	163
(1) Sachgerechtheit der herrschenden Vorteilsdefinition	163
(2) Notwendigkeit der Eingrenzung des Vorteilbegriffs?	164
(3) Einbeziehen des gesamten Synallagmas?	165
(a) Wille des deutschen Gesetzgebers	165
(b) Orientierung an europäischen Rechtstexten	166
(c) Notwendigkeit der Saldierung im Hinblick auf Sinn und Zweck der Korruptionsdelikte?	168
(d) Kriterium der Tauglichkeit?	170
(e) Vorschnelle Einordnung von Kooperationen als strafbar?	170
(f) Zwischenergebnis	172
(4) Umgehungsgefahr	172
(5) Schlussfolgerungen und Ergebnis	173
4. Unternehmensbeteiligungen als Vorteil i. S. d. § 299a StGB	175
 Teil E – Die Unrechtsvereinbarung als „Kernelement“ der Strafbarkeit	 179
I. Die Bevorzugung im Wettbewerb als Element der Unrechtsvereinbarung	180
1. Die „Bevorzugung“	180
a) „Sachfremdheit“ als Element der Bevorzugung?	181
b) Täter-Blickwinkel als Maßstab der Bevorzugung im Wettbewerb	182
c) Keine Verwirklichung der Bevorzugung im Wettbewerb erforderlich	184

d) Kritik der Literatur an der Subjektivierung und Einschränkung	185
e) Spielraum des Heilberufsträgers bei Vornahme der Bevorzugung	186
(1) Der Patient als originärer Entscheidungsträger	186
(2) Der Heilberufsträger als originärer Entscheidungsträger	187
2. Der Wettbewerbsbegriff i. S. d. §§ 299a ff. StGB	187
a) Der vom Wettbewerbsbegriff des § 299a StGB vorausgesetzte Markt	188
b) Konsequenzen von Marktbesonderheiten im Gesundheitswesen für den Wettbewerbsbegriff?	189
c) Der sachlich relevante Markt	193
(1) Preisfaktor	195
(2) Erfordernis bestimmter (Qualitäts-)Anforderungen	196
(3) Die Märkte im verkürzten Versorgungsweg	197
(4) Insbesondere: Märkte für zahntechnische Leistungen	198
d) Der räumlich relevante Markt	201
e) Auswirkungen von Alleinstellungsmerkmalen	204
II. Konnex zu bestimmten Tatsituationen (Verordnung, Bezug oder Zuführung)	206
1. Verordnungen insbesondere von Hilfsmitteln und Medizinprodukten	206
a) Definitionen	207
(1) Hilfsmittel (und solche als Medizinprodukte)	207
(2) Der Verordnungsbegriff im Zusammenhang mit der Hilfsmittelversorgung	209
b) Verordnung von zahntechnischen Leistungen?	212
c) Die Bevorzugung „bei“ der Verordnung	213
2. Bezug von Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten	216
a) Definitionen	216
(1) Bezug	216
(2) Bestimmung zur unmittelbaren Anwendung durch den Heilberufsangehörigen	216
(a) Gegenstände zur Einrichtung einer Praxis	217
(b) Verbrauchsgegenstände	218
b) Verhältnis zur Ordnungsvariante in § 299a Ziff. 1 StGB	220

c)	Die Bevorzugung „bei“ einem Bezug	221
3.	Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial	221
a)	Die Zuführung als „neue“ Begrifflichkeit?	222
b)	Ansätze der Literatur zur einschränkenden Auslegung	223
(1)	Argumentation am Wortlaut	224
(2)	Einschränkung bei umfassender Entscheidungsgrundlage des Patienten?	225
(3)	Abgrenzungsversuche über berufsrechtliche Begrifflichkeiten	227
(4)	Zwischenfazit	230
c)	Die Zuführung wessen „Patienten“?	230
d)	Die Zuführung von Untersuchungsmaterial	232
e)	Bevorzugung „bei“ einer Zuführung von Patienten	232
(1)	Zuführung bei eigener Entscheidungskompetenz des Patienten	233
(2)	Zuführung an Gesundheitshandwerke bei Entscheidungskompetenz des Heilberufsträgers	236
III.	Die kausale Verbindung von „Leistung“ und „Gegenleistung“	238
1.	Konkretisierung und Nachweis der Unrechtsvereinbarung	238
a)	Indizien zur Beurteilung des Vorliegens einer Unrechtsvereinbarung	240
b)	Bestehen einer anderweitigen Motivation für die Vorteilshingabe	243
c)	Transparenz	244
d)	Durchführung und Einhaltung einschlägiger Procedere und Vorgaben	246
e)	Vorteilsausmaß (die „Angemessenheit“ einer Vergütung)	246
(1)	Aussagegehalt der „Angemessenheit“	247
(2)	Bestimmung der Angemessenheit	249
(3)	Grenzen des Kriteriums zur Bestimmung einer Unrechtsvereinbarung	252
(a)	Freiwillige Vereinbarung einer besonders hohen Vergütung	252
(b)	Fehlender Marktwert einer Leistung	253
(c)	Notwendigkeit besonderer Anreize auf dem Markt	253

(d) Übliche Honorierung als Druckmittel	254
f) Die Notwendigkeit eines Kriteriums der „Erforderlichkeit“	254
g) Die Rolle von Compliance-Prinzipien	259
2. Die Kausalverknüpfung bei Kooperationen im Gesundheitswesen	261
a) Die Betrachtung des Kausalzusammenhangs im konkreten Fall	262
b) Insbesondere Unternehmensbeteiligungen und -gründungen	263
c) Medizinische Versorgungszentren	264
(1) Kooperationen „innerhalb“ eines MVZ	265
(a) Personenkreis	265
(b) Unrechtsvereinbarung innerhalb eines MVZ?	268
(2) Das MVZ als Kooperationspartner	268
 Teil F – Das Tatbestandsmerkmal der Unlauterkeit (der Bevorzugung) in § 299a StGB als Element der Unrechtsvereinbarung	 270
I. Wortlautinterpretation	272
II. Systematische Auslegung	273
1. Verwendung des Begriffs der Unlauterkeit im systematischen Zusammenhang	275
2. Zwischenergebnis zur systematischen Auslegung	276
III. Historische Auslegung	277
1. Die Unlauterkeit in der Gesetzeshistorie der §§ 299a ff. StGB	277
a) Gesetzesentwürfe und -materialien	277
b) Diskussion und Wahrnehmung in der Öffentlichkeit	280
c) Schlussfolgerungen und Zwischenfazit	281
2. Die Unlauterkeit i. S. v. § 299 StGB	282
a) Verständnis der Unlauterkeit in § 12 UWG a. F.	282
b) Verständnis der Unlauterkeit nach Eingliederung der Norm in das StGB	284
3. Die Unlauterkeit i. S. v. §§ 299a ff. StGB	286
a) Definitionsvorschlag unter Berücksichtigung der Grundsätze zu § 299 StGB und des doppelten Rechtsgüterschutzes der §§ 299a ff. StGB	287

b)	Einbezug von Wertungen	
	kooperationslegitimierender Regelungen	290
(1)	Die Rolle kooperationslegitimierender Regelungen im Gesundheitsrecht	291
(2)	Wirkung auf die Strafbarkeitsprüfung	292
(a)	Sachfremde Entscheidung und „Einheit der Rechtsordnung“	292
(b)	Akzessorische Wirkungsweisen im Strafrecht zur Vermeidung von Dissonanzen	294
(c)	Betrachtung des Rechtsgüterschutzes	297
(3)	Möglichkeit einer Unrechtsvereinbarung auch bei rechtlich legitimierten Kooperationsformen	298
(4)	Zwischenergebnis und Schlussfolgerungen für Kooperationen unter Beteiligung der Gesundheitshandwerke	300
c)	Die Anbindung der Unlauterkeit an verhaltensdeterminierende Professionsregelungen?	300
(1)	Standesrechtliche Vorgaben	302
(2)	Sozialrechtliche Vorgaben (§§ 73 Abs. 7 und 128 SGB V)	306
(3)	Selbstverpflichtende Kodizes	308
(4)	Einfluss der Professionsregelungen über die Unlauterkeit i. S. d. UWG?	309
d)	Vereinbarkeit von negativer Akzessorietät und Ausschluss einer (strengen) Akzessorietät	312
4.	Zwischenergebnis zur historischen Auslegung	315
IV.	Interpretation nach dem Zweck der Norm (objektiv- teleologische Auslegung)	315
V.	Auslegungsergebnis und Schlussfolgerungen für das Tatbestandsmerkmal der Unlauterkeit in § 299a StGB	317
VI.	Die Bedeutung professionsrechtlicher Verhaltensnormierungen für die Unlauterkeit	321
1.	Nebeneinander straf- und professionsrechtlicher Normierungen	321
2.	Vergleich des Rechtsgüterschutzes von professions- und strafrechtlicher Normierung	323
a)	Berührungspunkte zum marktorientierten Rechtsgut	323
b)	Berührungspunkte zum patientenorientierten Rechtsgut	324
(1)	Regelungen der MBO-Ä	325

(2) Regelungen der MBO-Z	328
(3) Weitere standesrechtliche Regelungen akademischer Heilberufe	329
(4) § 73 Abs. 7 SGB V und § 128 Abs. 2 SGB V	330
(5) § 7 Heilmittelwerbegesetz	331
c) Gemeinsamkeiten und Unterschiede professionsrechtlicher Regelungen im Hinblick auf das patientenorientierte Rechtsgut der §§ 299a ff. StGB	332
d) Zwischenergebnis	335
3. „Indizielle“ Wirkung von professionsrechtlichen Verstößen	335
a) Kein Widerspruch zur ausgeschlossenen Akzessorietät	337
b) Nutzen einer Inzidentprüfung von Berufsrecht für die Strafbarkeitsprüfung	338
(1) Auslegungsprobleme im Professionsrecht	338
(2) Inhomogenität des Professionsrechts	338
(3) Wirkung unterschiedlicher Deliktstypen	340
(4) Ermittlung und Abgleich der Rechtsgüter	341
(5) Über die Unlauterkeit hinausgehende Bedeutung	342
(6) Fazit zum Nutzen einer Inzidentprüfung	343
VII. Vorschlag zur Bestimmung der Unlauterkeit: (Unmittelbare) Berücksichtigung der auf Prinzipien des Berufsethos und der Freiberuflichkeit basierenden Pflichten	344
1. Berufsethischer Hintergrund der Verpflichtung	345
a) Ursprung der Pflicht am Beispiel des ärztlichen Berufsrechts	345
b) Berufsethos anderer Heilberufe	349
c) Verhältnis der aus dem Berufsethos stammenden Pflichten zu berufsrechtlichen Kodifizierungen	350
2. Die Rolle der Freiberuflichkeit	354
a) Anforderung der Freiberuflichkeit an die Entscheidungsfindung	355
b) Freiberufliche Stellung der Tätergruppen des § 299a StGB	358
3. Möglichkeit zur Bestimmung der Unlauterkeit i. S. v. § 299a StGB	361
a) Anwendung von Berufsethos bzw. Grundsätzen der Freiberuflichkeit	361

b) Berufsethos und Strafrecht – ein Widerspruch?	364
(1) Voranschreitende Verrechtlichung der konkreten Pflicht	364
(2) Funktion und Nutzen der Verrechtlichung	367
(3) Fazit hinsichtlich des (unberechtigten) Vorwurfs einer Ethisierung	368
c) Rechtspolitische Dimension	368
VIII. Prüfungsschritte zur Feststellung der Unlauterkeit	369
1. Mehrstufige Prüfungsmodelle der Literatur	370
2. Die dreistufige Prüfung nach hier vertretener Ansicht	371
 Teil G – Unrechtsvereinbarung und Unlauterkeit bei Kooperationen mit den Gesundheitshandwerken	 373
I. Grundlegende Fallkonstellationen unter Berücksichtigung der Entscheidungskompetenzen	373
1. Originäre Entscheidung des Heilberufsträgers	374
a) Entscheidung anhand medizinischer Kriterien	375
(1) Sachgerechtheit auf Grund medizinisch korrekten Handelns?	376
(a) Rechtsgüterbezogene Betrachtung	377
(b) Vermeidung widerstreitender Normbefehle	378
(c) Vergleich mit der Rechtsprechung zur sog. Drittmitteleinwerbung	379
(d) Die Auswahl unter mehreren in Betracht kommenden Anbietern	381
(2) Die Rolle des Wettbewerbs sowie des Kausalitätsverhältnisses	382
b) Entscheidung anhand von „Wettbewerbskriterien“	384
(1) Auswirkungen auf den Tatbestand („Tatbestandslösung“)	386
(2) Gegenposition: Ausschließliches Anknüpfen an die Vorteilsgewährung	387
(3) Differenzierende Lösungsansätze	388
(4) Diskussion und Nutzen für die Betrachtung der §§ 299a ff. StGB	388
(a) Verfassungsrechtliche Betrachtung	390
(b) Kritik an der Tatbestandslösung	391
(c) Der differenzierende Lösungsansatz	393
(d) Zwischenergebnis und Fazit	394

c) Differenzierung zwischen Einzelfallentscheidungen und allgemein angelegte Kooperation	395
2. Der Patient als originärer Entscheidungsträger	396
a) „Anmaßung“ der Entscheidungskompetenz durch den Heilberufsträger	399
b) Auswahlvorschläge auf Wunsch des Patienten	401
(1) Der Wunsch als Einwilligung?	402
(2) Rückgriff auf Argumentationslinien zur Auslegung von § 299 StGB?	404
(3) Lösung über das Schaffen von Transparenz?	406
(4) Lösung über eine rechtsgutorientierte Auslegung	409
3. Fazit	410
II. Hilfestellung durch die Betrachtung vorhandener (wettbewerbsrechtlicher) Rechtsprechung	412
1. Berücksichtigung der Eigenheiten einzelner professionsrechtlicher Normen	412
a) Insbesondere: Hinreichende Gründe i. S. v. § 31 Abs. 2 MBO-Ä	413
b) Auswirkung der Struktur berufsrechtlicher Vorschriften im Vergleich zu Zuweisungsverboten und § 299a StGB am Beispiel von § 31 Abs. 2 MBO-Ä	415
2. Unterschiede in der Versorgung durch die Kooperationspartner	417
3. Der verkürzte Versorgungsweg	419
a) Berufsrechtliche Maßstäbe der Rechtsprechung nach alter Rechtslage	419
b) Der verkürzte Versorgungsweg unter Berücksichtigung des § 128 SGB V n. F.	420
(1) Die Reglementierung des verkürzten Versorgungswegs	420
(2) Auswirkungen auf den Strafbarkeitsbereich nach § 299a StGB	421
4. Insbesondere Exklusivvereinbarung mit einzelnen Anbietern	424
5. Zwischenfazit	426
III. Ausgewählte Fallkonstellation mit Relevanz für Kooperationen mit den Gesundheitshandwerken	427
1. Nutzung bzw. Schaffung räumlicher Nähe zwischen den Kooperationspartnern	427

