

Berliner Juristische Universitätschriften

STRAFRECHT

Band 47

KATHARINA REINHARDT

## Korruption im Gesundheitswesen

Zur Strafbarkeit von Ärzten bei Kontakten  
mit der Arzneimittel- und Medizinprodukte-  
industrie *de lege lata* und *de lege ferenda*



Berliner  
Wissenschafts-Verlag



Katharina Reinhardt  
Korruption im Gesundheitswesen

# Berliner Juristische Universitätschriften

Herausgegeben im Auftrag der Professoren der Juristischen Fakultät  
an der Humboldt-Universität zu Berlin

von Professor Dr. Michael Kloepfer,  
Professor Dr. Rainer Schröder †, Professor Dr. Gerhard Werle

Strafrecht

Band 47

ISBN 978-3-8305-3802-8

Katharina Reinhardt

# **Korruption im Gesundheitswesen**

Zur Strafbarkeit von Ärzten bei Kontakten  
mit der Arzneimittel- und Medizinprodukteindustrie  
*de lege lata und de lege ferenda*



**BWV | BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG**

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

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

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtes ist unzulässig und strafbar.

Hinweis: Sämtliche Angaben in diesem Fachbuch/wissenschaftlichen Werk erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung und Kontrolle ohne Gewähr. Eine Haftung der Autoren oder des Verlags aus dem Inhalt dieses Werkes ist ausgeschlossen.

© 2018 BWV | BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG GmbH,  
Markgrafenstraße 12–14, 10969 Berlin,  
E-Mail: [bwv@bwv-verlag.de](mailto:bwv@bwv-verlag.de), Internet: <http://www.bwv-verlag.de>

Druck: docupoint, Magdeburg

Gedruckt auf holzfreiem, chlor- und säurefreiem, alterungsbeständigem Papier.  
Printed in Germany.

ISBN Print: 978-3-8305-3802-8

ISBN E-Book: 978-3-8305-2987-3

*Meinen Eltern*



# Vorwort

Vorliegende Arbeit wurde im Frühjahr 2016 eingereicht und im Januar 2017 von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen. Die Fertigstellung der Arbeit erfolgte dabei im Wettlauf mit dem Gesetzgeber – diesem ist der für die Veröffentlichung ergänzte Aufbau der Arbeit zu verdanken: während die ursprüngliche Arbeit in den ersten vier Kapiteln den Prozess bis zum Inkrafttreten des neuen Gesetzes wissenschaftlich untersucht und die verarbeiteten Materialien diesem Vorgang zeitlich angepasst sind, wird die tatsächlich erfolgte Reformgesetzgebung im für die Veröffentlichung ergänzten Anhang anhand exemplarisch ausgewählter aktueller Literatur knapp dargestellt. Die verwendeten Quellen aus dem Internet wurden zuletzt im Oktober 2017 abgerufen.

Mein besonderer Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Martin Heger, für die hervorragende Betreuung meiner Arbeit. Er hatte für meine Fragen stets ein offenes Ohr und stand mir mit wertvollen Anregungen und hilfreichen Diskussionen jederzeit und auch kurzfristig zur Seite. Nicht nur für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens gebührt Prof. Dr. Klaus Marxen mein herzlicher Dank. Die Begeisterung für die Wissenschaft des Rechts ist einer ganz wunderbaren und lehrreichen Zeit an seinem Lehrstuhl noch während meiner Studienzeit zu verdanken. Auch während meiner Promotionszeit stand er mit Rat zur Verfügung und hat damit maßgeblich zum Gelingen der Arbeit beigetragen.

Der Studienstiftung des deutschen Volkes danke ich für die Gewährung eines Promotionsstipendiums. Dank gilt auch der Boalt School of Law an der University of California, Berkeley, für die freundliche Aufnahme als Visiting Researcher im Frühjahr 2014. Der Kanzlei Gibson Dunn & Crutcher LLP danke ich für die Unterstützung bei diesem Forschungsaufenthalt durch die Aufnahme in ihr US Fellowship Program 2013.

Für zahlreiche Diskussionen und wichtige Denkanstöße insbesondere zu Beginn und gegen Ende der Arbeit danke ich besonders Herrn Michael Jahn. Herzlicher Dank gebührt auch Frau Dr. Christina Lang, Herrn Norman Reich, Frau Anne-Katrin Wolf und allen anderen, die mich bei der Erstellung dieser Arbeit auf vielfältige Weise unterstützt und motiviert haben.

Vor allem aber danke ich von Herzen meiner Familie, insbesondere meinen Eltern, Sybill und Jens Reinhardt, die nicht nur das gesamte Manuskript sorgfältig Korrektur gelesen haben, sondern mich auf meinem bisherigen Lebensweg stets uneingeschränkt unterstützt haben. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Berlin, im November 2017

*Katharina Reinhardt*

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	VII
Einleitung: Gegenstand und Gang der Untersuchung.....	1
Erstes Kapitel	
Grundlagen .....	5
A. Begriff und Arten der Korruption .....	5
I. Begriff der Korruption .....	5
II. Arten der Korruption.....	8
B. Der Arzt im Gesundheitssystem .....	10
I. Grundstruktur des Gesundheitssystems.....	10
1. Grundstruktur .....	10
2. Das System der Krankenversicherung .....	12
a) Die gesetzliche Krankenversicherung .....	12
b) Die private Krankenversicherung.....	14
II. Grundlagen ärztlicher Tätigkeit.....	17
1. Rechtlicher Rahmen.....	17
2. Freier Beruf.....	20
3. Vertrauensverhältnis .....	22
III. Tätigkeit als Vertragsarzt .....	24
1. Grundlagen.....	25
a) Kassenärztliche Vereinigungen .....	25
b) Zulassung .....	26
c) Rechte und Pflichten des Vertragsarztes .....	27
2. Rechtsbeziehungen zwischen Vertragsarzt und Patient .....	28
3. Rechtsbeziehungen zwischen Vertragsarzt und Kassenärztlicher Vereinigung .....	29
4. Rechtsbeziehungen zwischen Vertragsarzt und gesetzlicher Krankenversicherung .....	30
5. Wirtschaftlichkeitsgebot .....	32
a) Begriff .....	32
b) Wirtschaftlichkeitsprüfung .....	34
6. Vergütungssystem.....	35
7. Berufsbild des Vertragsarztes .....	36

IV. Tätigkeit als „Privatarzt“ .....	37
1. Rechtsbeziehungen zwischen Privatarzt und Patient .....	38
2. Rechtsbeziehungen zwischen Privatarzt und privater Krankenversicherung.....	38
3. Vergütungssystem.....	39
4. Wirtschaftlichkeitsgebot .....	40
V. Arzt im Krankenhaus .....	40
1. Grundlagen der Krankenhausversorgung.....	41
2. Rechtsbeziehungen zwischen Arzt und Krankenhaus.....	42
3. Rechtsbeziehungen zwischen Patient und Krankenhaus.....	43
4. Vergütung der Krankenhausleistungen .....	44
VI. Die Arzneimittel-, Hilfsmittel- und Medizinprodukte-Versorgung.....	45
1. Begriffe .....	46
a) Arzneimittel.....	46
b) Hilfsmittel.....	47
c) Medizinprodukt .....	47
2. Vertragsarzt.....	48
a) Arzneimittel.....	48
aa) Grundlagen.....	48
bb) Verordnung .....	50
(1) Grundlagen .....	50
(2) Rechtsbeziehungen zwischen Apotheke, Krankenkasse, Arzt und Patient.....	52
(3) Abrechnungsweg .....	53
cc) Arzneimittelversorgung in Behandlungssituationen .....	54
(1) Einzelverordnung .....	55
(2) Sprechstundenbedarf .....	55
b) Hilfsmittel.....	57
aa) Begriff.....	57
bb) Verordnung.....	59
cc) Sprechstundenbedarf.....	61
c) Medizinprodukte .....	61
aa) Arzneimittelähnliche Medizinprodukte .....	62
bb) Medizinprodukte als Hilfsmittel .....	62
cc) Medizinprodukte im Rahmen ärztlicher Behandlung .....	63
3. Privatarzt.....	63
a) Arzneimittel.....	63

b) Hilfsmittel.....	64
c) Medizinprodukte .....	65
4. Arzt im Krankenhaus .....	65
5. Zusammenfassung.....	67
C. Gängige Formen der Kooperation zwischen Arzt und Industrie.....	68
I. Einseitige Leistungen durch die Industrie .....	68
1. Unterstützung der Teilnahme von Ärzten an Fortbildungen und Kongressen .....	69
2. Spenden.....	69
3. Geschenke .....	70
4. Sonstige Zuwendungen.....	71
II. Leistungsaustauschverhältnisse zwischen Arzt und Industrie....	71
1. Klinische Prüfungen.....	71
2. Anwendungsbeobachtungen .....	72
3. Weitere Studien.....	74
4. Referenten- und Beratertätigkeit .....	74
5. Depotbildungen und Beteiligungen.....	75
6. Überlassung medizinischer Geräte.....	76
7. Umsatzabhängige Rückvergütungen.....	76

## Zweites Kapitel

Bekämpfung der Korruption de lege lata.....	78
A. Einführung .....	78
B. § 331 StGB.....	79
I. Historischer Überblick .....	80
II. Geschütztes Rechtsgut.....	81
III. Amtsträger.....	83
1. Vertragsarzt.....	83
a) Amtsträger gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2 a) oder b) StGB .....	83
b) Amtsträger gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB.....	85
aa) Behörde oder sonstige Stelle.....	85
(1) Krankenkassen.....	86
(2) Kassenärztliche Vereinigungen .....	88
bb) Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung.....	89
(1) Begriff .....	89
(2) Handeln von Privatpersonen.....	91
(3) Handeln des Vertragsarztes .....	92

