

Rechtliche Grenzen von Kooperationen auf dem Gebiet der Hilfsmittelversorgung

Rechtsgutachten

erstattet im Auftrag der
STOLLE Sanitätshaus GmbH & Co. KG

von

Universitätsprofessor Dr. iur. habil. Helge Sodan

Inhaber des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht,
Öffentliches Wirtschaftsrecht und Sozialrecht
an der Freien Universität Berlin

Direktor des Deutschen Instituts für Gesundheitsrecht (DIGR)

Präsident des Verfassungsgerichtshofes des Landes Berlin a. D.

Berlin, im Mai 2023

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	5
A. Sektorengrenzen und wirtschaftlicher Wettbewerb	5
B. Wettbewerbsverzerrung und Anbieterdominanz durch wirtschaftliche Zusammenarbeit	6
C. Gang der Untersuchung	7
Erster Teil: Kooperationen im Gesundheitswesen	8
A. Einführung	8
B. Kooperationsformen in der vertragsärztlichen Versorgung	9
I. Fachliche Kooperation	9
II. Wirtschaftliche Kooperation	10
1. Bedeutung wirtschaftlicher Zusammenarbeit	10
2. Steuerungskraft von Kooperationen	10
a) Bedeutung der sogenannten „veranlassten Leistungen“	10
b) Faktische Steuerung der Patienten am Beispiel der Hilfsmittelversorgung	11
3. Auswirkungen auf die Erbringer von Hilfsmitteln	11
III. Zwischenergebnis	12
C. Rechtlicher Rahmen für die wirtschaftliche Zusammenarbeit von Leistungserbringern	12
I. Begrenzung wirtschaftlicher Kooperation durch § 128 SGB V	12
1. Genese der Vorschrift	13
2. Konsequenzen von Verstößen gegen § 128 SGB V	15
II. Repressive Instrumente zur Bekämpfung von Fehlverhalten	16
1. Strafrechtliche Absicherung des Gesundheitswesens gegen Korruption	16
a) Strafrechtlicher Schutz der Vermögensdelikte	17
b) Strafrechtlicher Schutz durch die §§ 299a, 299b StGB	20
2. Geringe Bedeutung der Staatsaufsicht	22

III. Wettbewerbsrecht	22
IV. Compliance-Regelungen und ärztliches Berufsrecht	22
V. Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen	24
VI. Wirtschaftliche Regulierung im Gesundheitswesen	24
D. Zusammenfassung zum ersten Teil	25
Zweiter Teil: Gewährleistung fairer Rahmenbedingungen für die Hilfsmittelversorgung	28
A. Einführung	28
B. Reichweite des verfassungsrechtlichen Mitbewerberschutzes	29
I. Kein Schutz aus Art. 12 Abs. 1 GG vor marktwirtschaftlicher Konkurrenz	29
II. Folgen dieses Befundes für die Untersuchung	31
C. Besonderheiten des Krankenhausentlassmanagements	31
I. Interimsweise Übertragung der Hilfsmittelverordnung auf die Krankenhäuser	32
II. Wertungswiderspruch zum Kooperationsverbot in der ambulanten Versorgung	34
1. Rechtsprechung zu sogenannten „Kooperationsapotheken“	34
2. Einordnung dieser Rechtsprechung	38
III. Zwischenergebnis	39
D. Drohende Umgehung der Schutzmechanismen durch Krankenhäuser und Krankenhausträger	39
I. Adressaten der Beteiligungs- und Zuweisungsverbote	39
II. Zum Status angestellter (Vertrags-)Ärzte	40
III. Art und Weise der Beeinflussung von angestellten Ärzten	41
1. Problem der direkten Gewinnbeteiligung	41
2. Indirekte Beeinflussung und äußere Faktoren	42
IV. Vergleich mit der Situation im Krankenhausentlassmanagement	42
E. Vorschläge zur Schaffung fairer wirtschaftlicher Rahmenbedingungen in der Hilfsmittelversorgung	42
I. Erfolgsaussichten gerichtlichen Rechtsschutzes	43

1. Klageweises Vorgehen gegen die Abrechnung von Hilfsmittelverordnungen	43
a) Sachliche Zuständigkeit der Sozialgerichtsbarkeit nach § 51 Abs. 1 Nr. 1 SGG	43
b) Klagen gegen die Abrechnung unzulässiger Hilfsmittelverordnungen	44
2. Klageweiser Konkurrenzschutz gegen unlautere Mitbewerber	46
a) Sachliche Zuständigkeit der Sozialgerichtsbarkeit anstelle der ordentlichen Gerichtsbarkeit	46
b) Anwendbarkeit des Lauterkeitsrechts im Leistungserbringungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung	46
c) Anwendbarkeit bürgerlich-rechtlicher Vorschriften im Leistungserbringungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung	47
3. Zwischenergebnis	48
II. Zielsetzungen gesundheitspolitischer Bemühungen	49
1. Klarstellung und Vereinheitlichung der Regelungen zur wirtschaftlichen Zusammenarbeit	49
a) Vermeidung übermäßiger Renditeorientierung als übergeordnete Zielsetzung	49
aa) Gefahren einer Kommerzialisierung des Gesundheitswesens am Beispiel der MVZ	50
bb) Vergleichbare Situation im Bereich der „veranlassten Leistungen“	51
b) Regelungsvorschlag für die umfassende Geltungsanordnung des § 128 SGB V	51
2. Keine Beschränkung gesellschaftsrechtlicher Spielräume	53
III. Zwischenergebnis	53
F. Zusammenfassung zum zweiten Teil	54
Dritter Teil: Zusammenfassung wesentlicher Ergebnisse in Leitsätzen	59

Einleitung

A. Sektorengrenzen und wirtschaftlicher Wettbewerb

Die Gesundheitsversorgung in der Bundesrepublik Deutschland ist im Grundsatz in zwei Sektoren – in einen ambulanten und in einen stationären – aufgeteilt, die unterschiedlichen rechtlichen Anforderungen insbesondere in den Bereichen der Leistungserbringung, der Planung und der Finanzierung unterliegen.¹ Die Sektorengrenzen werden aber in bestimmten Bereichen vorsichtig aufgebrochen, etwa in der besonderen Versorgung nach § 140a SGB V², in der ambulanten spezialfachärztlichen Versorgung gemäß § 116b SGB V³, im Zuge des Krankenhausentlassmanagements nach § 39 Abs. 1a SGB V und bei Disease-Management-Programmen (DMP) nach den §§ 137f, 137g SGB V.⁴

Zugleich führt die Öffnung des Gesundheitswesens für den marktwirtschaftlichen Wettbewerb zu Anreizen, die sich insbesondere im stationären Sektor auswirken⁵ und die ein sektorenübergreifendes Tätigwerden wirtschaftlich attraktiv machen. So kann es für Krankenhäuser und ihre Trägergesellschaften lukrativ sein, auch Leistungen im Bereich der ambulanten Versorgung anzubieten. Dieses Problem zeigt sich beispielsweise in der Beteiligung von Krankenhäusern oder deren Trägergesellschaften an medizinischen Versorgungszentren (MVZ), wobei häufig die Krankenhäuser durch branchenexterne Finanzinvestoren gehalten werden.⁶ In diesem Zusammenhang wird auch deutlich, dass der (zu) einfache

¹ P. Wigge, in: Schnapp/Wigge (Hrsg.), Handbuch des Vertragsarztrechts, 3. Aufl. 2017, § 2 Rn. 55 ff.

² Allgemein kritisch zu den strukturellen und finanziellen Vorteilen dieses Versorgungskonzepts aber H. Plagemann/F. Plagemann, (Mehr) Wettbewerb im Gesundheitswesen?, NJW 2012, 2613 (2615).

³ Siehe speziell zur ambulanten vertragsärztlichen Versorgung F. Wollenschläger, Reformprojekt sektorenübergreifende Versorgung und Bedarfsplanung: verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen (Teil 1), NZS 2023, 8 ff.

⁴ Siehe hierzu allgemein P. Wigge, in: Schnapp/Wigge (Hrsg.), Handbuch des Vertragsarztrechts, 3. Aufl. 2017, § 2 Rn. 55 ff.

⁵ Statt vieler nur J. Schütz/F. Knieps, Wettbewerb in der ambulanten vertragsärztlichen Versorgung. Vorschläge zur Stärkung der hausärztlichen Versorgung und zur Neubestimmung des Verhältnisses von Kollektivverträgen zu Selektivverträgen, ZRP 2012, 164 (165 f.).

⁶ Siehe hierzu J. A. Kämmerer/P. Kleiner, Fremdinvestoren und Fremdkapital bei MVZ – rechtliche Probleme und Lösungsansätze, MedR 2020, 531 (532 f.).

Zugang für *fachfremde* Finanzinvestoren zum öffentlichen Gesundheitswesen erhebliche Wettbewerbsnachteile für die Freiberufler dieser Branche bedeutet.⁷

B. Wettbewerbsverzerrung und Anbieterdominanz durch wirtschaftliche Zusammenarbeit

Wettbewerbliche Anreize können also ausschlaggebend dafür sein, dass Akteure des Gesundheitswesens sektorenübergreifend tätig werden. Sektorenübergreifend tätige Einrichtungen verfügen jedoch häufig über eine solche technische und personelle Ausstattung, mit der Freiberufler und sogar Unternehmen, die nur auf einen Versorgungssektor spezialisiert sind, nicht konkurrieren können. Es besteht dann die Gefahr einer *Anbieterdominanz* sektorenübergreifend aufgestellter Einrichtungen, wie sie auch bei von Krankenhäusern und Krankenhausträgern betriebenen MVZ erkannt wird.⁸ Die Gefahr einer Anbieterdominanz realisiert sich jedoch nicht nur im Kontext von MVZ, sondern auch bei anderen Leistungserbringern. So droht den Erbringern von Hilfsmitteln starke wirtschaftliche Konkurrenz, wenn Krankenhausträgerschaften im ambulanten Sektor eigene Tochtergesellschaften gründen, die *im Vor- oder Nachlauf* des stationären Aufenthalts, etwa während des Entlassmanagements nach § 39 Abs. 1a SGB V, Leistungen erbringen.

Anders als im Bereich der MVZ gründet die drohende Anbieterdominanz im Bereich der Hilfsmittelversorgung nicht nur auf der technischen und personellen Ausstattung der Akteure, sondern ganz maßgeblich auf wirtschaftlicher Zusammenarbeit mit Vertragsärzten. Diese spielen nämlich in der Versorgung mit Heil- und Hilfsmitteln sowie anderen „veranlassten Leistungen“ eine tragende Rolle, weil die Abgabe der jeweiligen Leistung erst auf eine ärztliche Verordnung hin erfolgen kann.⁹ Neben der Verordnung hat ferner die ärztliche *Empfehlung*, *welcher* Heil- oder Hilfsmittelerbringer aufgesucht werden soll, eine erhebliche Steuerungswirkung.

⁷ Vgl. zu den „kompetitiven Vorteilen“ der Krankenhäuser auch *J. A. Kämmerer/P. Kleiner*, Fremdinvestoren und Fremdkapital bei MVZ – rechtliche Probleme und Lösungsansätze, *MedR* 2020, 531 (532).

⁸ Zur Feststellung, dass sich MVZ in besonders lukrativen Planbereichen ansiedeln, siehe *H. Sodan/J. Schmitt*, Medizinische Versorgungszentren in der vertragszahnärztlichen Versorgung, 2021, S. 50.

⁹ Die Hilfsmittel-Richtlinie ist öffentlich verfügbar unter: https://www.g-ba.de/downloads/62-492-2467/HilfsM-RL_2021-03-18_iK-2021-04-01.pdf, zuletzt aufgerufen am 2.4.2023.

Dieser praktische Umstand führt zu der Frage, in welchem Umfang eine Zusammenarbeit von Vertragsärzten und Anbietern „veranlasster Leistungen“ möglich ist. Ferner ist von Bedeutung, wie sich einzelne Anbieter vor wirtschaftlicher Konkurrenz wirksam schützen können. Die Suche nach Grund und Grenzen der Kooperation im Gesundheitswesen wirft dabei komplexe Fragen auf, die sich nicht allein sozialrechtlich beantworten lassen, sondern auch einen Blick auf das bürgerliche Recht, das Wettbewerbs- bzw. Lauterkeitsrecht, das ärztliche Berufsrecht und das Strafrecht erfordern. Dabei ist insbesondere zu prüfen, inwiefern Beteiligungsverbote bestehen und wie unzulässige Kooperationsformen bekämpft werden können. Diese komplexen Überlegungen sollen maßgebend für die nachfolgende Untersuchung sein.

C. Gang der Untersuchung

In einem ersten Teil sollen zunächst die Grundlagen für die Begutachtung des eingangs erläuterten Problems geschaffen werden. Hierzu muss zunächst berücksichtigt werden, welche Formen von Kooperationen unter Leistungserbringern in Betracht kommen. Gerade im Bereich der Hilfsmittelversorgung, die von einer ärztlichen Verordnung abhängt, kommt einer Zusammenarbeit der Leistungserbringer unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten erheblicher Einfluss zu. Hierbei ist insbesondere von Belang, welchen Beitrag die in § 128 SGB V verankerten Verbote zum Schutz der Hilfsmittelversorgung leisten. Darüber hinaus ist der allgemeine rechtliche Rahmen insbesondere für die wirtschaftliche Zusammenarbeit von Leistungserbringern von Interesse, der sich nicht nur aus dem Vertragsarztrecht, sondern auch aus dem ärztlichen Berufsrecht, aus Compliance-Regelungen, aus dem Strafrecht und aus den organisationsrechtlichen Vorgaben des Fünften Buches Sozialgesetzbuch ergibt.

In einem zweiten Teil wird untersucht, welchen verfassungsrechtlichen Schutz die Erbringer von Hilfsmitteln genießen. Anschließend wird – auf Grundlage dieses Befundes – geprüft, welche Möglichkeiten gerichtlichen Rechtsschutzes offenstehen, wenn Hilfsmittelerbringer durch wirtschaftlich kooperierende Mitbewerber übervorteilt werden oder zu werden drohen. Darüber hinaus sind auch Verteidigungsmöglichkeiten auf der rechtspolitischen Ebene in Betracht zu ziehen. Hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, an welchen Stellen der Schutz vor Anbieterdominanz und unlauterem Zuweisungsverhalten noch nicht ausreicht, um die Hilfsmittelversorgung wirksam abzusichern.

In einem dritten Teil werden wesentliche Ergebnisse der gesamten Untersuchung in Leitsätzen zusammengefasst.

Erster Teil

Kooperationen im Gesundheitswesen

A. Einführung

Kooperationen von Leistungserbringern spielen im deutschen Gesundheitswesen eine praktisch bedeutsame Rolle und prägen die Versorgungsrealität in vielfältiger Weise. Die Zusammenarbeit von Leistungserbringern ist in einigen Bereichen sogar gesetzlich angeordnet, beispielsweise in der ambulanten spezialfachärztlichen Versorgung nach § 116b SGB V. So bestimmt die Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses über die ambulante spezialfachärztliche Versorgung nach § 116b SGB V (nachfolgend abgekürzt: ASV-Richtlinie)¹⁰ in ihren Anlagen jeweils indikationsbezogen, welche an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmende Leistungserbringer und nach § 108 SGB V zugelassene Krankenhäuser (vgl. hierzu § 2 Abs. 1 Satz 1 der ASV-Richtlinie) bei der Therapie *zusammenwirken sollen* und hierzu nach § 10 Abs. 1 Satz 1 ASV-Richtlinie eine *Kooperationsvereinbarung* abschließen.

Die Zusammenarbeit von Leistungserbringern kann also in einigen Bereichen erwünscht oder sogar angeordnet sein, in anderen Bereichen wiederum missbilligt werden. So zeigt einerseits das Beispiel der ambulanten spezialfachärztlichen Versorgung, dass die strikte Sektorentrennung einerseits und die Separierung der einzelnen Leistungserbringergruppen andererseits dem Versorgungsbedarf der Versicherten nicht hinreichend Rechnung trägt, insbesondere, wenn Krankheitsverläufe und Therapieansätze komplex sind. Kooperationen verschiedener Leistungserbringer haben hier also einen positiven Effekt auf die Versorgungsstruktur. Andererseits gibt es Formen der Zusammenarbeit, welche die eingangs aufgeführten nachteiligen Effekte¹¹ bewirken können.

¹⁰ Öffentlich einsehbar unter: https://www.g-ba.de/downloads/62-492-2902/ASV-RL_2022-03-18_iK_2022-08-11.pdf, zuletzt aufgerufen am 7.3.2023.

¹¹ Siehe hierzu oben S. 6.

B. Kooperationsformen in der vertragsärztlichen Versorgung

Nicht jede Form von Zusammenarbeit ist daher rechtlich und berufsethisch zu missbilligen; vor allem ist nicht jede Form von Zusammenarbeit Korruption.¹² Die Ausübungsformen von Kooperation sind deshalb differenziert zu betrachten. Eine grobe Differenzierung leistet zunächst die Unterscheidung von *fachlicher* und *wirtschaftlicher* Zusammenarbeit.

I. Fachliche Kooperation

Fachliche Zusammenarbeit ist dort, wo sie gebraucht wird, regelmäßig rechtlich abgesichert. Erinnerung sei an das Beispiel der ambulanten spezialfachärztlichen Versorgung nach § 116b SGB V.¹³ Fachliche Zusammenarbeit findet zudem bei der Behandlung schwerer chronischer Erkrankungen im Rahmen von strukturierten Behandlungsprogrammen (sogenannte Disease-Management-Programme, kurz: DMP) statt.¹⁴ Dort nehmen die Hausärzte nach Maßgabe der DMP-Anforderungen-Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses¹⁵ die Rolle von Koordinatoren ein, welche die Patienten je nach Therapieschritt an andere Leistungserbringer verweisen.¹⁶ Auch außerhalb der Krankenbehandlung, etwa in der Arzneimittelforschung, gibt es fachliche Kooperationen. Pharmazeutische Unternehmer sind dabei regelmäßig auf eine *lautere* Kooperation mit Hochschulen, Krankenhäusern, Professoren, angestellten wie auch niedergelassenen Ärzten und anderen Einrichtungen oder Personen angewiesen.¹⁷

¹² Vgl. hierzu auch *M. Krüger*, Kooperation versus Korruption im Gesundheitswesen – Gedanken zu §§ 299a, 299b StGB, NZWiSt 2017, 129 (132 ff.).

¹³ Siehe hierzu oben S. 8.

¹⁴ Vgl. dazu *R. Schlegel*, in: Sodan (Hrsg.), Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 3. Aufl. 2018, § 11 Rn. 75. Zum Zusammenhang der Disease-Management-Programme mit dem Kassenvettbewerb und dem Risikostrukturausgleich siehe auch *D. Roters*, in: Körner/Krasney/Mutschler/Rolfs (Hrsg.), beck-online.GROSSKOMMENTAR (Kasseler Kommentar), § 137f Rn. 2 (Stand der Kommentierung: Juli 2020).

¹⁵ Die DMP-Anforderungen-Richtlinie ist öffentlich verfügbar unter: https://www.g-ba.de/downloads/62-492-2972/DMP-A-RL_2022-06-16_iK-2022-10-01.pdf, zuletzt aufgerufen am 2.4.2023.

¹⁶ *R. Schlegel*, in: Sodan (Hrsg.), Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 3. Aufl. 2018, § 11 Rn. 75.

¹⁷ *E. Mand*, Healthcare Compliance – Teil 1: Gesetzliche Zuwendungsbeschränkungen im Verhältnis von Industrie und medizinischen Fachkreisen, PharmR 2014, 275.

II. Wirtschaftliche Kooperation

Wirtschaftliche Zusammenarbeit ist demgegenüber meist Folge des Gewinnstrebens einiger Akteure des Gesundheitswesens. Die Gesetzgebung geht jedoch mit wirtschaftlicher Kooperation erkennbar restriktiv um.