2. Sponsoring	430
a) Verdecktes Sponsoring am Beispiel der Fortbildung	430
b) Offenes Sponsoring	432
3. Die Unrechtsvereinbarung bei Gewährung von Preisnachlässen	433
a) Marktgängige Preisnachlässe	434
b) Die Unrechtsvereinbarung bei Weitergabe der Preisnachlässe	435
c) Die Unrechtsvereinbarung bei Nichtweitergabe von Preisnachlässen	437
d) Die Gewährung von Skonti am Beispiel des Bezugs zahntechnischer Leistungen	439
(1) Zulässigkeit von Preisnachlässen im Bereich der Zahntechnik	441
(2) Verbleib des Preisnachlasses	442
(a) § 9 Abs. 1 GOZ	443
(b) Vertragszahnärztlicher Regelungsbereich	449
(c) Qualifizierung des Preisnachlasses	451
(3) Schlussfolgerungen für die Unrechtsvereinbarung	452
4. Partnerfactoring	453
a) Die Konstruktion des Partnerfactorings	453
b) Vorteil aus Einbehalt	455
c) Anknüpfung an die unlautere Bevorzugung mittels Unrechtsvereinbarung	456
5. Kooperationen bei der Versorgung mit Zahnschienen	461
IV. Unternehmensbeteiligungen und -gründungen	463
1. Gründungs- und Berufsausübungsfreiheit aus heilberuflicher Sicht	464
2. Potentielles Konfliktfeld bei Unternehmensbeteiligungen von Heilberufen	467
3. Die Rechtsprechung zur wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit von Unternehmensbeteiligungen	469
a) Frühere Bewertung von Unternehmensbeteiligungen in Rechtsprechung und Literatur	469
(1) Grundzüge der Rechtsprechung bis 2011	470
(2) Auseinandersetzung in der Literatur	471
b) Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 2011	475

c) Bewertung der vom Bundesgerichtshof genannten Kriterien	478
(1) Die einzelnen Kriterien der „Spürbarkeit“	478
(a) Kriterium 1: Umfang des Unternehmenserfolgs	479
(b) Kriterium 2: Anteil der heilberuflichen Handlung am Absatz	480
(c) Kriterium 3: Umfang der Unternehmenspartizipation	481
(d) Zusammenspiel der drei Kriterien	481
(e) Zwischenfazit	483
(2) Die „Gesamthöhe der Vorteile“	484
(3) Kritik der Literatur	488
4. Relevanz der (wettbewerbsrechtlichen) Rechtsprechung des BGH zu Unternehmensbeteiligungen für die §§ 299a ff. StGB	494
a) Bedeutung im Rahmen von § 263 StGB	494
b) Die Elemente der berufs- und strafrechtlichen Unrechtsvereinbarung	495
(1) Vergleich der einzelnen Elemente einer Unrechtsvereinbarung	495
(2) Das Verhältnis der mit dem Vorteil jeweils verknüpften Elemente zueinander	498
c) Übertragbarkeit der Rechtsprechung des BGH zu Unternehmensbeteiligungen auf § 299a StGB	501
(1) Die Rolle der Tatvariante mit Blick auf Kooperationen mit Gesundheitshandwerkern	502
(2) Der Kausalitätszusammenhang als (bloßes) Teilelement der Unrechtsvereinbarung i. S. v. § 299a StGB	503
(3) Bewertung aus verfassungsrechtlicher Perspektive	507
(4) Das Feststellen der Unrechtsvereinbarung im konkreten Fall	511
(5) Ausnahmen von dem Erfordernis einer Unrechtsvereinbarung bei örtlicher Nähe der Kooperationspartner?	517
(a) Notwendigkeit einer Unrechtsvereinbarung und Normzweck	519
(b) Vergleich mit § 128 Abs. 2 SGB V	522

(c) Verweis auf vorhergehende Literatur	522
(d) Eigene Betrachtung der Fallkonstellation	523
(6) Durch den Heilberufsträger entwickelte Hilfsmittel	527
(7) Verkauf von Unternehmensanteilen ohne Alternative	528
(8) „Grenzwerte“ für Beteiligungen?	530
d) Schlussfolgerungen und Fazit	532
5. Insbesondere Unternehmensbeteiligungen von Zahnärzten an Zahntechniklaboren	535
a) Unrechtsvereinbarung in der Bezugsvariante des § 299a Ziff. 2 StGB	535
b) Verschiedene Möglichkeiten der Erbringung von zahntechnischen Leistungen	536
(1) Praxislabor	536
(2) Gewerbelabor	539
Teil H – Ergebnisse und Thesen	543
Literaturverzeichnis	551

Abkürzungsverzeichnis

Die im Rahmen dieser Arbeit verwendeten Abkürzungen können im Abkürzungsverzeichnis des Beck-Verlages „Das beste juristische Abkürzungsverzeichnis im Web“ (<https://www.beck-shop.de/verzeichnis-juristischer-abkuerzungen/?jabk=chb>, zuletzt abgerufen am 24.02.2021) nachgeschlagen werden.

Abkürzungen, die im Rahmen dieser Arbeit verwendet werden, aber nicht im o. g. Abkürzungsverzeichnis zu finden sind, werden im Folgenden aufgelistet:

BÄK	Bundesärztekammer
BMV-Ä	Bundemantelvertrag für Ärzte
BMV-Z	Bundemantelvertrag für Zahnärzte
BZÄK	Bundeszahnärztekammer
DÄ	Deutsches Ärzteblatt
DGMR	Deutsche Gesellschaft für Medizinrecht e. V.
DZW	Die Zahnarzt Woche (Zeitung)
GOZ	Gebührenordnung für Zahnärzte
HBKG BW	Heilberufe-Kammergesetz Baden-Württemberg
KBV	Kassenärztliche Bundesvereinigung
KZBV	Kassenzahnärztliche Bundesvereinigung
KZV	Kassenzahnärztliche Vereinigung
MB/KK	Musterbedingungen Krankheitskosten- und Krankenhaustagegeldversicherung
MBO	Musterberufsordnung
MBO-Ä	(Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte
MBO-Psychotherapeuten	Muster-Berufsordnung für die Psychologischen Psychotherapeutinnen und Psychotherapeuten und Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeutinnen und Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten
MBO-Tierärzte	Musterberufsordnung der Bundestierärztekammer
MBO-Z	Musterberufsordnung der Bundeszahnärztekammer
MVZ	Medizinisches Versorgungszentrum

Abkürzungsverzeichnis

ZHG	Gesetz über die Ausübung der Zahnheilkunde
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZM	Zahnärztliche Mitteilungen (Zeitschrift)
ZMGR	Zeitschrift für das gesamte Medizin- und Gesundheitsrecht

Teil A – Einleitung

Kooperationen von Leistungserbringern spielen im Gesundheitsbereich für die medizinische Versorgung eine wichtige Rolle. Um Innovationen im Gesundheitssektor zu fördern und so die medizinische Entwicklung voran zu bringen, sind diese auch dringend notwendig.¹ Grundsätzlich sind daher solche Kooperationen vom Gesetzgeber gewünscht, was bspw. in der Begründung zum Entwurf des Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen deutlich zum Ausdruck kommt.² Die Möglichkeiten, verschiedene Kooperationsformen zu wählen, wurden im Rahmen zurückliegender Gesetzesreformen im Gesundheitsbereich, v. a. im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung, erweitert.³ So wurden etwa die im Laufe der Jahre eingetretene Lockerung berufsrechtlicher Vorschriften durch das Gesetz zur Änderung des Vertragsarztrechts und anderer Gesetze⁴ in den Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung übertragen.⁵ Hierdurch erhofft sich der Gesetzgeber u. a. positive Auswirkungen auf die Versorgungssituation.⁶ Erklärtes Ziel war es dabei auch, medizinische Tätigkeiten „effizienter und damit wettbewerbsfähiger“⁷ auszubauen. Diesen Gedanken hat der Gesetzgeber in den folgenden Jahren weiterverfolgt. Im Rahmen weiterer Gesetzesvorhaben zeigt sich, dass der Gesetzgeber einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen dem Wettbewerb und der Qualität medizinischer Leistungen sieht.⁸

Auch wenn Kooperationen potentiell positive Effekte für die Patienten mit sich bringen, ist allerdings nicht jede Kooperation erwünscht. So greift

1 Vgl. *Dieners/Lembeck/Taschke*, PharmR 1999, 156 (159); *Ramb/Reich*, CB 2015, 72 (75).

2 BT-Drucksache 18/6446, S. 18.

3 So wurde bspw. durch das Vertragsarztrechtsänderungsgesetz (VÄndG) vom 22.12.2006, BGBl I 2006, S. 3439, die Möglichkeiten zur Eingehung einer überörtlichen Berufsausübungsgemeinschaft (§ 33 Abs. 2 Ärzte-ZV) sowie zur Führung einer Zweigpraxis (§ 24 Abs. 3 Ärzte-ZV) geschaffen.

4 VÄndG vom 22.12.2006, BGBl I 2006, S. 3439.

5 Vgl. BT-Drucksache 16/2474, S. 15.

6 Vgl. BT-Drucksache 16/2474, S. 1 und 18.

7 BT-Drucksache 16/2474, S. 1.

8 Vgl. z. B. Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV-WSG), BT-Drucksache 16/3950, S. 2.

der Gesetzgeber dann regulierend ein, wenn er der Ansicht ist, dass die Praxis zu „Fehlentwicklungen“⁹ führt.

Formen der Zusammenarbeit, die korruptive Verhaltensweisen fördern, sind selbstredend nicht gewollt. Das genaue Ausmaß der Korruption im Gesundheitswesen und die hieraus resultierenden Schäden sind zwar nicht bezifferbar.¹⁰ Es werden aber negative Auswirkungen in Bezug auf die Finanzierung des Gesundheitssystems sowie bestehende Marktmechanismen im Gesundheitswesen gesehen; zudem können sich Krankenversicherte nicht mehr auf eine unabhängige heilberufliche Entscheidung verlassen.¹¹ Hieran anknüpfend setzen die §§ 299a ff. StGB Kooperationen auch dadurch Grenzen, dass Bestechung und Bestechlichkeit im Gesundheitswesen unter Strafe stehen.

Kooperationspartner sollten daher darauf achten, dass die Grenzen zur Strafbarkeit im Rahmen ihrer Zusammenarbeit nicht überschritten werden. Wo allerdings diese Grenzen genau verlaufen, ist nicht immer klar ersichtlich.¹² Aus Sicht derer, die eine Kooperation eingehen wollen, ist wegen des Risikos einer möglichen Strafbarkeit eine klare Grenzziehung jedoch essenziell.¹³ Ist eine solche nicht erkennbar, besteht die Gefahr, dass zur Vermeidung einer potentiellen Strafbarkeit auch die vom Gesetzgeber gewünschten Kooperationen künftig nicht mehr eingegangen werden.¹⁴ Dies könnte sich wiederum negativ auf die medizinische Versorgung der Patienten auswirken und den vom Gesetzgeber grundsätzlich im Gesundheitssektor gewünschten Wettbewerb hemmen.¹⁵ Die Rolle des Wettbewerbs scheint hier noch nicht ganz klar zu sein. Denn dieser wird teilweise auch als Ursache dafür angeführt, dass strafrechtlich relevante Verstöße im Bereich des Gesundheitswesens vermehrt auftreten. Der Grund dafür soll in dem zunehmenden Preiskampf zwischen Marktakteuren liegen, ausgelöst durch die Begrenzung finanzieller Ressourcen im Gesundheitssektor.¹⁶

9 BT-Drucksache 16/10609, S. 58, betreffend § 128 SGB V; dazu auch *Nestler*, GesR 2016, 70 (74).

10 Vgl. *Brettel/Mand*, A&R 2016, 99 f.; kritisch *Frank/Vogel*, AnwBl 2016, 94 (96).

11 Vgl. BT-Drucksache 18/6446, S. 11.

12 Vgl. *Schröder*, ZIS 2019, 71 (79).

13 Vgl. *Babner*, RDG 2017, 290 (297).

14 Vgl. *Frank/Vogel*, AnwBl 2016, 94 (100); *Halbe*, MedR 2015, 168 (174); *Heil/Oeben*, PharmR 2016, 217 (222); *Reimer/Penner*, GuP 2018, 121; *Schröder*, ZIS 2019, 71 (86); *Wigge*, NZS 2015, 447 (453).

15 Vgl. *Brettel/Mand*, A&R 2016, 99 (106).

16 Vgl. so etwa *Badle*, NJW 2008, 1028 (1033).

I. Die strafrechtliche Vorschrift des § 299a StGB

Durch das Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen vom 30.05.2016¹⁷ sind die §§ 299a ff. StGB zum 04.06.2016 in Kraft getreten. Art. 1 Ziff. 2 dieses Gesetzes hat u. a. § 299a StGB neu in das Strafgesetzbuch eingefügt:

„§ 299a StGB

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 bevorzuge, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

Der neu geschaffenen Regelung ging eine breite politische Diskussion, begleitet durch eine entsprechende mediale Berichterstattung, voraus.¹⁸ Ein Auslöser hierfür war eine Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen beim Bundesgerichtshof aus dem Jahre 2012.¹⁹

Zu entscheiden war u. a. die Frage, ob bei einem niedergelassenen Arzt, der zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassen ist, bei der Verordnung von Arzneimitteln eine Strafbarkeit wegen Bestechlichkeit und Bestechung in Betracht kommt. Dies hat der Große Senat für Strafsachen beim Bundesgerichtshof im Ergebnis verneint.²⁰ Nach seiner Auffassung handelt es sich bei dem niedergelassenen Arzt weder um einen Amtsträger i. S. v. § 11

17 BGBl. I 2016, S. 1254.

18 Vgl. etwa dazu *Wallhäuser*, GesR 2016, 551 f., der auch auf Äußerungen von *Fischer* in der Presse verweist.

19 Beschl. v. 29.03.2012, Az.: GSSt 2/11, BGHSt 57, 202.

20 Vgl. BGH, Beschl. v. 29.03.2012, Az.: GSSt 2/11, BGHSt 57, 202.

Abs. 1 Nr. 2c StGB noch um einen Beauftragten der gesetzlichen Krankenkassen, so dass eine Strafbarkeit wegen Bestechlichkeit und Bestechung nach den §§ 332 Abs. 1 bzw. 299 Abs. 1 StGB ausscheidet. Die Urteilsbegründung enthält die Aussage, dass es ein nachvollziehbares Ziel sei, korruptiven Verhaltensweisen entgegenzutreten, insbesondere wenn die pekuniären Auswirkungen auf das System der gesetzlichen Krankenversicherung erheblich sind.²¹ Die Urteilsbegründung schließt mit dem Hinweis, dass die Rechtsprechung die bestehenden Strafvorschriften „auf der Grundlage allein dem Gesetzgeber vorbehaltenen Strafwürdigkeitserwägungen“²² im betreffenden Fall nicht anwenden kann. Dies wurde durch die politischen Parteien als Appell gedeutet, tätig zu werden. Die Fraktionen im Bundestag waren sich einig, dass eine „Strafbarkeitslücke“ bestand, die geschlossen werden müsse. Die Bundesregierung hatte sich entsprechend im Koalitionsvertrag vom 14.12.2013 dahingehend geäußert, dass Bestechung und Bestechlichkeit im Gesundheitswesen unter Strafe gestellt werden sollten.²³ Nachdem daraufhin mehrere Gesetzesentwürfe²⁴ gefertigt wurden, trat das Gesetz schließlich am 04.06.2016 in Kraft.