(a) Meinungsstand .....	92
(b) Stellungnahme.....	97
cc) „Bei“ oder „im“ Auftrag .....	101
dd) Bestellsakt .....	103
ee) Ergebnis .....	105
ff) Abschließende Gedanken.....	106
2. Arzt in öffentlichem Krankenhaus .....	107
3. Angestellter Arzt in kirchlichem Krankenhaus .....	110
4. Weitere Fallgruppen.....	110
5. Zusammenfassung.....	110
IV. Vorteil für sich oder einen Dritten .....	111
V. Dienstausbübung .....	113
1. Handeln des Arztes in öffentlichem Krankenhaus .....	113
2. Privathandlungen .....	115
VI. Unrechtsvereinbarung .....	116
1. Tatbestandsbe- bzw. -einschränkungen.....	117
a) Sozialadäquanz.....	117
b) Drittmittelforschung .....	118
2. Beurteilung der Kooperationen im Gesundheitswesen .....	120
a) Einseitige Leistungen .....	121
b) Leistungsaustauschverhältnisse .....	122
aa) Klinische Prüfungen.....	122
bb) Anwendungsbeobachtungen .....	123
cc) Sonstige Leistungsaustauschverhältnisse.....	124
c) Zusammenfassung und Stellungnahme .....	125
VII. Genehmigung gem. § 331 Abs. 3 StGB .....	126
C. § 332 StGB.....	128
D. § 299 StGB.....	130
I. Grundlagen.....	131
II. Geschütztes Rechtsgut.....	132
III. Unternehmen .....	134
1. Gesetzliche Krankenkassen.....	136
a) Meinungsstand .....	136
b) Stellungnahme .....	137
2. Kassenärztliche Vereinigung .....	139
IV. Angestellter oder Beauftragter eines Unternehmens .....	140

1.	Vertragsarzt.....	141
	a) Beauftragter eines anderen Unternehmens .....	141
	b) Vertragsarzt als Beauftragter der gesetzlichen Krankenversicherung.....	142
	aa) Argumente für eine Beauftragtenstellung .....	142
	bb) Argumente gegen eine Beauftragtenstellung .....	145
	cc) Stellungnahme .....	149
	dd) Übertragbarkeit der Argumente auf die Hilfsmittelversorgung .....	152
2.	Niedergelassener Privatarzt.....	154
3.	Arzt im Krankenhaus .....	156
4.	Sonstige angestellte Ärzte .....	157
5.	Zusammenfassung.....	158
V.	Unrechtsvereinbarung .....	158
1.	§ 299 Abs. 1 Nr. 1 StGB .....	159
	a) Bevorzugung .....	159
	b) Bezug von Waren oder Dienstleistungen .....	160
	aa) Bezug durch Praxisinhaber .....	163
	(1) Verordnung von Arzneimitteln.....	163
	(2) Verordnung von Hilfsmitteln.....	164
	(3) Sprechstundenbedarf .....	164
	(4) Zusammenfassung.....	166
	bb) Bezug durch Krankenhaus .....	166
	c) Im Wettbewerb .....	166
	d) Unlauter .....	167
	e) Sozialadäquate Zuwendungen .....	169
	f) Beurteilung der Kooperationen im Gesundheitswesen .....	170
	aa) Einseitige Leistungen.....	170
	bb) Leistungsaustauschverhältnisse .....	170
2.	§ 299 Abs. 1 Nr. 2 StGB .....	171
	a) Ohne Einwilligung .....	171
	b) Bezug von Waren oder Dienstleistungen .....	172
	c) Verletzung von Pflichten gegenüber Unternehmen.....	172
	d) Beurteilung der Kooperationen im Gesundheitswesen .....	174
VI.	Zusammenfassung.....	175
E.	§ 263 StGB.....	176
I.	Grundlagen.....	177

II. Vertragsarzt .....	178
1. Unwirtschaftliche Verordnungsweise .....	179
a) Betrug gegenüber und zu Lasten des Apothekers.....	179
aa) Täuschung über Tatsachen.....	179
bb) Irrtum .....	181
b) Betrug gegenüber und zu Lasten des Hilfsmittelerbringers .....	185
c) Betrug gegenüber und zu Lasten der Krankenversicherung .....	186
aa) Bezug von Produkten über die Apotheke.....	186
bb) Direktbezug.....	189
(1) Abrechnung durch den Hersteller oder Lieferanten.....	189
(2) Abrechnung durch den Vertragsarzt.....	190
d) Betrug gegenüber und zu Lasten des Patienten .....	190
2. Rabatte, Boni, „Kick-Backs“ und sonstige Rückvergütungen .....	192
a) Abrechnung durch einen Dritten .....	193
b) Abrechnung durch den Vertragsarzt.....	199
3. Zusammenfassung.....	201
III. Niedergelassener Privatarzt.....	202
1. Unwirtschaftliche Verordnungsweise .....	203
2. Unwirtschaftliche Anwendung von Arznei- und Hilfsmitteln .....	204
3. Rabatte, Boni, „Kick-Backs“ und sonstige Rückvergütungen .....	205
a) Betrug gegenüber und zu Lasten des Patienten .....	205
b) Betrug gegenüber und zu Lasten der privaten Krankenversicherung.....	207
4. Zusammenfassung.....	208
IV. Ärzte im Krankenhaus.....	208
1. Unwirtschaftlicher Arznei- bzw. Hilfsmittleinsatz.....	209
a) Betrug gegenüber und zu Lasten des Krankenhausträgers.....	209
b) Betrug gegenüber und zu Lasten der Krankenkasse.....	212
2. Unwirtschaftliche Arznei- bzw. Hilfsmittelbestellung.....	213
3. Rabatte, Boni, „Kick-Backs“ und sonstige Rückvergütungen .....	214
a) Betrug gegenüber und zu Lasten des Krankenhausträgers.....	214

b) Betrug gegenüber und zu Lasten der Krankenkasse.....	215
4. Zusammenfassung.....	216
F. § 266 StGB.....	217
I. Grundlagen.....	217
II. Vermögensbetreuungspflicht.....	218
1. Vertragsarzt.....	219
a) Befürworter einer Vermögensbetreuungspflicht .....	220
b) Gegner einer Vermögensbetreuungspflicht .....	223
c) Stellungnahme .....	226
d) Ausblick .....	230
2. Privatarzt.....	232
a) Vermögensbetreuungspflicht gegenüber dem Patienten .....	232
b) Vermögensbetreuungspflicht gegenüber dessen Krankenkasse .....	234
3. Arzt im Krankenhaus .....	234
a) Vermögensbetreuungspflicht gegenüber dem Krankenhausträger.....	235
b) Vermögensbetreuungspflicht gegenüber den Krankenkassen.....	236
4. Zusammenfassung.....	237
III. Tathandlung.....	237
IV. Vermögensnachteil.....	240
V. Zusammenfassung.....	243
G. Ergebnis und Stellungnahme .....	244
Drittes Kapitel	
Bekämpfung der Korruption de lege ferenda.....	
A. Historischer Überblick .....	248
I. 17. Legislaturperiode (2009–2013) .....	249
II. 18. Legislaturperiode (seit Oktober 2013).....	251
B. Jüngste Gesetzentwürfe .....	254
I. Referentenentwurf des BMJV vom 4. Februar 2015.....	254
II. Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 29. Juli 2015.....	256
C. Nähere Betrachtung § 299a StGB-RegE.....	259

I. Das „Ob“ einer strafrechtlichen Regelung .....	259
1. Meinungsbild .....	260
2. Stellungnahme.....	262
II. Sonderstrafrecht für Ärzte? .....	265
III. Geschütztes Rechtsgut.....	268
IV. Verortung im Gesetz .....	270
V. Materielle rechtliche Einzelheiten.....	271
1. Täterkreis .....	271
a) Meinungsbild.....	272
b) Stellungnahme .....	273
2. Vorteil für sich oder einen Dritten .....	278
3. § 299a Abs. 1 StGB-RegE .....	278
a) Im Zusammenhang mit der Ausübung seines Berufs ...	278
b) Unrechtsvereinbarung .....	280
aa) Unlautere Bevorzugung im Wettbewerb (Nr. 1)..	281
(1) Bevorzugung .....	281
(2) Verordnung, Abgabe oder Zuführung .....	282
(a) Begriffe .....	282
(b) Stellungnahme.....	283
(3) Im Wettbewerb .....	284
(4) Unlauter .....	285
(5) Sozialadäquate Zuwendungen .....	285
bb) Verletzung berufsrechtlicher Pflicht zur Wahr- nung heilberuflicher Unabhängigkeit (Nr. 2).....	286
(1) Hintergrund – § 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB-RefE .....	287
(2) Nähere Betrachtung – § 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB-RegE.....	289
(a) Berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung heilberuflicher Unabhängigkeit.....	290
(b) Kritische Würdigung.....	291
(c) Verzicht auf § 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB-RegE?.....	293
4. § 299a Abs. 2 StGB-RegE .....	295
a) Bezug.....	295
b) Zur Abgabe an den Patienten bestimmt.....	296
c) Unrechtsvereinbarung .....	296
aa) Verzicht auf Wettbewerbsbezug .....	297
bb) Nähere Betrachtung .....	299

5. Beispiele.....	302
a) Einzelheiten .....	303
aa) Verdienstmöglichkeiten im Rahmen der beruflichen Zusammenarbeit.....	303
bb) Anwendungsbeobachtungen .....	303
cc) Beteiligung an einem Unternehmen.....	304
dd) Bonuszahlungen auf sozialrechtlicher Grundlage.....	304
b) Stellungnahme .....	305
c) Exkurs: „Exemptions“ und „safe harbors“ als Vorbild? .....	308
aa) Hintergrund.....	308
bb) US-amerikanischer Lösungsansatz .....	311
cc) Übertragbarkeit? .....	312
VI. Sonstiges .....	313
1. Verhältnis zu anderen Delikten .....	314
2. § 300 StGB.....	315
3. § 301 StGB.....	317
VII.Zusammenfassung.....	319