1. Bedeutung wirtschaftlicher Zusammenarbeit

Der restriktive Umgang mit wirtschaftlicher Zusammenarbeit, insbesondere im Bereich veranlasster Leistungen, dürfte mit den strukturellen Besonderheiten dieses Versorgungsbereichs zusammenhängen.

2. Steuerungskraft von Kooperationen

Nicht zu unterschätzen ist nämlich, dass eine Zusammenarbeit bestimmter Leistungserbringer eine erhebliche *Steuerungswirkung* auf das gesamte Gesundheitswesen hat, weil die jeweiligen Leistungserbringer die Patienten während sowie im Vor- und Nachlauf einer Therapie beraten¹⁸, koordinieren und auf diese Weise erheblichen Einfluss auf die von den Patienten zu treffenden Gesundheitsentscheidungen haben. In besonderer Weise ist diese Steuerungswirkung bei den sogenannten „veranlassten Leistungen“ festzustellen.

a) Besonderheit der sogenannten „veranlassten Leistungen“

Neben der Versorgung mit Arzneimitteln betrifft dies vor allem die Heil- sowie Hilfsmittelversorgung und andere Leistungen wie etwa die Versorgung mit häuslicher Krankenpflege. „Veranlasst“ sind diese exemplarisch benannten Leistungen deshalb, weil sie erst auf Grundlage einer ärztlichen Verordnung (einer „Veranlassung“) der Vertragsärzte an die Versicherten abgegeben werden dürfen. Die konkreten Anforderungen an die Verordnung ergeben sich für den Bereich der Hilfsmittelversorgung aus § 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 SGB V und den §§ 3, 6 der Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses über die Verordnung von Hilfsmitteln in der vertragsärztlichen Versorgung (Hilfsmittel-Richtlinie/HilfsM-RL)¹⁹; für die Versorgung mit Heilmitteln aus § 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 SGB V und den §§ 3 ff. der Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses über die Verordnung von Heilmitteln in der vertragsärztlichen Versor-

¹⁸ Vgl. auch § 127 Abs. 5 Satz 1 SGB V.

¹⁹ Die Hilfsmittel-Richtlinie ist öffentlich verfügbar unter: https://www.g-ba.de/downloads/62-492-2467/HilfsM-RL_2021-03-18_iK-2021-04-01.pdf, zuletzt aufgerufen am 2.4.2023.

gung (Heilmittel-Richtlinie/HeilM-RL)²⁰ sowie für die häusliche Krankenpflege aus § 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 SGB V und § 3 der Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses über die Verordnung von häuslicher Krankenpflege (Häusliche Krankenpflege-Richtlinie)²¹.

b) Faktische Steuerung der Patienten am Beispiel der Hilfsmittelversorgung

Die Steuerungswirkung liegt im Bereich der „veranlassten Leistungen“ in der *konkreten Art und Weise des Ordnungsverhaltens*. Mit der ärztlichen Verordnung eines Hilfsmittels tritt zwar für sich genommen noch keine aktive Lenkung der Versicherten zu einem bestimmten Leistungserbringer ein. Denn beispielsweise nach § 7 Abs. 2 Satz 2 der Hilfsmittel-Richtlinie²² hat die Verordnung nur die Art und die Anzahl des Hilfsmittels sowie gegebenenfalls die im Richtlinien-text genannten Hinweise zu enthalten. *Welcher* Leistungserbringer zwecks Einlösen der ärztlichen Verordnung aufgesucht wird, ist demgegenüber weder auf gesetzlicher noch auf Ebene der Richtlinien geregelt. Vielmehr dürfen die Versicherten die Leistungserbringer frei wählen. Allerdings können die Vertragsärzte die Versicherten ganz erheblich beeinflussen, wenn etwa die Verordnung zugleich mit einer (mündlichen) Empfehlung eines bestimmten Leistungserbringers einhergeht. Dieses Verhalten kann *auf tatsächlicher Ebene* zu einer Fehlentwicklung in der Versorgungslandschaft führen.²³

3. Auswirkungen auf die Erbringer von Hilfsmitteln

Ob und in welchem Umfang Ärzte bei der Verordnung „veranlasster Leistungen“ die Versicherten bewusst lenken, kann – wegen der Verortung des Problems auf der tatsächlichen Ebene und mangels valider Erkenntnisgrundlagen – zwar

²⁰ Die Heilmittel-Richtlinie ist öffentlich verfügbar unter: https://www.g-ba.de/downloads/62-492-3036/HeilM-RL_2022-11-17_iK-2023-01-21.pdf, zuletzt aufgerufen am 2.4.2023.

²¹ Die HKP-Richtlinie ist öffentlich verfügbar unter: https://www.g-ba.de/downloads/62-492-3077/HKP-RL_2023-01-19_iK-2023-03-11.pdf, zuletzt aufgerufen am 2.4.2023.

²² Veröffentlicht unter https://www.g-ba.de/downloads/62-492-2467/HilfsM-RL_2021-03-18_iK-2021-04-01.pdf, zuletzt aufgerufen am 2.4.2023.

²³ Offensichtlich teilt auch der Ausschuss für Gesundheit im Deutschen Bundestag diese Auffassung, wenn er im Rahmen der Beratungen des Gesetzes zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung in Bezug auf § 128 SGB V feststellt, dass es „deutliche Hinweise auf Fehlentwicklungen in der Zusammenarbeit zwischen Leistungserbringern und Vertragsärzten, denen mit dem neu eingefügten § 128 entgegengewirkt werden soll“, gebe. Siehe hierzu Bundestags-Drucksache 16/10609, S. 58.

nicht sicher ermittelt werden. Zu berücksichtigen ist aber, dass Leistungserbringer, die – anders als die niedergelassenen Ärzte oder MVZ – nicht an „erster Stelle“ der Versorgung stehen, sondern ihre Dienste erst nach einer ärztlichen Verordnung anbieten dürfen, in besonderer Weise auf *wirtschaftliche Chancengleichheit* angewiesen sind.²⁴ In dieser Situation befinden sich etliche Leistungserbringer, und zwar neben den Apotheken regelmäßig die Erbringer sogenannter „veranlasster Leistungen“, also die Versorger, die Heil- und Hilfsmittel bereitstellen sowie Dienstleistungen im Bereich der häuslichen Krankenpflege oder der Kurzzeitpflege anbieten. An einer solchen wirtschaftlichen Chancengleichheit fehlt es aber, wenn durch Zusammenarbeit einiger Akteure Mitbewerber übervorteilt werden.

III. Zwischenergebnis

Fachliche Kooperation ist also meist normativ abgesichert, für die Versorgungslandschaft wenig gefährlich und daher rechtlich kaum problematisch. Wirtschaftliche Kooperation kann jedoch zu erheblichen negativen Auswirkungen auf die Versorgung führen, insbesondere im Bereich der „veranlassten Leistungen“.

C. Rechtlicher Rahmen für die wirtschaftliche Zusammenarbeit von Leistungserbringern

Zu untersuchen ist deshalb vorrangig, wo Grund und Grenzen wirtschaftlicher Zusammenarbeit im Gesundheitswesen liegen.

I. Begrenzung wirtschaftlicher Kooperation durch § 128 SGB V

Eine gesetzliche Steuerung wirtschaftlicher Zusammenarbeit von Leistungserbringern besteht mit § 128 SGB V. Diese Norm kann gewissermaßen als Anker für die Begrenzung wirtschaftlicher Kooperation unter Leistungserbringern verschiedener Bereiche angesehen werden. Zwar ist § 128 SGB V systematisch in den leistungserbringungsrechtlichen Bestimmungen der Hilfsmittelversorgung verortet²⁵, geht hierüber aber inhaltlich hinaus, weil der Regelungsgehalt nach § 128 Abs. 6 SGB V auch auf das Verhältnis zwischen pharmazeutischen Unternehmen, Apotheken, pharmazeutischen Großhändlern und sonstigen Anbietern

²⁴ Vgl. hierzu auch die Ausführungen in BSGE 106, 29 (36 Rn. 23).

²⁵ Kritisch hierzu *H.-D. Steinmeyer*, Korruption im Gesundheitswesen. Was leistet das Sozialrecht?, MedR 2022, 822 (823).

von Gesundheitsleistungen sowie auf die Zusammenarbeit von Hilfsmittelerbringern mit Vertragsärzten, Ärzten in Krankenhäusern und Krankenhausträgern in vollem Umfang anzuwenden ist; nach § 73 Abs. 7 Satz 2 SGB V gilt die Regelung in § 128 Abs. 2 Satz 3 SGB V auch für die Vertragsärzte.

1. Genese der Vorschrift

Die Vorschrift ist mit dem Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG) vom 15. Dezember 2008²⁶ in das Fünfte Buch Sozialgesetzbuch eingefügt worden. Allerdings war die Regelung noch nicht Bestandteil des Gesetzentwurfs der Bundesregierung. Sie wurde erst durch den Ausschuss für Gesundheit im Deutschen Bundestag eingeführt, der sich veranlasst sah, eine spezielle Regelung zu treffen, „weil allein die straf-, berufs- und wettbewerbsrechtlichen Vorschriften in der Praxis fragwürdige Formen der Zusammenarbeit offenbar nicht wirksam verhindern konnten“.²⁷

Impuls für die Entstehung der Vorschrift ist mutmaßlich ein Urteil des Bundesgerichtshofs vom 29. Juni 2000, mit dem die wirtschaftlichen Freiheiten der Vertragsärzte vor dem Hintergrund des Art. 12 Abs. 1 GG klargestellt wurden. Dem Urteil lag dabei ein Vertriebsmodell mit folgendem „verkürzten Versorgungsweg“ zugrunde, das wie folgt ablief: Normalerweise verordnen die Vertragsärzte Hörgeräte, während die erforderlichen Messungen nebst Ohrabdruck sowie die Einstellung und Anpassung des Hörgerätes durch die Hörgeräteakustiker vorgenommen werden. Ein Vertragsarzt wandte jedoch ein Vertriebsmodell an, bei dem in Zusammenarbeit mit einem bestimmten Hörgeräteakustiker die erforderlichen Messungen und Ohrabdrücke direkt durch den Vertragsarzt, die Einstellung und Anpassung des Hörgerätes durch den Hörgeräteakustiker in den Praxisräumen des Vertragsarztes erfolgten. Die Messleistungen ließ sich der Vertragsarzt von der Krankenkasse pauschal mit 250 DM pro Ohr vergüten, wobei der Betrag zunächst an den Hörgeräteakustiker ausgezahlt und dann an den Vertragsarzt weitergeleitet wurde.²⁸ Dieses Vorgehen hat der Bundesgerichtshof ausdrücklich als *vereinbar* mit den Vorgaben des Wettbewerbsrechts und des Handwerksrechts angesehen. Insbesondere führte das Gericht aus:

²⁶ BGBl. I, S. 2426.

²⁷ Bundestags-Drucksache 16/10609, S. 58.

²⁸ Zum Tatbestand siehe BGH, NJW 2000, 2745.

„Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist es auch unbedenklich, daß die Ärzte durch die Zusammenarbeit mit der Beklagten eine zusätzliche Verdienstmöglichkeit erhalten. In der Möglichkeit, aus erlaubter eigener ärztlicher Tätigkeit ein angemessenes Entgelt zu erzielen, liegt keine berufsordnungswidrige Vergünstigung. Allein mit der Begründung, ein bestimmter Weg zur Versorgung von Patienten mit Hörgeräten sei geeignet, das Tätigkeitsfeld eines HNO-Arztes zu erweitern und ihm damit eine neue Einkommensquelle zu erschließen, kann die Freiheit der Berufsausübung (Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG) der Ärzte nicht beschränkt werden.“²⁹

Der Vertragsarzt werde ferner, auch wenn er Tätigkeitsschritte des Hörakustikers im Vertriebsmodell des „verkürzten Versorgungsweges“ selbst übernehme, nicht im Sinne des § 1 der Handwerksordnung zu einem Handwerker mit der Folge entsprechender Zulassungserfordernisse.³⁰ Außerdem habe der Vertragsarzt bei der ärztlichen Therapie den Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit *verpflichtend* zu berücksichtigen. Der Bundesgerichtshof nimmt hier ausdrücklich auf das vertragsarztrechtliche Pflichtenprogramm aus den §§ 12 Abs. 1, 70 Abs. 1 SGB V Bezug.³¹ Allerdings überrascht es, dass der Bundesgerichtshof der Wirtschaftlichkeit so hohes Gewicht zumisst, dass auch Therapieformen, die faktisch zu einer Sonderstellung des Kooperationspartners führen, akzeptiert werden, indem er formuliert:

„Es mag allerdings sein, daß die Entscheidung für den verkürzten Versorgungsweg gegenwärtig mangels einer ausreichenden Zahl in gleicher Weise arbeitender Wettbewerber praktisch bedeutet, daß im Einzelfall nur die Beklagte als Hilfsmittelerbringer in Betracht kommt. Der Klageantrag zu 1 stellt auf diesen Umstand jedoch nicht ab. Mit ihm wird ein Verbot begehrt, das auch dann gelten soll, wenn ausreichender Wettbewerb zwischen Anbietern auf dem verkürzten Versorgungsweg besteht, so daß ein HNO-Arzt dem Patienten diese Versorgungsmöglichkeit zur Wahl stellen kann, ohne daß die Entscheidung dafür bereits mit einer Entscheidung für die Beklagte als Hilfsmittelerbringer verbunden wäre. Das Fehlen eines ausreichenden Wettbewerbs unter den Anbietern auf dem verkürzten Versorgungsweg könnte auch nicht zur Folge haben, daß den Ärzten aus diesem Grund die Verweisung an die Beklagte allgemein untersagt wird. Die Entstehung von Wettbewerb in diesem Bereich ist *vielmehr dem Markt zu überlassen*; es ist *nicht Aufgabe des wettbewerbsrechtlichen Lauterkeitsrechts, das Aufkommen neuartiger Angebotsformen, die als solche nicht wettbewerbswidrig sind, bereits im Ansatz zu verhindern*. Es kann auch nicht übersehen werden, daß die Beschränkung des

²⁹ BGH, NJW 2000, 2745 (2747).

³⁰ BGH, NJW 2000, 2745 (2746).

³¹ BGH, NJW 2000, 2745 (2747).

Angebots auf wenige für den Patienten erreichbare Hörgeräteakustiker am Ort oder sogar nur einen einzigen ihrerseits Gefahren für die Freiheit und die Lauterkeit des Wettbewerbs mit sich bringt.“³²

Mit der vorgenommenen Argumentation bleibt im Übrigen fraglich, ob das Ergebnis anders ausgefallen wäre, wenn, wie der Bundesgerichtshof fordert, der Klageantrag gegen die Schaffung einer wirtschaftlichen Sonderstellung des Kooperationspartners im Einzelfall und nicht bloß gegen die Vertriebsform im Allgemeinen gerichtet gewesen wäre. Entscheidend ist aber der Befund, dass sich „geschickte“ Vertriebsformen und wirtschaftliche Kooperation vor Schaffung des § 128 SGB V noch im Rahmen des wettbewerbsrechtlich Erlaubten bewegten.

2. Konsequenzen von Verstößen gegen § 128 SGB V

Nunmehr können Verstöße gegen § 128 SGB V empfindliche Konsequenzen insbesondere für die betroffenen Vertragsärzte haben. Zum einen können Verstöße gegen § 128 Abs. 1 und 2 SGB V zum Verlust der Vergütungsansprüche gegen die Krankenkassen führen, sofern die in § 128 SGB V geregelten Anordnungen gesetzliche Verbote im Sinne des § 134 BGB sind³³. Zum anderen findet unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eine Sanktionierung der Leistungserbringer seitens der Krankenkassen durch § 128 Abs. 3 SGB V statt, die über die gesetzlichen Folgen eines Verstoßes gegen § 128 Abs. 1 und 2 SGB V hinausgehen soll.³⁴ Die Bedeutung für etwaige Vergabeentscheidungen, auf die im Schrifttum hingewiesen wird³⁵, dürfte sich jedoch mit der Abkehr von der Ausschreibung von Hilfsmittelverträgen nach § 127 Abs. 1 SGB V a. F. durch das Gesetz für schnellere Termine und bessere Versorgung (Terminservice- und Versorgungsgesetz – TSVG) vom 6. Mai 2019³⁶ mittlerweile erübrigt haben.³⁷

³² BGH, NJW 2000, 2745 (2747) – ohne die Hervorhebungen.

³³ Siehe zu dieser Auffassung etwa *D. Nolte*, in: Körner/Krasney/Mutschler/Rolfs (Hrsg.), beck-online.GROSSKOMMENTAR (Kasseler Kommentar), § 128 SGB V Rn. 14 (Stand der Kommentierung: August 2012).

³⁴ Siehe hierzu etwa *B. Lungstras*, in: Becker/Kingreen (Hrsg.), SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung. Kommentar, 8. Aufl. 2022, § 128 Rn. 23.

³⁵ So etwa *D. Nolte*, in: Körner/Krasney/Mutschler/Rolfs (Hrsg.), beck-online.GROSSKOMMENTAR (Kasseler Kommentar), § 128 SGB V Rn. 15 (Stand der Kommentierung: August 2012).

³⁶ BGBl. I, S. 646.

³⁷ Der ersatzlose Entfall der wettbewerblichen Ausschreibung ist erst auf Initiative des Ausschusses für Gesundheit im Deutschen Bundestag in das TSVG integriert worden. In der Begründung formuliert der Ausschuss: „Zu dem erhofften Qualitätswettbewerb im Rahmen von Ausschrei-

Verstöße gegen § 128 Abs. 1 und 2 SGB V haben nach § 128 Abs. 3 Satz 1 SGB V Vertragsstrafen für die jeweiligen Leistungserbringer zur Folge, im Zweifel bei „wiederholten und schwerwiegenden“ Verstößen sogar den zeitweisen Versorgungsausschluss bis zu zwei Jahren³⁸. Sicherlich haben die gesetzlichen Krankenkassen ein Interesse an einer Versorgung, die nicht übermäßig durch wirtschaftliche Zusammenarbeit beeinflusst ist. Bei dem im Schrifttum häufig lediglich deskriptiven Hinweis auf die Sanktion der Vertragsstrafe³⁹ bleibt jedoch die Frage der praktischen Relevanz dieser Konsequenz weitgehend offen. Zum einen wird es zu der Sanktion nur kommen, wenn die Krankenkassen die Verstöße erkennen, zum anderen ist zweifelhaft, ob Dritte (etwa konkurrierende andere Leistungserbringer) überhaupt einen justiziablen Anspruch auf eine Sanktionierung durch die Krankenkassen haben. Deshalb sollten die tatsächlichen Wirkungen des § 128 SGB V nicht überschätzt werden.

II. Repressive Instrumente zur Bekämpfung von Fehlverhalten

Zur Einhegung von Kooperationen stehen über die Regelungen des § 128 SGB V hinaus verschiedene repressive Instrumente zur Verfügung.

1. Strafrechtliche Absicherung des Gesundheitswesens gegen Korruption

Praktisch bedeutsam sind zunächst die strafrechtlichen Grenzen wirtschaftlicher Zusammenarbeit von Leistungserbringern.

bungen ist es nicht gekommen. Angesichts der nach wie vor bestehenden Risiken durch Ausschreibungen für die Versorgungsqualität wird die Ausschreibungsoption in § 127 Absatz 1 aufgehoben. Der Gesetzgeber ist unionsrechtlich nicht dazu verpflichtet, Beschaffungsvorgänge wettbewerblich auszugestalten (Artikel 168 Absatz 7 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union – AEUV), und kann daher ein sozialrechtliches Beschaffungsverfahren vorsehen, das nicht den formellen Vorgaben des Vergaberechts unterliegt.“ Siehe hierzu Bundestags-Drucksache 19/8351, S. 202.