II. Untersuchungsgegenstand, Ziele und Vorgehensweise der Arbeit

Während schon das Gesetzgebungsverfahren durch eine Vielzahl an Veröffentlichungen in der Literatur begleitet wurde,²⁵ zog das Inkrafttreten der neuen Straftatbestände eine wahre Flut an Publikationen zum Thema der Korruption im Gesundheitswesen nach sich. Eine nähere Befassung mit § 299a StGB erfordert zunächst, sich einen Überblick über diese Veröffentlichungen zu verschaffen.

Dabei gilt es, den Schwerpunkt der jeweiligen Ausarbeitung genau zu betrachten, um die Relevanz für ein einzelnes Thema erkennen zu können. Einige Abhandlungen befassen sich allgemein mit den Straftatbeständen (z. B. im Hinblick auf den Rechtsgüterschutz und die Voraussetzungen der objektiven Tatbestandselemente)²⁶, während andere einzelne As-

21 Vgl. BGH, Beschl. v. 29.03.2012, Az.: GSSt 2/11, BGHSt 57, 202 (217 f.), Rdnr. 46; hierzu auch *Brettel/Mand*, A&R 2016, 99 (100).

22 Beschl. v. 29.03.2012, Az.: GSSt 2/11, BGHSt 57, 202 (218), Rdnr. 46.

23 Siehe Koalitionsvertrag vom 14.12.2013, S. 55.

24 Zur Gesetzeshistorie siehe C.II.2 bis C.II.7.

25 Beispielhaft sei *Brettel/Duttge/Schubr*, JZ 2015, 929 und *Gaede/Lindemann/Tsambikakis*, medstra 2015, 142 genannt.

26 Etwa *Tsambikakis*, medstra 2016, 131.

pekte in den Blick nehmen, die für eine Strafbarkeitsbeurteilung relevant werden können (z. B. die Angemessenheit einer Vergütung)²⁷. Wiederum andere legen den Fokus auf bestimmte Kooperationen oder Konstellationen, wie bspw. die Tätigkeit eines Honorararztes in einer stationären Einrichtung.²⁸

1. Die Vielzahl der Kooperationsformen im Gesundheitswesen und ihre Eigenheiten

Im Gesundheitswesen gibt es eine Vielzahl an Kooperationsformen, von denen sicherlich einige einer näheren (strafrechtlichen) Betrachtung unterzogen werden könnten. Eine Zusammenarbeit finden sich etwa an den Schnittstellen von ambulanter und stationärer Versorgung (vgl. etwa §§ 115a ff. SGB V),²⁹ aber auch innerhalb einzelner Versorgungssektoren (z. B. § 126 SGB V). Zum Teil werden im Gesetz ausdrücklich Kooperationsverträge vorgesehen (etwa § 119b Abs. 1 SGB V für die ambulante Versorgung in stationären Pflegeeinrichtungen). Für manche Kooperationen bestehen darüber hinaus ausdrückliche Regelungen dazu, in welcher Form die Zusammenarbeit zu erfolgen hat (z. B. § 128 SGB V), während sich andere Kooperationsformen in der Praxis herausgebildet haben, ohne dass es eine ausdrückliche rechtliche Grundlage hierfür gibt. Dann sind (neben dem Strafrecht) jedoch möglicherweise rechtliche Verhaltensvorgaben zu berücksichtigen, die bspw. Zuweisungen gegen Entgelt untersagen (so § 73 Abs. 7 Satz 1 SGB V oder standesrechtliche Vorgaben, die sich z. B. an dem – nicht unmittelbar geltenden – § 31 Abs. 1 MBO-Ä³⁰ orientieren). Solche Kooperationsformen können etwa die Einräumung von Barzahlungsrabatten oder die Beteiligung an Factoring-Kosten vorsehen.³¹

Die Vielfalt der im Gesundheitswesen denkbaren Kooperationen zeigt sich auch an den potentiellen Kooperationspartnern: Ärzte, Zahnärzte, Apotheker, Psychotherapeuten, medizinische Versorgungszentren, Krankenhäuser und sonstige stationäre Einrichtungen, Heil- und Hilfsmittelerbringer, Gesundheitshandwerker, Medizinproduktehersteller und (phar-

27 Z. B. *Schneider*, medstra 2016, 195.

28 So etwa *Eufinger*, MedR 2017, 296.

29 Zu weiteren Kooperationsmöglichkeiten siehe insoweit *Lilje*, S. 43 ff.

30 MBO-Ä 1997 in der Fassung der Beschlüsse des 121. Deutschen Ärztetages 2018, geändert durch Beschluss des Vorstandes der Bundesärztekammer am 14.12.2018.

31 Hierzu noch unter G.III.3. und G.III.4.

mazeutische) Industrieunternehmen können zum Teil untereinander, aber auch miteinander kooperieren. Jede Kooperationsform weist dabei ihre Eigenheiten auf, die sowohl in medizinischen als auch rechtlichen Besonderheiten ihren Ursprung haben können. Wird dies nicht berücksichtigt, läuft man Gefahr, Fehler in der rechtlichen Bewertung zu begehen, etwa eine unrichtige Subsumtion vorzunehmen.

Wird bspw. die Kooperation zwischen einem Heilberufsangehörigen und einem Labor betrachtet, kommt für einen Arzt als Kooperationspartner ein Facharzt für Laboratoriumsmedizin in Betracht.³² Ein Zahnarzt kann hingegen mit einem zahntechnischen Labor (geführt durch einen Zahntechniker) zusammenarbeiten. Die Einbindung der Labore sollte aber nicht dazu verleiten, beide Konstellationen gleich zu behandeln, denn es zeigen sich hier Unterschiede, z. B. bei den das Labor betreibenden Kooperationspartnern. Diese unterliegen schon auf Grund der jeweiligen Profession unterschiedlichen Regularien. So kann der Facharzt mit anderen Ärzten schon auf Grund (bundes-)rechtlicher Regelungen kooperieren (z. B. auf Grundlage von § 33 Zulassungsverordnung für Vertragsärzte), während es für einen Zahntechniker eine derartige Vorgabe so nicht gibt. Die Unterschiede haben Auswirkungen auch auf die Struktur der Kooperation. Erbringt der Facharzt für Laboratoriumsmedizin Leistungen, kommt ein eigenständiger Behandlungsvertrag zwischen dem Patienten und dem Facharzt zu Stande. Der behandelnde Arzt schließt dabei den Vertrag als Stellvertreter des Patienten.³³ Er kann damit insoweit auch nicht Erfüllungsgehilfe des kooperierenden Arztes sein. Bei der Kooperation mit dem Zahntechniker ist dies jedoch anders. Dieser ist Erfüllungsgehilfe des Zahnarztes.³⁴ Derartige Unterschiede können bei einer Subsumtion unter Tatbestandsmerkmal relevant werden. So wäre bspw. zu hinterfragen, welche Auswirkung die Stellung als Erfüllungsgehilfe auf das mögliche Vorliegen einer Zuführung i. S. v. § 299a Ziff. 3 StGB hat.³⁵

Wer derart unterschiedliche Sachverhalte gleichsetzt, übergeht die Besonderheiten der Kooperationsformen und wird deshalb möglicherweise zu Ergebnissen gelangen, die vom Gesetz nicht gewollt sind.

32 Siehe dazu Abschnitt B, Gebiet Laboratoriumsmedizin, (Muster-)Weiterbildungsordnung 2018 der Bundesärztekammer in der Fassung vom 20.09.2019.

33 Siehe z. B. BGH, Urt. v. 14.01.2010, Az.: III ZR 173/09, NJW 2010, 1203 (1204).

34 Dazu noch unter E.II.3.e.

35 Zur Frage der Zuführung an einen Zahntechniker durch den Zahnarzt E.II.3.e.

2. Fokussierung der Arbeit auf Kooperationen mit den Gesundheitshandwerken

Eine umfassende Betrachtung aller denkbaren Kooperationen im Gesundheitswesen in einer Abhandlung lässt sich – mit Blick auf die wünschenswerte Detailgenauigkeit – nur schwer realisieren. Man tut deshalb gut daran, den Fokus zunächst auf einzelne Bereiche zu richten, um Grundsätze zu erarbeiten. Besonderheiten einer bestimmten Kooperation können in diesem Rahmen berücksichtigt werden. Dabei besteht die Kunst darin, andere Kooperationsformen und Konstellationen nicht gänzlich aus dem Blick zu lassen, um allgemeingültige Lösungswege aufzeigen zu können. Dies ist eine Herausforderung, der sich im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen gestellt werden soll.

Die vorliegende Arbeit soll einen Beitrag zur Analyse der vielfältigen Kooperationsformen leisten, indem solche unter Beteiligung von Heilberufsangehörigen und Gesundheitshandwerkern aus dem strafrechtlichen Blickwinkel näher betrachtet werden. Eine umfassende systematisierende Betrachtung hierzu ist – soweit ersichtlich – bislang nicht veröffentlicht worden. Dies mag verwundern, denn die Versorgung von Patienten, die von Ärzten bzw. Zahnärzten mit den Gesundheitshandwerken zusammen bewerkstelligt wird, spielt eine nicht gerade unbedeutende Rolle in der Gesundheitsversorgung. Die in diesem Bereich erbrachten Leistungen, bspw. bei der Versorgung mit Hörgeräten, Sehhilfen und zahnprothetischen Leistungen, werden früher oder später von einem Großteil der Patienten in Anspruch genommen. Hier greift die Tätigkeit von Ärzten bzw. Zahnärzten (z. B. Befundung, Diagnose, Therapiewahl, Verordnung einer Leistung) und der Gesundheitshandwerke (Erbringung einer weiteren Leistung, bspw. Herstellung und Abgabe eines Hilfsmittels) ineinander. Nur wenn sowohl der Arzt als auch das betreffende Gesundheitshandwerk ihre Leistungen erbringen, ist eine umfassende Versorgung des Patienten möglich. Damit besteht eine gewisse Abhängigkeit bei der Leistungserbringung voneinander, so dass in diesem Tätigkeitsfeld eine Zusammenarbeit nahe liegt und in der Praxis auch eingegangen wird.

Der Gesetzgeber erkannte schon vor Inkrafttreten der §§ 299a ff. StGB die Bedeutung dieses Versorgungsbereichs und erließ hierzu sozialrechtliche Vorschriften wie § 128 SGB V, die einige der Kooperationsformen in diesem Feld betreffen. Dabei stellte er fest, dass hier auch von ihm unerwünschte Kooperationen auftreten können. „Deutliche Hinweise auf Fehlentwicklungen in der Zusammenarbeit zwischen Leistungserbringern und

Vertragsärzten“ wurden als Anlass genommen, „fragwürdige Formen der Zusammenarbeit“ durch § 128 SGB V zu beschränken.³⁶

Hieran zeigt sich letztlich auch, dass die Kooperationsformen zwischen Heilberufsangehörigen und Gesundheitshandwerkern einen geeigneten Gegenstand für eine strafrechtliche Betrachtung angesichts der §§ 299a ff. StGB darstellen. Denn offensichtlich scheint es hier ein Konfliktpotenzial zu geben, das den Gesetzgeber schon vor den §§ 299a ff. StGB zum Handeln veranlasste.

3. Vorgehensweise bei der vorliegenden Arbeit

Der Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit liegt dabei auf der Betrachtung einer Strafbarkeit der ärztlichen bzw. zahnärztlichen Seite nach § 299a StGB im Rahmen der genannten Kooperationen. Liegt eine solche Strafbarkeit vor, dürfte sich regelmäßig auch der mitwirkende Gesundheitshandwerker nach § 299b StGB strafbar machen. Denn § 299b StGB bildet das Gegenstück zu § 299a StGB.³⁷

Für die Betrachtung sollen zunächst die Besonderheiten der relevanten Kooperationsformen zwischen Ärzten bzw. Zahnärzten und Gesundheitshandwerkern umrissen werden (Teil B), um den Gegenstand der Untersuchung zu präzisieren. Bereits vorhandene (wettbewerbsrechtliche) Rechtsprechung zu einigen der Kooperationen soll dabei einbezogen werden, um die Besonderheiten der jeweiligen Versorgungsform darzustellen. Um eine stabile Grundlage für die strafrechtliche Betrachtung und Auslegung der Tatbestandsmerkmale des § 299a StGB zu schaffen, soll sodann der – durchaus umstrittene – Rechtsgüterschutz der §§ 299a ff. StGB eingehend in den Blick genommen werden (Teil C). Hierauf basierend soll sich dem (objektiven) Tatbestand gewidmet werden: Täter und Tathandlung (Teil D) sowie die Unrechtsvereinbarung (Teil E), wobei das hierin enthaltene Element der Unlauterkeit (einer Bevorzugung) einer eingehenden Analyse bedarf, für die auch ein eigener Interpretationsansatz entwickelt werden soll (Teil F). Dabei soll der Bezug zu Kooperationen mit Gesundheitshandwerkern stets beibehalten werden, weshalb die für diesen Bereich besonders relevanten Fragestellungen ggf. eingehender betrachtet werden. Sodann sollen die so herausgearbeiteten Grundsätze auf den Bereich der Kooperationen mit den Gesundheitshandwerkern angewendet werden. Dazu wer-

36 Siehe BT-Drucksache 16/10609, S. 58.

37 Vgl. StGB NK-StGB/Dannecker/Schröder, § 299b StGB, Rdnr. 1.

den zunächst grundlegende Fallkonstellationen in abstrakter Form behandelt, bevor einige typische Sachverhalte, die aus der Praxis bekannt sind, näher betrachtet werden (Teil G). Dabei wird auch ventiliert, inwieweit vorhandene Rechtsprechung in Ermangelung einer einschlägigen strafrechtlichen Judikatur weiterhelfen kann. Kooperationen mit Gesundheitshandwerken haben die Rechtsprechung bereits mit wettbewerbsrechtlichen Fragestellungen beschäftigt.³⁸ Vorgaben aus dem Professionsrecht der Heilberufe (Berufsordnung, SGB V etc.), wie etwa Zuweisungsverbote, haben in hierzu ergangenen Entscheidungen häufig eine Rolle gespielt.³⁹ Die Gesetzesmaterialien zu den §§ 299a ff. StGB nehmen auf diese Rechtsprechung, aber auch auf die für diese Entscheidungen relevanten oder verwandten Regelungen, die etwa in den heilberuflichen Musterberufsordnungen zu finden sind, Bezug.⁴⁰ Der Bereich des Professionsrechts wird daher stets in die Überlegungen einbezogen. Die Ausführungen schließen mit einer thesenhaften Zusammenfassung ab (Teil H).

Die soeben angesprochenen Vorgaben im Professionsrecht der Heilberufe sind vielfältig und in Regelwerken mit unterschiedlichen Normqualitäten zu finden. Sie können in Bundes- oder Landesgesetzen (z. B. SGB V oder Heilberufekammergesetze der Länder) sowie den berufsrechtlichen Vorschriften der betreffenden Heilberufekammern zu finden sein. Musterberufsordnungen (wie die MBO-Ä) kommt keine unmittelbare Geltung zu, sondern erfordern eine Umsetzung durch die jeweils zuständige berufsständische Kammer.