#### Viertes Kapitel

Zusammenfassung und abschließende Überlegungen .....	320
--	-----

A. Zusammenfassung.....	320
-------------------------	-----

B. Abschließende Überlegungen .....	328
-------------------------------------	-----

#### Anhang

Tatsächlich erfolgte Reformgesetzgebung.....	330
--	-----

A. Historischer Überblick .....	331
---------------------------------	-----

B. Das Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen.....	332
---	-----

C. Überblick über die wesentlichen Änderungen .....	337
---	-----

I. Verzicht auf § 299a Abs. 1 Nr. 2 und § 299a Abs. 2 StGB-RegE .....	337
--	-----

II. Verzicht auf sog. „Abgabeentscheidungen“ .....	338
--	-----

III. „Beschränkung“ der tatbestandlichen Bezugsentscheidungen.....	339
---	-----

IV. Ausgestaltung als Officialdelikt .....	340
--	-----

D. Abschließende Überlegungen .....	340
Literaturverzeichnis .....	341
Stichwortverzeichnis.....	375

# Einleitung: Gegenstand und Gang der Untersuchung

*„Ein niedergelassener, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassener Arzt handelt bei der Wahrnehmung der ihm in diesem Rahmen übertragenen Aufgaben [...] weder als Amtsträger noch als Beauftragter der gesetzlichen Krankenkassen im Sinne des § 299 StGB.“*

*BGHSt 57, 202*

Diese Worte des Großen Senats für Strafsachen beim BGH im März 2012 waren nicht nur das Ende einer bis dato unter Rechtswissenschaftlern heftig geführten Diskussion um die Beauftragteneigenschaft des Vertragsarztes, sondern zugleich der Anfang einer insbesondere auch in den Medien und der Politik geführten Debatte über das Phänomen der Korruption im Gesundheitswesen insgesamt. Zunächst allerdings tat sich die Politik mit konkreten Vorschlägen schwer. Der schon im Jahr 2010 durch die SPD-Fraktion im Bundestag gestellte Antrag „Korruption im Gesundheitswesen wirksam bekämpfen“ wurde schließlich im Mai 2012 abgelehnt, ebenso versiegte eine nach Verkündung des Urteils anberaumte „Aktuelle Stunde“ im Bundestag ergebnislos. Der großen medialen Aufmerksamkeit der Entscheidung des Großen Senats – Überschriften wie „Geschenke für Ärzte sind keine Bestechung“<sup>1</sup> oder „Korruptives Verhalten‘ ist straffrei“<sup>2</sup> schmückten im Juni 2012 die Print- und Onlineausgaben diverser Zeitungen – folgten erst im Jahr 2013 konkrete Gesetzesentwürfe durch die Fraktion der CDU/CSU und FDP sowie den Bundesrat, die kurze Zeit später mit Ende der 17. Legislaturperiode allerdings dem Grundsatz der Diskontinuität zum Opfer fielen. Schon im Koalitionsvertrag hielt die neue Regierung aber fest, einen Straftatbestand zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen schaffen zu wollen. Den Anfang 2015 vom Bundesministerium der Justiz und für Verbrau-

1 *Janisch*, Geschenke für Ärzte sind keine Bestechung, Süddeutsche Zeitung v. 23. Juni 2012, S. 1.

2 *Woratschka*, „Korruptives Verhalten“ ist straffrei, Tagesspiegel v. 25. Juni 2012, abrufbar unter <http://www.tagesspiegel.de/politik/bgh-urteil-korruptives-verhalten-ist-straffrei/6788988.html>.

cherschutz entsprechend vorgelegten und rege diskutierten Referentenentwurf verabschiedete die Bundesregierung in leicht geänderter Fassung Ende Juli 2015 schließlich als Gesetzentwurf und brachte ihn Ende Oktober 2015 in den Bundestag ein.

Die Worte des Großen Senats für Strafsachen im März 2012 waren so deutlich, dass sie daneben Anlass gaben, sich erneut mit dem in der Rechtswissenschaft bis dato nicht unbekanntem Phänomen der Korruption im Gesundheitswesen ausführlich auseinanderzusetzen. Seinen Anfang genommen hatte diese Entwicklung mit dem sog. „Herzklappenskandal“<sup>3</sup> Mitte der 1990er Jahre. Über tausend Ermittlungsverfahren gegen Ärzte und Techniker aus Kliniken wurden eröffnet und bis dato auch zulässige und konstruktive Formen der Zusammenarbeit zwischen Ärzten und der Industrie, wie klinische Prüfungen oder von der Industrie veranstaltete Kongresse, genau unter die Lupe genommen. Letztlich allerdings war die Zahl der Verurteilungen gering. Die überwiegende Mehrheit der Verfahren wurde mangels hinreichenden Tatverdachts wieder eingestellt. Die mit dem (Ersten) Korruptionsbekämpfungsgesetz vom 13. August 1997 einhergehenden Änderungen brachten das Thema der Korruption im Gesundheitswesen gleich unter zweierlei Gesichtspunkten erneut in die Diskussion. Zum einen war nunmehr die Einwerbung von Drittmitteln sehr viel einfacher unter die §§ 331 ff. StGB zu subsumieren und hochschulpolitisch gewollte Kooperationen einmal mehr unter Verdacht. Im Jahr 2002 stellte der BGH schließlich klar, dass solche Drittmittel, für die das im Hochschulrecht vorgesehene Verfahren eingehalten wird, vom Tatbestand des § 331 Abs. 1 StGB auszunehmen sind. Zum anderen wurde der Tatbestand der Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr von seinem „Schattendasein“ im UWG befreit und als § 299 StGB gleichsam in das Strafgesetzbuch überführt. Im Jahr 2005 kam es schließlich zu einem „Donnerhall“ in der Strafrechtswissenschaft: Der bis dato in diesem Zusammenhang jedenfalls nicht als tauglicher Täter beschriebene niedergelassene Vertragsarzt wurde erstmalig von *Pragal*<sup>4</sup> als Beauftragter eines geschäftlichen Betriebs und mithin als tauglicher Täter des § 299 StGB a.F. eingeordnet. Diese Ansicht blieb von Literatur und Rechtsprechung nicht unbeachtet und fand in der Folge viele Anhänger. Schließlich mündeten zwei ähnliche Fälle in Vorlagefragen an den Großen Senat für Strafsachen. In dem letztlich der Entscheidung des Großen Senats zu-

3 Vgl. dazu ausführlich Laufs/Kern/*Ulsenheimer*, Handbuch des Arztrechts, § 152 Rn. 1 ff.

4 Vgl. *Pragal*, NStZ 2005, 133 ff.

grunde liegenden Fall des 5. Strafsenats ging es um ein zwischen einer Pharmareferentin und einem Arzt vereinbartes Prämiensystem, wonach dieser 5 % des Herstellerabgabepreises als Prämie dafür erhalten sollte, dass er Arzneimittel des Unternehmens verordne. Die Zuwendungen wurden als Honorar für fiktive Vorträge gezahlt. Der 5. Strafsenat stellte sich dabei die Frage sowohl nach der Amtsträger- als auch der Beauftrageneigenschaft des Vertragsarztes und legte diese Fragen mit dem Ziel einer künftigen einheitlichen Handhabung solcher Fälle vor. Der Große Senat schließlich entschied mit bekanntem Ergebnis und sorgte damit für die lang ersehnte höchstrichterliche Klärung.

Nach der Entscheidung sind allerdings längst nicht alle Fragen geklärt. Vorliegende Arbeit soll insbesondere vor dem Hintergrund der Entscheidung des Großen Senats klären, inwieweit nunmehr tatsächlich Strafbarkeitslücken nicht nur in der Erfassung niedergelassener Vertragsärzte, sondern auch in der Erfassung niedergelassener Privatärzte und von Ärzten im Krankenhaus bestehen, wenn sie mit der Arzneimittel- oder Medizinprodukteindustrie kooperieren. Neben den typischen Korruptionsdelikten sollen dabei auch die häufig in diesen Fällen ebenfalls einschlägigen Delikte – der Betrug und die Untreue – ausführlich betrachtet werden. Möglicherweise gilt es die bisherigen Betrachtungen durch die Ausführungen des Großen Senats neu zu bewerten und einzuordnen. Die vom Gesetzgeber zum Zeitpunkt der Fertigstellung der Arbeit geplante Strafnorm des § 299a StGB-RegE gilt es schließlich vor dem Hintergrund der bis dahin gefundenen Erkenntnisse näher zu betrachten.

Der Begriff der Korruption ist weit, ebenso der des Gesundheitswesens. Unzählige Fallgruppen werden daher unter dem Phänomen der Korruption im Gesundheitswesen diskutiert, darunter insbesondere die Zusammenarbeit von Heilberuflern untereinander sowie die Zusammenarbeit von Heilberuflern mit der Industrie. Die vorliegende Arbeit beschränkt sich daher auf die Untersuchung der zuletzt in Rechtsprechung, Wissenschaft, Politik und Öffentlichkeit überwiegend diskutierte Fallgestaltung: Die Strafbarkeit von Ärzten bei der Zusammenarbeit mit der Arzneimittel- und Medizinprodukteindustrie.