³⁸ Auf den vor dem Hintergrund des Art. 12 Abs. 1 GG zu beachtenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei der zeitlichen Dauer des Versorgungsausschlusses wird zurecht von *B. Lungstras*, in: Becker/Kingreen (Hrsg.), SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung. Kommentar, 8. Aufl. 2022, § 128 Rn. 23 hingewiesen.

³⁹ So beispielsweise *B. Lungstras*, in: Becker/Kingreen (Hrsg.), SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung. Kommentar, 8. Aufl. 2022, § 128 Rn. 21.

a) Strafrechtlicher Schutz der Vermögensdelikte

Strafrechtlichen Schutz entfalten in erster Linie die Vermögensdelikte, mithin diejenigen Straftatbestände, deren (vorrangiges) Schutzgut das Vermögen darstellt⁴⁰. Strafbarkeiten wegen Betruges nach § 263 StGB und wegen Untreue gemäß § 266 StGB kommen beispielsweise bei sogenannten „Kick-back-Zahlungen“ in Betracht. Diesem Modell liegt folgende Konstellation zugrunde: Ein ärztlicher Leiter eines MVZ, der selbst an der vertragsärztlichen Versorgung teilnimmt, wollte in einem durch das Landgericht Hamburg mit Beschluss vom 18. August 2016⁴¹ und in der Revisionsinstanz durch den 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs mit Beschluss vom 25. Juli 2017⁴² entschiedenen Fall von Rabatten profitieren, die bei Zwischenhändlern von Röntgenkontrastmitteln im Umfang von bis zu 70 Prozent des Herstellerabgabepreises anfallen können, gegenüber den Krankenkassen jedoch auf Grundlage des regulären Herstellerabgabepreises Sprechstundenbedarf abrechnen. Da eine direkte Gewinnbeteiligung des MVZ-Leiters als Vertragsarzt durch die Rabattabschöpfung gegen § 128 Abs. 2 und 6 SGB V verstößt, ließ der MVZ-Leiter von einem Rechtsanwalt ein Modell entwickeln, wonach ihm die erzielten Rabatte nicht unmittelbar, sondern über seine Beteiligungen an Gesellschaften zufließen sollten, auch damit nach außen die Gewinnbeteiligung nicht auffällt. Die Verordnungen für Sprechstundenbedarf wurden entsprechend um den Rabatt bereinigt, der Zwischenhändler reichte die Verordnungen bei den Krankenkassen ein.⁴³

Dieses Modell ist nach Auffassung des Bundesgerichtshofs wie folgt strafrechtlich zu würdigen: Der Zwischenhändler, der die Verordnungen für den von dem ärztlichen Leiter des MVZ überschüssig bestellten Sprechstundenbedarf bei den Krankenkassen in Höhe des Herstellerabgabepreises ohne Abschlag der Kick-Back-Zahlung an den MVZ-Leiter einreichte, machte sich wegen Betruges zulasten der Krankenkassen nach § 263 StGB strafbar, weil er die Mitarbeiter der Krankenkassen konkludent in den Irrtum versetzte, der Sprechstundenbedarf sei ohne Weitergabe des Rabatts an den Vertragsarzt abgegeben worden.⁴⁴ Allerdings hat der Bundesgerichtshof im Zuge der revisionsrechtlichen Kontrolle klargestellt, dass sich das Verhalten des verordnenden Vertragsarztes – des MVZ-

⁴⁰ Vgl. etwa S. Maier, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, 4. Aufl. 2021, § 259 Rn. 28.

⁴¹ LG Hamburg, MedR 2017, 574 ff.

⁴² BGH, NZWiSt 2018, 74 ff.

⁴³ Zu den Urteilsfeststellungen siehe BGH, NZWiSt 2018, 74 f.

⁴⁴ BGH, NZWiSt 2018, 74 (77 f. Rn. 41 ff.).

Leiters – entgegen der Auffassung des Landgerichts Hamburg nicht als Betrug, sondern als Untreue nach § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB in Gestalt des Treubruchtatbestandes darstellt, weil der Vertragsarzt gegenüber den Krankenkassen eine Vermögensbetreuungspflicht habe. Zu dieser Vermögensbetreuungspflicht führt der Bundesgerichtshof aus:

„Wie sich aus einer nach Erlass des landgerichtlichen Urteils veröffentlichten Leitsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs ergibt, trifft den Vertragsarzt bei seiner Verordnungstätigkeit grundsätzlich eine Vermögensbetreuungspflicht zu Gunsten der gesetzlichen Krankenkassen [...]. Dies gilt ebenfalls bei der Verordnung von Sprechstundenbedarf, denn der verordnende Arzt hat es insoweit in der Hand, die gesetzlichen Krankenkassen zu entsprechenden Zahlungen zu verpflichten, ohne dass diesen eine hinreichende Kontrollmöglichkeit zur Verfügung steht [...]. Da [der vertragsärztliche MVZ-Leiter] im Tatzeitraum letztlich den gesamten Verordnungsvorgang für Kontrastmittel in allen Bereichen seines Konzerns unmittelbar selbst steuerte, ist eine Untreue durch Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht auch in denjenigen Fällen anzunehmen, in denen er nicht selbst die Verordnungen unterschrieb, sondern (gutgläubigen) Ärzten die vorausgefüllten Verordnungsvordrucke zur Unterschrift vorlegte, um sie anschließend über den [Zwischenhändler] bei den Kassen mit dem Ziel einreichen zu lassen, von den dadurch erwirtschafteten Gewinnen erheblich selbst zu profitieren.“⁴⁵

Zu der hier relevanten Vermögensbetreuungspflicht hat das Amtsgericht Kiel, unter ausdrücklichem Hinweis auf die berufsethischen Vorgaben des ärztlichen Berufsrechts⁴⁶, bereits in einem Beschluss vom 4. April 2011 wie folgt ausgeführt:

„Die Vermögensbetreuungspflicht ergibt sich aus der besonderen Stellung der beschuldigten Ärzte als Vertragsärzte der Krankenkassen im Sachleistungssystem der gesetzlichen Krankenversicherung und der ihnen somit zukommenden Sachwalterfunktion [...]. Dabei ist insbesondere auch von Bedeutung, dass Ärzte und Krankenkassen nach § 72 Abs. 1 SGB V verpflichtet sind, zur Sicherstellung der kassenärztlichen Versorgung der Versicherten zusammenzuwirken, und zwar nach Maßgabe des Wirtschaftlichkeitsgebots des § 12 Abs. 1 SGB V [...]. Dies schließt gem. § 73 Abs. 2 Nr. 7 SGB V insbesondere auch die Verordnung von Hilfsmitteln ein.“⁴⁷

Diese „Sachwalterfunktion“ dürfte auch für die Rechtsauffassung des Bundesgerichtshofs maßgebliche Leitlinie gewesen sein.

⁴⁵ BGH, NZWiSt 2018, 74 (78 Rn. 57).

⁴⁶ AG Kiel, Beschluss vom 4.4.2011 – 43 Gs 951/11, juris Rn. 18.

⁴⁷ AG Kiel, Beschluss vom 4.4.2011 – 43 Gs 951/11, juris Rn. 18.

Die Ausführungen des Bundesgerichtshofs in seiner Revisionsentscheidung geben darüber hinaus über die auch aus der Perspektive des Strafrechts wahrgenommenen Pflichten Aufschluss, die aus den Kooperationsverboten des § 128 SGB V folgen. Hierzu legt das Gericht dar:

„Nach § 128 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Abs. 6 SGB V dürfen pharmazeutische Großhändler [...] Vertragsärzte [...] nicht gegen Entgelt oder Gewährung sonstiger wirtschaftlicher Vorteile an der Verordnung von Arzneimitteln (etwa Kontrastmitteln) beteiligen oder solche Zuwendungen im Zusammenhang mit der Verordnung gewähren. Um eine unzulässige Zuwendung handelt es sich nach § 128 Abs. 2 Satz 3 SGB V auch, soweit Einkünfte aus Beteiligungen an Unternehmen von Leistungserbringern erzielt werden, die Vertragsärzte durch ihr Verordnungs- oder Zuweisungsverhalten selbst maßgeblich beeinflussen. Die Vorschrift des § 128 Abs. 2 Satz 3 SGB V ist zwar erst zum 1. Januar 2012 in Kraft getreten. Nach der Gesetzesbegründung war dies aber lediglich eine Klarstellung des schon vorher geltenden Verbots unzulässiger Zuwendungen nach § 128 Abs. 2 Satz 1 SGB aF [...]. Um ‚sonstige wirtschaftliche Vorteile‘ i.S.v. § 128 Abs. 2 Satz 1 SGB V handelte es sich also auch schon vor dem 1. Januar 2012, wenn einem Arzt für sein Verordnungsverhalten Gewinne oder sonstige Einnahmen aus einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung zufließen [...]. Dies alles gilt nicht nur für unmittelbar dem Arzt gewährte finanzielle Vorteile, sondern auch für solche, die zunächst einer juristischen Person zufließen, mittelbar aber in erheblichem Umfang dem Arzt in seiner Eigenschaft als Gesellschafter oder Aktionär zukommen. Der ‚Umweg‘ einer Vorteilsgewährung über eine juristische Person ändert nichts an der Bewertung dem Arzt zufließender geldwerter Vorteile, zumal wenn es sich – wie hier – um den Alleingesellschafter oder Alleinaktionär der unmittelbar begünstigten Gesellschaft handelt.“⁴⁸

Dazu nimmt der Bundesgerichtshof auch ausdrücklich auf die Verhaltenskodizes des ärztlichen Berufsrechts Bezug. Wenngleich die Bestimmungen der Musterberufsordnung für Ärzte keine verbindliche Wirkung haben, kommt ihnen sogleich eine disziplinierende Wirkung zu. Im Beschluss vom 25. Juli 2017 heißt es hierzu:

„Im Zusammenhang mit dem entsprechenden berufsrechtlichen Verbot für Ärzte, derartige Beteiligungen einzugehen (vgl. auch § 34 MBO), hat der Bundesgerichtshof vor Inkrafttreten von § 128 Abs. 2 Satz 3 SGB V eine differenzierte Betrachtung lediglich in denjenigen Fällen für angebracht gehalten, in denen sich der Arzt nur mittelbar, insbesondere über allgemeine Gewinnausschüttungen, am Erfolg eines Unternehmens beteiligt [...]: Voraussetzung für eine unbedenkliche Beteiligung ist in solchen Fällen, dass bei ob-

⁴⁸ BGH, NZWiSt 2018, 74 (77 Rn. 47).

jektiver Betrachtung ein spürbarer Einfluss des Zuweisungs- oder Verordnungsverhaltens des einzelnen Arztes auf seinen Ertrag aus der Beteiligung ausgeschlossen erscheint. Ob dies der Fall ist, hängt grundsätzlich vom Gesamtumsatz des Unternehmens, dem Anteil der Überweisungen bzw. Verordnungen des Arztes und der Höhe seiner Beteiligung ab. Die Unzulässigkeit der Beteiligung wird sich dabei schon aus der Gesamthöhe der dem Arzt aus ihr zufließenden Vorteile ergeben können, sofern diese in spürbarer Weise von seinem eigenen Verordnungs- oder Zuweisungsverhalten beeinflusst wird. Auch nach diesen Kriterien war die von den Angeklagten gemeinsam mit [dem gesondert verfolgten MVZ-Leiter] ins Werk gesetzte Kick-Back-Konstruktion offensichtlich unzulässig.⁴⁹

Nach alledem wird deutlich, dass Verstöße gegen die Kooperationsverbote durchaus empfindliche strafrechtliche Folgen haben können. Insoweit bilden die Bestimmungen ein taugliches Instrument gegen Korruption, vorausgesetzt etwaige Verstöße und Strafbarkeiten lassen sich nachweisen. Hier werden mutmaßlich die größten praktischen Probleme liegen.

b) Strafrechtlicher Schutz durch die §§ 299a, 299b StGB

Strafrechtlichen Schutz bieten darüber hinaus die §§ 299a, 299b StGB, die an der Bekämpfung kollusiven Verhaltens im Zuge der Leistungserbringung ansetzen⁵⁰ und mit denen Strafbarkeitslücken sowohl im Bereich des § 299 StGB als auch der übrigen Vermögensdelikte geschlossen wurden⁵¹. Die Delikte schützen vor Gefahren, die aus der Annahme oder dem Anbieten von Vorteilen gegen eine der tatbestandlichen Gegenleistungen erwachsen. Die Tatbestände nehmen die Vertragsärzte in die Pflicht, obwohl sie zwar nicht rechtlich als Beauftragte der Krankenkassen tätig werden und bei Verhaltensweisen der Bestechung oder Vorteilsannahme insoweit nicht nach § 299 Abs. 1 StGB strafbar sind⁵², *de facto*

⁴⁹ BGH, NZWiSt 2018, 74 (77 Rn. 48).

⁵⁰ Zur Veranschaulichung des Anwendungsbereichs der beiden Tatbestände siehe *E. Kraatz*, Aus der Rechtsprechung zum Arztstrafrecht 2018/2018 – 2. Teil, NStZ-RR 2020, 133 (134); vgl. auch *P. Wigge*, Grenzen der Zusammenarbeit im Gesundheitswesen – der Gesetzentwurf zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen, NZS 2015, 447 (452); *N. Rauer/F. Pfuhl*, Das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen, PharmR 2016, 357 (359 ff.).

⁵¹ *N. Rauer/F. Pfuhl*, Das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen, PharmR 2016, 357 (357); *V. Wissing/J. Cierniak*, Strafbarkeitsrisiken des Arztes und von Betriebsinhabern nach dem Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen, NZWiSt 2016, 41 f.

⁵² *V. Wissing/J. Cierniak*, Strafbarkeitsrisiken des Arztes und von Betriebsinhabern nach dem Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen, NZWiSt 2016, 41 verneinen anschaulich sowohl die Eigenschaft der Vertragsärzte als Beauftragte der Kranken-

aber eine solche Position im Gesundheitswesen einnehmen.⁵³ Der Begriff des „Vorteils“ ist auch im Rahmen der §§ 299a, 299b StGB weit auszulegen und umfasst alle materiellen sowie immateriellen Leistungen, welche die Lage des Empfängers wirtschaftlich, rechtlich oder persönlich bessern, ohne dass hierauf ein Anspruch besteht.⁵⁴ In der strafrechtlichen Beurteilung muss deshalb immer berücksichtigt bleiben, dass Kooperation nicht von vornherein strafbare Korruption ist und insoweit im Einzelfall differenziert werden muss.⁵⁵ Die Tatbestände adressieren allerdings ausdrücklich nur Angehörige von Heilberufen⁵⁶, sodass sie gegen unlauteres Verhalten juristischer Personen wie etwa Krankenhausträgergesellschaften nicht anzuwenden sind.

Beachtlich ist allerdings, dass der praktische Effekt der beiden Tatbestände der §§ 299a, 299b StGB offensichtlich überschätzt wird. Hierzu berichtet *Jan C. Schuhr* mit Stand des vergangenen Jahres und unter Bezugnahme von Zahlen des Bundeskriminalamtes aus insgesamt drei Kalenderjahren anschaulich: Die Sondertatbestände haben auf die Praxis des Strafrechts einen kaum spürbaren Effekt, weil es nur zu wenigen Ermittlungsverfahren gekommen ist und bislang offenbar keine einzige Anklage erhoben wurde.⁵⁷ Zugleich stellt *Schuhr* fest, dass ein Effekt für die Compliance durchaus nachzuweisen ist⁵⁸, mutmaßlich deshalb, weil das Bestehen neuer „passgenauer“ Straftatbestände mit entsprechenden Strafanrohungen eine latente Drucksituation schafft und Anreize zur Korruption hierdurch gedämpft werden.

kassen als auch die Eigenschaft als Amtsträger im strafrechtlichen Sinne nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c) StGB.

⁵³ *J. Eisele*, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch. Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 299a Rn. 4.

⁵⁴ *M. Krüger*, Kooperation versus Korruption im Gesundheitswesen – Gedanken zu §§ 299a, 299b StGB, NZWiSt 2017, 129 (132).

⁵⁵ *M. Krüger*, Kooperation versus Korruption im Gesundheitswesen – Gedanken zu §§ 299a, 299b StGB, NZWiSt 2017, 129 (132 ff.).

⁵⁶ Vgl. hierzu etwa *M. Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch. Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 299a Rn. 2.

⁵⁷ *J. C. Schuhr*, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht. Kommentar, 4. Aufl. 2022, §§ 299a, 299b StGB Rn. 1.

⁵⁸ *J. C. Schuhr*, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht. Kommentar, 4. Aufl. 2022, §§ 299a, 299b StGB Rn. 1.

2. Geringe Bedeutung der Staatsaufsicht

Wenig Erfolg verspricht jedoch eine Absicherung über die Staatsaufsicht, weil sie einerseits nur im Verhältnis zwischen Krankenkassen sowie Vertragsärzten bedeutsam ist und andererseits im Falle von Rechtsverstößen nicht rechtzeitig Abhilfe schaffen kann. Die Rechtsaufsicht über die Krankenkassen führt in den meisten Fällen⁵⁹ das Bundesamt für Soziale Sicherung (vormals Bundesversicherungsamt).⁶⁰ Unregelmäßigkeiten bei der wirtschaftlichen Kooperation von Leistungserbringern werden sich mutmaßlich erst dann zeigen, wenn die abgerechneten Leistungen von den Krankenkassen geprüft werden. Beanstandungen erfolgen dann zunächst durch die Krankenkassen selbst, während die Aufsichtsbehörden regelmäßig keinen Einblick in die Abrechnungsprüfung haben und insoweit zur Eindämmung von Korruption in der wirtschaftlichen Zusammenarbeit von Leistungserbringern keinen Beitrag leisten können.

III. Wettbewerbsrecht

Eine Absicherung wirtschaftlicher Kooperation ist ferner über das Wettbewerbsrecht denkbar. Dort kommt insbesondere ein Schutz über Vorschriften des Lauterkeitsrechts in Betracht. Einen aktiven Mitbewerberschutz bietet das Wettbewerbsrecht über das Lauterkeitsrecht und dort etwa durch § 4 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), nach dem die dort enumerativ aufgeführten Handlungen als unlauter gelten und deshalb gemäß § 3 Abs. 1 UWG unzulässig sind. Ob das Lauterkeitsrecht angesichts der Sperre in § 69 Abs. 1 SGB V überhaupt auf die Leistungserbringer im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung Anwendung findet, ist allerdings zweifelhaft.⁶¹

IV. Compliance-Regelungen und ärztliches Berufsrecht

Darüber hinaus kann eine Absicherung von Fehlverhalten durch Compliance in Betracht kommen. Compliance-Ansätze können jedoch nach derzeitiger Einschätzung keinen der strafrechtlichen Absicherung vergleichbaren Beitrag leisten. Unter dem konturenarmen Begriff der Compliance fallen grundsätzlich Regelungen, die im Innenverhältnis einer Rechtsbeziehung zwingende Verhaltensvorga-

⁵⁹ Zur Staatsaufsicht der Landesbehörden, meist der jeweils ressortzuständigen Landesministerien siehe ausführlich *B. Hadank*, Funktionale Selbstverwaltung und Staatsaufsicht im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2022, S. 330 ff.

⁶⁰ *B. Hadank*, Funktionale Selbstverwaltung und Staatsaufsicht im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2022, S. 331 ff.

⁶¹ Siehe hierzu unten S. 46 f.

ben aufstellen, deren Einhaltung intern durchgesetzt wird.⁶² Compliance ist damit nicht nur im Wirtschaftsverkehr ein wichtiges Instrument zur internen Disziplinierung⁶³, sondern auch in öffentlich-rechtlichen Verhältnissen ein der repressiven Staatsaufsicht vorgelagertes internes Kontrollinstrument⁶⁴.