Die Unterschiede in der Normqualität machen eine Differenzierung erforderlich. Regelungen der Berufsordnungen sind begrifflich dem Standesrecht⁴¹ zuzuordnen. Der Begriff des Berufsrechts wird demgegenüber zwar häufig umfassender verstanden.⁴² Da dies allerdings z. T. auch mit dem standesrechtlichen Begriffsverständnis vermengt wird, wird der Begriff des Professionsrechts vorliegend in einem weiten Sinne verwendet und soll sowohl Regelungen des Sozialrechts und anderer Gesetze sowie Vorgaben der Berufsordnungen umfassen.

38 Siehe hierzu u. a. unter B.I.2. lit. a bis lit. c.

39 Vgl. BGH, Urt. v. 13.01.2011, Az.: I ZR 111/08, GRUR 2011, 345 (351), Rdnr. 65.

40 Siehe etwa BT-Drucksache 18/6446, S. 19 (Verweis auf BGH, Urt. v. 13.01.2011, Az.: I ZR 111/08, GRUR 2011, 345) und S. 18 und 20 (Verweise auf § 31 MBO-Ä).

41 Zum Begriff des Standesrecht *Taupitz*, S. 151 ff. (S. 153: „sachbezogenes berufsständisches Recht“) und S. 193 („sublegales Recht“).

42 Vgl. *Schmidt*, S. 75.

4. Ziele der Arbeit

Mit der vorliegenden Arbeit soll zunächst ein Beitrag zur Auslegung des § 299a StGB unter Berücksichtigung seiner Besonderheiten geleistet werden. Angesichts der bereits angesprochenen Vielzahl an Veröffentlichungen soll hiermit aber auch eine Hilfestellung gegeben werden, relevante Literatur zu Fragestellungen, die für den ausgewählten Kooperationstypus relevant sind, aufzufinden.

Mit der Auswahl des Kooperationstypus wird auch das Ziel verfolgt, für die Besonderheiten der Kooperationen mit den Gesundheitshandwerken zu sensibilisieren. Dies richtet sich primär an den rechtswissenschaftlichen Kreis. An der Schnittstelle von rechtlichen Anforderungen und medizinischen Gegebenheiten treffen mehrere Rechtsgebiete und Fachdisziplinen aufeinander, die es zu verbinden gilt. Neben strafrechtlichen Kenntnissen können Rechtsfragen aus dem Medizin- und Sozialrecht eine Rolle spielen. Auch ein Verständnis für medizinische Sachverhalte ist für eine umfassende Bewertung sicherlich von Nutzen um eine juristisch korrekte Subsumtion unter den Tatbestand vornehmen zu können. Die Klärung rein medizinischer Fragestellungen bleibt dabei aber selbstverständlich der hierfür zuständigen Fachdisziplin vorbehalten.

Zur Veranschaulichung der Probleme, die bei der Betrachtung von Fallgestaltungen über die Grenzen eines einzelnen Rechtsgebiets hinweg entstehen können, soll das Beispiel der „Verordnungsvariante“ des § 299a Ziff. 1 StGB dienen. Es nutzt wenig, im Kontext von § 299a Ziff. 1 StGB nur von einer Verordnung zu sprechen, wenn der Inhalt dieser nicht konkret benannt wird. Denn schließlich setzt der Tatbestand eine Bevorzugung bei der Verordnung voraus. Eine Bevorzugung bedingt aber, dass jemand von dieser potentiell profitiert (also der Bevorzugte). Es ist daher entscheidend, was (oder wen) die Verordnung ganz konkret benennt. Ist dies bspw. ein Medikament eines bestimmten Herstellers, das überall erhältlich ist, kann hierin allein (zumindest nicht ohne Hinzutreten weiterer Umstände) kaum die Bevorzugung eines bestimmten Apothekers gesehen werden (aber wohl des Herstellers). Vom Inhalt der Verordnung hängt u. a. ab, welche Wirkungen von dieser auf den Wettbewerb, der ebenfalls Tatbestandsmerkmal des § 299a StGB ist, ausgehen können.

Um solche Konstellationen einordnen zu können, ist folglich die Kenntnis darüber notwendig, was eine Verordnung konkret enthalten darf und üblicherweise beinhaltet: Umschreibt die Verordnung nur den zu verordnenden Gegenstand abstrakt (also der Gattung nach, z. B. „Knieorthese“) oder nennt sie einen konkreten Hersteller oder sogar einen den Gegen-

stand vertreibender Leistungserbringer? Was nach rechtlichen Vorgaben im Rahmen der Verordnung zulässig ist, bestimmt sich u. a. nach den sozialrechtlichen Vorgaben des SGB V und Vorgaben des Gemeinsamen Bundesausschusses (z. B. Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses über die Verordnung von Hilfsmitteln in der vertragsärztlichen Versorgung⁴³).

Das Beispiel zeigt die Notwendigkeit auf, die Besonderheiten einer jeden Fallkonstellation zu berücksichtigen. Dass dies in der juristischen Auseinandersetzung nicht stets getan wird, zeigen einige Fallbeispiele, die in der Literatur konstruiert und diskutiert werden.

So finden sich hier Sachverhaltsdarstellungen, in denen ein Heilberufsangehöriger Verordnungen ausstellt, die die Patienten bei einem (nahe gelegenen) Hilfsmittelerbringer o. Ä. vorlegen.⁴⁴ Für die Beurteilung dieser (auch im Rahmen dieser Arbeit noch zu diskutierenden)⁴⁵ Konstellation ist relevant, auf was die Verordnung genau lautet, was jedoch ungeklärt bleibt. Dies ist allerdings notwendig zu wissen, um aufzuklären, wie der Patient seinen Weg zum konkreten Leistungserbringer gefunden hat.

In einer anderen Konstellation hält ein Heilberufsangehöriger Beteiligungen an einem Unternehmen, das als einziges ein von ihm entwickeltes Hilfsmittel herstellt; dieses Hilfsmittel wird vom Heilberufsangehörigen verordnet.⁴⁶ Hier bleibt ebenfalls unklar, was die Verordnung genau umfasst: Die Gattungsbezeichnung des Hilfsmittels oder eine Einzelproduktverordnung.⁴⁷ Nur in Kenntnis dessen lässt sich die Wirkung der Verordnung konkret betrachten.

Andere Fallbeispiele weisen darauf hin, dass im Hinblick auf die jeweils einschlägige Tatvariante des § 299a StGB nicht genau genug differenziert wird. So findet sich in der Literatur etwa folgendes Beispiel⁴⁸, in dem eine Beteiligung eines Orthopäden an einem Unternehmen, das Hilfsmittelleistungen erbringt, besteht. Der Orthopäde führt Patienten diesem Unternehmen zu, ohne dass ein sachgerechter Grund hierfür besteht. Wenngleich nach der Sachverhaltsdarstellung hier von einer Zuführung auszugehen sein dürfte, wäre es angezeigt, sich zunächst mit den vom Orthopäden ausgestellten Verordnungen und deren Inhalt zu befassen, da für Hilfsmittel

43 Hilfsmittel-Richtlinie, in der Fassung vom 21.12.2011/15.03.2012, zuletzt geändert am 17.09.2019.

44 Vgl. *Braun/Püschel*, MedR 2013, 655 (656).

45 Dazu unter G.IV.4.c.(5).

46 Vgl. *Kronawitter*, S. 183 f.

47 Siehe hierzu noch E.I.1.e.(1).

48 Vgl. *Koddebusch*, S. 272 f.

auf der Grundlage von § 33 SGB V ggf. eine Verordnung des Orthopäden erforderlich sein könnte.

Ähnlich auch in einem weiteren Sachverhaltsbeispiel⁴⁹, bei dem eine Beteiligung eines Orthopäden an einer Gesellschaft besteht, die eine neue Rehabilitationseinrichtung (mit innovativen Behandlungsmethoden) errichtet. Er beabsichtigt, eigene Patienten „in medizinisch geeigneten Fällen“ die Inanspruchnahme der Einrichtung nahezulegen. Leistungen zur medizinischen Rehabilitation werden aber verordnet (§ 2 Abs. 5 Satz 1 Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses über Leistungen zur medizinischen Rehabilitation⁵⁰). Der Orthopäde entscheidet nicht darüber, welche Rehabilitationseinrichtung die Leistung zu erbringen hat. Auch der (gesetzlich versicherte) Patient kann nicht völlig frei über die Inanspruchnahme einer Einrichtung entscheiden. Nach § 40 Abs. 1 SGB V hat er zwar einen Anspruch gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen, der aber auf Einrichtungen mit einem Versorgungsvertrag nach § 111c SGB V eingeschränkt ist. Besteht ein solcher Vertrag nicht mit der Einrichtung, an der der Orthopäde beteiligt ist, kann die Empfehlung ins Leere gehen. Dies alles schließt zwar die Möglichkeit einer Zuführung i. S. v. § 299a Ziff. 3 StGB nicht aus, dennoch wäre wohl die Ordnungsvariante vorrangig zu betrachten, um anhand dieser bspw. zu klären, inwieweit der Orthopäde seine Befugnisse überschreitet und auf den Patienten einwirkt.

Die Ausführungen in dieser Arbeit sollen dazu beitragen, den Blick für die Besonderheiten des Gesundheitswesens mit seinen vielfältigen Kooperationen⁵¹ zu schärfen.

5. Ausblick

Das Gesundheitswesen ist einem stetigen Wandel unterworfen und seine Regularien sind häufig von gesetzlichen Änderungen betroffen. Soweit medizin- und sozialrechtliche Regelungen in den Anwendungsbereich der §§ 299a ff. StGB einstrahlen, sind etwaige Änderungen der Vorgaben bei künftigen Fallgestaltungen zu beachten. Bleiben werden aber Grundpflich-

49 Vgl. *Rönnau/Wegner* in FS *Kindhäuser*, 959 (968).

50 In der Fassung vom 16.03.2004, zuletzt geändert am 17.05.2018.

51 Die Bandbreite andeutend OVG Münster, Landesberufsgerecht für Heilberufe, Urt. v. 18.02.2009, Az.: 6t A 1456/05, Beck-Online, BeckRS 2009, 32574 (Ziff. II.3, lit. c).

ten der Heilberufe aus dem Berufsethos, die bspw. aus dem Hippokratischen Eid herrühren.

Es ist davon auszugehen, dass die Rechtsprechung die Grenzen des Strafbarkeitsbereichs der §§ 299a ff. StGB in Zukunft verdeutlichen wird. Noch gibt es hierzu – soweit ersichtlich – keine strafgerichtlichen Urteile.⁵² Nicht ausgeschlossen ist auch, dass die §§ 299a ff. StGB weitere Änderungen erfahren werden. In der Vielzahl der juristischen Veröffentlichungen finden sich auch kritische Äußerungen zu den Strafnormen, die eine Überarbeitung zumindest als erwägenswert erscheinen lassen.⁵³ Dies gilt bspw. für die Frage, ob Apotheker in einem ausreichenden Maße vom Tatbestand erfasst werden.⁵⁴

Kooperationspartner des Gesundheitswesens müssen sich künftig intensiver mit der Frage beschäftigen, ob eine Zusammenarbeit auch Strafbarkeitsrisiken birgt. Trotz eines möglicherweise noch nicht geschärften Bewusstseins hierfür wären Kooperationspartner aber auch schlecht beraten, sich ausschließlich auf eine strafrechtliche Betrachtung zu versteifen. Denn auch das Sozial- und Berufsrecht enthält Vorgaben, die einzuhalten sind. Dabei scheint bei Bejahung einer Strafbarkeit nach § 299a StGB auch eine berufs- oder sozialrechtliche Komplikation zumindest naheliegend. Das Verhältnis dieser Regelungsbereiche zueinander soll im Rahmen dieser Arbeit aus einem strafrechtlichen Blickwinkel betrachtet werden.

Für Kooperationspartner ist es von essenzieller Bedeutung, auch Verstöße gegen Sozial- und Berufsrecht zu vermeiden. Denn die Rechtsfolgen, die an solche Verstöße geknüpft sind, können ebenfalls empfindliche Folgen mit sich bringen und die wirtschaftliche Grundlage entziehen. Dies kann etwa bei einer Entziehung der Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung gem. § 95 Abs. 6 SGB V oder der Rücknahme bzw. dem Widerruf der Approbation nach §§ 5, 3 Abs. 1 Satz 1 Ziff. 2 Bundesärzteordnung (BÄO) der Fall sein. Solche Folgen können parallel zu strafrechtlichen Sanktionen eintreten, sind jedoch hiermit nicht zwangsläufig verbunden.

Abschließend ist noch darauf hinzuweisen, dass einige Kooperationsformen auch schon vor Inkrafttreten der §§ 299a ff. StGB Strafbarkeitsrisiken aufwiesen, z. B. angesichts von § 263 StGB oder § 266 StGB. Eine Konzentration auf das neue Korruptionsrecht der §§ 299a ff. StGB sollte den Blick deshalb auch insoweit nicht verengen.

52 Ebenso MAH MedR/Sommer/Tsambikakis, § 3, Rdnr. 177.

53 Vgl. etwa § 299a StGB NK-StGB/Dannecker/Schröder, § 299b StGB, Rdnr. 228.

54 Vgl. z. B. § 299a StGB NK-StGB/Dannecker/Schröder, § 299b StGB, Rdnr. 228; *Koddebusch*, S. 88 ff.

Teil B – Formen der Kooperation zwischen Ärzten/ Zahnärzten und Gesundheitshandwerken und hierfür geltende Vorgaben

Um die Frage beantworten zu können, wann eine Kooperation zwischen Ärzten und Zahnärzten mit den Gesundheitshandwerken einer Strafbarkeit unterliegt, muss zunächst betrachtet werden, welche Formen der Kooperationen es in diesem Bereich gibt. Die vorliegende Betrachtung soll den Fokus vor allem auf Konstellationen richten, in denen die Gesundheitshandwerker ihre originäre Tätigkeit ausüben und nicht etwa als Verkäufer von bereits verkaufsfertig produzierten Gütern auftreten.⁵⁵

Die naheliegende Form einer Zusammenarbeit besteht darin, dass die Kooperationspartner, vorliegend auf der einen Seite Ärzte/Zahnärzte und auf der anderen Seite einzelne Gesundheitshandwerker,⁵⁶ eine Art Austauschverhältnis begründen, in dem jede Seite die Erbringung einer bestimmten Leistung im Rahmen der Behandlung eines Patienten zusagt. Ob die Kooperationen schriftlich fixiert oder nur mündlich bzw. konkludent begründet wird, spielt dabei keine Rolle.

I. Gemeinsame Versorgung von Patienten als Kooperationsgegenstand

Durch die Gesundheitshandwerke werden insbesondere Hilfsmittel hergestellt.⁵⁷ Die Versorgung mit Hilfsmitteln wird seit jeher gesondert von der heilberuflichen Tätigkeit geführt, was seinen Ausdruck u. a. in § 3 Abs. 2 MBO-Ä findet, wonach es Ärzten untersagt ist, im Zusammenhang mit der Ausübung ihrer ärztlichen Tätigkeit Waren und andere Gegenstände abzugeben, soweit nicht die Abgabe des Produkts wegen ihrer Besonderheiten notwendiger Bestandteil der ärztlichen Therapie ist.⁵⁸ Zweck ist es, rein wirtschaftliche Interessen aus dem Wirkungsbereich des Arztes auszusun-

55 Vgl. für solche Konstellationen betreffend Hilfsmittel, die ohne weiteres Zutun verwendet werden können, *Ratzel/Knüpfer* in *Ratzel/Luxenburger*, 6. Kapitel, Rdnr. 166.