Die folgende Untersuchung gliedert sich in vier Kapitel. Das erste Kapitel führt dabei in die Grundlagen der weiteren Arbeit ein. Neben dem Korruptionsbegriff werden die Grundzüge des deutschen Gesundheitssystems, insbesondere die Stellung des Arztes und die Versorgung mit Arznei- und Hilfsmitteln sowie mit Medizinprodukten, soweit sie für die Arbeit relevant sind, erläutert. Schließlich werden gängige Formen der Kooperation zwischen Ärzten und der Industrie beschrieben. Das zweite

Kapitel nimmt eine strafrechtliche Betrachtung dieser Zusammenarbeit de lege lata vor. Über die in diesem Rahmen typischerweise betrachteten Strafnormen der §§ 331 ff., 299 StGB hinaus geht die Arbeit auch der Frage der Strafbarkeit von Ärzten wegen Betrugs (§ 263 StGB) und Untreue (§ 266 StGB) nach. Dem schließt sich die strafrechtliche Betrachtung de lege ferenda mit dem bei Fertigstellung der Arbeit geplanten Gesetz der Bundesregierung zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen im dritten Kapitel an. Den Abschluss im vierten Kapitel bilden die Zusammenfassung der gefundenen Ergebnisse sowie abschließende Überlegungen. Der für die Veröffentlichung ergänzte Anhang stellt sodann die tatsächlich erfolgte Reformgesetzgebung kurz dar.

# Erstes Kapitel

## Grundlagen

### A. Begriff und Arten der Korruption

Bevor die der Korruptionsbekämpfung dienenden Normen eingehend betrachtet werden, ist vorab zu klären, was unter Korruption überhaupt verstanden wird und welche Arten von Korruption man unterscheidet. Es soll eine Richtschnur für in dieser Arbeit relevante zu untersuchende Verhaltensweisen gegeben werden.

#### I. Begriff der Korruption

Obwohl der Begriff der Korruption seit dem 17. Jahrhundert im täglichen Sprachgebrauch nicht mehr wegzudenken ist,<sup>5</sup> existiert bis heute keine allgemeingültige Definition. Historisch<sup>6</sup> ist mit dem Wort Korruption immer „Verschiedenes, wenngleich stets Ähnliches etikettiert [worden]“<sup>7</sup>. Einzig verlässlich klären lässt sich der Wortursprung in der lateinischen Sprache.<sup>8</sup> Korruption ist danach dem Wort *corruptio* entlehnt, worunter man „Verderben, Bestechung“ versteht; entsprechend entstammt korrumpieren dem Verb *corrumpere*, womit „verderben, vernichten“ beschrieben wird und korrupt ist *corruptus* (Partizip Perfekt) entlehnt, worunter „bestechlich, moralisch verdorben“ zu verstehen ist.<sup>9</sup> Heute versteht man unter Korruption zumeist einen Vorgang, bei dem ein im öffentlichen

5 *Brauneder*, in: Brüner, S. 75, 75 f.

6 Eine historische Abhandlung zur Entwicklung der Korruption würde hier den Rahmen sprengen. Vgl. aber für einen guten Überblick: *Brauneder*, in: Brüner, S. 75 ff. und die Aufsatzreihe von *van Klaveren*, in *Vierteljahresschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte*, 44. Bd., H. 4 (1957), S. 289–324; 45. Bd., H. 4 (1958), S. 433–504 und 46. Bd., H. 2 (1959), S. 204–231.

7 *Brauneder*, in: Brüner, S. 75, 76.

8 *Pfeifer*, *Etymologisches Wörterbuch*, S. 720; *Wahrig-Burfeind*, Brockhaus, S. 883.

9 *Pfeifer*, *Etymologisches Wörterbuch*, S. 720.

oder privaten Sektor Macht Ausübender durch die Gabe eines privaten Vorteils zu einem eine Person oder mehrere Personen begünstigenden Verhaltens veranlasst wird.<sup>10</sup> Die mit diesem Verhalten häufig zugleich verbundenen schädlichen Auswirkungen auf Dritte oder die Allgemeinheit finden in Definitionsversuchen selten Erwähnung.<sup>11</sup>

Aufgrund der Komplexität des Vorgangs<sup>12</sup>, der sich von vielen Seiten aus beleuchten lässt, ist Korruption ein Phänomen, welches seit jeher viele Wissenschaftsdisziplinen beschäftigt hat. In Ermangelung einer allgemeingültigen Definition hat daher jede Disziplin für sich versucht, eine handhabbare Definition zu finden.<sup>13</sup> Die in der Wissenschaftswelt wohl bekannteste Definition stammt aus dem Jahr 1931 von Joseph J. Senturia. Korruption ist seiner Ansicht nach der Missbrauch öffentlicher Macht zu privatem Nutzen.<sup>14</sup> Politikwissenschaftler sehen Korruption überwiegend dann als gegeben an, wenn ein Angehöriger des öffentlichen Sektors<sup>15</sup> durch die Zuwendung von Geld oder anderer Belohnungen veranlasst wird, eine für den Leistenden vorteilhafte und für seinen Arbeitgeber oder die Öffentlichkeit nachteilige Handlung vorzunehmen.<sup>16</sup> Für Ökonomen

10 So auch *Friedrich*, *Pathologie der Politik*, S. 103 und bspw. *Brauneder*, in: *Brünner*, S. 75, 76.

11 Zutreffend weist *Brauneder*, in: *Brünner*, S. 75, 77, auf diese Komponente hin; so aber *Friedrich*, *Pathologie der Politik*, S. 103.

12 *Brauneder*, in: *Brünner*, S. 75, 76.

13 Aber auch dies war nicht einfach. Noch 1978 beklagen die amerikanischen Politikwissenschaftler *Peters/Welch*, 72 *APSR* 974, 974 (1978), dass es an einer greifbaren Definition fehle: „[...] the systematic study of corruption is hampered by the lack of an adequate definition“; eine der folgenden ähnliche Unterteilung findet sich mit ausführlichen Nachweisen in: *Androulakis*, S. 33, 34.

14 *Senturia*, in: *Seligman/Johnson*, *Encyclopaedia of the Social Sciences*, Bd. IV, S. 448.

15 Darauf, dass Korruption nicht nur auf den staatlichen Bereich beschränkt ist, wird vereinzelt hingewiesen, so bspw. *Gerlich*, in: *Brünner*, S. 165, 169.

16 *Friedrich*, *Pathologie der Politik*, S. 103; *Peters/Welch*, 72 *APSR* (1978) 974, 976; eine engere Definition favorisiert bspw. *Nye*, 61 *APSR* (1967) 417, 419, der eine Handlung nur dann als korrupt einstuft, wenn sie formale Pflichten verletzt: „Corruption is behavior which deviates from the formal duties of a public role because of private-regarding (personal, close family, private clique) pecuniary or status gains; or violates rules against the exercise of certain types of private-regarding influence.“; in diese Rich-

stellt Korruption wertneutral eine „Art des Tausches“<sup>17</sup> dar, bei dem die Beteiligten, eine unerlaubte Handlung und eine entsprechende Gegenleistung austauschen.<sup>18</sup> Der Anbieter der erwünschten Leistung wird dabei oftmals im öffentlichen Bereich gesehen.<sup>19</sup> In der Theologie steht die Moral des Menschen im Vordergrund. Schon das Alte Testament kennt das Phänomen der Korruption, es heißt dort im 2. Buch Mose (Exodus), Kapitel 23, Vers 8: „Du sollst Dich nicht durch Geschenke bestechen lassen; denn Geschenke machen die Sehenden blind und verdrehen die Sache derer, die im Recht sind.“ Heute beschreiben Theologen Korruption als einen „Sittenverfall“, bei dem der Mensch, als sittlich unvollkommenes und für Sünde anfälliges Wesen, bewusst sein Eigeninteresse höher stellt als die Pflichterfüllung und dabei sittliche Verpflichtung verletzt.<sup>20</sup>

All diese Ansätze konnten jedoch auch der Rechtswissenschaft nicht zu einer eindeutigen Definition verhelfen.<sup>21</sup> Als für die Rechtswissenschaft zu unscharf und zu weit erweisen sich die Definitionen der Soziologen und Theologen.<sup>22</sup> Für das wirtschaftliche Verständnis interessant ist der Ansatz der Ökonomen, jedoch schließt er zumeist einseitige Handlungen aus und erscheint mehr als Erklärungsversuch denn als Definition.<sup>23</sup> Politologen klammern Verhaltensweisen ohne die Beteiligung eines im öffentlichen Sektor Beschäftigten gleich vollkommen aus.<sup>24</sup> Um dennoch in

tung geht auch *Gerlich*, in: Brüner, S. 165, 168, der auf „normwidrige[s] Verhalten“ abstellt.

17 *Lambsdorff*, in: Pieth/Eigen, S. 56, 57.

18 *Lambsdorff*, in: Pieth/Eigen, S. 56, 57.

19 *Lambsdorff*, in: Pieth/Eigen, S. 56, 62; *Rose-Ackermann*, in: Pieth/Eigen, S. 40; insbesondere natürlich von politischen Ökonomen, wie bspw. *Borner/Schwyzler*, in: Pieth/Eigen, S. 17, 22.

20 *Rotter*, in: Brüner, S. 106, 106, 108, 116.

21 Vgl. nur unterschiedliche Definitionen u.a. von *Dölling*, DJT 1996, Bd. I, Gutachten, C 10 oder *Vahlenkamp*, in: *Vahlenkamp/Knauß*, S. 20; jüngst *Saliger*, in: FS Kargl, S. 493, 496 ff. Damit steht die deutsche Rechtswissenschaft nicht allein dar: auch im amerikanischen Recht beispielsweise, wo „corruptly“ sogar oft als Tatbestandsmerkmal dient, wird eine fehlende Definition beklagt, vgl. dazu *Lowenstein*, in: Heidenheimer u.a., *Political Corruption*, S. 29, 31f.

22 *Androulakis*, S. 34.

23 *Androulakis*, S. 34.