Letztlich bilden auch die Regelungen des ärztlichen Berufsrechts ethische Vorgaben⁶⁵, die als Verhaltensvorschriften zwingende Berücksichtigung in der Ausübung der ärztlichen Tätigkeit finden müssen. Das ärztliche Berufsrecht thematisiert die Zuweisung von Patientinnen und Patienten sogar ausdrücklich, so etwa in § 31 der Musterberufsordnung-Ärzte (nachfolgend MBO-Ä abgekürzt). In Absatz 1 ordnet die Vorschrift an, dass es Ärztinnen und Ärzten nicht gestattet ist, für die Verordnung von Arznei- oder Hilfsmitteln ein Entgelt oder andere Vorteile zu fordern, sich oder Dritten versprechen oder gewähren zu lassen oder selbst zu versprechen oder zu gewähren. Absatz 2 regelt, dass nicht ohne hinreichenden Grund bestimmte Hilfsmittelerbringer von Ärztinnen und Ärzten empfohlen werden dürfen oder an diese verwiesen werden darf. § 32 MBO-Ä erfasst die Korruptionstatbestände in der wirtschaftlichen Zusammenarbeit und § 33 MBO-Ä den Ausschluss unangemessener Zuwendungen im Innenverhältnis der vertraglichen Zusammenarbeit bei der Erbringung „veranlasster Leistungen“. Die genannten Regelungen zur wirtschaftlichen Zusammenarbeit sind in die meisten Berufsordnungen der Länder wortgleich übernommen worden.⁶⁶ Damit erfassen die Vorschriften des ärztlichen Berufsrechts im Wesentlichen diejenigen Fälle, die auch § 128 SGB V vertragsarztrechtlich für die Hilfsmittelversorgung regelt.

⁶² Vgl. hierzu nur *M. Krasney*, in: Körner/Krasney/Mutschler/Rolfs (Hrsg.), beck-online.GROSSKOMMENTAR (Kasseler Kommentar), § 217b Rn. 46 (Stand der Kommentierung: März 2018); *B. Hadank*, Funktionale Selbstverwaltung und Staatsaufsicht im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2022, S. 51.

⁶³ *P. Dieners/U. Lembeck*, in: Dieners (Hrsg.), Handbuch Compliance im Gesundheitswesen, 3. Aufl. 2010, § 7 Rn. 1; vgl. auch *B. Hadank*, Funktionale Selbstverwaltung und Staatsaufsicht im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2022, S. 51.

⁶⁴ Vgl. dazu *B. Hadank*, Funktionale Selbstverwaltung und Staatsaufsicht im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2022, S. 50 ff.

⁶⁵ Vgl. hierzu *H.-D. Steinmeyer*, Korruption im Gesundheitswesen. Was leistet das Sozialrecht?, MedR 2022, 822 (826).

⁶⁶ Siehe beispielsweise §§ 31, 32 der Berufsordnung der Landesärztekammer Baden-Württemberg; §§ 31, 32 der Berufsordnung für die Ärzte in Bayern oder §§ 31, 32 der Berufsordnung für die nordrheinischen Ärztinnen und Ärzte.

V. Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen

Wenig Unterstützung wird auch von den Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen zu erwarten sein, bei denen rechts- und zweckwidrige Nutzungen von Beitragsmitteln gemeldet werden können. Nach § 197a Abs. 1 Satz 1 SGB V richten die Krankenkassen, im gegebenen Fall auch ihre Landesverbände und darüber hinaus der Spitzenverband Bund der Krankenkassen organisatorische Einheiten ein, die Fällen und Sachverhalten nachzugehen haben, die auf Unregelmäßigkeiten oder auf rechtswidrige oder zweckwidrige Nutzung von Finanzmitteln im Zusammenhang mit den Aufgaben der jeweiligen Krankenkasse oder des jeweiligen Verbandes hindeuten. Die Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen können grundsätzlich von jedermann bei Verdacht auf Korruption angerufen werden, sodass die Meldung von Unregelmäßigkeiten unter denkbar niedrigen Voraussetzungen möglich ist. Ob die nach § 197a Abs. 4 SGB V angeordnete Zusammenarbeit mit der Staatsanwaltschaft⁶⁷ zu Effizienzsteigerungen bei der Verfolgung von Korruption führt und ob die Stellen insgesamt zu höheren Hemmschwellen für kriminelle Verhaltensweisen beitragen, lässt sich ohne empirische Datengrundlagen nicht bestimmen.

VI. Wirtschaftliche Regulierung im Gesundheitswesen

Aus der wirtschaftlichen Regulierung im Gesundheitswesen lassen sich ebenfalls keine *ausdrücklichen* Leitlinien für die wirtschaftliche Zusammenarbeit von Leistungserbringern herleiten. Wirtschaftliche Regulierung findet etwa durch die Richtlinien und sonstigen Beschlüsse des Gemeinsamen Bundesausschusses statt, mit denen eine Zuweisung („Allokation“) knapper und deshalb zu rationalisierender Ressourcen erfolgt.⁶⁸ Dies geschieht vor dem Hintergrund, dass etwaige Fehlallokationen in einem von Knappheit und Priorisierung geprägten Gesundheitswesen⁶⁹ zu erheblichen Problemen für die Versorgungstabilität führen können.⁷⁰ Dies hat jedoch primär Folgen für die Frage, welche Leistungen über-

⁶⁷ So kritisiert etwa *J. Kaempfe*, in: Becker/Kingreen (Hrsg.), SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung. Kommentar, 8. Aufl. 2022, § 197a Rn. 5 das Fehlen flächendeckender Schwerpunktstaatsanwaltschaften für Korruptionsfälle im Gesundheitswesen.

⁶⁸ *B. Hadank*, Funktionale Selbstverwaltung und Staatsaufsicht im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2022, S. 113 m. w. N.

⁶⁹ *S. Rixen*, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, 2005, S. 61 f.; *T. Kingreen*, Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen, VVDStRL 70 (2011), 152 (177); *W. Kluth*, Der Gemeinsame Bundesausschuss (G-BA) nach § 91 SGB V aus der Perspektive des Verfassungsrechts, 2015, S. 56.

⁷⁰ Zu den Risiken von Fehlallokationen insbesondere für Leistungserbringer siehe *S. Rixen*, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, 2005, S. 70 f.

haupt und in welchem Umfang erbracht werden können. Leitlinien der wirtschaftlichen Zusammenarbeit werden auf der Ebene der wirtschaftlichen Regulierung regelmäßig nicht festgesetzt.

D. Zusammenfassung zum ersten Teil

Wesentliche Ergebnisse des ersten Teils der Untersuchung lassen sich in folgenden Leitsätzen zusammenfassen:

1. Kooperationen von Leistungserbringern spielen im deutschen Gesundheitswesen eine praktisch bedeutsame Rolle und prägen die Versorgungsrealität in vielfältiger Weise. Die Zusammenarbeit von Leistungserbringern kann also in einigen Bereichen erwünscht oder sogar angeordnet sein, in anderen Bereichen wiederum missbilligt werden. Nicht jede Form von Kooperation ist rechtlich und berufsethisch zu missbilligen; vor allem ist nicht jede Form von Zusammenarbeit Korruption. Die Ausübungsformen von Kooperation sind deshalb differenziert zu betrachten. Eine grobe Differenzierung leistet die Unterscheidung von fachlicher und wirtschaftlicher Zusammenarbeit.
2. *Fachliche* Zusammenarbeit ist dort, wo sie gebraucht wird, regelmäßig rechtlich abgesichert. *Wirtschaftliche* Zusammenarbeit ist demgegenüber meist Folge des Gewinnstrebens einiger Akteure des Gesundheitswesens. Die Gesetzgebung geht jedoch mit wirtschaftlicher Kooperation erkennbar restriktiv um. Nicht zu unterschätzen ist, dass eine Zusammenarbeit bestimmter Leistungserbringer eine erhebliche Steuerungswirkung auf das gesamte Gesundheitswesen hat, weil die jeweiligen Leistungserbringer die Patienten während sowie im Vor- und Nachlauf einer Therapie beraten, koordinieren und auf diese Weise erheblichen Einfluss auf die von den Patienten zu treffenden Gesundheitsentscheidungen haben.
3. Die Steuerungswirkung liegt im Bereich der „veranlassten Leistungen“ in der konkreten Art und Weise des Ordnungsverhaltens. Mit der ärztlichen Verordnung eines Hilfsmittels tritt zwar für sich genommen noch keine aktive Lenkung der Versicherten zu einem bestimmten Leistungserbringer ein. Allerdings können die Vertragsärzte die Versicherten ganz erheblich beeinflussen, wenn etwa die Verordnung zugleich mit einer (mündlichen) Empfehlung eines bestimmten Leistungserbringers einhergeht. Dieses Verhalten kann auf tatsächlicher Ebene zu einer Fehlentwicklung in der Versorgungslandschaft führen.

4. Zu berücksichtigen ist aber, dass Leistungserbringer, die – anders als die niedergelassenen Ärzte oder MVZ – nicht an „erster Stelle“ der Versorgung stehen, sondern ihre Dienste erst nach einer ärztlichen Verordnung anbieten dürfen, in besonderer Weise auf *wirtschaftliche Chancengleichheit* angewiesen sind. In dieser Situation befinden sich etliche Leistungserbringer, und zwar neben den Apotheken regelmäßig die Erbringer sogenannter „veranlasster Leistungen“, also die Versorger, die Heil- und Hilfsmittel bereitstellen sowie Dienstleistungen im Bereich der häuslichen Krankenpflege oder der Kurzzeitpflege anbieten. An einer wirtschaftlichen Chancengleichheit fehlt es aber, wenn durch Zusammenarbeit einiger Akteure Mitbewerber übervorteilt werden.
5. Eine gesetzliche Steuerung wirtschaftlicher Zusammenarbeit von Leistungserbringern erfolgt durch § 128 SGB V. Diese Norm kann gewissermaßen als Anker für die Begrenzung wirtschaftlicher Kooperation unter Leistungserbringern verschiedener Bereiche angesehen werden. Impuls für die Entstehung der Vorschrift ist mutmaßlich ein Urteil des Bundesgerichtshofs vom 29. Juni 2000, mit dem die wirtschaftlichen Freiheiten der Vertragsärzte vor dem Hintergrund des Art. 12 Abs. 1 GG klargestellt wurden.
6. Nunmehr können Verstöße gegen § 128 SGB V empfindliche Konsequenzen insbesondere für die betroffenen Vertragsärzte haben. Zum einen können Verstöße gegen § 128 Abs. 1 und 2 SGB V zum Verlust der Vergütungsansprüche gegen die Krankenkassen führen, sofern die in § 128 SGB V geregelten Anordnungen gesetzliche Verbote im Sinne des § 134 BGB sind. Zum anderen findet unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eine Sanktionierung der Leistungserbringer seitens der Krankenkassen durch § 128 Abs. 3 SGB V statt, die über die gesetzlichen Folgen eines Verstoßes gegen § 128 Abs. 1 und 2 SGB V hinausgehen soll. So haben Verstöße gegen § 128 Abs. 1 und 2 SGB V nach § 128 Abs. 3 Satz 1 SGB V Vertragsstrafen für die jeweiligen Leistungserbringer zur Folge, im Zweifel bei „wiederholten und schwerwiegenden“ Verstößen sogar den zeitweisen Versorgungsausschluss bis zu zwei Jahren. Bei dem im Schrifttum häufig lediglich deskriptiven Hinweis auf die Sanktion der Vertragsstrafe bleibt jedoch die Frage der praktischen Relevanz dieser Konsequenz weitgehend offen. Zum einen wird es zu der Sanktion nur kommen, wenn die Krankenkassen die Verstöße erkennen, zum anderen ist zweifelhaft, ob Dritte (etwa konkurrierende andere Leistungserbringer) überhaupt einen justiziablen Anspruch auf eine Sanktio-

nierung durch die Krankenkassen haben. Deshalb sollten die tatsächlichen Wirkungen des § 128 SGB V nicht überschätzt werden.

7. Strafrechtlichen Schutz entfalten in erster Linie die Vermögensdelikte, mithin diejenigen Straftatbestände, deren (vorrangiges) Schutzgut das Vermögen darstellt. Strafrechtlichen Schutz bieten darüber hinaus die §§ 299a, 299b StGB, die an der Bekämpfung kollusiven Verhaltens im Zuge der Leistungserbringung ansetzen und mit denen Strafbarkeitslücken sowohl im Bereich des § 299 StGB als auch der übrigen Vermögensdelikte geschlossen wurden. Beachtlich ist allerdings, dass der praktische Effekt der beiden Tatbestände der §§ 299a, 299b StGB offensichtlich überschätzt wird.
8. Eine Absicherung wirtschaftlicher Kooperation ist ferner über das Wettbewerbsrecht denkbar. Dort kommt insbesondere ein Schutz über Vorschriften des Lauterkeitsrechts in Betracht. Ob dieses angesichts der Sperre in § 69 Abs. 1 SGB V überhaupt auf die Leistungserbringer im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung Anwendung findet, ist allerdings zweifelhaft. Compliance-Ansätze können nach derzeitiger Einschätzung keinen der strafrechtlichen Absicherung vergleichbaren Beitrag leisten. Letztlich bilden auch die Regelungen des ärztlichen Berufsrechts ethische Vorgaben, die als Verhaltensvorschriften zwingende Berücksichtigung in der Ausübung der ärztlichen Tätigkeit finden müssen. Wenig Unterstützung wird auch von den Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen zu erwarten sein, bei denen rechts- und zweckwidrige Nutzungen von Beitragsmitteln gemeldet werden können. Die Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen können grundsätzlich von jedermann bei Verdacht auf Korruption angerufen werden, sodass die Meldung von Unregelmäßigkeiten unter denkbar niedrigen Voraussetzungen möglich ist. Ob die nach § 197a Abs. 4 SGB V angeordnete Zusammenarbeit mit der Staatsanwaltschaft zu Effizienzsteigerungen bei der Verfolgung von Korruption führt und ob die Stellen insgesamt zu höheren Hemmschwellen für kriminelle Verhaltensweisen beitragen, lässt sich ohne empirische Datengrundlagen nicht bestimmen.

Zweiter Teil

Gewährleistung fairer Rahmenbedingungen für die Hilfsmittelversorgung

A. Einführung

Konkurrenz gehört zu den Effekten, die bekanntermaßen mit wirtschaftlichem Wettbewerb einhergehen. Hiervon bleibt auch die Hilfsmittelversorgung nicht verschont, in der solche Anbieter, die sich ausschließlich auf die Abgabe von Hilfsmitteln spezialisiert haben, mit Tochtergesellschaften von Krankenhäusern und Krankenhausträgern konkurrieren, hinter denen nicht selten große Ketten bzw. Konzerne stehen. Ein ähnlicher Konkurrenzdruck lässt sich auch in der vertrags(zahn)ärztlichen Versorgung beobachten. Dort geraten insbesondere Freiberufler in Bedrängnis, weil Krankenhausträger und versorgungsfremde Finanzinvestoren medizinische Versorgungszentren (MVZ) gründen.⁷¹ Weil MVZ oft sachlich und räumlich auf die Ressourcen der Krankenhäuser desselben Konzerns zugreifen, indem sie den Krankenhäusern örtlich angeschlossen werden⁷², verfügen sie meist über eine Ausstattung, mit denen viele Einzelpraxen nicht mithalten können. Hinzu kommt, dass MVZ auch im Zulassungswesen in verschiedener Hinsicht privilegiert werden.⁷³

Die Zielsetzung der Gesundheitspolitik muss es aber sein, keinen Wettbewerb zu entfachen, der zur *Verdrängung* bestimmter Teilgruppen der jeweiligen Gesundheitsberufe führt. Auch darf die Freiberuflichkeit im Gesundheitswesen nicht zugunsten von Konzernbildungen und Finanzinvestoren geschwächt werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass aufgrund der Besonderheiten der „veranlassten Leistungen“⁷⁴ die direkte gesellschaftsrechtliche Verzahnung mit anderen

⁷¹ Siehe dazu ausführlich *J. A. Kämmerer/P. Kleiner*, Fremdinvestoren und Fremdkapital bei MVZ – rechtliche Probleme und Lösungsansätze, *MedR* 2020, 531 ff.

⁷² Ein Indiz hierfür bietet auch die Statistik der Kassenärztlichen Bundesvereinigung über die ständige Zunahme von MVZ in Trägerschaft eines Krankenhauses. Siehe hierzu die Statistik unter <https://gesundheitsdaten.kbv.de/cms/html/17021.php>, zuletzt aufgerufen am 8.4.2023.

⁷³ Vgl. hierzu etwa die sogenannte „Konzeptbewerbung“, die mit dem Gesetz für schnellere Termine und bessere Versorgung (Terminservice- und Versorgungsgesetz – TSVG) vom 6.5.2019 (BGBl. I, S. 646) eingeführt wurde, um MVZ im Nachbesetzungsverfahren zu privilegieren. Siehe dazu Bundestags-Drucksache 19/6337, S. 122.

⁷⁴ Siehe hierzu oben S. 10 f.

Leistungserbringern einen nicht unerheblichen Wettbewerbsvorteil für kooperierende Akteure bietet.

Fraglich ist allerdings, ob und in welchem Umfang einzelne Marktteilnehmer in der Hilfsmittelversorgung ihre wirtschaftliche Position rechtlich verteidigen oder zumindest gegen Wettbewerbsverzerrungen durch Übervorteilung vorgehen können.

B. Reichweite des verfassungsrechtlichen Mitbewerberschutzes

Erforderlich ist zunächst eine Untersuchung, wie die Teilnahme an der Hilfsmittelversorgung verfassungsrechtlich abgesichert ist. Von Interesse ist hierbei insbesondere, ob und in welchem Umfang die Erbringer von Hilfsmitteln vor marktwirtschaftlicher Konkurrenz verfassungsrechtlich geschützt sind.

I. Kein Schutz aus Art. 12 Abs. 1 GG vor marktwirtschaftlicher Konkurrenz

Die wirtschaftliche Betätigung und die Teilnahme an Märkten sind als Ausprägungen der Berufsausübungsfreiheit über Art. 12 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich geschützt.⁷⁵ Zurückhaltend ist die Rechtsprechung aber, wenn es um den grundrechtlichen Schutz vor Mitbewerbern und im Allgemeinen vor wirtschaftlicher Konkurrenz geht. Zwar ist die Wettbewerbsfreiheit für die unternehmerische Betätigung von besonderer Bedeutung. Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistet jedoch keinen Anspruch auf wettbewerblichen Erfolg⁷⁶, sondern lediglich die Möglichkeit, sich durch freie Leistungskonkurrenz als Anbieter und Nachfrager auf dem Markt gegenüber anderen durchzusetzen⁷⁷. Freie Leistungskonkurrenz wird durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt, soweit das Verhalten der Unternehmen bzw. Unternehmer im Wettbewerb Bestandteil ihrer Berufsausübung ist.⁷⁸ Die „bestehende Wirtschaftsverfassung“ enthält nach der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts

⁷⁵ H. Sodan, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, 2. Aufl. 2022, Bd. IV, § 125 Rn. 41 m. w. N.

⁷⁶ BVerfGE 105, 252 (265); 106, 275 (299); 110, 274 (288); 118, 1 (19); 158, 1 (29 Rn. 51).

⁷⁷ H. Sodan, DÖV 1987, 858 (860); ders., DÖV 2000, 361 (364); vgl. auch BGHZ 23, 365 (370).

⁷⁸ BVerfGE 32, 311 (317); 46, 120 (137); BVerwGE 71, 183 (189); vgl. auch BVerfGE 115, 205 (229).