56 Zum Begriff der Gesundheitshandwerker D.I.2.

57 Vgl. *Schwannecke/Webers*, NJW 1998, 2697; auch *Kölbel*, NStZ 2011, 195 (199).

58 Vgl. OLG Koblenz, Urt. v. 22.02.2005, Az.: 4 U 813/04, MedR 2005, 723 (724).

dern, womit auch das Ziel verfolgt wird, dass der Heilberufsträger das mit seiner Profession verbundene Ansehen nicht ausnutzen soll.⁵⁹

Für eine vollständige Versorgung des Patienten müssen sowohl der Arzt als auch das Gesundheitshandwerk ineinander greifende „Beiträge“ leisten. Eine zahntechnische Leistung, die vom Zahnarzt nicht „weiterverarbeitet“ wird, nutzt dem Patienten nicht. Die Notwendigkeit des tatsächlichen Zusammenwirkens legt es nahe, ggf. auch enger zusammenzuarbeiten, um die Leistung zu erbringen. So könnte bspw. versucht werden, Patienten, die den Arzt bzw. Zahnarzt aufsuchen, gezielt an den Kooperationspartner heranzuführen oder etwa durch das Schaffen einer räumlichen Nähe und Hinweisen die Inanspruchnahme des Kooperationspartners zu fördern.⁶⁰

Grundsätzlich ist Voraussetzung für die Inanspruchnahme solcher Leistungen eine Verordnung durch den Arzt.⁶¹ Der Erstkontakt erfolgt in aller Regel über den Arzt bzw. Zahnarzt.⁶²

Angesichts der Notwendigkeit einer ärztlichen Verordnung oder Beauftragung besteht für den Gesundheitshandwerker in gewisser Weise eine Abhängigkeit vom Heilberufsangehörigen. Für ihn könnte es daher vorteilhaft erscheinen, Einfluss auf Ärzte zu nehmen, um so den „Zufluss“ von Versicherten zu eigenen Gunsten zu steuern, bspw. durch Zahlung von Provisionsbeträgen für eine Zuführung.⁶³ Dies kann ggf. auch kaschiert werden, etwa dadurch, dass der Gesundheitshandwerker dem Arzt einen gewissen Betrag für einen Bericht über bestimmte Eigenschaften eines verwendeten Hilfsmittels gewährt.⁶⁴ Auch der umgekehrte Fall erscheint grundsätzlich denkbar, dass ein Facharzt für Hals-Nasen-Ohrenheilkunde⁶⁵ oder für Augenheilkunde⁶⁶ versucht, Einfluss auf Hörgeräteakustiker oder Optiker zu nehmen, damit diese die bei ihnen erscheinenden Kunden an sie verweisen, bspw. um eine noch fehlende ärztliche Verordnung für das jeweilige Hilfsmittel zu erhalten.⁶⁷

59 Vgl. OLG Koblenz, Urt. v. 22.02.2005, Az.: 4 U 813/04, MedR 2005, 723 (724 f.).

60 Vgl. etwa der Fall des BGH, Urt. v. 16.06.2016, Az.: I ZR 46/15, GRUR 2017, 194.

61 Vgl. *Kölbel*, NStZ 2011, 195 (199).

62 Vgl. für die Versorgung mit Hörgeräten beispielhaft *Detterbeck*, WiVerw 2009, 227 f.

63 Vgl. *Kölbel*, NStZ 2011, 195 (199).

64 Vgl. so der Fall des OLG Koblenz, Urt. v. 22.02.2005, Az.: 4 U 813/04, MedR 2005, 723 ff.

65 Im Folgenden HNO-Arzt.

66 Im Folgenden Augenarzt.

67 Hörgeräteakustiker und Optiker sind allerdings keine tauglichen Täter des § 299a StGB (dazu noch D.I.2), so dass eine Strafbarkeit insoweit ausscheidet.

Für solche Kooperationen gelten auch Vorgaben jenseits der §§ 299a ff. StGB. Eine bewusste und verabredete Lenkung von Patientenströmen muss sich bspw. an den sog. Zuweisungsverböten im Professionsrecht messen lassen. Im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung findet sich ein solches in § 73 Abs. 7 SGB V. Auch in Regelungen der Berufsordnungen sind solche Verböte zu finden (vgl. § 31 Abs. 1 MBO-Ä). Für die Gesundheitshandwerke bestehen keine eigenen Berufsordnungen, es kommt allenfalls ein Verstoß gegen das Gesetz zur Ordnung des Handwerks (HwO) in Betracht.

Für Kooperationen mit Gesundheitshandwerkern, die Hilfsmittel als Leistungen erbringen, gelten im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung darüber hinaus weitere Beschränkungen. So untersagt z. B. § 128 Abs. 1 SGB V unter bestimmten Voraussetzungen die Abgabe von Hilfsmitteln an Versicherte über Depots bei Vertragsärzten. Nach § 128 Abs. 2 Satz 1 SGB V ist es dem Erbringer von Leistungen der Hilfsmittelversorgung darüber hinaus grundsätzlich untersagt, Vertragsärzte gegen Entgelt oder Gewährung sonstiger wirtschaftlicher Vorteile an der Durchführung der Versorgung mit Hilfsmitteln zu beteiligen oder solche Zuwendungen im Zusammenhang mit der Verordnung von Hilfsmitteln zu gewähren.

1. Leistungen der Ärzte/Zahnärzte und Gesundheitshandwerke bei der gemeinsamen Versorgung von Patienten

Um das potentielle Feld einer möglichen Kooperation bei einer gemeinsamen Versorgung durch Ärzte bzw. Zahnärzte und die Gesundheitshandwerke näher zu beleuchten, soll für das nähere Verständnis zunächst im Einzelnen dargelegt werden, welche Leistungen von welchem Kooperationspartner erbracht werden.

a) Versorgung mit Hörgeräten

Der HNO-Arzt, der von einem Patienten zwecks einer Versorgung mit einem Hörgerät aufgesucht wird, muss zunächst Befunde erheben und die erforderlichen Messungen usw. durchführen; bei entsprechender Indikation verordnet er ein Hörgerät.⁶⁸ Grundsätzlich führt der Hörgeräteakustiker dann eine audiometrische Messung durch, fertigt einen Ohrabdruck,

⁶⁸ Vgl. *Detterbeck*, WiVerw 2009, 227 (228).

eruiert, welcher Hörerätetyp für den individuellen Fall in Betracht kommt, und passt das Hörgerät letztlich am Patienten an.⁶⁹ Das Hörgerät bezieht er von einem Hörgerätehersteller.

Nach einer gewissen Tragezeit wird erneut der HNO-Arzt aufgesucht, der die Hörfähigkeit überprüft und eine erfolgreiche Versorgung (als Voraussetzung für die Vergütung durch die Kostenträger) bestätigt.⁷⁰

b) Versorgung mit Sehhilfen

Bei der Versorgung mit Sehhilfen wird ebenfalls eine Verordnung durch einen Arzt ausgestellt.⁷¹ Sodann sucht der Patient hiermit einen Augenoptiker auf. Der Augenoptiker bespricht mit dem Patienten, was für diesen geeignet ist, nimmt erforderliche Messungen vor und überprüft die ordentliche Passung.⁷² Die erforderlichen Brillengläser werden von einem Brillenglashersteller bezogen. Anders als bei Hörgeräten ist ein Arzt hier jedoch nicht bei der Übernahme der Sehhilfe beteiligt; nach dem Erhalt dieser muss nicht erneut der Augenarzt aufgesucht werden.⁷³

c) Leistungen der Orthopädienschuhmacher und Orthopädietechniker

Orthopädienschuhmacher fertigen orthopädisches Schuhwerk,⁷⁴ Orthopädietechniker Hilfsmittel zum Ausgleich körperlicher Dysfunktionen.⁷⁵ Sie werden auf Grund einer ärztlichen Verordnung tätig,⁷⁶ nachdem der Patient sich mit dieser an den Orthopädietechniker gewandt hat.

69 Vgl. *Detterbeck*, WiVerw 2009, 227 (228); siehe auch die Darstellungen im Tatbestand des Urteils des OLG Hamburg vom 06.02.1997, Az.: 3 U 23/96, NJWE-WettbR 1998, 34.

70 Vgl. *Detterbeck*, WiVerw 2009, 227 (228).

71 Vgl. *Zuck/Gokel* in *Quaas/Zuck/Clemens*, § 40, Rdnr. 10.

72 Vgl. BGH, Urt. v. 09.07.2009, Az.: I ZR 13/07, MedR 2009, 728 (729), Rdnr. 18.

73 Vgl. BGH, Urt. v. 09.07.2009, Az.: I ZR 13/07, MedR 2009, 728 (731), Rdnr. 31; siehe auch *Kern*, NJW 2000, 833 (836).

74 Vgl. *Kern*, NJW 2000, 833 (836).

75 Vgl. *Zuck/Gokel* in *Quaas/Zuck/Clemens*, § 42, Rdnr. 2.

76 Vgl. *Zuck/Gokel* in *Quaas/Zuck/Clemens*, § 42, Rdnr. 5, wo auf § 33 SGB V verwiesen wird, nach dessen Regelungen ggf. eine Verordnung erforderlich ist.

d) Zahntechnische Leistungen

Bei einer erforderlichen Versorgung mit Zahnersatz sucht der Patient einen Zahnarzt auf. Der Zahnarzt beauftragt sodann den Zahntechniker mit der Erbringung zahntechnischer Leistungen. Nicht der Zahntechniker, sondern der Zahnarzt bringt die Leistungen dann in die Behandlung mit ein. Anders als bei der Versorgung mit Hörgeräten oder Sehhilfen kommt ein direkter Kontakt zwischen dem Patienten und dem Zahntechniker als Gesundheitshandwerker meistens nicht zu Stande. Dies kann nur dann der Fall sein, wenn der Zahntechniker ausnahmsweise der zahnärztlichen Behandlung beiwohnt, um bspw. den genauen Umfang von Nachbesserungsarbeiten an der zahntechnischen Arbeit genau zu klären. Auch dann bleibt der Zahnarzt für den Patienten jedoch der zuständige Ansprechpartner im Rahmen der Behandlung bis zu deren Abschluss.

2. Der sog. verkürzte Versorgungsweg

Die Aufteilung der Erbringung einzelner Leistungen von Heilberufsträger und Gesundheitshandwerker kann im Rahmen einer Kooperation unter Umständen auch anders ausgestaltet werden, z. B. über das Modell des sog. verkürzten Versorgungswegs.

Im Rahmen des verkürzten Versorgungsweges werden Hilfsmittel über den Arzt vertrieben. Hierzu kooperiert dieser mit dem Hilfsmittelerbringer bzw. -hersteller.⁷⁷ Dies hat für den Patienten den Vorteil, dass er einen Hilfsmittelerbringer nicht gesondert aufsuchen muss, sondern die Leistungen komplett über den Arzt bezieht.⁷⁸ Er erhält damit eine Versorgung „aus einer Hand“⁷⁹. Der Arzt erbringt dabei ggf. auch die jeweilige Versorgungsleistung, die üblicherweise von einem Gesundheitshandwerker erbracht werden würde.⁸⁰ Ein solcher Direktvertrieb kann sich auch für den Patienten kostenmäßig vorteilhaft auswirken, da ggf. eine Station auf dem Vertriebsweg eingespart wird.⁸¹

77 Vgl. *Krauskopf/Nusser*, § 128 SGB V, Rdnr. 3.

78 Vgl. dazu *Ratzel* in *Berchtold/Huster/Rehborn*, § 128 SGB V, Rdnr. 16; auch *Kölbel*, NStZ 2011, 195 (199).

79 So *Schwannecke/Webers*, NJW 1998, 2697.

80 Vgl. *Thünken*, MedR 2007, 578.

81 Vgl. *Gaßner/Klars*, PharmR 2002, 309 (320).

Die Leistungen, die durch die Ärzte hierbei zusätzlich zu erbringen sind, werden diesen ggf. gesondert bezahlt, was die Attraktivität solcher Modelle aus Sicht der Heilberufsträger gefördert hat.⁸² Der Grund, eine solche Konstruktion zu wählen, dürfte allerdings darin liegen, hiermit die im Professionsrecht verankerten Zuweisungsverbote zu umgehen.⁸³

Eine besondere Rolle haben diese Konstellationen insbesondere bei Leistungen gespielt, die üblicherweise durch einen Augenoptiker oder einen Hörgeräteakustiker erbracht werden.⁸⁴ In beiden Fällen kann der Hersteller unmittelbar seine Produkte nicht an den Patienten verkaufen. Es müssen zur Individualisierung des Produkts, damit es durch den Patienten ordnungsgemäß genutzt werden kann, weitere Leistungen durch die beteiligten Ärzte erbracht werden.⁸⁵

Für den verkürzten Versorgungsweg hat sich durch gesetzliche Regelungen und die (v. a. wettbewerbsrechtliche) Rechtsprechung ein Rechtsrahmen für die Zulässigkeit von Kooperationsformen herausgebildet. Um das Feld einer möglichen Strafbarkeit abzustecken und auch das Verhältnis einer solchen zu anderweitigen Normvorgaben besser zu verstehen, ist zunächst ein Blick auf diesen Rechtsrahmen empfehlenswert.

a) Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Hörgeräteversorgung

Im Bereich der Versorgung mit Hörgeräten beurteilte der Bundesgerichtshof mehrfach Fallgestaltungen, in denen die Beteiligung des Gesundheitshandwerks außen vor blieb oder eingeschränkt wurde. Hier sind mehrere Varianten denkbar. So werden Leistungen z. B. zur Anpassung der Hörgeräte durch einen HNO-Arzt erbracht, der seine Ergebnisse an einen Hörgeräteakustiker weiterleitet; dieser erbringt seine Leistungen und sendet das Gerät an den HNO-Arzt zurück, der es dann an den Patienten weitergibt.⁸⁶ Dabei kann der HNO-Arzt diese Leistungen erbringen, ohne gegen die

82 Vgl. *Flasbarth*, MedR 2009, 708 (714); auch *Gaßner/Klars*, PharmR 2002, 309 (320).

83 Vgl. *Kölbel*, NStZ 2011, 195 (199); auch *Gaßner/Klars*, PharmR 2002, 309 (320) sehen die „Gefahr einer Selbstzuweisung“.

84 Vgl. *Schwannecke/Webers*, NJW 1998, 2697; siehe auch *Flasbarth*, MedR 2009, 708 (714); *Kölbel*, NStZ 2011, 195 (199).

85 Vgl. auch *Thünken*, MedR 2007, 578 (580) für die Versorgung mit Hörgeräten sowie Sehhilfen.

86 Vgl. die Fallgestaltung die dem Urteil des BGH v. 24.07.2014, Az.: I ZR 68/13, MedR 2015, 729 ff. zugrunde lag; vgl. auch *Thünken*, MedR 2007, 578 (580).