24 So auch *Androulakis*, S. 35.

der vorliegenden Arbeit eine Richtschnur für relevante zu untersuchende Verhaltensweise zu haben, wird hier korruptes Verhalten folgendermaßen verstanden: Korruptes Handeln ist solches, bei dem jemand für sein berufliches Handeln in unzulässiger Weise Vorteile erhält oder dies jedenfalls anstrebt.

## II. Arten der Korruption

Um das Phänomen der Korruption zu strukturieren, hat sich eine Systematik herausgebildet, die hier zur Verdeutlichung der Komplexität kurz Erwähnung finden soll.

Die am häufigsten anzutreffende Unterscheidung ist die zwischen situativer und struktureller Korruption.<sup>25</sup> Dabei wird auf die Art und die Umstände des Entschlusses und der Beziehung der Akteure untereinander abgestellt. Situative Korruption beschreibt in diesem Zusammenhang Fälle von spontanem Machtmissbrauch, bei denen wenige Akteure nur für kurze Zeit handeln und dem keine gezielte Planung und Vorbereitung vorausgeht. Sie wird auch Gelegenheits- oder Alltagskorruption genannt. Hingegen sind mit struktureller Korruption, auch als organisatorische oder systematische Korruption bezeichnet, solche Fallgestaltungen gemeint, in denen Akteure in einer Art Netzwerk länger andauernd korrupte Praktiken verfolgen.

Je nach Art der beteiligten Personen wird auch zwischen öffentlicher und privater Korruption unterschieden.<sup>26</sup> Dabei richtet sich diese Einteilung nach dem Beschäftigungsgebiet desjenigen, an dessen Handlung jemand Drittes interessiert ist. Kommen beide Akteure aus dem öffentlichen Bereich, wird dies teilweise gesondert als „endemische“ oder auch „interne“

25 Vgl. für verschiedene Ausprägungen dieses Ansatzes: *Ahlf*, Kriminalistik 1996, 154, 156 f. (kleine-situative und große-langfristig angelegte Korruption); *Bannenber*, Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle, S. 89 ff., 97 ff. (Einzelfall-, Gelegenheits- oder Bagatellkorruption, Gewachsene Beziehungen und Netzwerke); *BKA*, Lagebild Korruption 2003, S. 76 f.; *Herzog*, in: Lieb/Klemperer/Ludwig, Interessenkonflikte, S. 128, 130 (situative und strukturelle Korruption); für weitere Nachweise vgl. *Androulakis*, S. 46.

26 Vgl. bspw. *Androulakis*, S. 47; *Brünner*, in: Brünner, S. 677, 681 m.w.N.

Korruption erfasst.<sup>27</sup> Diese betreffe insbesondere Politiker und hohe Staatsbedienstete.

Korruption wird auch nach dem Umfang der gewährten Vorteile und der angestrebten Gegenleistung in den Blick genommen.<sup>28</sup> Je nach Ausmaß ist dabei zwischen kleiner und großer Korruption zu unterscheiden. Vereinzelt<sup>29</sup> wird davon ausgegangen, dass die situative Korruption stets kleinen Ausmaßes und die strukturelle Korruption stets großen Ausmaßes ist; dem muss jedoch durchaus nicht immer so sein. Weitere Klassifizierungen werden beispielsweise nach dem Zweck, der mit dem korrupten Vorgehen erreicht werden soll, nach der Art des Vorteils oder auch nach den Umständen der Vorteilszuwendung vorgenommen.<sup>30</sup>

Eine solche Systematisierung spielt insbesondere in der Kriminologie eine große Rolle. Eine gewisse Systematisierung gibt auch das materielle Strafrecht vor: Im StGB findet sich beispielsweise auch die Unterteilung der Delikte nach dem öffentlichen und dem privaten Sektor. So wird der öffentliche Sektor insbesondere in den §§ 331 ff. StGB geschützt, der private Sektor mit § 299 StGB.<sup>31</sup> Der Umfang des Vorteils ist von Bedeutung für die Strafzumessung. § 300 Nr. 1 StGB und § 335 Abs. 2 Nr. 1 StGB sehen dann eine höhere Strafandrohung vor, wenn sich „die Tat [...] auf einen Vorteil großen Ausmaßes bezieht“. Schließlich richtet sich die Höhe der Strafe auch nach der Organisationsstruktur der Korruption. Handelt „der Täter gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande [...], die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat“, sehen § 300 Nr. 2 StGB und § 335 Abs. 2 Nr. 3 StGB eine erhöhte Strafandrohung vor.

27 So bspw. von *Etzioni*, S. 245; darauf ebenfalls hinweisend *Ahlf*, Kriminallistik 1996, S. 154, 157.

28 *Androulakis*, S. 47

29 *Ahlf*, Kriminallistik 1996, 154, 156 f.; ähnlich auch die Einteilung bei *United Nations*, Handbook, S. 23.

30 *Androulakis*, S. 47 m.w.N.

31 Vgl. dazu das zweite Kapitel unter B.

## B. Der Arzt im Gesundheitssystem

Das deutsche Gesundheitssystem ist komplex. Es ist gekennzeichnet durch ein Geflecht an Vorschriften<sup>32</sup>, eine Vielzahl von beteiligten Institutionen und Personen und deren teilweise vielfältigen rechtlichen Beziehungen untereinander. Im Folgenden soll die Stellung des Arztes im Gesundheitssystem soweit beleuchtet werden, wie dies für spätere materiell-rechtliche Einordnung der untersuchten Verhaltensweisen notwendig ist. Grundzügen des Gesundheitssystems folgen Erläuterungen zu den Grundlagen der ärztlichen Tätigkeit, bevor zentrale Merkmale der Tätigkeit von Ärzten als Vertragsarzt, als sog. „Privatarzt“ oder als Arzt im Krankenhaus herausgestellt werden. Abschließend werden die Einzelheiten der Verordnung von Arznei- und Hilfsmitteln sowie Medizinprodukten betrachtet.

### I. Grundstruktur des Gesundheitssystems

#### 1. Grundstruktur

Die heutige Struktur des deutschen Gesundheitssystems ist historisch gewachsen.<sup>33</sup> Maßgeblich geprägt wurde es durch die Bismarck'sche Sozialgesetzgebung im Deutschen Reich, die ab 1883 durch die Einführung der gesetzlichen Krankenversicherung<sup>34</sup>, aber auch der gesetzlichen Unfallversicherung<sup>35</sup> (1884) und der gesetzlichen Rentenversicherung<sup>36</sup> (1889) erstmals breite Bevölkerungskreise gegen soziale Risiken absicherte.<sup>37</sup> Auch heute noch ist das Gesundheitssystem der Bundesrepublik

32 Insbesondere das einen großen Teil des Normgeflechts ausmachende Sozialversicherungsrecht wird gelegentlich u.a. als „Wespennest ungeklärter juristischer Probleme“ (*Isensee*, zitiert nach *Schnapp*, in: FS Herzberg, S. 795) bezeichnet.

33 Einen Überblick über die historische Entwicklung gibt *Simon*, S. 19 ff.; vgl. auch *Sodan/Sodan*, Handbuch Krankenversicherungsrecht, § 1 Rn. 1 ff.

34 Gesetz, betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter, vom 15. Juni 1883 (RGBl. Nr. 9, S. 73–104).

35 Unfallversicherungsgesetz vom 6. Juli 1884 (RGBl. Nr. 19, S. 69–111).

36 Gesetz, betreffend die Invaliditäts- und Altersversicherung, vom 22. Juni 1889 (RGBl. Nr. 13, S. 97–144).

37 *Stolleis*, S. 76 ff.; in diesem Sinne auch *Sodan/Sodan*, Handbuch Krankenversicherungsrecht, § 1 Rn. 5 ff.

Deutschland zum großen Teil staatlich reguliert<sup>38</sup> und überwiegend durch Sozialversicherungsbeiträge finanziert<sup>39</sup>.

Zentrale Institutionen des deutschen Gesundheitssystems sind die gesetzliche und die private Krankenversicherung.<sup>40</sup> Über 99 % der Bevölkerung waren im Jahr 2015 dadurch insbesondere für Leistungen im Krankheitsfall<sup>41</sup> versichert, davon knapp über 87 % gesetzlich und 11,7 % privat.<sup>42</sup> Öffentliche, freigemeinnützige und private Einrichtungen sind in diesem Gesundheitssystem diejenigen, die die Leistungen erbringen.<sup>43</sup> Die privaten Einrichtungen, zu denen neben Unternehmen auch Einzelpersonen, wie ein selbständig niedergelassener Arzt zählt, erbringen dabei den größten Teil.<sup>44</sup>

Vorschriften, die die Rechtsbeziehungen der verschiedenen Institutionen und Akteure im Gesundheitswesen beschreiben, sind über verschiedenste Rechtsgebiete und Gesetzbücher verteilt. Ein einheitliches Gesetzbuch, welches die das Gesundheitssystem betreffenden Vorschriften bündelt, sucht man vergebens.<sup>45</sup> Die Gesetzgebungskompetenzen sind stattdessen zwischen Bund (vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 7, 11, 12, 19, 19a und 26 GG)<sup>46</sup> und Ländern aufgeteilt.<sup>47</sup> Hinzu kommen zahlreiche Verträge, Richtlinien

38 Dies steht in einem engen Zusammenhang mit dem in Art. 20 Abs. 1 GG niedergelegten Sozialstaatsgebot des Grundgesetzes. Dem Staat ist damit die grundsätzliche Verantwortung übertragen, für eine ausreichende soziale Sicherung und somit auch der Versorgung im Krankheitsfall zu sorgen (BVerfGE 68, 193, 209; 124, 25, 37); in der genauen Ausgestaltung ist er jedoch frei (BVerfG 65, 182, 193; 71, 66, 80), vgl. Jarass/Pieroth/Jarass, GG, Art. 20 Rn. 156, 154.