„den grundsätzlich freien Wettbewerb der als Anbieter und Nachfrager auf dem Markt auftretenden Unternehmer als eines ihrer Grundprinzipien“.⁷⁹

Der geringe verfassungsrechtliche Schutz der Leistungserbringer in wirtschaftlichen Fragen spiegelt sich anschaulich in der Rechtsprechung zu der Frage, ob die gesetzlichen Krankenkassen mit Leistungserbringern Verträge zwingend zu schließen haben oder ob ihnen weitgehende Vertragsfreiheit zukommt. Mit erstaunlicher Deutlichkeit hat das Bundessozialgericht in einem Urteil vom 10. März 2010 festgestellt, eine Krankenkasse könne „zwar im Einzelfall einem Kontrahierungszwang unterliegen, wenn anders ein rechtmäßiges Verhalten nicht möglich ist [...]. Grundsätzlich ist jedoch die vertragsrechtliche Ausgestaltung der Leistungsbeziehungen dem Verhandlungsgeschick der Beteiligten und damit *dem freien Spiel der Kräfte überlassen*. Es ist nicht Aufgabe der Gerichte, nach Art von Schiedsstellen den angemessenen Vertragsinhalt festzusetzen [...].“⁸⁰ Es sei aber „jedem zugelassenen und geeigneten Leistungserbringer die Möglichkeit zur Beteiligung an der Versorgung der Versicherten nach Maßgabe sachgerechter, vorhersehbarer und transparenter Kriterien im Rahmen der jeweils geltenden gesetzlichen Vorgabe einzuräumen [...].“⁸¹ Das Landessozialgericht Hamburg interpretiert diese Rechtsprechung des Bundessozialgerichts als einen „Anspruch auf diskriminierungsfreie Teilhabe an der Versorgung mit Hilfsmitteln der Versicherten der gesetzlichen Krankenkassen [...], wenn auch keinen Anspruch auf Vertragsabschluss“.⁸²

Das Grundrecht der Berufsfreiheit beinhaltet jedenfalls keinen generellen Schutz vor wirtschaftlicher Konkurrenz. Sofern sich die unternehmerische Berufstätigkeit am Markt nach den Grundsätzen des Wettbewerbs richtet, beeinflussen nämlich die rechtlichen Regeln, welche den Wettbewerb ermöglichen und begrenzen, die Reichweite des Freiheitsschutzes.⁸³ Art. 12 Abs. 1 GG sichert „die Teilhabe am Wettbewerb nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen“.⁸⁴ Markt-

⁷⁹ BVerfGE 32, 311 (317); vgl. auch BVerfGE 106, 275 (298); BVerwGE 71, 183 (189).

⁸⁰ BSGE 106, 29 (35 Rn. 21) – ohne die Hervorhebungen.

⁸¹ BSGE 106, 29 (36 Rn. 23).

⁸² LSG Hamburg, Urteil vom 26. August 2020 – L 1 KR 22/17, juris Rn. 57. Im Falle einer Vergütungsvereinbarung für „veranlasste Leistungen“ hat das Bundessozialgericht ausnahmsweise einen Kontrahierungszwang der Krankenkasse zu den Vergütungskonditionen erkannt, die frei von Verstößen gegen die durch das Vertragsarztrecht gezogenen Grenzen sind; siehe dazu BSGE 101, 142 (147 Rn. 22 f.).

⁸³ BVerfGE 105, 252 (265); 115, 205 (229); 137, 185 (243 Rn. 154); 147, 50 (141 Rn. 235).

⁸⁴ BVerfGE 105, 252 (265); 115, 205 (229).

teilnehmer haben zwar „keinen grundrechtlichen Anspruch darauf, dass die Wettbewerbsbedingungen für sie gleich bleiben“; die Berufsfreiheit „schützt jedoch davor, dass die Wettbewerbsstellung des Einzelnen durch staatliche Interventionen beeinträchtigt wird“.⁸⁵ Allerdings umfasst der grundrechtliche Schutz gerade nicht Interventionen Privater. Außerdem lässt sich keine staatliche Schutzpflicht, welche die Marktteilnehmer vor wirtschaftlicher Konkurrenz absichert, in Verbindung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG begründen, da ansonsten von Verfassungen wegen die geschützten Verhaltensweisen (anderer) Privater in erheblichem Umfang beschränkt würden.⁸⁶

II. Folgen dieses Befundes für die Untersuchung

Die *verfassungsrechtliche* Zulässigkeit einer Veränderung der derzeitigen Marktsituation kann deshalb allenfalls aus einer anderen Perspektive geprüft werden, nämlich ob punktuelle Regulierungen des Gesundheitsmarktes in verfassungsrechtlich zulässiger Weise erfolgen können. Das kann im Rahmen dieser Untersuchung nicht für alle denkbaren Möglichkeiten geleistet werden. Vielmehr werden nachfolgend Überlegungen angestellt, wie durch gerichtlichen Rechtsschutz und durch Anpassungen auf (einfach-)gesetzlicher Ebene eine wirksame Absicherung der Hilfsmittelerbringer erreicht werden kann.

C. Besonderheiten des Krankenhausentlassmanagements

Zuvor soll aber noch auf ein weiteres Problem eingegangen werden, das bei diesen Überlegungen zwingend zu beachten ist. Besonderheiten für die Hilfsmittelversorgung, die von den Mechanismen der ambulanten Versorgung abweichen, ergeben sich nämlich im Rahmen des sogenannten Krankenhausentlassmanagements nach § 39 Abs. 1a SGB V, das mit dem GKV-Versorgungsstrukturgesetz⁸⁷ in die Versorgung eingeführt worden ist. Dessen Ziel ist es, sogenannte „Drehtüreffekte“ bei der Überleitung von der stationären in die ambulante Versorgung⁸⁸ zu vermeiden, die bei Versorgungslücken in der

⁸⁵ BVerfGE 158, 1 (29 Rn. 51). Siehe auch *H. Sodan*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, 2. Aufl. 2022, Bd. IV, § 125 Rn. 42.

⁸⁶ Ausführlich dazu *P. Reimer*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, 2. Aufl. 2022, Bd. IV, § 128 Rn. 7.

⁸⁷ Gesetz zur Verbesserung der Versorgungsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Versorgungsstrukturgesetz – GKV-VStG) vom 22.12.2011, BGBl. I, S. 2983.

⁸⁸ Bundestags-Drucksache 17/6906, S. 55.

kurzen Übergangsphase entstehen und erneute Krankenhausaufenthalte der Versicherten mit entsprechenden Kosten zur Folge haben können.

I. Interimsweise Übertragung der Hilfsmittelverordnung auf die Krankenhäuser

Als sektorenübergreifendes Versorgungskonzept (vgl. die allgemeine Regelung des Anspruchs auf ein „Versorgungsmanagement“ nach § 11 Abs. 4 SGB V⁸⁹) verknüpft das Krankenhausentlassmanagement den ambulanten und stationären Sektor, indem für einen kurzen Übergangszeitraum Leistungen, die regelhaft von Vertragsärzten veranlasst werden, direkt durch das Krankenhaus veranlasst werden dürfen. Damit werden, jedenfalls interimsweise, Sektorengrenzen durchbrochen und den Krankenhäusern Kompetenzen zugewiesen, die sie außerhalb des stationären Bereich *normalerweise* nicht innehaben. Für die Hilfsmittelversorgung ist dies ausdrücklich in § 6a Abs. 1 Satz 1 der Hilfsmittel-Richtlinie⁹⁰ geregelt.

Dieser vorübergehende Aufbruch der Sektorentrennung folgt der Idee, wie das Bundessozialgericht in einem Urteil vom 8. Oktober 2019 zur Genese von § 11 Abs. 4 SGB V ausführt, „im *Interesse der Versicherten* (Versorgungskontinuität, Entlastung der Versicherten und ihrer Angehörigen) und der *Wirtschaftlichkeit* der Leistungserbringung einen ‚reibunglosen Übergang‘ zu ermöglichen, um namentlich Pflegebedürftigkeit oder eine baldige stationäre Wiedereinweisung zu vermeiden [...]“⁹¹. Auch wenn ein Blick auf andere sektorenübergreifende Konzepte⁹² daran zweifeln lässt, ob die angestrebten Ziele durch das Krankenhausentlassmanagement erreicht werden, fehlt es an stichhaltigen Anhaltspunkten, die Vereinbarkeit des Entlassmanagements mit höherrangigem Recht in Frage zu stellen.

Dieser Befund lässt sich wie folgt begründen: Mangels detaillierter verfassungsrechtlicher Anforderungen an die Ausgestaltung der Sozialversicherung hat

⁸⁹ BSGE 129, 156 (162 Rn. 19).

⁹⁰ Die Hilfsmittel-Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses ist öffentlich zugänglich unter: https://www.g-ba.de/downloads/62-492-2467/HilfsM-RL_2021-03-18_iK-2021-04-01.pdf, zuletzt aufgerufen am 25.3.2023.

⁹¹ BSGE 129, 156 (162 Rn. 19) – ohne die Hervorhebungen.

⁹² Am Beispiel der integrierten Versorgung nach § 140a SGB V äußern einige Autoren Zweifel, ob sich hieraus spürbare Synergieeffekte ergeben, durch die sich tatsächlich Geld sparen lässt. Siehe exemplarisch hierfür *H. Plagemann/F. Plagemann*, (Mehr) Wettbewerb im Gesundheitswesen?, NJW 2012, 2613 (2615).

der parlamentarische Gesetzgeber durch die Kompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG eine weitreichende Einschätzungsprärogative zur Ausgestaltung der Versorgungsstrukturen.⁹³ Nach Auffassung des Bundessozialgerichts verfolgen die Regelungen des Anspruchs auf ein Entlassmanagement nach § 39 Abs. 1a SGB V „denselben Regelungszweck wie § 11 Abs. 4 SGB V. Die Einfügung dieser Regelungen in § 39 SGB V [...] wollte das mit § 11 Abs. 4 SGB V verfolgte Ziel unterstreichen und in seiner Durchsetzungsmöglichkeit verstärken. Der Gesetzgeber reagierte damit auf den Umstand, dass § 11 Abs. 4 SGB V ‚nicht in dem gewünschten Umfang umgesetzt und genutzt‘ wurde; nicht alle Krankenhäuser boten ein Versorgungsmanagement iS eines Entlassmanagements an [...]. Nichts anderes gilt angesichts fortbestehender Umsetzungsdefizite für die Ersetzung der Regelungen in § 39 Abs. 1 Satz 4 bis 6 SGB V durch § 39 Abs. 1a SGB V [...]. Der Anspruch auf Versorgungsmanagement erweitert den Anspruch auf Krankenbehandlung um eine Nebenleistung. Die Regelung des Entlassmanagements konzipiert den Anspruch ‚als unmittelbare(n) Bestandteil des Anspruchs auf Krankenhausbehandlung in § 39 SGB V‘ [...]. Die Regelungen des Versorgungs- und Entlassmanagements *erweitern* dagegen den Behandlungsanspruch *nicht über die in dem Management liegende Dienstleistung hinaus* [...].“⁹⁴ Diese im Management liegende Dienstleistung ist vielmehr eine „Nebenleistung zum eigentlichen Behandlungsanspruch“ gegen die Krankenkasse.⁹⁵ „Für den Anspruch auf Versorgungs- und Entlassmanagement beschränkt das Gesetz die Zuständigkeit der KKn auf die Unterstützung der betroffenen Leistungserbringer und den Abschluss von Verträgen mit diesen [...].“⁹⁶ Das Krankenhausentlassmanagement folgt also grundsätzlich strukturell den Anforderungen des Leistungserbringungsrechts. Besonderheit dieser Versorgungsform ist jedoch, dass die Befugnis zur Veranlassung von Leistungen interimweise an die Krankenhäuser fällt, die das „Management“ zu koordinieren haben, während der Sicherstellungsauftrag bei den Krankenkassen verbleibt.⁹⁷

Soweit sich Leistungserbringer durch das Krankenhausentlassmanagement beeinträchtigt sehen, dürften rechtliche Bedenken über die Vereinbarkeit mit der Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG hinaus kaum erfolgreich gerichtlich geltend zu machen sein. Wenn sich überhaupt mittelbar-faktische

⁹³ Vgl. dazu *H. Sodan*, in: ders. (Hrsg.), *Handbuch des Krankenversicherungsrechts*, 3. Aufl. 2018, § 2 Rn. 27.

⁹⁴ BSGE 129, 156 (163 Rn. 20) – ohne die Hervorhebungen.

⁹⁵ BSGE 129, 156 (164 Rn. 24).

⁹⁶ BSGE 129, 156 (166 Rn. 25).

⁹⁷ Vgl. dazu BSGE 129, 156 (165 f. Rn. 25).

Grundrechtseingriffe begründen lassen, so dürfte das Entlassmanagement als solches einer Verhältnismäßigkeitsprüfung aus zweierlei Gründen standhalten: Erstens folgt es mit der Zielsetzung, Versorgungslücken zwischen ambulanter und stationärer Versorgung zu schließen⁹⁸, einem legitimen Zweck, der zweitens – wie sich etwa aus § 6a Abs. 1 Satz 1 der Hilfsmittel-Richtlinie für die Hilfsmittelversorgung ergibt – wegen der zeitlich kurzen Befugnis der Krankenhäuser zur Verordnung veranlasster Leistungen das relativ mildeste und ein im Ergebnis angemessenes Mittel zur Erreichung des erstrebten Ziels ist.

II. Wertungswiderspruch zum Kooperationsverbot in der ambulanten Versorgung

Ein erheblicher *Wertungswiderspruch* besteht aber *de lege lata* bei den wirtschaftlichen Rahmenbedingungen des Krankenhausentlassmanagements. Denn gerade dort duldet die Rechtsprechung weitreichende wirtschaftliche Kooperationen, wie sie in der „regulären“ ambulanten Versorgung mit „veranlassten Leistungen“ durch § 128 SGB V unterbunden werden.

1. Rechtsprechung zu sogenannten „Kooperationsapotheken“

Dies belegt beispielhaft ein Urteil des Landgerichts Freiburg im Breisgau vom 31. Oktober 2012.⁹⁹ In der Sache ging es um sogenannte „Kooperationsapotheken“, die im Rahmen des Krankenhausentlassmanagements mit einer durch den Krankenhausträger und einigen Sanitätshäusern gegründeten GmbH dergestalt zusammenarbeiten, dass sie Rezepte für die vom Krankenhaus im Zuge des Entlassmanagements verschriebenen Arzneimittel übermittelt bekommen und die eingelösten Arzneimittel den Patienten des Krankenhauses direkt ans Bett liefern. Voraussetzung für dieses Vorgehen sollte eine Einwilligung des Patienten zu dieser Praxis sein. Eine konkurrierende Apotheke hat sich hiergegen unter Berufung auf das Kooperationsverbot aus § 11 Abs. 1 Sätze 1 und 2 ApoG zur Wehr gesetzt und das Landgericht Freiburg im Breisgau angerufen, das die Klage jedoch abgewiesen hat.

An der Entscheidung befremdet zunächst die Einschätzung der wirtschaftlichen Konkurrenzsituation zwischen der Kooperationsapotheke und der Klägerin. Denn das Landgericht Freiburg im Breisgau erkennt trotz enger Kooperation keine rechtlich bedenkliche Verbindung zwischen Krankenhaus, Tochtergesell-

⁹⁸ Bundestags-Drucksache 17/6906, S. 55.

⁹⁹ LG Freiburg im Breisgau, PharmR 2013, 183 ff.

schaft und Kooperationsapotheke. So führt das Gericht zu den Beteiligungsverhältnissen aus:

„Zwar betreibt die P. GmbH, die zu 40 % von der Uniklinik gehalten wird, ihre Tätigkeit in Räumen, die auf dem Gelände der Uniklinik liegen, teilt mit der Uniklinik die Basis-Telefonnummer, benutzt teilweise deren Computernetz und beschäftigt mehrere Mitarbeiter, die zugleich für die Uniklinik tätig sind. Allerdings sind die Uniklinik auf der einen und die P. GmbH auf der anderen Seite rechtlich und wirtschaftlich gleichwohl vollständig voneinander getrennt, wie der Zeuge [...] überzeugend mitgeteilt hat. So entrichtete die GmbH an die Uniklinik Raummiete sowie Entgelt für die Telefon- und Computernutzung. Die doppelbeschäftigten Mitarbeiter verfügten über zwei Arbeitsverträge und bezögen zwei Gehälter.“¹⁰⁰

Trotz hoher Anteile des Krankenhauses an der Tochtergesellschaft sowie der damit nahezu zwangsläufig einhergehenden wirtschaftlichen Interessen sieht das Landgericht Freiburg im Breisgau eine hinreichende Unabhängigkeit der Tochtergesellschaft und argumentiert:

„Entscheidend ist aber und das Gericht folgt auch insoweit den Aussagen des Zeugen [...], dass über den Umgang mit Anforderungen der Uniklinik, zu denen auch ärztliche Medikamentenrezepte zählen, durch eine Abteilung der P. GmbH namens Patientenmanagement befunden wird, zu der nur vier Mitarbeiter zählen, die allesamt nicht zugleich bei der Uniklinik beschäftigt sind. Die doppelbeschäftigten Mitarbeiter hingegen seien nicht für die Bearbeitung von Anforderungen zuständig, sondern mit der Beratung, Einweisung und Anleitung der Patienten befasst. Die im Patientenmanagement tätigen Mitarbeiter würden nach Erhalt der Anforderung tätig, ohne dass der verschreibende Arzt Kenntnis davon hätte, ob, wie und an wen ein Auftrag erteilt wird. Dass vor diesem tatsächlichen Hintergrund Zweifel angebracht sind, dass der verschreibende Arzt der Uniklinik sich nicht ausschließlich von medizinischen Notwendigkeiten leiten lässt, sondern auch von dem Umstand, dass der Beklagte Kooperationspartner der P. GmbH ist, erscheint *ehrer fernliegend*. Zwar besteht – und der verschreibende Arzt kann dies wissen – eine Art Automatismus dergestalt, dass ein Rezept, das der P. GmbH durch die Station übermittelt wird, zu einem Auftrag an eine Kooperationsapotheke führt. Dies wäre nach Auffassung des Gerichts aber nur dann kritisch zu bewerten, *wenn die Ärzteschaft Einfluss auf die Auswahl der Kooperationspartner nehmen könnte oder würde*. In diesem Falle bestünde in der Tat die strukturelle Gefahr, dass der verschreibende Arzt, durch dessen Wirken eine bestimmte Apotheke zur Kooperationspartnerin geworden ist, sich nicht ausschließlich von medizinischen Notwendigkeiten leiten lässt. Solche Verhältnisse werden hier aber gar nicht behauptet. Auch der Zeuge [...] hat berichtet, dass die Ärzte

¹⁰⁰ LG Freiburg im Breisgau, PharmR 2013, 183 (184).

bislang keinerlei Interesse an der Auswahl der Kooperationsapotheken gezeigt haben.“¹⁰¹

Gleichwohl verbleiben auch dem Landgericht Freiburg im Breisgau trotz der vorstehenden Argumentation noch folgende Zweifel:

„Das Gericht verkennt nicht, dass die verbleibende Nähe der P. GmbH zur Uniklinik auch weiterhin und stets neu kritischer Prüfung unter Berücksichtigung der jeweiligen praktischen Ausgestaltung bedürfen wird. Es verkennt auch nicht, dass abstrakte Zweifel an der Bereitschaft oder Fähigkeit des Kooperationsapothekers, die ihm obliegende Kontrollfunktion in der gebotenen Weise auszuüben, nicht ganz von der Hand zu weisen sind, wenn er nicht unerhebliche Umsätze durch die Zusammenarbeit mit der P. GmbH erwirtschaftet. Die Allgemeinheit könnte die Befürchtung hegen, dass der Kooperationsapotheker sich bei der Ausübung der Kontrolle auch von der Überlegung leiten lassen könnte, dass die Kooperation mit der P. GmbH möglichst reibungslos verlaufen möge, um die künftige Zusammenarbeit nicht in Frage zu stellen. Allein diese abstrakte Schutzzweckberührung rechtfertigt aber die Anwendung des Verbotstatbestands des § 11 Abs. 1 Satz 1 ApoG nicht. Es fehlt an der erforderlichen Konsensualität zwischen Arzt und Apotheker. Die P. GmbH weist derzeit einen Grad der Verselbständigung auf, der sie als zwischen Arzt und Apotheker tretende, unabhängige Dritte erscheinen lässt.“¹⁰²

Der erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs als Revisionsinstanz hat die Entscheidung des Landgerichts Freiburg im Breisgau mit Urteil vom 13. März 2014 im Ergebnis bestätigt, wenngleich mit ergänzender Argumentation. Zunächst geht der Senat auf das in § 11 Abs. 1 Sätze 1 und 2 ApoG niedergelegte Kooperationsverbot ein und kommt nach teleologischer Auslegung zu folgendem Ergebnis:

„Die Trennung zwischen dem Beruf des Arztes und dem Beruf des Apothekers, auf die die Vorschrift abzielt, soll gewährleisten, dass der Arzt sich bei der Auswahl der Arzneimittel ausschließlich von fachlich-medizinischen Gesichtspunkten und seinem ärztlichen Gewissen leiten lässt und der Apotheker die ihm zugewiesene Kontrollfunktion bei der Belieferung von Verschreibungen gemäß § 17 ApBetrO sachlich und eigenverantwortlich wahrnimmt [...]. Zudem soll die Bestimmung des § 11 ApoG die Wahlfreiheit des Patienten gewährleisten [...].“¹⁰³

Der Bundesgerichtshof räumt den Krankenhäusern aber weite Freiheiten im Entlassmanagement ein. Denn es obliege

¹⁰¹ LG Freiburg im Breisgau, PharmR 2013, 183 (184 f.) – ohne die Hervorhebungen.