Handwerksordnung zu verstoßen.⁸⁷ Es sind aber auch Fallgestaltungen denkbar, in denen Hörgeräte-Produzenten unter Zuhilfenahme der Leistungen des HNO-Arzttes die Geräte direkt „an den Endkunden“⁸⁸ veräußern.⁸⁹

Für die Versorgung mit Hörgeräten hatte der Bundesgerichtshof ursprünglich im Jahre 2000 die rechtliche Möglichkeit zur Versorgung im verkürzten Versorgungsweg anerkannt.⁹⁰ Nach der damaligen Rechtslage sah er weder berufs- noch sozialrechtliche Verstöße auf Seiten der HNO-Ärzte bei einer Teilnahme an diesem Versorgungskonzept. In einer weiteren Entscheidung aus dem Jahr 2001 bestätigt der Bundesgerichtshof zunächst die Möglichkeit einer Versorgung im Wege des verkürzten Versorgungswegs.⁹¹ In dem zu Grunde liegenden Fall⁹² wies eine HNO-Ärztin Patienten darauf hin, dass Hörgeräte sowohl bei Hörgeräteakustikern vor Ort oder alternativ über sie bei einem bestimmten Hörgerätehersteller bezogen werden können. Im letzteren Fall wurden die Hörgeräte an die Ärztin gesendet, die dann u. a. eine genaue Anpassung vornahm, für die sie einen bestimmten Geldbetrag erhielt. Der Bundesgerichtshof erkannte hierin keinen Verstoß gegen das für die Ärztin geltende berufsrechtliche Zuweisungsverbot, da der an die Ärztin ausgezahlte Betrag als adäquates Honorar für eine weitergehende ärztliche Leistung angesehen wurde, die zur Versorgung des Patienten im verkürzten Versorgungsweg erforderlich war.⁹³

In einer weiteren durch den Bundesgerichtshof zu bewertenden Fallkonstellation⁹⁴ empfahl ein HNO-Arzt einem Patienten einen bestimmten Hilfsmittelerbringer. Gleichzeitig bestand eine Beteiligung dieses Arztes an dem Unternehmen, das die Leistungen erbrachte. Ein konkurrierender Hörgeräteakustikmeister machte insoweit einen Unterlassungsanspruch aus Wettbewerbsrecht gegenüber dem HNO-Arzt geltend. Die ärztliche

87 Vgl. BGH, Urt. v. 29.06.2000, Az.: I ZR 59/98, NJW 2000, 2745 (2746); auch *Thünken*, MedR 2007, 578 (582).

88 BGH, Beschl. v. 20.04.2010, Az.: KVR 1/09, Beck-Online, Abruf-Nr. BeckRS 2010, 11494, Rdnr. 40.

89 Vgl. BGH, Beschl. v. 20.04.2010, Az.: KVR 1/09, Beck-Online, Abruf-Nr. BeckRS 2010, 11494, Rdnr. 40.

90 BGH, Urt. v. 29.06.2000, Az.: I ZR 59/98, NJW 2000, S. 2745 ff.

91 Vgl. BGH, Urt. v. 15.11.2001, Az.: I ZR 275/99, NJW 2002, 962 (963).

92 Vgl. dazu im Einzelnen BGH, Urt. v. 15.11.2001, Az.: I ZR 275/99, NJW 2002, 962 ff.

93 Vgl. BGH, Urt. v. 15.11.2001, Az.: I ZR 275/99, NJW 2002, 962 (964).

94 Vgl. BGH, Urt. v. 13.01.2011, Az.: I ZR 111/08, GRUR 2011, 345 ff.

Berufsregelung, nach der Verweisungen ohne hinreichenden Grund untersagt sind, wurde dabei als eine für das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) relevante Wettbewerbsvorgabe eingestuft.⁹⁵ Der Bundesgerichtshof befasste sich in diesem Zusammenhang auch damit, unter welchen Voraussetzungen eine Verweisung möglicherweise (berufsrechtlich) zulässig sein könnte,⁹⁶ sowie dem Zweck berufsrechtlicher Vorgaben, dass Patienten auf medizinisch zutreffende Entschlüsse vertrauen können sollen.⁹⁷ Ein berufsrechtlicher Verstoß wurde zwar für möglich erachtet, der Bundesgerichtshof musste allerdings an die Berufungsinstanz zurückverweisen.⁹⁸

Der Bundesgerichtshof hatte über eine weitere Konstellation zu urteilen, in der einem Patienten durch den HNO-Arzt eine vorgefertigte Erklärung vorgelegt wurde, mit der er bestätigen sollte, eine Versorgung im verkürzten Versorgungsweg zu wünschen.⁹⁹ Nach Ansicht des Bundesgerichtshof liegen berufsrechtliche Verstöße nicht vor, wenn in einer wertungsfreien Art und Weise darüber informiert wurde, dass eine Versorgung sowohl nach freier Wahl des Patienten als auch über den verkürzten Versorgungsweg erfolgen kann.¹⁰⁰ Je nach Fallkonstellation kann aber die Vorlage einer vorgefertigten Erklärung eine berufsrechtlich unzulässige Verweisung enthalten.¹⁰¹

b) Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Versorgung mit Sehhilfen

Bei der Versorgung mit Sehhilfen werden im verkürzten Versorgungsweg solche bspw. durch einen Brillenhersteller oder den Optikerfachhandel an den Augenarzt weitergegeben, nachdem der Patient sich aus in der Praxis

95 Vgl. BGH, Urt. v. 13.01.2011, Az.: I ZR 111/08, GRUR 2011, 345 (347 f.), Rdnr. 24 i. V. m. Rdnr. 26; vgl. auch BGH, Urt. v. 09.07.2009, Az.: I ZR 13/07, MedR 2009, 728 (729), Rdnr. 12.

96 Vgl. BGH, Urt. v. 13.01.2011, Az.: I ZR 111/08, GRUR 2011, 345 (348 f.), Rdnr. 36 ff.

97 Vgl. BGH, Urt. v. 13.01.2011, Az.: I ZR 111/08, GRUR 2011, 345 (351), Rdnr. 68.

98 Vgl. BGH, Urt. v. 13.01.2011, Az.: I ZR 111/08, GRUR 2011, 345 (350), Rdnr. 55.

99 Vgl. BGH, Urt. v. 24.07.2014, Az.: I ZR 68/13, MedR 2017, 729 ff.

100 Vgl. BGH, Urt. v. 24.07.2014, Az.: I ZR 68/13, MedR 2017, 729 (732), Rdnrn. 26 und 28.

101 Vgl. BGH, Urt. v. 24.07.2014, Az.: I ZR 68/13, MedR 2017, 729 (333), Rdnr. 33.

auswählbaren Mustern ein Brillengestell ausgesucht hat.¹⁰² Wenn der Augenarzt hier Leistungen erbringt, verstößt er ebenfalls nicht gegen die Handwerksordnung, auch wenn einzelne Leistungen üblicherweise durch Augenoptiker erbracht werden.¹⁰³ Der Vertrag über die Sehhilfe kommt dabei auf Betreiben des Augenarztes zwischen dem Optikerfachhandel und dem Patienten zu Stande.¹⁰⁴

In einer Entscheidung vom 09.07.2009 befasste sich der Bundesgerichtshof mit einer Fallkonstellation, in der ein Augenarzt seinen Patienten anbot, sich aus einigen Mustern eine Brille auszusuchen.¹⁰⁵ Nach Vornahme der noch erforderlichen Messungen teilte er die Ergebnisse einem Brillenhersteller mit, der die Brille mit Gläsern nach diesen Vorgaben anfertigte und dann an den Patienten oder in die Praxis übersandte.¹⁰⁶ Nach den seinerzeit geltenden berufsrechtlichen Regelungen war eine Verweisung unzulässig, wenn kein hinreichender Grund hierfür vorliegt.¹⁰⁷ Der Bundesgerichtshof war der Auffassung, dass bspw. das Anliegen von Patienten, möglichst alle Leistungen über einen Leistungserbringer zu beziehen, noch keinen solchen hinreichenden Grund darstelle.¹⁰⁸ Insoweit erkennt der Bundesgerichtshof Unterschiede gegenüber der Versorgung mit Hörgeräten.¹⁰⁹

Auch in einer weiteren Entscheidung aus dem Jahr 2010 stellte der Bundesgerichtshof berufsrechtliche Verstöße fest. Die anzuwendende Berufsordnung verpflichtete die Ärzte darauf, keine Verweisung an bestimmte Anbieter auszusprechen.¹¹⁰ Soweit aber eine mit Hilfsmittelerbringern eingegangene Kooperation die Augenärzte dazu anhalte, berufsrechtliche Verstöße zu begehen, sei dies auch als ein Verstoß gegen das Wettbewerbs-

102 Vgl. die Fallgestaltung in BGH, Urt. v. 09.07.2009, Az.: I ZR 13/07, MedR 2009, 728; vgl. auch *Thünken*, MedR 2007, 578 (580); *Schmidt*, S. 205.

103 Vgl. BGH, Urt. v. 09.07.2009, Az.: I ZR 13/07, MedR 2009, 728 (729), Rdnr. 18; vgl. auch *Thünken*, MedR 2007, 578 (582).

104 Vgl. BGH, Urt. v. 09.07.2009, Az.: I ZR 13/07, MedR 2009, 728 (729 f.), Rdnr. 19; vgl. *Thünken*, MedR 2007, 578 f.

105 Vgl. BGH, Urt. v. 09.07.2009, Az.: I ZR 13/07, MedR 2009, 728.

106 Vgl. BGH, Urt. v. 09.07.2009, Az.: I ZR 13/07, MedR 2009, 728.

107 Vgl. BGH, Urt. v. 09.07.2009, Az.: I ZR 13/07, MedR 2009, 728 (729), Rdnr. 14.

108 Vgl. BGH, Urt. v. 09.07.2009, Az.: I ZR 13/07, MedR 2009, 728 (730), Rdnr. 25.

109 Vgl. BGH, Urt. v. 09.07.2009, Az.: I ZR 13/07, MedR 2009, 728 (731), Rdnr. 31; dazu auch *Schmidt*, S. 207 und 210 f.

110 Vgl. BGH, Urt. v. 24.06.2010, Az.: I ZR 182/08, MedR 2011, 158 (160), Rdnr. 21.

recht einzustufen.¹¹¹ Die einschlägigen berufsrechtlichen Vorschriften würden auch den Belangen der zu Behandelnden dienen.¹¹² Dabei wurde die Gefahr gesehen, dass Augenärzte die zu treffenden medizinischen Entscheidungen nicht alleine am Wohl des Patienten ausrichten.¹¹³ Wenn aus einer Kooperation zwischen Arzt und Gesundheitshandwerk resultiert, dass der beteiligte Heilberufsträger wie vereinbart häufig den verkürzten Versorgungsweg zur Versorgung wählt, ist die Gefahr der Verletzung professionsrechtlicher Pflichten gegeben.¹¹⁴

c) Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Orthopädiotechnik

Auch bei einer Kooperation zwischen einem Arzt und einem Orthopädiotechniker können Fallkonstellationen entstehen, die einem verkürzten Versorgungsweg gleichkommen, etwa wenn der Arzt Hilfsmittel an seine Patienten weiterreicht, die durch den Orthopädiotechniker in den Räumlichkeiten der Arztpraxis vorgehalten werden.¹¹⁵

Vergleichbar sind auch Kooperationen, in denen bspw. ein Arzt einem Orthopädiotechniker in seiner Praxis Räumlichkeiten zur Verfügung stellt und innerhalb der Praxisräume Hinweisschilder installiert, die auf den Orthopädiotechniker aufmerksam machen.¹¹⁶ Abgesehen von den hieraus folgenden Anforderungen nach der HwO,¹¹⁷ die der Orthopädiotechniker einzuhalten hat, bejahte der Bundesgerichtshof einen Verstoß des Arztes gegen berufsrechtliche Vorschriften, nach denen eine Verweisung an be-

111 Vgl. BGH, Urt. v. 24.06.2010, Az.: I ZR 182/08, MedR 2011, 158 (161), Rdnr. 28.

112 Vgl. BGH, Urt. v. 24.06.2010, Az.: I ZR 182/08, MedR 2011, 158 (160), Rdnr. 22.

113 Vgl. BGH, Urt. v. 24.06.2010, Az.: I ZR 182/08, MedR 2011, 158 (160), Rdnr. 16.

114 Vgl. BGH, Urt. v. 24.06.2010, Az.: I ZR 182/08, MedR 2011, 158 (160), Rdnr. 20.

115 Vgl. so der Fall des OLG Düsseldorf, Urt. v. 08.03.2005, Az.: I-20 U 96/04, MedR 2005, 528.

116 Vgl. der Fall des BGH in seinem Urt. v. 16.06.2016, Az.: I ZR 46/15, GRUR 2017, 194.

117 Vgl. dazu BGH, Urt. v. 16.06.2016, Az.: I ZR 46/15, GRUR 2017, 194 (196), Rdnrn. 20 ff.

stimmte Hilfsmittelerbringer untersagt ist, wenn sie ohne hinreichenden Grund erfolgt.¹¹⁸

d) Der verkürzte Versorgungsweg nach aktueller Rechtslage

Der verkürzte Versorgungsweg wird durch Vorschriften des SGB V reguliert. Die sich zunächst aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Teil ergebende Praxis bei der Hilfsmittelversorgung unterband der Gesetzgeber größtenteils durch die für den Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung geltenden Regelungen in § 128 SGB V.¹¹⁹ Die Norm wurde durch das Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG)¹²⁰ vom 15.12.2008 in das SGB V eingefügt.¹²¹ Anlass für die Einführung der Regelung (und weitere Änderungen im Rahmen von § 128 SGB V) waren „deutliche Hinweise auf Fehlentwicklungen in der Zusammenarbeit zwischen Leistungserbringern und Vertragsärzten“¹²². Ein Problem sah man insbesondere darin, dass durch die in der Praxis vorzufindenden Kooperationsformen die Auswahlentscheidung des Versicherten eingeeengt wurde.¹²³ Seit Einführung der Vorschrift wurde diese mehreren Änderungen unterzogen.¹²⁴

Eine Mitwirkung von Vertragsärzten im Rahmen der Durchführung der Versorgung mit Hilfsmitteln ist nur auf der Grundlage vertraglicher Vereinbarungen mit den Krankenkassen möglich. Für die hierzu notwendigen Verträge zwischen Krankenkassen und Vertragsärzten sieht vor allem § 128 Abs. 4a SGB V Vorgaben vor. So müssen u. a. nach dessen Satz 3 die zusätzlich zu erbringenden Leistungen sowie die Vergütung für diese eindeutig festgelegt sein. Nach § 128 Abs. 4a Satz 4 SGB V sind die Leistungen un-

118 Vgl. BGH, Urt. v. 16.06.2016, Az.: I ZR 46/15, GRUR 2017, 194 (198),-Rdnrn. 41 ff.

119 Vgl. *Ratzel in Berchtold/Huster/Rebborn*, § 128 SGB V, Rdnr. 16; hierzu auch *Flasbarth*, MedR 2009, 708 (714); *Köbel*, NStZ 2011, 195 (199); *Krauskopf/Nusser*, § 128 SGB V, Rdnr. 3.

120 BGBl Teil I, 2008, 2426.

121 Durch Art. 1 Ziff. 2d GKV-OrgWG.

122 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) zum GKV-OrgWG, BT-Drucksache 16/10609, S. 58.