39 Becker/Kingreen/Becker/Kingreen, § 1 Rn. 4.

40 Simon, S. 142.

41 Die Versicherungsleistungen gehen über den typischen Versicherungsfall bei Krankheit natürlich hinaus. Nach Abschnitt drei des SGB V umfasst die GKV demnach u.a. auch Leistungen zur Verhütung von Krankheiten oder Förderungen der Selbsthilfe sowie Leistungen bei Schwangerschaft und Mutterschaft.

42 Eigene Berechnungen auf Basis der Daten von BMG, Daten des Gesundheitswesens 2015, S. 111.

43 Vgl. Simon, S. 137.

44 Vgl. Simon, S. 138.

45 Vgl. auch MAH-MedR/Wollersheim, § 6 Rn. 1.

46 Spickhoff/Steiner/Müller-Terpitz, GG, Art. 74 Rn. 1 ff.

47 Vgl. dazu Ratzel/Luxenburger/Ratzel, Hdb MedR, § 4 Rn. 1.

und weitere untergesetzliche Normen durch Verbände oder Institutionen, die es bei unterschiedlichsten Gelegenheiten zu beachten gilt.

## 2. *Das System der Krankenversicherung*

Im dualen deutschen Krankenversicherungssystem bestehen die gesetzliche und die private Krankenversicherung nebeneinander. Nach immer wieder aufkeimenden Diskussionen um ein einheitliches Versicherungssystem,<sup>48</sup> blickt der Dualismus mittlerweile auf eine über hundertjährige Geschichte zurück<sup>49</sup>.

### a) Die gesetzliche Krankenversicherung

Krankenkassen sind die Träger der gesetzlichen Krankenversicherung.<sup>50</sup> Gem. § 4 Abs. 1 SGB V<sup>51</sup> sind sie rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung und gehören damit zur mittelbaren Staatsverwaltung<sup>52</sup>. Sie unterliegen grundsätzlich allein der Rechtsaufsicht des Bundes.<sup>53</sup> In jedem Bundesland bilden die Krankenkassen gem. §§ 207 ff. SGB V Landesverbände. Alle Krankenkassen zusammen bilden den Spitzenverband Bund der Krankenkassen als Körperschaft des öffentlichen Rechts (§ 217a SGB V). Dieser hat gem. § 217f SGB V unter anderem die Aufgabe, die Krankenkassen und ihre Landesverbände bei der Erfüllung ihrer Aufgaben und bei der Wahrnehmung ihrer Interessen zu unterstützen und Rahmenrichtlinien festzulegen.

48 So auch erst im Rahmen des letzten Bundestagswahlkampfes, vgl. dazu eine tabellarische Übersicht des DÄ der Standpunkte von ausgewählten Parteien unter <http://www.aerzteblatt.de/down.asp?id=11533>.

49 Vgl. zur Entstehung und der Geschichte des dualen Versicherungssystems: *Bockmann*, Quo vadis, PKV?, S. 45 ff.

50 *Waltermann*, Sozialrecht, § 8 Rn. 159. Derzeit gibt es in Deutschland 124 gesetzliche Krankenkassen (mit Stand vom 1. Januar 2015), vgl. *BMG*, Daten des Gesundheitswesens 2015, S. 114.

51 Das Fünfte Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Krankenversicherung – vom 20. Dezember 1988 (BGBl. I S. 2477, 2482), das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 10. Dezember 2015 (BGBl. I S. 2229) geändert worden ist.

52 *Sodan/Sodan*, Handbuch Krankenversicherungsrecht, § 1 Rn. 15.

53 *Sodan/Schüffner/Franck*, Handbuch Krankenversicherungsrecht, § 36 Rn. 10, 40.

Die gesetzlichen Krankenkassen sind mitgliederschaflich verfasst<sup>54</sup> (§§ 186 ff. SGB V). Ebenso wie bei den anderen Sozialversicherungen, besteht in der gesetzlichen Krankenversicherung grundsätzlich eine Versicherungspflicht.<sup>55</sup> Regeln zur Finanzierung der gesetzlichen Krankenversicherung finden sich in den §§ 220–273 SGB V. Gem. § 220 Abs. 1 SGB V werden die Mittel der Krankenversicherung durch Beiträge und sonstige Einnahmen aufgebracht. Dabei machen die Beiträge der versicherten Mitglieder den größten Teil des Budgets aus.<sup>56</sup> Jede Krankenkasse zieht ihre Beiträge ein und leitet diese<sup>57</sup> dann an den sogenannten Gesundheitsfond weiter.<sup>58</sup> Dort werden alle Einnahmen gesammelt und gem. § 266 Abs. 1 SGB V im Rahmen des morbiditätsorientierten Risikostrukturausgleichs (neben einer Grundpauschale werden alters-, geschlechts- und risikoadjustierte Zu- und Abschläge vorgenommen) wieder auf die Krankenkassen verteilt.<sup>59</sup> Verwaltet wird der Gesundheitsfond gem. § 271 Abs. 1 SGB V durch das Bundesversicherungsamt als Sondervermögen.

Die gesetzliche Krankenversicherung beruht im Grundsatz auf dem Sachleistungsprinzip (vgl. § 2 Abs. 2 S. 1 SGB V).<sup>60</sup> Danach haben die Krankenkassen ihren Versicherten die Leistungen als Sach- und Dienstleistungen zur Verfügung zu stellen.<sup>61</sup> Soweit sie diese nicht ausnahmsweise in sogenannten Eigeneinrichtungen selber erbringen (vgl. § 140 SGB V und § 132 Abs. 1 S. 1 SGB V; 132a Abs. 2 S. 10 SGB V), bedienen sie sich

54 Becker/Kingreen/Mühlhausen, § 4 Rn. 3.

55 Becker/Kingreen/Michels, § 186 Rn. 3; Waltermann, Sozialrecht, § 8 Rn. 174.

56 Vgl. für weitere Einzelheiten Waltermann, Sozialrecht, § 8 Rn. 167; zu den Ausnahmen vgl. §§ 6 ff. SGB V.

57 Ausgenommen davon sind sog. Zusatzbeiträge, die die Krankenkassen von ihren Mitgliedern erheben und ohne Umwege auch direkt erhalten können, wenn sie mit ihrem Geld nicht auskommen. Vgl. Waltermann, Sozialrecht, § 8 Rn. 169 f. (Grafik).

58 Laufs/Kern/Clemens, Handbuch des Arztrechts, § 24 Rn. 39.

59 Waltermann, Sozialrecht, § 8 Rn. 168.

60 Sodan/Hauck, Handbuch Krankenversicherungsrecht, § 8 Rn. 19; ausführlich dazu Quaas/Zuck/Zuck, Medizinrecht, § 9 Rn. 2 ff. m.w.N.; zu den Ausnahmen vgl. § 13 SGB V und bei Sodan/Hauck, Handbuch Krankenversicherungsrecht, § 8 Rn. 22 ff.

61 Sodan/Hauck, Handbuch Krankenversicherungsrecht, § 8 Rn. 19.

zur Leistungserbringung sogenannter Leistungserbringer.<sup>62</sup> Gem. § 69 Abs. 1 SGB V zählen dazu unter anderem Ärzte, Zahnärzte, Psychotherapeuten, Apotheken und Krankenhäuser, mit denen die Krankenkassen Verträge über die Erbringung der Leistungen abschließen (vgl. § 2 Abs. 2 S. 3 SGB V).<sup>63</sup>

#### b) Die private Krankenversicherung

Die private Krankenversicherung hingegen hat ihre Grundlagen im Privatrecht.<sup>64</sup> Überwiegend werden die privaten Krankenversicherungsunternehmen als Aktiengesellschaft oder auch als Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit betrieben.<sup>65</sup>

Zu unterscheiden sind private Krankheitskostenvollversicherungen und private Zusatz- bzw. Ergänzungsversicherungen. Eine private Krankheitskostenvollversicherung ist die bedeutendste Form einer sogenannten substitutiven Krankenversicherung, d.h. einer Krankenversicherung, welche ganz oder teilweise den im gesetzlichen Sozialversicherungssystem vorgesehenen Kranken- oder Pflegeversicherungsschutz ersetzen kann (vgl. § 146 Abs. 1 VAG<sup>66</sup> und § 195 Abs. 1 VVG<sup>67</sup>).<sup>68</sup> Auf ihr soll daher der Fokus der folgenden Ausführungen liegen. Eine solche Krankheitskos-

62 Vgl. Becker/Kingreen/Scholz, § 2 Rn. 11, Quaas/Zuck/Zuck, Medizinrecht, § 9 Rn. 3.

63 Mehr zu den Rechtsbeziehungen bei der Leistungserbringung vgl. unten unter B. III. 4.

64 Waltermann, Sozialrecht, § 8 Rn. 173.

65 Sodan/Sodan, Handbuch Krankenversicherungsrecht, § 1 Rn. 16. Dem Rechenschaftsbericht der privaten Krankenversicherung ist zu entnehmen, dass der Verband Ende 2014 42 ordentliche Mitgliedsunternehmen hatte, davon waren 24 Aktiengesellschaften und 18 Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, vgl. PKV, Rechenschaftsbericht 2014, S. 9.

66 Versicherungsaufsichtsgesetz vom 1. April 2015 (BGBl. I S. 434), das zuletzt durch Artikel 15 des Gesetzes vom 11. März 2016 (BGBl. I S. 396) geändert worden ist.

67 Versicherungsvertragsgesetz vom 23. November 2007 (BGBl. I S. 2631), das durch Artikel 15 des Gesetzes vom 19. Februar 2016 (BGBl. I S. 254) geändert worden ist.