¹⁰² LG Freiburg im Breisgau, PharmR 2013, 183 (185).

¹⁰³ BGH, MedR 2015, 36 (37 Rn. 13).

„den im Auftrag der Krankenkassen handelnden Krankenhäusern, im Rahmen des Entlassmanagements den Übergang in den nächsten Versorgungsbereich – wie etwa die häusliche Krankenpflege oder die Inanspruchnahme von Pflegeleistungen nach dem SGB XI – zu planen und zu organisieren und in diesem Zusammenhang insbesondere die weitere Versorgung mit Heil- und Hilfsmitteln sowie mit Medikamenten zu koordinieren [...]. Gegen eine solche Handhabung ist, wenn sie – wie im Streitfall – dem Erfordernis des § 39 Abs. 1 Satz 5 SGB V entsprechend mit Einwilligung des Versicherten erfolgt, grundsätzlich ebensowenig etwas einzuwenden wie gegen die Ausgliederung der operativen Durchführung des Entlassmanagements auf einen externen privaten Anbieter. Eine solche Ausgliederung lässt die Pflicht des im Auftrag der Krankenkasse handelnden Krankenhauses unberührt, die Sicherstellung des Entlassmanagements zu gewährleisten [...]“¹⁰⁴

Weite Freiheiten bei der Ausgestaltung des Entlassmanagements und das Kooperationsverbot nach § 11 Abs. 1 ApoG geraten hier zwangsläufig in Widerspruch, wenn man das Verbot wirtschaftlicher Zusammenarbeit während der Dauer des Entlassmanagements, was naheliegt, auf die Krankenhäuser erstreckt. Der Bundesgerichtshof löst den Widerspruch zwischen den Normen des Entlassmanagements sowie dem Kooperationsverbot zwischen Ärzten und Apotheken über die Derogationsregeln des jüngeren (lex posterior) sowie spezielleren (lex specialis)¹⁰⁵ Gesetzes und führt hierzu aus:

„Der Widerspruch, der auf den ersten Blick zwischen der Bestimmung des § 11 Abs. 1 Satz 1 Fall 3 ApoG sowie dem Umstand besteht, dass das Gesetz für das Entlassmanagement – anders als in § 11 Abs. 1 Satz 2 ApoG für die in den §§ 140a ff. SGB V geregelte integrierte Versorgung – keine ausdrückliche Ausnahme von den in § 11 Abs. 1 Satz 1 ApoG bestimmten Verboten vorsieht, ist dahin aufzulösen, dass der neueren und spezielleren Regelung des Entlassmanagements gegenüber § 11 Abs. 1 Satz 1 Fall 3 ApoG der Vorrang zukommt. Dafür spricht auch, dass ein reibungslos funktionierendes Entlassmanagement geeignet ist, Gesundheitsgefahren abzuwehren, die sich für die Patienten im Zusammenhang mit ihrer Entlassung aus der Krankenhausbehandlung – unter anderem dadurch, dass die nachfolgend benötigten Medikamente möglicherweise nicht sofort zur Verfügung stehen – ergeben. Diesem Ziel kommt *ein wesentlich größeres Gewicht* in der hier in Rede stehenden Fallkonstellation als der Durchsetzung des in § 11 Abs. 1 Satz 1 Fall 3

¹⁰⁴ BGH, MedR 2015, 36 (38 Rn. 16).

¹⁰⁵ Ausführlich zu den Derogationsregeln „lex posterior“ und „lex specialis“ E. Vranes, Lex Superior, Lex Specialis, Lex Posterior – Zur Rechtsnatur der „Konfliktlösungsregeln“, ZaöRV 2005, 391 ff. m. w. N.

ApoG geregelten Verbots zu, weil der Zweck dieser Bestimmung vorliegend *nicht nennenswert beeinträchtigt* wird.“¹⁰⁶

Das Verbot wirtschaftlicher Zusammenarbeit im Apothekenwesen und namentlich die mit den Regelungsgehalten des § 128 Abs. 1 bis 3 SGB V vergleichbaren Verbote der Absprache und Zuweisung müssen also nach Auffassung des Bundesgerichtshofs im Rahmen des Entlassmanagements kraft Derogation zurücktreten, sodass exklusiv für das Krankenhausentlassmanagement bewusst eine Ausnahme von den Grundsätzen der ambulanten Versorgung gemacht wird¹⁰⁷.

2. Einordnung dieser Rechtsprechung

Das Erfordernis einer solchen Ausnahme erschließt sich jedoch nicht. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb das Verhältnis von „Verordner“ und den Erbringern „veranlasster Leistungen“ im Krankenhausentlassmanagement so grundlegend anders als in der ambulanten Versorgung zu bewerten wäre, dass eine Abkehr von den regelhaften Grenzen wirtschaftlicher Zusammenarbeit geboten ist.¹⁰⁸

Dieser Befund passt allerdings zum Gesamteindruck der Vorschriften zur wirtschaftlichen Zusammenarbeit im Gesundheitswesen, der auch nach Auffassung von *Heinz-Dietrich Steinmeyer* zu erheblicher Kritik veranlasst. In einem aktuellen Beitrag aus dem Jahr 2022 beanstandet dieser Autor nach ausführlicher Begutachtung der gesetzlichen Grundlagen Systematik, Verständlichkeit und Konsistenz des zugrundeliegenden Normengefüges.¹⁰⁹ Zu Recht merkt *Steinmeyer* an, dass die Vorschriften zur Regulierung wirtschaftlicher Zusammenarbeit zwar auf verschiedene Standorte im Gesetz verteilt sind, aber dennoch im Zusammenhang gesehen und gewürdigt werden müssen.¹¹⁰ Beachtlich sind dabei die festgestellten offensichtlichen *Unterschiede auf der tatbestandlichen Ebene*, welche die von *Steinmeyer* aufgestellte These, die fragmentierte Gesetzgebung sei

¹⁰⁶ BGH, MedR 2015, 36 (38 Rn. 19).

¹⁰⁷ Vgl. auch zu dieser Einordnung *J. Braun*, MedR 2015, 22 (25).

¹⁰⁸ A. A. aber *J. Braun*, MedR 2015, 22 (25).

¹⁰⁹ *H.-D. Steinmeyer*, Korruption im Gesundheitswesen. Was leistet das Sozialrecht?, MedR 2022, 822 ff.

¹¹⁰ *H.-D. Steinmeyer*, Korruption im Gesundheitswesen. Was leistet das Sozialrecht?, MedR 2022, 822 (823).

letztlich nur in Reaktion auf konkrete Vorkommnisse entstanden und nicht als konsistentes Regelungsnetzwerk angelegt¹¹¹, bestätigen.

III. Zwischenergebnis

Im Rahmen des Krankenhausentlassmanagements nach § 39 Abs. 1a SGB V gelten offenbar besondere Anforderungen an die wirtschaftliche Zusammenarbeit von Leistungserbringern, die von den durch § 128 SGB V für die ambulante Versorgung vertragsarztrechtlich gezogenen Grenzen abweicht. Hierzu besteht im Grunde keine Veranlassung, können sich doch die zu Beginn der Untersuchung aufgezeigten Gefahren¹¹² auch während des Entlassmanagements ebenso realisieren wie in anderen Phasen der Versorgung. Der Sonderstatus des Entlassmanagements, wie ihn die ordentliche Gerichtsbarkeit anerkennt, ist deshalb abzulehnen, zumal er nicht nur in Widerspruch zu den vertragsarztrechtlichen Vorgaben wirtschaftlicher Kooperation nach § 128 SGB V, sondern auch zu den entsprechenden Anforderungen des ärztlichen Berufsrechts steht. Im Übrigen ist die Konstruktion eines Sonderbereichs über die Methode der Verdrängungsregeln (Derogation) nicht überzeugend. Dennoch ist der Befund in die Überlegungen einzubeziehen, welche Vorschläge zur Schaffung fairer wirtschaftlicher Rahmenbedingungen praktisch und rechtspolitisch umsetzbar sind.

D. Drohende Umgehung der Schutzmechanismen durch Krankenhäuser und Krankenhausträger

Zu berücksichtigen ist ferner, dass insbesondere die Regelungen des Vertragsarztrechts und des ärztlichen Berufsrechts, die unlauteres Verhalten verhindern sollen, in wenigen Fällen noch keinen ausreichenden Schutz bieten. Eine Schutzlücke kann sich ergeben, wenn Krankenhäuser eigene Sanitätshäuser betreiben und die Patienten durch ihre angestellten Ärzte an diese zuweisen lassen.

I. Adressaten der Beteiligungs- und Zuweisungsverbote

Problematisch ist nämlich, dass *sämtliche* Schutzmechanismen nur die verordnenden Ärzte selbst adressieren und damit außer Acht lassen, dass Krankenhäuser und Krankenhausträger als juristische Personen ebenfalls Einfluss auf die

¹¹¹ H.-D. Steinmeyer, Korruption im Gesundheitswesen. Was leistet das Sozialrecht?, MedR 2022, 822 (825).

¹¹² Siehe hierzu oben S. 6 f.

Verordnung von Hilfsmitteln sowie anderer „veranlasster Leistungen“ nehmen können. So erlauben die Zuweisungsverbote in § 31 Abs. 1 und 2 MBO-Ärzte keine unlauteren Zuweisungen durch Ärztinnen und Ärzte nebst Zuwendungen für ein solches Verhalten. Die §§ 299a und 299b StGB adressieren ausdrücklich Angehörige eines Heilberufs und damit ebenfalls natürliche Personen.¹¹³ Offener ist die Formulierung in § 128 Abs. 1 und 2 SGB V, mit der allgemein Leistungserbringern die dort bezeichneten Kooperationsverbote auferlegt werden. Sie erfasst zwar nicht nur Vertragsärzte, sondern gerade auch Ärzte in Krankenhäusern und (sonstigen) medizinischen Einrichtungen¹¹⁴, nicht jedoch Krankenhäuser bzw. Trägergesellschaften¹¹⁵.

II. Zum Status angestellter (Vertrags-)Ärzte

Dadurch kann sich eine Schutzlücke ergeben, wenn Krankenhäuser oder Krankenhausträgergesellschaften eigene Erbringer „veranlasster Leistungen“ betreiben und solche Leistungen durch die im Krankenhaus angestellten Ärzte verordnet werden. Grundsätzlich gilt auch hier die über Art. 12 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG geschützte ärztliche Therapiefreiheit¹¹⁶ für die angestellten Klinikärzte, sodass allein die Tätigkeit im Angestelltenverhältnis noch keinen Anschein unzulässiger Kooperationen mit konzerninternen Tochtergesellschaften begründet. Zwar kann der Arbeitgeber kraft seines Weisungs- bzw. Direktionsrechts stets einen latenten Druck auf die Arbeitnehmer ausüben, in seinem Interesse tätig zu werden. Das Direktionsrecht umfasst jedoch keine Gesetzesverstöße.¹¹⁷ Insoweit liegt in der Beschäftigung von Ärzten, selbst in der stillschweigenden Erwartung einer Loyalität auch gegenüber Tochtergesellschaften oder Kooperationspartnern, noch nicht zwangsläufig ein Verstoß gegen die in § 30 MBO-Ärzte vorausgesetzte ärztliche Unabhängigkeit. Auch ist allein die Anstellung von Ärzten in einer Klinik selbst bei entsprechendem Ordnungsverhalten zugunsten eines Tochterunternehmens des Krankenhauses noch kein im Sinne des

¹¹³ Vgl. hierzu etwa *M. Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch. Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 299a Rn. 2.

¹¹⁴ Vgl. dazu Bundestags-Drucksache 16/13428, S. 92.

¹¹⁵ Vgl. etwa *B. Lungstras*, in: Becker/Kingreen (Hrsg.), SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung. Kommentar, 8. Aufl. 2022, § 128 Rn. 13 f.

¹¹⁶ Siehe dazu *H. Sodan*, Arzneimitteltherapie und Arzneimittelsicherheit. Zur Einschränkung der erlaubnisfreien Arzneimittelherstellung durch Heilberufsangehörige zur Anwendung am eigenen Patienten (§ 13 Abs. 2b AMG), 2019, S. 60 ff.

¹¹⁷ Vgl. unter Bezugnahme der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts *U. Preis*, in: Müller-Glöße/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2013, § 106 GewO Rn. 13; vgl. ferner *T. Kühn*, Rechtsfolgen rechtswidriger Weisungen, NZA 2015, 10 ff.

§ 128 Abs. 2 SGB V rechtlich missbilligtes Verhalten, weil die Vorschrift ausdrücklich fordert, dass unzulässige Zuwendungen der Leistungserbringer aus Sicht der Ärzte in *eigenen* Einkünften liegen, welche die Ärzte durch ihr Verordnungs- oder Zuweisungsverhalten *selbst maßgeblich beeinflussen*. Parallel verbietet § 31 Abs. 1 MBO-Ärzte die gezielte Zuweisung von Patienten gegen Forderung eines Entgelts oder (sonstige) andere Vorteile.

III. Art und Weise der Beeinflussung von angestellten Ärzten

Für die rechtliche Beurteilung der Arbeitsweise von Krankenhäusern und Krankenhausträgern kommt es maßgeblich auf die Art und Weise etwaiger Beeinflussung von angestellten Ärzten an, die dann in gewünschter Weise Verordnungen ausstellen.

1. Problem der direkten Gewinnbeteiligung

In der Versorgungspraxis ist es bereits zu Fällen gekommen, in denen die verordnenden Ärzte direkt an den Ergebnissen eines Erbringers „veranlasster Leistungen“ beteiligt waren. So hatte das Oberlandesgericht Stuttgart in einem Urteil vom 10. Mai 2007¹¹⁸ über einen Fall zu entscheiden, in dem für den Beitritt niedergelassener Ärzte zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) geworben wurde. Die GbR unterhielt ein eigenes Labor, bei dem die in der GbR tätigen Ärzte Untersuchungen in Auftrag geben sollten. Der Gesellschaftsvertrag sah dabei vor, dass eine Gewinnbeteiligung der in der GbR tätigen Ärzte nicht nur am Ergebnis der GbR selbst, sondern Ausschüttungen anteilig nach dem Verordnungsverhalten an das hauseigene Labor erfolgen sollten.¹¹⁹ Diese gesellschaftsrechtliche Abrede hat das Oberlandesgericht Stuttgart für unvereinbar mit dem Zuweisungsverbot nach § 31 der Berufsordnung der Landesärztekammer Baden-Württemberg¹²⁰ gehalten. In einem so gelagerten Fall dürfte auch ein Verstoß gegen das Zuweisungsverbot aus § 128 Abs. 2 SGB V vorliegen, weil hier der Vertragsarzt kraft des Gesellschaftsvertrages unmittelbar vom Ergebnis seines Arbeitgebers sowie dessen Tochtergesellschaft profitiert und den Gewinn maßgeblich durch sein Verordnungsverhalten beeinflussen kann.

¹¹⁸ OLG Stuttgart, MedR 2007, 543 ff.

¹¹⁹ Zum Sachverhalt siehe OLG Stuttgart, MedR 2007, 543 f.

¹²⁰ Entspricht inhaltlich § 31 MBO-Ärzte.

2. Indirekte Beeinflussung und äußere Faktoren

Da die Verbotsadressaten des § 128 Abs. 1 und 2 SGB V sowie der berufrechtlichen Vorgaben die Ärzte selbst sind, kann aber der Betrieb von Erbringern „veranlasster Leistungen“, sofern jedenfalls keine ausdrückliche Gewinnbeteiligung bei bestimmtem Zuweisungsverhalten arbeitsvertraglich oder gesellschaftsrechtlich festgelegt ist, für Krankenhäuser und Krankenhausträger lukrativ und ohne Verstoß gegen etwaige Beteiligungs- sowie Zuweisungsverbote möglich sein. Unterstellt man, dass die Loyalität der Ärzte ihrem Arbeitgeber gegenüber oder äußere Faktoren, wie etwa die räumliche Nähe der Tochtergesellschaften, gleichwohl ein bestimmtes Zuweisungsverhalten nahelegen, besteht hier eine offensichtliche Schutzlücke.

IV. Vergleich mit der Situation im Krankenhausentlassmanagement

Wird diese Situation mit der durch die Rechtsprechung eröffneten Schutzlücke während des Krankenhausentlassmanagements verglichen, so zeigt sich, dass auch in den soeben geschilderten Konstellationen Gefahren für die Unabhängigkeit ärztlicher Therapieentscheidungen einerseits und für die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen bei den „veranlassten Leistungen“ andererseits bestehen, denen auf gesundheitspolitischer Ebene entgegengewirkt werden sollte. Während allerdings im Fall des Krankenhausentlassmanagements nicht nachvollziehbar ist, weshalb die Rechtsprechung Ausnahmen von Zuweisungsverböten ermöglicht und nicht hinreichend berücksichtigt, dass hierdurch Anreize zur Korruption gesetzt werden¹²¹, handelt es sich bei der Zuweisung durch angestellte Ärzte um einen Fall, den der Gesetzgeber des GKV-Versorgungsstrukturgesetzes offensichtlich nicht erkannt hat, als Schutzlücken der Zuweisungs- und Beteiligungsverböte geschlossen wurden¹²².

E. Vorschläge zur Schaffung fairer wirtschaftlicher Rahmenbedingungen in der Hilfsmittelversorgung

Fraglich ist allerdings, mit welchen Mitteln eine wirksame Absicherung der Hilfsmittelerbringer erreicht werden kann. Hierzu sollen verschiedene Ansätze untersucht werden.

¹²¹ Siehe hierzu oben S. 38 f.

¹²² Siehe hierzu Bundestags-Drucksache 17/6906, S. 85.

I. Erfolgsaussichten gerichtlichen Rechtsschutzes

Zunächst ist gerichtlicher Rechtsschutz im Falle einer erdrückenden wirtschaftlichen Situation zu prüfen. Zweifelhaft ist jedoch, ob die Interessen überverteilter Leistungserbringer nach der Rechtslage *de lege lata* durch gerichtlichen Rechtsschutz erfolgreich durchgesetzt werden können.