123 Vgl. *Flasbarth*, MedR 2009, 708.

124 Vgl. zur Gesetzeshistorie *Krauskopf/Nusser*, § 128 SGB V, Rdnrn. 1 f.

mittelbar von den Krankenkassen an die Vertragsärzte zu vergüten, was der Nachvollziehbarkeit der Kooperation dienen soll.¹²⁵

Diese strikten und einengenden Vorgaben für dieses Vertriebskonzept machen dieses für Leistungserbringer unattraktiv, weshalb in der Praxis häufig Wege gesucht werden, die Anwendung von § 128 SGB V (vermeintlich) auszuschließen oder eine bestehende Zusammenarbeit zumindest zu verschleiern.¹²⁶

3. Insbesondere Kooperationen zwischen Zahnärzten und Zahntechnikern

Dem Bundessozialgericht zufolge bestehen beim zahntechnischen Gesundheitshandwerk Besonderheiten im Vergleich zu anderen nicht approbierten Gesundheitsberufen.¹²⁷ Diese gilt es für eine nähere Betrachtung zunächst herauszustellen. Möglicherweise könnte hierdurch bedingt eine höhere Anfälligkeit für Rechtsverstöße bestehen.

Beispielhaft kann hierzu auf den sog. Globudent-Skandal¹²⁸ verwiesen werden: Eine Dentalhandels-gesellschaft kaufte günstig zahntechnische Leistungen im Ausland ein und verkaufte diese mit entsprechendem Gewinn an Zahnärzte, die die Kosten hierfür wiederum an die Patienten bzw. Kostenträger weitergaben. Die Zahnärzte wurden an dem Gewinn durch sog. Kick-Back-Zahlungen¹²⁹ beteiligt, die weder an Versicherte noch Krankenkassen ausgekehrt wurden.

Eine Besonderheit zeigt sich bereits bei den anzuwendenden Rechtsvorgaben. Während die §§ 126 ff. SGB V im Allgemeinen für Hilfsmittelerbringer anzuwenden sind, sieht das SGB V für zahntechnische Leistungen besondere Regelungen vor.

125 Vgl. KassKomm/Nolte, § 128 SGB V, Rdnr. 20.

126 Vgl. Kölbl, NStZ 2011, 195 (199).

127 Vgl. BSG, Urt. v. 28.10.2015, Az.: B 6 KA 2/15 R, MedR 2016, 474 (475), Rdnr. 10.

128 Zur Sachverhaltskonstellation siehe etwa SG Duisburg, Urt. v. 20.11.2007, Az.: S 19 KA 3/05, Beck-Online, Abruf-Nr. BeckRS 2008, 51566, nachgehend LSG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 28.05.2008, Az.: L 11 KA 16/08, Beck-Online, Abruf-Nr. BeckRS 2009, 66981; LG Duisburg, Urt. v. 16.03.2006, Az.: 8 O 432/05, MedR 2007, 50; vgl. hierzu auch Badle, NJW 2008, 1028 (1033) sowie MAH MedR/Sommer/Tsambikakis, § 3, Rdnr. 147.

129 Zu dem Begriff siehe AG Bernau, Urt. v. 23.10.2008, Az.: 10 C 1193/08, Beck-Online, Abruf-Nr. BeckRS 2009, 15725: „verkappte Korruptionszahlung im Sinne von ‚Schmiergeld‘“.

Gemäß § 57 Abs. 2 SGB V und § 88 Abs. 2 SGB V werden etwa Verträge zwischen Zahntechnikerinnungen und Krankenkassen geschlossen. Da es für die Befugnis zum Vertragsschluss in diesem Bereich keine weiteren Regelungen gibt, sind individualvertragliche Abreden ausgeschlossen.¹³⁰ Selektivvertragliche Vereinbarungen zwischen Zahn Technikern und Krankenkassen sind daher auf der Grundlage des SGB V nicht möglich.¹³¹ Hieraus folgt auch, dass die §§ 126 ff. SGB V, die Verträge zwischen Hilfsmittelbringern und Krankenkassen vorsehen, keinen Anwendungsbereich bei zahntechnischen Leistungen haben. Die Beschränkungen des § 128 SGB V sind daher für zahntechnische Leistungen unmittelbar nicht anwendbar. Gleichwohl können berufsrechtliche Zuweisungsverbote zu berücksichtigen sein.

a) Besonderheiten bei der Versorgung mit zahntechnischen Leistungen

Während die meisten Gesundheitshandwerker durch den Patienten aufgesucht werden und hierbei Vertragsverhältnisse zwischen diesen begründet werden,¹³² tritt der Zahn techniker gegenüber dem Patienten üblicherweise nicht direkt auf.¹³³ Mangels einer Vertragsbeziehung zwischen Patient und Zahn techniker¹³⁴ bezahlt der Zahnarzt den Zahn techniker auf Grund des zwischen diesen bestehenden Werkvertrags¹³⁵ und stellt den Betrag für die zahntechnischen Leistungen wiederum seinen Patienten in Rechnung,¹³⁶ soweit dieser nicht durch die zahnärztlichen Gebührenpositionen bereits abgegolten ist. Deshalb gibt es für diesen Bereich – anders als bei den sonstigen Gesundheitshandwerkern – besondere Vorschriften für die

130 Vgl. LSG Niedersachsen-Bremen, Urt. v. 25.11.2014, Az.: L 4 KR 244/10, NZS 2015, 304 (wegen unrichtiger Besetzung des Gerichts aufgehoben und an das LSG zurückverwiesen durch BSG, Urt. v. 28.10.2015, Az.: B 6 KA 2/15 R, MedR 2016, 474 f.).

131 Vgl. LSG Niedersachsen-Bremen, Urt. v. 25.11.2014, Az.: L 4 KR 244/10, NZS 2015, 304.

132 Siehe hierzu B.I.1, lit. a bis c; zu den Vertragsbeziehungen mit einem Augenoptiker siehe BVerwG, Urt. v. 20.01.1966, Az.: I C 73/64, NJW 1966, 1187 (1189).

133 Vgl. etwa Bericht der Bundesregierung über die Wettbewerbssituation zwischen praxiseigenen zahntechnischen Labors und gewerblichen zahntechnischen Labors, BT-Drucksache 9/811, S. 3.

134 Vgl. hierzu etwa BVerwG, Urt. v. 11.05.1979, Az.: 5 C 16/79, NJW 1980, 1349 (1350); siehe auch *Ullmann*, MedR 1996, 341; *Hatzl*, SGB 1995, 593 (595).

135 Vgl. etwa *Damas*, wistra 2017, 128 (130).

136 Vgl. etwa BGH, Urt. v. 28.04.1981, Az.: VI ZR 80/79, NJW 1981, 2007 (2008).

Vergütung und Rechnungsstellung in diesem Verhältnis. Unabhängig von der Frage, ob insoweit ein Auftragsverhältnis i. S. v. §§ 662 ff. BGB zwischen dem Zahnarzt und seinem zu behandelnden Vertragspartner besteht¹³⁷ und der Zahnarzt aus § 670 BGB Ersatz von Aufwendungen verlangen kann,¹³⁸ ist vor allem auf § 9 Abs. 1 Gebührenordnung für Zahnärzte (GOZ) hinzuweisen, wonach als Auslagen die dem Zahnarzt tatsächlich entstandenen angemessenen Kosten für zahntechnische Leistungen berechnet werden können. Der Anspruch aus § 670 BGB gilt grundsätzlich nur, soweit die anzuwendende Gebührenordnung die Konstellation nicht bereits regelt.¹³⁹

Die für die Behandlung von Privatpatienten geltende GOZ erlangt dabei auch im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung Relevanz, etwa für zahnprothetische Leistungen bei gesetzlich Versicherten, die nicht mehr von der Regelversorgung i. S. v. § 56 SGB V umfasst sind.¹⁴⁰ Im Rahmen der Behandlung gesetzlich Versicherter ist gem. § 87 Abs. 1a Satz 8 SGB V bei Rechnungslegung eine Durchschrift der Rechnung des Labors sowie die sog. Konformitätserklärung¹⁴¹ beizufügen. Nach § 23 Abs. 2 Satz 2 lit. a Bundesmantelvertrag für Zahnärzte (BMV-Z) umfasst die vertragszahnärztliche Abrechnungsbestätigung u. a. auch, dass die abgerechneten Material- und Laborkosten der gewerblichen Laboratorien tatsächlich entstanden sind. Wenn und soweit Nachlässe auf zahntechnische Leistungen nicht an Patienten oder Kostenträger weitergegeben werden, stellt dies eine vertragszahnärztliche Pflichtverletzung dar.¹⁴² Auch eine Betrugsstrafbarkeit kommt dann in Betracht.¹⁴³

Insbesondere bei zahnprothetischen Versorgungen treten seit einiger Zeit auch Anbieter aus dem Ausland auf, die die zahntechnischen Arbei-

137 Vgl. so MAH MedR/Habne, § 9, Rdnr. 187; Niggehoff in FS 10 Jahre ARGE Medizinrecht, 769 (773); Pohl, ZM 1982, 2085 (2089), verweist für die Rechtslage vor Inkrafttreten der §§ 630a ff. BGB auf die Vorschrift des §§ 675 BGB, der zu § 670 BGB führt; vgl. Krauskopf/Sproll, § 88 SGB V, Rdnr. 6.

138 Vgl. so Müller/Wabnitz, NJW 1984, 1785 (1788); Ullmann, MedR 1996, 341.

139 Vgl. BGH, Urt. v. 27.05.2004, Az.: III ZR 264/03, MedR 2005, 92 (94); BGH, Beschl. v. 25.01.2012, Az.: 1 StR 45/11, BGHSt 57, 95 (103 f.), Rdnr. 50.

140 Vgl. KassKomm/Nolte, § 55 SGB V, Rdnr. 65.

141 Erklärung nach Anhang VIII der Richtlinie 93/42/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über Medizinprodukte.

142 Vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 28.05.2008, Az.: L 11 KA 16/08, Beck-Online, Abruf-Nr. BeckRS 2009, 66981; ebenso Krauskopf/Gerlach, § 95 SGB V, Rdnr. 139.

143 Vgl. dazu schon Müller/Wabnitz, NJW 1984, 1785 (1788); vgl. für Fälle von Rückvergütungen BGH, Urt. v. 16.11.2006, Az.: 3 StR 204/06, NStZ 2007, 269 f.

ten günstiger herstellen.¹⁴⁴ Dennoch können nur tatsächlich entstandene Kosten berechnet werden, nicht jedoch vergleichbare inländische Preise.¹⁴⁵

Berechnet der Zahnarzt seinem Patienten die Kosten der zahntechnischen Leistungen, stellt dieser Betrag für ihn einen „durchlaufenden Posten“¹⁴⁶ dar, denn er muss den Zahntechniker in entsprechender Höhe vergüten. Dabei können die Kosten im Vergleich zu dem bei der konkreten Behandlung anfallenden Honorar des Zahnarztes verhältnismäßig hoch sein. Sie können sogar den deutlich überwiegenden Anteil darstellen.¹⁴⁷ Deshalb – und auf Grund möglicher hoher Gewinnspannen – kann schnell der Wunsch entstehen, von diesem Geldfluss ebenfalls zu profitieren.¹⁴⁸

Da grundsätzlich der Zahnarzt das zahntechnische Labor auswählt, entsteht dadurch ggf. auch eine stärkere Bindung zwischen Zahnarzt und Zahntechniker.¹⁴⁹ Unterstützt wird dies auch dadurch, dass der Zahnarzt das durch den Zahntechniker hergestellte Werk im Rahmen der prothetischen Behandlung selbst weiterverarbeiten muss und hierfür die Verantwortung gegenüber dem Patienten trägt, da er dessen alleiniger Vertragspartner ist. Der Zahnarzt ist daher darauf angewiesen, dass die zahntechnische Arbeit mängelfrei hergestellt wurde, um Beschwerden oder Funktionseinschränkungen auszuschließen. Ist dies nicht der Fall, trifft den Zahnarzt eine Haftung gegenüber dem Patienten.

Aus dem Umstand, dass der Zahnarzt auf eine korrekte Ausführung der zahntechnischen Arbeit angewiesen ist, kann auch der Wunsch entstehen, mehr Einfluss auf die Herstellung dieser Leistung zu haben, um bestimmte Standards kontrollieren zu können. Darauf aufbauend werden Konstrukte

144 Vgl. so bereits *Müller/Wabnitz*, NJW 1984, 1785 (1786), aber auch *Gajßner/Klars*, PharmR 2002, 309 (320); exemplarisch aus der Rechtsprechung: BSG, Urt. v. 20.03.2013, Az.: B 6 KA 18/12 R, Beck-Online, Abruf-Nr. BeckRS 2013, 70812.

145 Vgl. OVG Lüneburg, Beschl. v. 18.04.2012, Az.: 8 LA 6/11, Beck-Online, Abruf-Nr. BeckRS 2012, 49891.

146 LSG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 28.05.2008, Az.: L 11 KA 16/08, Beck-Online, Abruf-Nr. BeckRS 2009, 66981.

147 Vgl. etwa den Fall, der dem Hinweisbeschluss des OLG Köln vom 09.01.2015, Az.: 5 U 93/14, Beck-Online, Abruf-Nr. BeckRS 2015, 6575, zu Grunde lag; hier machten die zahntechnischen Leistungen mehr als 70 % der Gesamtforderung aus; laut *Scheuffler*, MedR 1998, 65, beträgt der Anteil ca. 56 %.

148 Vgl. dazu *Schüßler*, S. 4 f.; auch *Niggehoff* in FS 20 Jahre ARGE Medizinrecht, 287 (298).

149 So erkannte auch das BGH, dass eine „ganz übliche Zusammenarbeit der Zahnärzte mit jeweils nur einem Zahntechniker“ bestehe, Urt. v. 28.04.1981, Az.: VI ZR 80/79, NJW 1981, 2007 (2008).

gesucht, durch die der Zahnarzt bei der Herstellung der Leistung mitwirken kann, bspw. durch die Gründung eines eigenen Labors oder über eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung.

Strukturell besteht bei der Versorgung mit zahntechnischen Leistungen eine Vergleichbarkeit mit dem verkürzten Versorgungsweg, da der Patient die gesamte Versorgung, einschließlich der Leistungen des Gesundheitshandwerks, von seinem Zahnarzt erhält.