68 Vgl. dazu auch Sodan/Sodan, Handbuch Krankenversicherungsrecht, § 1 Rn. 18; Meier/von Czetztritz/Gabriel/Kaufmann, Pharmarecht, § 10 Rn. 17.

tenvollversicherung kann grundsätzlich jeder abschließen.<sup>69</sup> Allerdings werden dies zumeist nur die Personen tun, bei denen keine Versicherungspflicht nach den Vorschriften des SGB V für die gesetzliche Krankenversicherung besteht.<sup>70</sup>

Das Privatversicherungswesen ist vom Grundsatz der Vertragsfreiheit geprägt.<sup>71</sup> Die Versicherungsleistungen der PKV (im Rahmen der substitutiven Krankenversicherung)<sup>72</sup> werden im sogenannten Kapitaldeckungsverfahren (teilweise auch Anwartschaftsdeckungsverfahren<sup>73</sup> genannt) finanziert.<sup>74</sup> Im Gegensatz zum in der gesetzlichen Krankenversicherung angewandten Umlageverfahren, welches aus den Beiträgen die laufenden Versicherungskosten trägt (wirtschaften „von der Hand in den Mund“)<sup>75</sup>, wird im Kapitaldeckungsverfahren aus den Beiträgen der Versicherten eine Kapitalreserve als Grundlage späterer Versicherungsleistungen gebildet.<sup>76</sup> Während also ein Teil der Beiträge zur privaten Krankenversicherung der Finanzierung der laufenden Ausgaben der Versichertengemeinschaft dient, fließt der andere Teil in die sogenannten Altersrückstellungen, um das mit zunehmendem Alter steigende Krank-

69 Wie hier Sodan/*Sodan*, Handbuch Krankenversicherungsrecht, § 1 Rn. 18; anders aber wohl Freitag, Ärztlicher Abrechnungsbetrug, S. 83.

70 Nicht nur theoretisch in Betracht kommt für gesetzlich Pflichtversicherte der Abschluss einer privaten Zusatzversicherung, vgl. dazu Sodan/*Sodan*, Handbuch Krankenversicherungsrecht, § 1 Rn. 18; Sodan/*Schüffner/Franck*, Handbuch Krankenversicherungsrecht, § 43 Rn. 133 ff.

71 Sodan/*Schüffner/Franck*, Handbuch Krankenversicherungsrecht, § 43 Rn. 36. Seit dem 1.1.2009 wird dieser Grundsatz allerdings durch einen in § 152 Abs. 2 VAG (bis 31.12.2015: § 12 Abs. 1b VAG), § 193 Abs. 5 VVG niedergelegten eingeschränkten Kontrahierungszwang für eine Krankheitskostenversicherung im sog. Basistarif durchbrochen, vgl. dazu Boetius, Private Krankenversicherung, § 193 VVG Rn. 19, § 12 VAG Rn. 49 und Sodan/*Schüffner/Franck*, Handbuch Krankenversicherungsrecht, § 43 Rn. 142 ff.

72 Sodan/*Kalis*, Handbuch Krankenversicherungsrecht, § 42 Rn. 7a.

73 Wenzel/*Hess*, FA-MedR, Kap. 2 Rn. 47.

74 Sodan/*Sodan*, Handbuch Krankenversicherungsrecht, § 1 Rn. 20.

75 So auch Sodan/*Sodan*, Handbuch Krankenversicherungsrecht, § 1 Rn. 20.

76 Sodan/*Sodan*, Handbuch Krankenversicherungsrecht, § 1 Rn. 20.

heitsrisiko bei gleichbleibenden Beiträgen über den Versicherungsverlauf hinweg auszugleichen.<sup>77</sup>

Art und Höhe der Versicherungsleistung ergeben sich aus dem Versicherungsvertrag, den der Versicherungsnehmer mit dem Versicherungsgeber nach zivilrechtlichen Grundsätzen ergänzt durch Vorschriften des VVG abschließt.<sup>78</sup> Der Inhalt ist in der Regel durch Allgemeine Versicherungsbedingungen (AVB) vom Versicherer vorgegeben,<sup>79</sup> welche zumeist in einem ersten Teil die verbandseinheitlichen Musterbedingungen (MB/KK)<sup>80</sup> enthalten bzw. modifizieren und in einem zweiten Teil die sogenannten Tarifbedingungen enthalten, die die je nach Versicherung unterschiedlichen Leistungen näher beschreiben.<sup>81</sup> Für einige Tarife der privaten Krankenversicherung gibt es brancheneinheitliche Musterbedingungen, die nicht modifiziert werden dürfen, so unter anderem die Bedingungen des Basistarifs und des Standardtarifs.<sup>82</sup> Der einmal vereinbarte Leistungsumfang bleibt dem Versicherten grundsätzlich ein Leben lang erhalten.<sup>83</sup>

Während in der gesetzlichen Krankenversicherung das Sachleistungsprinzip vorherrscht, gilt in der privaten Krankenversicherung fast ausschließlich das Kostenerstattungsprinzip.<sup>84</sup> Danach verschafft sich der Versicherte zunächst selbst die notwendige Leistung (beispielsweise bei einem niedergelassenen Arzt oder in einem Krankenhaus), verauslagt die Kosten

77 Sodan/Sodan, Handbuch Krankenversicherungsrecht, § 1 Rn. 20; § 46 Rn. 5.

78 Sodan/Schüffner/Franck, Handbuch Krankenversicherungsrecht, § 43 Rn. 29, 55 ff.; Waltermann, Sozialrecht, § 8 Rn. 173; vgl. auch Meier/von Czertritz/Gabriel/Kaufmann, Pharmarecht, § 10 Rn. 12.

79 Sodan/Schüffner/Franck, Handbuch Krankenversicherungsrecht, § 43 Rn. 61. „Die AGB der Versicherungswirtschaft“, so Bach/Moser/Rudolph, Private Krankenversicherung, Teil A. Rn. 22.

80 Musterbedingungen 2009 für die Krankheitskosten- und Krankenhaustagegeldversicherung, MB/KK 2009, abrufbar auf den Internetseiten des PKV-Verbandes unter <https://www.pkv.de/service/broschueren/musterbedingungen/mb-kk-2009.pdb.pdf?dl=1>.

81 Schäfer, VersR 2010, 1525, 1525.

82 Vgl. Sodan/Kalis, Handbuch Krankenversicherungsrecht, § 42 Rn. 8a; Meier/von Czertritz/Gabriel/Kaufmann, Pharmarecht, § 10 Rn. 12.

83 Sodan/Kalis, Handbuch Krankenversicherungsrecht, § 42 Rn. 7b. Beachte aber § 203 Abs. 3 VVG.

84 Vgl. dazu auch MAH Sozialrecht/Hauck, § 18 Rn. 3.

und bekommt diese wiederum von seiner Versicherung erstattet, soweit die medizinische Leistung den zwischen dem privaten Versicherungsunternehmen und dem Versicherten vereinbarten Vertragsbedingungen entspricht (vgl. dazu bspw. § 192 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 4 VVG).<sup>85</sup> § 192 Abs. 1 VVG verpflichtet den Versicherer, Aufwendungen zu erstatten, die „im vereinbarten Umfang [...] für medizinisch notwendige Heilbehandlung wegen Krankheit oder Unfallfolgen und für sonstige vereinbarte Leistungen einschließlich solcher bei Schwangerschaft und Entbindung sowie für ambulante Vorsorgeuntersuchungen zur Früherkennung von Krankheiten nach gesetzlich eingeführten Programmen [entstanden sind]“. Nicht Ersatz leisten muss die Versicherung für Aufwendungen, die aus unberechtigten Ansprüchen Dritter entstanden sind.<sup>86</sup> Gem. § 192 Abs. 3 Nr. 5 VVG ist auch eine Direktabrechnung zwischen dem privaten Versicherungsunternehmen und dem Leistungserbringer möglich (häufig bei Krankenhausbehandlungen), mit der der Kostenerstattungsanspruch des Versicherten gleich „abgewickelt“ wird.<sup>87</sup>

## II. Grundlagen ärztlicher Tätigkeit

Bevor die Einzelheiten der Berufsausübung, bei der nach der Art der Ausübung des ärztlichen Berufs zu unterscheiden ist, näher betrachtet werden, sind zunächst die für alle Ärzte geltenden Grundlagen ärztlicher Tätigkeit vorzustellen. Mit Erhalt seiner Approbation ist jeder Arzt in ein kompliziertes rechtliches System eingebunden. Für seine Arbeit sind die Begriffe der Freiheit und des Vertrauens maßgebend.

### 1. Rechtlicher Rahmen

Die Zulassung und Ausübung des ärztlichen Berufs ist stark reglementiert.<sup>88</sup> Vorschriften dazu finden sich sowohl in Bundes- als auch in Lan-

85 Dieners/Reese/Reese/Stallberg, Pharmarecht, § 17 Rn. 62; vgl. auch Meier/von Czettritz/Gabriel/Kaufmann, Pharmarecht, § 10 Rn. 17.

86 BGH NJW 1998, 1790, 1790; BGH NJW 2003, 1596, 1596 m.w.N.

87 Wenzel/Hess, FA-MedR, Kap. 2 Rn. 41; ebenso Dieners/Reese/Reese/Stallberg, Handbuch Pharmarecht, § 17 Rn. 64; Sodan/Sodan, Handbuch Krankenversicherungsrecht, § 1 Rn. 31. Vgl. zu den Einzelheiten unten unter B. V. 3.

88 Ausführlich dazu u.a. MAH-MedR/Wollersheim, § 6 Rn. 1 ff.; Ratzel/Luxenburger/Ratzel, Hdb MedR, § 4 Rn. 1–3 und Ratzel/Luxenburger/Ratzel/Knüpper, Hdb MedR, § 5.

desgesetzes. Weiterhin sind zahlreiche Richtlinien und Leitlinien für das ärztliche Handeln maßgebend.

Nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG kommt dem Bund unter anderem die Regelungskompetenz für die Zulassung zu den Heilberufen zu. Diese umfasst Vorschriften über die Erteilung, die Zurücknahme oder den Verlust der Approbation.<sup>89</sup> Mit Erlass der Bundesärzteordnung (BÄO)<sup>90</sup> hat der Bund für den Arztberuf von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht.<sup>91</sup> Danach darf als Arzt in der Bundesrepublik Deutschland gem. § 2 BÄO nur tätig sein, wer entweder eine Approbation gem. § 3 ff. BÄO erworben (§ 2 Abs. 1 BÄO) bzw. eine Erlaubnis zur (vorübergehenden) Ausübung nach § 10 f. BÄO (§ 2 Abs. 2 BÄO) erhalten hat oder nach §§ 2 Abs. 3, 10b BÄO sonst zur Ausübung berechtigt ist.

Die Gesetzgebungskompetenz für Berufsausübungsregelungen steht nach Art. 70 GG hingegen den Ländern zu. Mit dem Erlass von sogenannten Heilberufs- bzw. Kammergesetzen haben diese davon Gebrauch gemacht.<sup>92</sup> Auf deren Grundlage sind in jedem Bundesland Ärztekammern entstanden,<sup>93</sup> die Körperschaften des öffentlichen Rechts sind und denen als Einrichtung der funktionalen Selbstverwaltung eine Vielzahl von Aufgaben übertragen ist (vgl. bspw. § 4 Bln KAG).<sup>94</sup> Sie sind dazu ermächtigt (vgl. bspw. § 4a Bln KAG), die Berufsausübung sowie die Berufspflichten ihrer Mitglieder in Berufsordnungen zu regeln. Die Landesärztekammern sind dieser Ermächtigung wiederum durch Erlass von

89 BVerfG NJW 1972, 1504, 1505; BVerfGE 4, 74, 83 ff.

90 Bundesärzteordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. April 1987 (BGBl. I S. 1218), die zuletzt durch Artikel 2 der Verordnung vom 21. Juli 2014 (BGBl. I S. 1301) geändert worden ist.

91 Spickhoff/Schelling, Vorbem. zu BÄO, Rn. 1.

92 In Berlin gilt bspw. das „Gesetz über die Kammern und die Berufsgerechtigbarkeit der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Apotheker, Psychologischen Psychotherapeuten und Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten (Berliner Kammergesetz)“ in der Fassung der Bekanntmachung vom 4. September 1978, zuletzt geändert durch Art. I Zwölftes ÄndG vom 27.3.2013 (GVBl. S. 70); vgl. zur Übersicht aller Heilberufs- bzw. Kammergesetze die Internetseite der Ärztekammer Westfalen-Lippe.

93 Aufgrund der großen Mitgliederzahlen in NRW sind dort sowohl für den Bereich Nordrhein als auch Westfalen Kammern geschaffen worden, MAH-MedR/Wollersheim, § 6 Rn. 33.

94 Laufs/Kern/Laufs, Handbuch des Arztrechts, § 13 Rn. 1 f.

Satzungen<sup>95</sup> nachgekommen. Inhaltlich orientieren sich diese an der von der Bundesärztekammer<sup>96</sup> erlassenen aber nicht rechtsverbindlichen<sup>97</sup> Musterberufsordnung (MBO-Ä)<sup>98</sup>. Die Organisation in Ärztekammern bringt die Pflichtmitgliedschaft für Ärzte mit sich.<sup>99</sup> Zwischen beiden besteht ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis, in dem die Ärztekammer befugt ist, Verwaltungsakte gegenüber ihren Mitgliedern zu erlassen.<sup>100</sup> Regelungen, die die Berufsausübung betreffen, finden sich teilweise auch in Bundesgesetzen. Insbesondere das SGB V, welches der Bund auf der Grundlage von Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG erlassen hat, enthält beispielsweise Vorschriften zu Fortbildungspflichten (§ 95d SGB V) oder zur Sicherung der Leistungsqualität (§§ 135 ff. SGB V) für Leistungserbringer, die an der Versorgung gesetzlich Versicherter teilnehmen. Schließlich tangieren auch Richtlinien bspw. vom Gemeinsamen Bundesausschuss<sup>101</sup> oder durch die Bundesärztekammer erlassen, Leitlinien oder Empfehlungen die (vertrags-)ärztliche Berufsausübung.<sup>102</sup>

- 95 Für Berlin vgl. bspw. die „Berufsordnung der Ärztekammer Berlin“ vom 26. November 2014 (ABl. Nr. 52, S. 2341).
- 96 Die Bundesärztekammer ist ein freiwilliger privatrechtlicher Zusammenschluss der Landesärztekammern, die ihrer Satzung zufolge unter anderem auf eine möglichst einheitliche Regelung der Berufspflichten durch die Landesärztekammern abzielt, vgl. Laufs/Kern/Laufs, Handbuch des Arztrechts, § 13 Rn. 13 f.; Spickhoff/Scholz, Vorbem. zur MBO, Rn. 1.
- 97 Spickhoff/Scholz, Vorbem. zur MBO, Rn. 1.
- 98 Die „(Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte – MBO-Ä 1997“ in der Fassung der Beschlüsse des 118. Deutschen Ärztetages 2015 in Frankfurt am Main.
- 99 Vgl. bspw. § 2 Bln KAG; MAH-MedR/Wollersheim, § 6 Rn. 47; Ratzel/Luxenburger/Ratzel/Knüpfer, Hdb MedR, § 5 Rn. 46.
- 100 MAH-MedR/Wollersheim, § 6 Rn. 45; Laufs/Kern/Laufs, Handbuch des Arztrechts, § 13 Rn. 7 f.
- 101 Eine Auflistung der bisher vom Gemeinsamen Bundesausschuss beschlossenen Richtlinien findet sich bei Wenzel/Hess, FA-MedR, Kap. 2 Rn. 536.
- 102 Ein Hinweis auf diese Regeln soll hier genügen. Einen Überblick über die damit zusammenhängenden rechtlichen Fragen geben bspw. Ratajczak, Eine Einführung, S. 1 ff.; Sickor, Normenhierarchie, S. 167–193, 237–241, vgl. insbesondere zu den Leitlinien Hart, Ärztliche Leitlinien im Medizin- und Gesundheitsrecht.

## 2. Freier Beruf

Trotz aller Regeln ist der ärztliche Beruf ein freier Beruf: er zählt zu den sog. „Freien Berufen“ und ist darüber hinaus auch „seiner Natur nach“ ein freier Beruf.

Der Begriff des „Freien Berufs“ ist kein eindeutiger Rechtsbegriff.<sup>103</sup> Eine abschließende und umfassende Legaldefinition der sog. „Freien Berufe“ sucht man in der deutschen Rechtsordnung bislang vergebens.<sup>104</sup> Eine inhaltliche Annäherung gibt heute § 1 Abs. 2 S. 1 PartGG<sup>105</sup>, wonach freie Berufe in der Regel auf der Grundlage besonderer beruflicher Qualifikation oder schöpferischer Begabung die persönliche, eigenverantwortliche und fachlich unabhängige Erbringung von Dienstleistungen höherer Art im Interesse der Auftraggeber und der Allgemeinheit zum Inhalt haben. Ähnlich ist die Definition des Europäischen Gerichtshof, wonach freie Berufe durch Tätigkeiten gekennzeichnet wären, die einen „ausgesprochen intellektuellen Charakter haben, eine hohe Qualifikation verlangen [,] gewöhnlich einer genauen und strengen berufsständischen Regelung unterliegen“, bei denen das „persönliche Element eine besondere Bedeutung hat“ und die eine „große Selbständigkeit bei der Vornahme der beruflichen Handlungen voraussetz[en]“.<sup>106</sup> Nach diesen Maßstäben gehört der Arztberuf zu den „Freien Berufen“:<sup>107</sup> seine Tätigkeit ist intellektuell höchst anspruchsvoll und gleichzeitig sehr persönlich. Entscheidungen muss der Arzt selbständig treffen und für die Konsequenzen unter Umständen persönlich haften. Jeder Arzt unterliegt strengen berufsständischen Regelungen, denen er mit seiner Approbation unterworfen ist.<sup>108</sup>

Dieses Ergebnis wird durch § 1 Abs. 2 2. Hs. BÄO und § 1 Abs. 1 S. 3 MBO-Ä getragen. Danach ist der ärztliche Beruf seiner Natur nach ein freier Beruf. Der Zusatz *seiner Natur nach* soll klarstellen, dass jeder Arzt, unabhängig davon, „in welchem Rechtsverhältnis und in welcher

103 BVerfG NJW 1960, 619, 620.

104 *BMWi*, Freie Berufe, S. 4; *Quaas/Zuck/Quaas*, Medizinrecht, § 13 Rn. 9; *Sodan*, Freie Berufe, S. 13 f. m.w.N.

105 Partnerschaftsgesellschaftsgesetz vom 25. Juli 1994 (BGBl. I, S. 1744), das zuletzt durch Artikel 7 des Gesetzes vom 22. Dezember 2015 (BGBl. I S. 2565) geändert worden ist.

106 Vgl. dazu EuGH, Urteil vom 11. Oktober 2011, Az. C-267/99, Rn. 39.

107 Vgl. nur BVerfG NJW 1960, 619 ff.; *Quaas/Zuck/Quaas*, Medizinrecht, § 13 Rn. 9 ff.; *Sodan*, Freie Berufe, S. 94.

108 Vgl. dazu oben unter B. II. 1.