1. Klageweises Vorgehen gegen die Abrechnung von Hilfsmittelverordnungen

Es käme übervorteilten Leistungserbringern zugute, wenn Abrechnungen von Hilfsmittelverordnungen angegriffen werden könnten, die unter Missachtung der in § 128 SGB V verfassten Vorgaben erfolgen.

a) Sachliche Zuständigkeit der Sozialgerichtsbarkeit nach § 51 Abs. 1 Nr. 1 SGG

Zunächst ist zu klären, ob ein derartiges Rechtsschutzziel unter Beachtung der sachlichen Zuständigkeit vor den Sozialgerichten verfolgt werden könnte. Dies hängt davon ab, welchen Gegenstand das Rechtsschutzersuchen hat. In der Sache geht es darum, das Zuweisungsverhalten verordnender Vertragsärzte (bzw. im Fall des Entlassmanagements nach § 39 Abs. 1a SGB V der Krankenhäuser) gerichtlich anzugreifen. Sowohl das Ordnungsverhalten eines Vertragsarztes als auch die Leistungsabrechnung sowie die Vergütung sind Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung nach § 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG und damit durch diese abdrängende Sonderzuweisung¹²³ der Sozialgerichtsbarkeit zugewiesen, auch soweit Dritte von dem Rechtsverhältnis betroffen sind. Rechtsschutzersuchen gegen unzulässige Zuweisungen durch Vertragsärzte gehören deshalb regelmäßig vor die Sozialgerichte.¹²⁴ Selbst wenn die sachliche Zuständigkeit streitig sein sollte, sind Risiken durch das Anrufen des sachlich unzuständigen Gerichts schon deshalb überschaubar, weil das unzuständige Sozialgericht den

¹²³ J. Schnitzler, Die Besonderheiten des Sozialverfahrensrechts. Warum – und inwiefern – sind SGG, SGB I und SGB X anders als VwGO und VwVfG?, NJW 2019, 9 (10); H. Sodan, in: ders./Ziekow (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung. Großkommentar, 5. Aufl. 2018, § 40 Rn. 100.

¹²⁴ Ein starkes Indiz für diese Rechtswegzuweisung bietet BGH, Beschluss vom 4.12.2008 – I ZB 31/08, juris Rn. 17, weil hier trotz einer Prüfung wettbewerbsrechtlicher Verstöße ein Sachbezug zur integrierten Versorgung nach § 140a SGB V, der die sachliche Zuständigkeit der Sozialgerichte begründet, angenommen wird.

Rechtsstreit nach § 17a Abs. 2 Satz 1 GVG an das sachlich (und örtlich) zuständige Gericht verweisen würde.

b) Klagen gegen die Abrechnung unzulässiger Hilfsmittelverordnungen

Denkbar wären insofern auch Klagen eines „dritten“ Leistungserbringers gegen die Abrechnung der unzulässigen Hilfsmittelverordnung mit den Krankenkassen. Zielsetzung eines solchen Begehrens könnte dabei die sachlich-rechnerische Richtigstellung der Leistungsabrechnung sein. Denn die Abrechnung von Leistungen unter unzulässiger Zuweisung durch den Vertragsarzt veranlasst die Krankenkassen im Zweifel zu einer sachlich-rechnerischen Richtigstellung nach Maßgabe des § 106d SGB V¹²⁵ mit der Folge, dass die Krankenkassen im Wege des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs Rückforderungen gegen den Vertragsarzt geltend zu machen vermögen.¹²⁶ Könnten übervorteilte Leistungserbringer gerichtlich einfordern, dass von Vertragsärzten Honorar für Leistungen, die unter unzulässigen Zuweisungen erfolgen, durch die Krankenkassen zurückzufordern wäre, läge hierin ein mutmaßlich effektives Druckmittel.

Weil die sachlich-rechnerische Richtigstellung von Abrechnungen die Qualität eines Verwaltungsakts aufweist¹²⁷, kommt es darauf an, ob den betroffenen Leistungserbringern eine Klagebefugnis nach § 54 Abs. 1 Satz 2 SGG zukommt.

An der Klagebefugnis wird es jedoch regelmäßig fehlen. Im Falle des Rechtsschutzes eines Dritten – hier des übervorteilten Leistungserbringers – muss die Klagebefugnis unter Zuhilfenahme der sogenannten „Schutznormtheorie“ begründet werden, sodass ein gerichtliches Vorgehen nur dann möglich ist, wenn dem Dritten ein *subjektives Recht*, mithin ein Anspruch auf ein Einschreiten zukommt.¹²⁸

Dies setzt voraus, dass die vertragsarztrechtlichen oder berufsrechtlichen Bestimmungen zur wirtschaftlichen Zusammenarbeit nicht nur Allgemeinwohlbelangen, sondern zumindest auch dem Schutz betroffener Einzelinteressen zu

¹²⁵ A. Gerlach, in: Wagner/Knittel (Hrsg.), Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung. Kommentar, Loseblatt, § 106d SGB V Rn. 24 ff.

¹²⁶ K. Scholz, in: Becker/Kingreen (Hrsg.), SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung. Kommentar, 8. Aufl. 2022, § 106d Rn. 19 m. w. N.

¹²⁷ Vgl. hierzu die Ausführungen vom BSG, NZS 2015, 433 (435).

¹²⁸ P. Wysk, Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar, 3. Aufl. 2020, § 42 Rn. 113 ff.

dienen bestimmt sind und diesen Regelungen insoweit Drittschutz zukommt.¹²⁹ Drittschutz wird vorrangig für die vertragsarztrechtlichen Bestimmungen zur Zulassung und Ermächtigung angenommen.¹³⁰ Ob auch für Fragen der Abrechnung eine drittschützende Wirkung etwa des § 128 SGB V oder der berufsrechtlichen Vorgaben in Betracht kommt, mag im Vergleich mit dem weitaus intensiveren Bereich der Zulassung und Bedarfsplanung zu bezweifeln sein. Zwar beinhalten die Regelungen zur wirtschaftlichen Zusammenarbeit und zum Ordnungsverhalten der Vertragsärzte Mechanismen, die unlautere Arbeitsweisen, kollusives Verhalten und Korruption bekämpfen. Die vertragsarztrechtlichen Bestimmungen in § 128 SGB V zielen aber weniger auf eine echte Korruptionsbekämpfung, sondern *vorrangig* auf das Funktionieren der vertragsärztlichen Versorgung.¹³¹ Auch ein Individualschutz durch die berufsrechtlichen Vorgaben ist zumindest zweifelhaft. Sicherlich stellen die berufsrechtlichen Vorgaben berufsethische Verhaltenskodizes auf, die für eine ordnungsgemäße Berufsausübung zwingend zu berücksichtigen sind. Hierin sind jedoch Bestimmungen zu sehen, die *ausschließlich* auf die ethische Integrität des Berufsstandes abzielen und die individuelle wirtschaftliche Situation des einzelnen Berufsangehörigen nicht zum Gegenstand haben. Zumindes bestehen anhand der bisherigen Rechtsprechung Zweifel, ob die berufsrechtlichen Vorgaben zur Verteidigung individueller Positionen taugen. So hat der Bundesgerichtshof im Falle einer Rechtsbeschwerde gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO, die sich gegen einen Beschluss des Oberlandesgerichts Köln richtete, der die Aufhebung eines Schiedsspruchs betraf, entschieden, dass „eine berufsrechtliche Vorschrift, die ein Verbot der Zuweisung von Versicherten gegen Entgelt enthält, nicht zu den wesentlichen Grundlagen des deutschen Rechts“ gehört.¹³² Rechtsschutz gegen die Abrechnung von Leistungen unter unzulässiger Zuweisung würde damit voraussichtlich an der fehlenden Klagebefugnis konkurrierender Leistungserbringer scheitern.

¹²⁹ In diesem Sinne etwa BVerfGE 27, 297 (307); BVerwGE 1, 83; 3, 362 (363); 27, 29 (31 f.); 28, 268 (270); 39, 235 (237); 41, 58 (63 ff.); 44, 235 (238 f.); 51, 264 (267); 52, 122 (128); 61, 256 (262); 65, 167 (171 ff.); 65, 313 (320); 66, 307 (308); 68, 58 (59); 72, 226 (229 f.); 75, 285 (286); 78, 40 (41 f.); 80, 259 (260); 81, 329 (334); 92, 313 (317); 98, 118 (120 f.); 101, 157 (163); 111, 276 (280); 117, 93 (95 f.).

¹³⁰ O. Klöck, Konkurrenzschutz im Gesundheitswesen, NZS 2010, 358 (361 f.). Siehe auch die ausführliche tabellarische Aufstellung bei G. Steinhilper, Konkurrenzschutz im Vertragsarztrecht – Drittwiderspruch und Konkurrentenklage, MedR 2008, 498 (500 ff.).

¹³¹ Vgl. dazu H.-D. Steinmeyer, Korruption im Gesundheitswesen. Was leistet das Sozialrecht?, MedR 2022, 822 (825).

¹³² BGH, Beschluss vom 14.1.2016 – I ZB 8/15, MedR 2016, 974 (975); ablehnend F.-J. Dahm, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 14.1.2016 – I ZB 8/15 (OLG Köln): Das Verbot der Zuweisung gegen Entgelt im Verhältnis zum *ordre public*, MedR 2016, 974 (976).

2. Klageweiser Konkurrenzschutz gegen unlautere Mitbewerber

In Betracht kommt ferner Rechtsschutz gegen unlauteres Verhalten von Mitbewerbern, etwa im Falle einer bewussten Umgehung der in § 128 SGB V aufgestellten Vorgaben.

a) Sachliche Zuständigkeit der Sozialgerichtsbarkeit anstelle der ordentlichen Gerichtsbarkeit

In diesem Fall ist jedoch fraglich, ob eine sachliche Zuständigkeit der Sozialgerichte nach § 51 Abs. 1 Nr. 1 SGG besteht. Insbesondere bei Schadensersatz- oder Unterlassungsansprüchen, die sich gegen Mitbewerber auf dem Gesundheitsmarkt richten und (primär) auf zivilrechtlichen Anspruchsgrundlagen beruhen, liegt eine sachliche Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte nahe. Insbesondere schreibt § 14 UWG vor, dass ausschließlich die Landgerichte für „bürgerliche Streitigkeiten“ sachlich zuständig sind, die einen Anspruch auf Grundlage der Vorschriften des UWG zum Inhalt haben.

Trotz aller Zweifel an der sachlichen Zuständigkeit der Sozialgerichte lässt sich diese mit dem Argument eröffnen, dass das Leistungserbringungsrecht eine öffentlich-rechtliche Verbindung ist, was auch und gerade dann gilt, wenn Ansprüche der Leistungserbringer untereinander – auch auf Grundlage zivilrechtlicher Vorschriften – geltend gemacht werden.¹³³ Selbst wenn sich diese Argumentation nicht lückenlos halten ließe, würden sich wegen der Verweisung von Amts wegen nach § 17a Abs. 2 Satz 1 GVG keine signifikanten Risiken für die Kläger ergeben.

b) Anwendbarkeit des Lauterkeitsrechts im Leistungserbringungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung

Die Geltendmachung von Schadensersatz- oder Unterlassungsansprüchen setzt jedoch die Anwendbarkeit „passender“ zivilrechtlicher Vorschriften auch im Leistungserbringungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung voraus. Fraglich ist daher, ob auch im Verhältnis verschiedener Leistungserbringer untereinander ein aktiver Konkurrenzschutz über das bürgerliche Recht und das Lauterkeitsrecht überhaupt denkbar ist.

Zu dieser Frage hat sich das Bundessozialgericht in einem Urteil vom 15. März 2017 positioniert und entschieden, dass einer unmittelbaren Geltendma-

¹³³ Vgl. hierzu BSG, MedR 2018 187 (189 f. Rn. 23 f.).

chung von Ansprüchen aus dem UWG § 69 SGB V entgegenstehe, weil nach § 69 Abs. 1 Satz 1 SGB V die Rechtsbeziehungen der Leistungserbringer zu den Krankenkassen, den Verbänden und zur Gemeinsamen Selbstverwaltung abschließend geregelt sind, was gemäß § 69 Abs. 1 Satz 4 SGB V auch gilt, wenn durch diese Rechtsbeziehungen Dritte betroffen werden.¹³⁴ Daran ändert sich nach Auffassung des Bundessozialgerichts auch nichts, wenn darauf abgestellt werde, dass die freiberuflichen niedergelassenen Vertragsärzte gerade keine Verwaltungshelfer der Krankenkassen sind¹³⁵, was letztlich auch auf die privatrechtlich organisierten Erbringer von Hilfsmitteln zutrifft. Denn soweit

„es um Handlungen in Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrags nach dem SGB V geht, bezieht sich § 69 SGB V ganz unabhängig davon *auch auf die Beziehungen der Leistungserbringer untereinander*, mit der Folge, dass der *Rechtsschutz nach dem UWG auch für betroffene Dritte ausgeschlossen* ist [...]“¹³⁶

Im Rahmen der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrages zur Erbringung von Leistungen zulasten der Krankenkassen kommen also, gestützt auf die §§ 8 und 9 UWG, weder Ansprüche gegen die Krankenkassen noch gegen andere konkurrierende Leistungserbringer in Betracht.

c) Anwendbarkeit bürgerlich-rechtlicher Vorschriften im Leistungserbringungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung

Etwas anderes gilt für Ansprüche aus bürgerlichem Recht (§ 823 Abs. 1 und 2, § 1004 Satz 1 BGB). Die Sonderbeziehung des Leistungserbringungsrechts sperrt hier nach § 69 Abs. 1 Satz 3 SGB V nur dergestalt, dass das bürgerliche Recht eingeschränkt gilt, nämlich insoweit, als es mit den Vorgaben des § 70 SGB V sowie den übrigen Aufgaben und Pflichten der Beteiligten nach diesem Kapitel vereinbar ist. Anhaltspunkte dafür, dass Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche den Wertungen des Leistungserbringungsrechts *grundsätzlich* entgegenstehen, drängen sich jedenfalls nicht auf.

Wenn Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche nach § 823 Abs. 1 und 2, § 1004 Satz 1 BGB in Betracht kommen, stellt sich zunächst die Frage, ob eine Rechtsgutverletzung vorliegt. Mangels generellem (verfassungs-)rechtlichen

¹³⁴ BSG, MedR 2018 187 (189 Rn. 23).

¹³⁵ BSG, MedR 2018 187 (190 Rn. 24).

¹³⁶ BSG, MedR 2018 187 (190 Rn. 24 m. w. N.) – ohne die Hervorhebungen. Vgl. auch aus der ordentlichen Gerichtsbarkeit BGH, NZS 2004, 478 (479).

Konkurrenzschutz¹³⁷ ist bereits diese Frage schwierig zu beantworten, sodass die gerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen mit dem rechtlichen Risiko des Unterliegens behaftet sein kann. Zu berücksichtigen ist ferner, dass sowohl die vertragsarztrechtlichen als auch die berufsrechtlichen Vorschriften mangels individuellem Schutzcharakter¹³⁸ keine Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB sind¹³⁹, sodass Ansprüche, die auf diese Norm gestützt werden, von Vornherein ausscheiden müssen. Überlegungen zu Schadensersatz- und Unterlassungsansprüchen dürften deshalb zu keinen erfolgsversprechenden Erkenntnissen führen.

Bereicherungsrechtliche Ansprüche der Leistungserbringer untereinander sind aus der Perspektive übervorteilter Dritter kaum vorstellbar; sie sind allerdings im Verhältnis wirtschaftlich kooperierender Leistungserbringer in Betracht zu ziehen, jedoch nach § 817 Satz 2 BGB gesperrt. Teilweise ist in der Literatur diskutiert worden, ob unter Heranziehung der vom Bundesgerichtshof zum Bereicherungsrecht entwickelten Grundsätze eine Durchbrechung der Konditionensperre des § 817 Satz 2 BGB geboten ist. Doch auch unter der Prämisse, dass die wettbewerbsrechtlichen und berufsrechtlichen Vorgaben bereits eine erhebliche generalpräventive Wirkung entfalten¹⁴⁰, sollte die gegenseitige Rückabwicklung des bereits Geleisteten nach § 817 Satz 2 BGB ausscheiden, um Fehlverhalten in der Hilfsmittelversorgung durch die auf das Leistungserbringungsrecht anzuwendenden Grundsätze des bürgerlichen Rechts wirksam zu sanktionieren.¹⁴¹

3. Zwischenergebnis

Gerichtlicher Rechtsschutz bietet in der gegenwärtigen Lage nur begrenzte Erfolgsaussichten, weil unlautere wirtschaftliche Zusammenarbeit in der gesetzlichen Krankenversicherung zwar grundsätzlich missbilligt wird, aber kaum Möglichkeiten bestehen, Fehlverhalten individuell gerichtlich zu bekämpfen. Für Klagen gegen die Leistungsabrechnung aufgrund einer Verletzung von § 128

¹³⁷ Siehe hierzu ausführlich oben S. 29 ff.

¹³⁸ Siehe hierzu oben S. 47 f.

¹³⁹ Zu § 31 MBO-Ärzte ausdrücklich auch *K. Scholz*, in: Spickhoff (Hrsg.), *Medizinrecht. Kommentar*, 4. Aufl. 2022, § 31 MBO-Ä 1997 Rn. 22.

¹⁴⁰ Siehe hierzu ausführlich *C. Wittmann*, *Entgeltliche Patientenzuweisung: Anwendung und Durchbrechung des § 817 S. 2 BGB bei der Kondition von Zuweisungsentgelten*, *MedR* 2008, 716 (718 ff.).

¹⁴¹ So im Ergebnis auch *C. Wittmann*, *Entgeltliche Patientenzuweisung: Anwendung und Durchbrechung des § 817 S. 2 BGB bei der Kondition von Zuweisungsentgelten*, *MedR* 2008, 716 (722 f.).

SGB V fehlt aller Voraussicht nach die erforderliche Klagebefugnis; Klagen auf Grundlage lauterkeitsrechtlicher Ansprüche scheitern an der Anwendbarkeit des Lauterkeitsrechts, bürgerlich-rechtliche Ansprüche lassen sich materiell nur schwer begründen. Hier bestehen ersichtliche Rechtsschutzlücken, denn ein individuelles klageweises Vorgehen verspricht nur wenig Erfolg. Ferner ist der Erfolg bei Anrufen der Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen kaum einschätzbar.

II. Zielsetzungen gesundheitspolitischer Bemühungen

Es sollte deshalb ein rechtspolitisches Vorgehen erwogen werden, das darauf abzielt, die Konturen wettbewerblicher Regulierung im Gesundheitswesen zu schärfen, unübersichtliche und unsystematische Regelungen neu zu ordnen, zusammenzufassen und zu abstrahieren¹⁴² sowie bestehende Instrumente besser zum Einsatz zu bringen. Einige Vorschläge *de lege ferenda*, die in die gesundheitspolitische Debatte einfließen könnten, sollen nachfolgend vorgestellt werden.

1. Klarstellung und Vereinheitlichung der Regelungen zur wirtschaftlichen Zusammenarbeit

In erster Linie ist anzustreben, die verschiedenen Vorgaben zur Regulierung wirtschaftlicher Zusammenarbeit zu harmonisieren und ihre Geltung für den gesamten Bereich des Krankenversicherungsrechts anzuordnen. Ausnahmebereiche, wie nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs das Krankenhausentlassmanagement¹⁴³, müssten entfallen.

a) Vermeidung übermäßiger Renditeorientierung als übergeordnete Zielsetzung

Die rechtspolitische Zielsetzung liegt in der Überlegung, die übermäßige Renditeorientierung bei der Leistungserbringung zu vermeiden. Trotz aller Ansprüche an die Wirtschaftlichkeit der Versorgung besteht hierin ein Anliegen, das zugunsten einer versorgungsorientierten Leistungserbringung erhebliches Gewicht hat. Die Gefahren einer zu starken Gewinnorientierung lassen sich anhand der Debatte um die ärztlichen und zahnärztlichen (investorenbetriebenen) medizinischen Versorgungszentren (MVZ) aufzeigen.