Die unmittelbare Vertragsbeziehung zwischen Zahnarzt und Zahntechniker und der hieraus folgende Zahlungsfluss führen dazu, dass in diesem Verhältnis Sachverhalte auftreten, die bei Kooperationen von Ärzten mit anderen Gesundheitshandwerkern nicht möglich sind, z. B. die Vereinbarung von Skonti bei Rechnungszahlung¹⁵⁰ oder anderweitigen Rabatten bzw. Rückzahlungen (wie in dem soeben erwähnten Globudent-Fall),¹⁵¹ das sog. Partnerfactoring¹⁵² oder Exklusivvereinbarungen mit einem Anbieter (z. B. für zahntechnische Leistungen)¹⁵³. Diesen Fallgestaltungen ist gemein, dass sie zumindest grundsätzlich eine direkte Vertragsbeziehung zwischen Zahnarzt und Zahntechniker voraussetzen.

b) Mögliche Organisationsformen für Zahntechniklabore

Die konkrete Ausgestaltung der Kooperationsformen hängt u. a. auch davon ab, in welcher Form das zahntechnische Labor betrieben wird. Ein Zahntechniklabor kann grundsätzlich als eigenständiges gewerbliches Labor oder als Praxislabor im Rahmen einer Zahnarztpraxis betrieben werden.¹⁵⁴

Berufsrechtlich ist der Zahnarzt berechtigt, ein Praxislabor als Teil seiner Zahnarztpraxis zu führen.¹⁵⁵ Dies setzt voraus, dass hier nur Arbeiten

150 Vgl. dazu bspw. etwa *Müller/Wabnitz*, NJW 1984, 1785 (1787 f.).

151 Siehe hierzu oben B.I.3.

152 Vgl. LG Hamburg, Urt. v. 30.05.2017, Az.: 406 HKO 214/16, Beck-Online, Abruf-Nr. BeckRS 2017, 113693.

153 Vgl. BGH, Urt. v. 23.02.2012, Az.: I ZR 231/10, MedR 2013, 247 ff.

154 § 87 Abs. 1a Satz 8 SGB V sieht sowohl das gewerbliche wie auch das praxiseigene Labor eines Vertragszahnarztes vor; vgl. auch *Gaßner/Klars*, PharmR 2002, 309 (320); nach Ansicht von *Schüsler*, S. 106, steht das Eigenlabor, wie derzeit praktiziert, im Widerspruch zur HwO; siehe auch *Detterbeck/Plagemann*, S. 112 f.; dazu auch *Niggehoff* in FS 10 Jahre ARGE Medizinrecht, 769 (775 f.).

155 Siehe § 11 Satz 1 MBO-Z und die Berufsordnungen der jeweiligen Landes Zahnärztekammern; § 57 Abs. 2 Satz 6 SGB V regelt die Höchstpreise für zahntechni-

für Behandlungen durch die Zahnarztpraxis erfolgen, an die das Labor angegliedert ist.¹⁵⁶ Eine zusätzliche Qualifikation in Form einer Weiterbildung ist hierfür nicht erforderlich. Die Tätigkeit setzt insbesondere auch keine Eintragung in die Handwerksrolle voraus, zumindest so lange nicht, wie die zahntechnischen Arbeiten nur für die eigenen Patienten gefertigt werden und deshalb ein Hilfsbetrieb i. S. v. § 3 Abs. 3 Ziff. 1 HwO vorliegt.¹⁵⁷ Nur dann, wenn in dem Labor auch Arbeiten für andere Zahnarztpraxen gefertigt werden, ist von einem Nebenbetrieb nach § 2 Ziff. 3 HwO i. V. m. § 3 Abs. 1 HwO auszugehen.¹⁵⁸

Auch eine Praxislaborgemeinschaft kommt grundsätzlich in Betracht.¹⁵⁹ Eine solche lässt § 11 Satz 1 MBO-Z¹⁶⁰ neben einem praxiseigenen Labor ausdrücklich zu und wird auch im Rahmen der für die gesetzliche Krankenversicherung geltenden Regelungen anerkannt.¹⁶¹ Betrieben wird ein solches Labor durch mehrere selbstständige Zahnärzte, die (ggf. auch gemeinsam) Zahntechniker beschäftigen.¹⁶²

Ob ein gewerbliches oder ein praxiseigenes Labor vorliegt, wird danach differenziert, ob die die zahntechnischen Leistungen erbringende Person auf eigene Rechnung tätig wird oder Weisungen des Zahnarztes zu befolgen hat.¹⁶³ Auszugehen ist hierbei davon, dass auch die zahntechnischen Leistungen Bestandteil der zahnärztlichen Behandlung sind, aber die Ausübung der Zahnheilkunde gem. § 1 Abs. 4 Gesetz über die Ausübung der Zahnheilkunde (ZHG) kein Gewerbe ist. Wenn der Zahnarzt mit einem Labor (ausschließlich) den im Rahmen seiner Tätigkeit entstehenden Be-

sche Leistungen, die von Zahnärzten erbracht werden; zu den unterschiedlichen möglichen Organisationsformen *Detterbeck*, WiVerw 2017, 153 f.

156 Vgl. *Bahner*, S. 196; *Detterbeck*, WiVerw 2017, 153 (160).

157 Vgl. BVerwG, Urt. v. 11.05.1979, Az.: 5 C 16/79, NJW 1980, 1349 f.; ebenso BGH, Urt. v. 14.12.1979, Az.: I ZR 36/78, NJW 1980, 1337 (1338); kritisch hierzu *Detterbeck*, WiVerw 2017, 153 (171 f.).

158 Vgl. BGH, Urt. v. 14.12.1979, Az.: I ZR 36/78, NJW 1980, 1337 (1338).

159 Vgl. Schleswig-Holsteinisches LSG, Urt. v. 07.06.1994, Az.: L 6 Ka 25/93, juris; SG Berlin, Beschl. v. 20.05.2011, Az.: S 83 KA 199/11 ER, Beck-Online, BeckRS 2012, 65749; *Kremer/Wittmann*, § 88 SGB V, C 88–20; für ein gemeinschaftliches Labor im ärztlichen Bereich BGH, Urt. v. 22.06.1989, Az.: I ZR 120/87, GRUR 1989, 758 ff.; *Gaßner/Klars*, PharmR 2002, 309 (320); *Bahner*, S. 197; *Niggehoff* in FS 10 Jahre ARGE Medizinrecht, 769 (778 f.).

160 Stand: 26.09.2019.

161 Vgl. Schleswig-Holsteinisches LSG, Urt. v. 07.06.1994, Az.: L 6 Ka 25/93, juris.

162 Vgl. *Bahner*, S. 197.

163 Vgl. Schleswig-Holsteinisches LSG, Urt. v. 07.06.1994, Az.: L 6 Ka 25/93, juris; SG Berlin, Beschl. v. 20.05.2011, Az.: S 83 KA 199/11 ER, Beck-Online, BeckRS 2012, 65749; *Kremer/Wittmann*, § 88 SGB V, C 88–20.

darf decken möchte, muss er folglich nicht auf gewerbliche Betätigungsformen, sondern kann auf ein praxiseigenes Labor zurückgreifen.¹⁶⁴ Unter den genannten Voraussetzungen ist auch die Praxislaborgemeinschaft als ein solches einzustufen.¹⁶⁵

Entsprechend kann der Zahnarzt mit einem praxiseigenen Labor keine Aufträge anderer Zahnarztpraxen annehmen; dies ist berufsrechtlich unzulässig.¹⁶⁶ Dabei ist zu berücksichtigen, dass besondere rechtliche Vorgaben für die einzelnen Betriebsformen bestehen, bspw. hinsichtlich der Vergütung.¹⁶⁷ Kooperiert ein Zahnarzt mit einem Zahntechniker, so muss er diese Vorgaben berücksichtigen. Gleiches gilt, wenn er die Arbeit über ein zwischengeschaltetes Unternehmen bezieht, das lediglich den Vertrieb der Arbeiten übernimmt (sog. Dentalhandelsgesellschaft).¹⁶⁸ Denkbar sind auch Konstellationen, in denen gemeinsam betriebene Zahntechniklabore der Verschleierung dienen.¹⁶⁹

c) Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu Kooperationen zwischen Zahnärzten und Zahntechnikern

In einer Entscheidung vom 23.02.2012¹⁷⁰ befasste sich der Bundesgerichtshof aus wettbewerbsrechtlicher Sicht mit einer Kooperationsvereinbarung zwischen Zahnärzten und einem Unternehmen, das zahntechnische Leistungen erbrachte. Die Vereinbarung sah vor, dass der Zahnarzt Dentalleistungen exklusiv von diesem Unternehmen bezieht.¹⁷¹ Der Bundesgerichtshof prüfte hierbei die Einhaltung berufsrechtlicher Pflichten, nach denen die Zahnärzte verpflichtet waren, Auswahlentscheidungen nach medizinischen Aspekten zu treffen.¹⁷² Dabei sollen sie sich nicht von (zusätzlichen) Vorteilen für die eigene Interessenlage leiten lassen; es soll ausschließlich

164 Vgl. so *Niggehoff* in FS 10 Jahre ARGE Medizinrecht, 769 (672).

165 Vgl. *Scheuffler*, MedR 1998, 65 (67).

166 Vgl. *Niggehoff* in FS 10 Jahre ARGE Medizinrecht, 769 (781).

167 So vermindern sich die Höchstpreise von zahntechnischen Leistungen, die von einem Zahnarzt erbracht werden nach § 57 Abs. 2 Satz 6 SGB V, bspw. um 5 %.

168 Vgl. etwa OVG Lüneburg, Beschl. v. 18.04.2012, Az.: 8 LA 6/11, Beck-Online, BeckRS 2012, 49891.

169 Vgl. *Gaßner/Klars*, PharmR 2002, 309 (320).

170 Az.: I ZR 231/10, MedR 2013, 247.

171 Vgl. BGH, Urt. v. 23.02.2012, Az.: I ZR 231/10, MedR 2013, 247.

172 Vgl. BGH, Urt. v. 23.02.2012, Az.: I ZR 231/10, MedR 2013, 247 (248), Rdnrn. 23 f.; ebenso bereits BGH, Urt. v. 21.04.2005, Az.: I ZR 201/02, NJW 2005, 3718 (3720).

maßgeblich sein, ob sich die Entscheidung optimal im Hinblick auf das Patientenwohl auswirkt.¹⁷³ Auf das berufsrechtliche Verbot, 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, wurde dabei Bezug genommen.¹⁷⁴ Eine Vereinbarung, die zum Ziel hat, den Arzt oder Zahnarzt so zu beeinflussen, dass er gegen diese berufsrechtlichen Vorgaben verstößt, hat der Bundesgerichtshof letztlich als unlauter im Sinne des UWG eingestuft.¹⁷⁵

Die vom Bundesgerichtshof dargestellten Grundsätze sollen ausdrücklich sowohl für das durch den Zahnarzt geführte Labor als auch für den Bezug zahntechnischer Leistungen von einem Gewerbelabor gelten.¹⁷⁶

II. Kooperationen ohne gemeinsame Versorgung

Zumindest theoretisch denkbar sind auch Kooperationen, die nicht eine gemeinsame Versorgungsleistung der Kooperationspartner betreffen, etwa wenn ein Zahnarzt seine Patienten an einen Augenoptiker verweist.

So könnte eine Abmachung zwischen einem Arzt und einem Gesundheitshandwerker bestehen, nach der letzterer seine Kunden – unabhängig von einer gemeinsamen Versorgung im konkreten Fall – an einen bestimmten Arzt verweist. So könnte ein Augenoptiker bei einem geschäftlichen Kontakt mit einem Patienten eine mögliche Hauterkrankung im Gesicht des Patienten erkennen und diesen an einen bestimmten Facharzt für Haut- und Geschlechtskrankheiten verweisen. Hier übt der Gesundheitshandwerker insoweit aber nicht seine originäre Tätigkeit aus. Die Empfehlung könnte durch jedermann vorgenommen werden, auch z. B. durch einen Autoverkäufer. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit sollen diese Konstellationen daher nicht einbezogen werden. Gleichwohl sei darauf hingewiesen, dass sich der Augenoptiker in dem gewählten Beispiel man-

173 Vgl. BGH, Urt. v. 23.02.2012, Az.: I ZR 231/10, MedR 2013, 247 (248), Rdnr. 23.

174 Vgl. BGH, Urt. v. 23.02.2012, Az.: I ZR 231/10, MedR 2013, 247 (248), Rdnr. 23 (§ 8 Abs. 5 MBO-Z a. F., heute in ähnlicher Form normiert in § 2 Abs. 8 MBO-Z).

175 Vgl. BGH, Urt. v. 23.02.2012, Az.: I ZR 231/10, MedR 2013, 247 (249), Rdnr. 26.

176 Vgl. BGH, Urt. v. 23.02.2012, Az.: I ZR 231/10, MedR 2013, 247 (249), Rdnr. 25.

gels Täterqualität¹⁷⁷ nicht nach § 299a Ziff. 3 StGB wegen einer Zuführung von Patienten strafbar machen kann, ebenso wenig nach § 299b Ziff. 3 StGB, da er der zuführende Teil ist.

III. Fälle von Unternehmensbeteiligungen und Gründung von Unternehmen

Weil der verkürzte Versorgungsweg durch rechtliche Vorgaben wie § 128 SGB V stark reguliert und damit der Spielraum für wirtschaftlich erfolgsversprechende Vertriebsmodelle kleiner geworden ist, werden bei der Kooperation mit den Gesundheitshandwerkern Möglichkeiten der Zusammenarbeit gesucht, die sich – vermeintlich – hieran nicht messen lassen müssen oder die Zusammenhänge zumindest verschleiern.¹⁷⁸ In diesem Zuge haben auch Kooperationsmodelle, in denen eine Seite an dem Erfolg des Unternehmens des Kooperationspartners partizipiert, in der Praxis Relevanz erlangt.¹⁷⁹ Solche Partizipationen von Ärzten bzw. Zahnärzten an Unternehmen, die auf dem Markt der Gesundheitshandwerker auftreten, sind häufig anzutreffen.¹⁸⁰

Die hierzu zur Verfügung stehenden Gestaltungsvarianten sind – auf Grund gesellschaftsrechtlicher Spielräume – zahlreich. Gesellschaftsrechtliche Konstrukte sind bspw. wiederum unter Beteiligung weiterer Gesellschaften möglich, so dass Beteiligungsverhältnisse nicht stets auf den ersten Blick erkennbar sind. Entsprechend vielfältig sind auch die Formen der Beteiligung,¹⁸¹ denkbar bspw. auch als stiller Gesellschafter.¹⁸² Individuell sind auch die Regelungen zur Aufteilung von Überschüssen an die Gesellschafter; für die Verteilungsmechanismen kommen eine Vielzahl von Kriterien zur Differenzierung und Abstufung in Betracht.¹⁸³

Denkbar ist nicht nur die Einräumung einer Beteiligung, sondern auch die (Mit-)Gründung eines entsprechenden Unternehmens durch einen Arzt bzw. Zahnarzt selbst. Dabei ist es einem Heilberufsträger nicht per se verboten, in anderen Rollen als seiner originären Profession im Wirt-

177 Siehe dazu noch D.I.2.

178 Vgl. *Köbel*, NStZ 2011, 195 (199).

179 Vgl. *Flasbarth*, MedR 2009, 708 (714 f.).

180 Vgl. *Wissing/Cierniak*, NZWiSt 2016, 41 (46).

181 Vgl. *Wissing/Cierniak*, NZWiSt 2016, 41 (46).

182 Vgl. *Makoski*, MedR 2009, 376 (377).

183 Vgl. für ärztliche Formen der Zusammenarbeit beispielhaft *Wigge* in *Schnapp/Wigge*, § 6, Rdnr. 38.

schaftsleben aufzutreten.¹⁸⁴ Eine solche Konstellation liegt etwa vor, wenn ein HNO-Arzt ein Unternehmen gründet, das Leistungen erbringt, die typischerweise einem Hörgeräteakustiker zuzurechnen sind. Die Leistungen können dann bspw. durch angestellte Gesundheitshandwerker erbracht werden.

184 Vgl. OVG Münster, Landesberufungsgericht für Heilberufe, Urt. v. 18.02.2009, Az.: 6t A 1456/05, Beck-Online, BeckRS 2009, 32574 (dort unter Ziff. II.4).