¹⁴² So auch das Fazit von *H.-D. Steinmeyer*, Korruption im Gesundheitswesen. Was leistet das Sozialrecht?, *MedR* 2022, 822 (829).

¹⁴³ Siehe hierzu ausführlich oben S. 31 ff.

aa) Gefahren einer Kommerzialisierung des Gesundheitswesens am Beispiel der MVZ

Im Kontext von MVZ ist erkennbar, dass das Interesse einer möglichst gewinnorientierten Praxis die Gefahr einer „Kommerzialisierung“¹⁴⁴ der vertragsärztlichen Versorgung birgt. Finanzinvestoren richten häufig ihren Fokus auf die kurzfristig maximal erzielbare Rendite, was zu einem Zielkonflikt zwischen der Versorgungsqualität einerseits sowie der kommerziellen Erwartung andererseits führen kann.¹⁴⁵ Kettenbildungen und die Schaffung von „Filialen“ verteilen das Standortrisiko. Das Phänomen der „Kettenbildung“ ist in der vertragsärztlichen Versorgung festzustellen; es ist sogar anzunehmen, dass die Bildung von MVZ-Ketten eine besondere Zielsetzung der Träger(gesellschaften) ist.¹⁴⁶ Die prioritäre Zielsetzung, möglichst viel Gewinn zu erwirtschaften, führt darüber hinaus zu einer Verschiebung von Versorgungsstrukturen und – nahezu zwangsläufig – zu einer Ausdünnung von Versorgungskapazitäten in der Fläche. Langfristig birgt nämlich die Schaffung größerer Strukturen die Gefahr einer erschwerten Versorgung im ländlichen Raum.¹⁴⁷ Das Gewinninteresse der MVZ führt außerdem zu der Annahme, dass es zu Fällen einer *mittelbaren* oder *faktischen* Einflussnahme auf die angestellten Ärzte kommen kann. Hierauf lassen entsprechende Erfahrungen aus dem europäischen Ausland schließen.¹⁴⁸ In investorenbetriebenen MVZ besteht jedenfalls ein systemisch hoher Umsatzdruck. Es ist offenkundig, dass die Investoren hinter den Krankenhäusern Überlegungen zu dem Ergebnis ihres Investments anstellen.¹⁴⁹

¹⁴⁴ Siehe hierzu *J. A. Kämmerer/P. Kleiner*, Fremdinvestoren und Fremdkapital bei MVZ – rechtliche Probleme und Lösungsansätze, *MedR* 2020, 531 f.

¹⁴⁵ Plastisch *J. G. Bischoff*, Wachstum zwischen Freiberuflichkeit und reinem Renditedenken, in: *Investoren und Z-MVZ*, *ZP Sonderausgabe* 2019, S. 4 (6).

¹⁴⁶ *H. Sodan/J. Schmitt*, Medizinische Versorgungszentren in der vertragszahnärztlichen Versorgung, 2021, S. 50.

¹⁴⁷ Vgl. *U. Wenner*, Liberalisierung der vertragsärztlichen Tätigkeit – mehr Freiheit oder nur mehr Freiheit für den Missbrauch?, in: *Katzenmeier/Ratzel* (Hrsg.), *Festschrift für Franz-Josef Dahm*, 2017, S. 517 (531).

¹⁴⁸ Für die vertragszahnärztliche Versorgung *H. Sodan/J. Schmitt*, Medizinische Versorgungszentren in der vertragszahnärztlichen Versorgung, 2021, S. 46 m. w. N.

¹⁴⁹ *J. A. Kämmerer/P. Kleiner*, Fremdinvestoren und Fremdkapital bei MVZ – rechtliche Probleme und Lösungsansätze, *MedR* 2020, 531 (532).

bb) Vergleichbare Situation im Bereich der „veranlassten Leistungen“

Eine Kommerzialisierung ist auch im Bereich der „veranlassten Leistungen“ denkbar, sofern die Rechtsordnung hierzu Möglichkeiten eröffnet. Denn durch gezielte Zuweisungen der Versicherten an konzerneigene Tochterunternehmen lässt sich insbesondere für Krankenhäuser und Krankenhausträgersgesellschaften ein neuer Markt erschließen, der finanziell lukrativ ist, gleichzeitig aber mit vergleichsweise geringem Aufwand betrieben werden kann.

b) Regelungsvorschlag für die umfassende Geltungsanordnung des § 128 SGB V

Deshalb müssen Spielräume möglichst lückenlos geschlossen werden, damit ein fairer Leistungswettbewerb auch bei ärztlich verordneten Leistungen stattfinden kann. Eine Lücke ist bereits oben im Krankenhausentlassmanagement nach § 39 Abs. 1a SGB V festgestellt worden; zugleich konnten die von der Rechtsprechung vorgetragene Gründe eines Ausnahmebereichs von den Anordnungen des § 128 SGB V für diesen Versorgungsbereich unter Zuhilfenahme der Derogationsregeln nicht überzeugen.¹⁵⁰

Einer Derogation wäre jedoch die Grundlage entzogen, wenn auch für das Krankenhausentlassmanagement eine ausdrückliche Geltungsanordnung bestünde. Hier bietet sich § 128 Abs. 6 SGB V an, der ohnehin die Vorschrift auf verschiedene andere Bereiche der ambulanten Versorgung erstreckt. Zumindest die Absätze 1 bis 3 des § 128 SGB V sollten in Bezug genommen werden, um das beabsichtigte Regelungsziel zu erreichen; eine Inbezugnahme der übrigen Absätze ist demgegenüber entbehrlich, weil diese offenkundig nur die Beziehungen der Krankenkassen zu den Vertragsärzten adressieren. Die Vertragsärzte sind jedoch während des Entlassmanagements nicht für die Verordnung verantwortlich.

Ergänzend hierzu würde eine Änderung des § 128 Abs. 2 SGB V dazu beitragen, Schutzlücken zu schließen, die sich dann ergeben, wenn Krankenhäuser oder Krankenhausträger von der Beteiligung an einem Hilfsmittelerbringer nach Verordnung durch angestellte Ärzte profitieren. Für den konkreten Fall, dass angestellte Ärzte direkt an den Zuwendungen durch den Hilfsmittelerbringer beteiligt sind, dürfte kein regelungsbedürftiges Schutzdefizit bestehen, weil die

¹⁵⁰ Siehe hierzu oben S. 37 ff.

unmittelbare Gewinnbeteiligung angestellter Ärzte mit berufsrechtlichen Vorgaben sowie mit dem Verbot des § 128 Abs. 2 SGB V unvereinbar sind.¹⁵¹

Eine Anpassung des § 128 Abs. 6 SGB V könnte wie folgt vorgenommen werden:

„(6) ¹Ist gesetzlich nichts anderes bestimmt, gelten bei der Erbringung von Leistungen nach den §§ 31 und 116b Absatz 7 die Absätze 1 bis 3 sowohl zwischen pharmazeutischen Unternehmern, Apotheken, pharmazeutischen Großhändlern und sonstigen Anbietern von Gesundheitsleistungen als auch jeweils gegenüber Vertragsärzten, Ärzten in Krankenhäusern und Krankenhausträgern entsprechend. ²Die Absätze 1 bis 3 gelten auch gegenüber Krankenhäusern und Krankenhausträgern entsprechend, insbesondere wenn die Versicherten einen Anspruch auf ein Entlassmanagement im Nachgang eines stationären Aufenthalts gemäß § 39 Abs. 1a haben. ³Hiervon unberührt bleiben gesetzlich zulässige Vereinbarungen von Krankenkassen mit Leistungserbringern über finanzielle Anreize für die Mitwirkung an der Erschließung von Wirtschaftlichkeitsreserven und die Verbesserung der Qualität der Versorgung bei der Verordnung von Leistungen nach den §§ 31 und 116b Absatz 7. ⁴Die Sätze 1 und 2 gelten auch bei Leistungen zur Versorgung von chronischen und schwer heilenden Wunden nach § 37 Absatz 7 gegenüber den Leistungserbringern, die diese Leistungen erbringen.“

Darüber hinaus könnte eine Anpassung des § 128 Abs. 2 SGB V wie folgt vorgenommen werden:

„(2) ¹Leistungserbringer dürfen Vertragsärzte sowie Ärzte in Krankenhäusern und anderen medizinischen Einrichtungen nicht gegen Entgelt oder Gewährung sonstiger wirtschaftlicher Vorteile an der Durchführung der Versorgung mit Hilfsmitteln beteiligen oder solche Zuwendungen im Zusammenhang mit der Verordnung von Hilfsmitteln gewähren. ²Unzulässig ist ferner die Zahlung einer Vergütung für zusätzliche privatärztliche Leistungen, die im Rahmen der Versorgung mit Hilfsmitteln von Vertragsärzten erbracht werden, durch Leistungserbringer. ³Unzulässige Zuwendungen im Sinne des Satzes 1 sind auch die unentgeltliche oder verbilligte Überlassung von Geräten und Materialien und Durchführung von Schulungsmaßnahmen, die Gestellung von Räumlichkeiten oder Personal oder die Beteiligung an den Kosten hierfür sowie Einkünfte aus Beteiligungen an Unternehmen von Leistungserbringern, die Vertragsärzte durch ihr

¹⁵¹ Siehe zumindest zur Unvereinbarkeit mit ärztlichem Berufsrecht OLG Stuttgart, MedR 2007, 345 ff.

Verordnungs- oder Zuweisungsverhalten selbst maßgeblich beeinflussen. ⁴Unzulässige Zuwendungen im Sinne des Satzes 1 sind auch Einkünfte aus Beteiligungen an Unternehmen von Leistungserbringern, die angestellte Vertragsärzte durch ihr Verordnungs- oder Zuweisungsverhalten selbst maßgeblich beeinflussen.“

Diese vorstehend in „Fettdruck“ hervorgehobenen Änderungen durch Einfügung eines neuen Satzes 2 in § 128 Abs. 6 und eines neuen Satzes 4 in § 128 Abs. 2 SGB V würden mit möglichst wenig Aufwand dazu beitragen, dass Ausnahmebereiche geschlossen werden und die Verbote unlauterer Zusammenarbeit sowie direkter Zuweisungen aus § 128 Abs. 1 bis 3 SGB V lückenlos anzuwenden sind.

2. Keine Beschränkung gesellschaftsrechtlicher Spielräume

Kaum zielführend ist es dagegen, die gesellschaftsrechtlichen Spielräume bei der Etablierung von Tochtergesellschaften zu regulieren. Hierbei ist nämlich Vorsicht geboten, da die Entscheidung, Tochtergesellschaften zu gründen und mit diesen auf dem Gesundheitsmarkt tätig zu sein, ein durch Art. 12 Abs. 1 GG abgesicherter Teil der Berufsausübung ist.¹⁵² Einschränkungen der unternehmerischen Freiheit widersprechen nicht nur der Grundhaltung, wettbewerbliche Elemente im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung zuzulassen, sondern unterliegen auch wegen der Tragweite der Regulierung hohen Anforderungen an eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung, die allein mit der wirtschaftlichen Benachteiligung von Mitbewerbern nicht hinreichend erfüllt werden.

Im Übrigen sind weitreichende Einschnitte in die gesellschaftsrechtlichen Möglichkeiten dann entbehrlich, wenn die Vorgaben zur wirtschaftlichen Kooperation, wie zuvor vorgeschlagen, konsistent und umfassend auf das gesamte Recht der gesetzlichen Krankenversicherung ausgeweitet werden.¹⁵³

III. Zwischenergebnis

Allein über gerichtlichen Rechtsschutz wird sich die Position der Hilfsmittelbringer nur begrenzt verteidigen lassen. Es bedarf deshalb zusätzlich einer rechtspolitischen Initiative, um Lücken im Korruptionsschutz, die sich insbeson-

¹⁵² Vgl. dazu H. Sodan/J. Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 10. Aufl. 2023, § 40 Rn. 16.

¹⁵³ Siehe zum konkreten Regelungsvorschlag oben S. 51 f.

dere im Krankenhausentlassmanagement ergeben, durch gesetzliche Anpassungen wirksam zu schließen.

F. Zusammenfassung zum zweiten Teil

Wesentliche Ergebnisse des zweiten Teils der Untersuchung lassen sich in folgenden Leitsätzen zusammenfassen:

1. Konkurrenz gehört zu den Effekten, die bekanntermaßen mit wirtschaftlichem Wettbewerb einhergehen. Hiervon bleibt auch die Hilfsmittelversorgung nicht verschont, in der solche Anbieter, die sich ausschließlich auf die Abgabe von Hilfsmitteln spezialisiert haben, mit Tochtergesellschaften von Krankenhäusern und Krankenhausträgern konkurrieren, hinter denen nicht selten große Ketten bzw. Konzerne stehen. Die Zielsetzung der Gesundheitspolitik muss es aber sein, keinen Wettbewerb zu entfachen, der zur *Verdrängung* bestimmter Teilgruppen der jeweiligen Gesundheitsberufe führt.
2. Die wirtschaftliche Betätigung und die Teilnahme an Märkten sind als Ausprägungen der Berufsausübungsfreiheit über Art. 12 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich geschützt. Zurückhaltend ist die Rechtsprechung aber, wenn es um den grundrechtlichen Schutz vor Mitbewerbern und im Allgemeinen vor wirtschaftlicher Konkurrenz geht. Zwar ist die Wettbewerbsfreiheit für die unternehmerische Betätigung von besonderer Bedeutung. Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistet jedoch keinen Anspruch auf wettbewerblichen Erfolg, sondern lediglich die Möglichkeit, sich durch freie Leistungskonkurrenz als Anbieter und Nachfrager auf dem Markt gegenüber anderen durchzusetzen. Marktteilnehmer haben nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zwar „keinen grundrechtlichen Anspruch darauf, dass die Wettbewerbsbedingungen für sie gleich bleiben“; die Berufsfreiheit „schützt jedoch davor, dass die Wettbewerbsstellung des Einzelnen durch staatliche Interventionen beeinträchtigt wird“. Allerdings umfasst der grundrechtliche Schutz gerade nicht Interventionen Privater. Außerdem lässt sich keine staatliche Schutzpflicht, die Marktteilnehmer vor wirtschaftlicher Konkurrenz absichert, in Verbindung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG begründen.
3. Besonderheiten für die Hilfsmittelversorgung, die von den Mechanismen der ambulanten Versorgung abweichen, ergeben sich im Rahmen des sogenannten Krankenhausentlassmanagements. Soweit sich Leistungserbringer durch das Krankenhausentlassmanagement beeinträchtigt sehen,

dürften rechtliche Bedenken über die Vereinbarkeit mit der Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG hinaus kaum erfolgreich gerichtlich anzugreifen sein. Auch ist das Krankenhausentlassmanagement verfassungsrechtlich kaum sinnvoll anzugreifen. Wenn sich überhaupt mittelbar-faktische Grundrechtseingriffe begründen lassen, so dürfte das Entlassmanagement als solches einer Verhältnismäßigkeitsprüfung standhalten.

4. Ein erheblicher *Wertungswiderspruch* besteht aber *de lege lata* bei den wirtschaftlichen Rahmenbedingungen des Krankenhausentlassmanagements. Denn gerade dort duldet die Rechtsprechung weitreichende wirtschaftliche Kooperationen, wie sie in der „regulären“ ambulanten Versorgung mit „veranlassten Leistungen“ durch § 128 SGB V weitgehend unterbunden werden. Dies belegt die Judikatur zu sogenannten „Kooperationsapotheken“. Das Verbot wirtschaftlicher Zusammenarbeit im Apothekenwesen sowie namentlich das Verbot der Absprache und Zuweisung müssen nach Auffassung des Bundesgerichtshofs im Rahmen des Entlassmanagements kraft Derogation zurücktreten, sodass exklusiv für das Krankenhausentlassmanagement eine von den Grundsätzen der ambulanten Versorgung bewusst abweichende Ausnahme geschaffen wird. Das Erfordernis einer solchen Ausnahme erschließt sich jedoch nicht. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb das Verhältnis von „Verordner“ und den Erbringern „veranlasster Leistungen“ im Krankenhausentlassmanagement so grundlegend anders zu bewerten wäre, dass eine Abkehr von den regelhaften Grenzen wirtschaftlicher Zusammenarbeit geboten ist.
5. Zu berücksichtigen ist auch, dass insbesondere die Regelungen des Vertragsarztrechts und des ärztlichen Berufsrechts, die unlauteres Verhalten verhindern sollen, in wenigen Fällen noch keinen ausreichenden Schutz bieten. Eine Schutzlücke kann sich ergeben, wenn Krankenhäuser eigene Sanitätshäuser betreiben und die Patienten durch ihre angestellten Ärzte an diese zuweisen lassen. Grundsätzlich gilt auch hier die über Art. 12 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG geschützte ärztliche Therapiefreiheit für die angestellten Klinikärzte, sodass allein die Tätigkeit im Angestelltenverhältnis noch keinen Anschein unzulässiger Kooperationen mit konzerninternen Tochtergesellschaften begründet. Zwar kann der Arbeitgeber kraft seines Weisungs- bzw. Direktionsrechts stets einen latenten Druck auf die Arbeitnehmer ausüben, in seinem Interesse tätig zu werden. Das Direktionsrecht umfasst jedoch keine Gesetzesverstöße. Da die Verbotsadressaten des § 128 Abs. 1 und 2 SGB V sowie der berufsrechtlichen Vorgaben die Ärzte selbst sind, kann aber der Betrieb von Erbrin-

gern „veranlasster Leistungen“, sofern jedenfalls keine ausdrückliche Gewinnbeteiligung bei bestimmtem Zuweisungsverhalten arbeitsvertraglich oder gesellschaftsrechtlich festgelegt ist, für Krankenhäuser und Krankenhausträger lukrativ und ohne Verstoß gegen etwaige Beteiligungs- sowie Zuweisungsverbote möglich sein. Unterstellt man, dass die Loyalität der Ärzte ihrem Arbeitgeber gegenüber oder äußere Faktoren, wie etwa die räumliche Nähe der Tochtergesellschaften, gleichwohl ein bestimmtes Zuweisungsverhalten nahelegen, besteht hier eine offensichtliche Schutzlücke.

6. Wird diese Situation mit der durch die Rechtsprechung eröffneten Schutzlücke während des Krankenhausentlassmanagements verglichen, so zeigt sich, dass auch in den soeben geschilderten Konstellationen Gefahren für die Unabhängigkeit ärztlicher Therapieentscheidungen einerseits und für die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen bei den „veranlassten Leistungen“ andererseits bestehen, denen auf gesundheitspolitischer Ebene entgegengewirkt werden sollte. Während allerdings im Fall des Krankenhausentlassmanagements nicht nachvollziehbar ist, weshalb die Rechtsprechung Ausnahmen von Zuweisungsverböten ermöglicht und nicht hinreichend berücksichtigt, dass hierdurch Anreize zur Korruption gesetzt werden, handelt es sich bei der Zuweisung durch angestellte Ärzte um einen Fall, den der Gesetzgeber des GKV-Versorgungsstrukturgesetzes offensichtlich nicht erkannt hat, als Schutzlücken der Zuweisungs- und Beteiligungsverböte geschlossen wurden.
7. Die Erfolgsaussichten gerichtlichen Rechtsschutzes sind überschaubar. Das betrifft vor allem Klagen gegen die Abrechnung von Hilfsmittelverordnungen, die unter Missachtung der in § 128 SGB V enthaltenen Vorgaben erfolgen. Sowohl das Verordnungsverhalten eines Vertragsarztes als auch seine Vergütung sind Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung nach § 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG und damit durch diese abdrängende Sonderzuweisung der Sozialgerichtsbarkeit zugewiesen, auch soweit Dritte von dem Rechtsverhältnis betroffen sind. Rechtsschutzersuchen gegen unzulässige Zuweisungen durch Vertragsärzte gehören deshalb regelmäßig vor die Sozialgerichte.
8. Denkbar wären Klagen eines „dritten“ Leistungserbringers gegen die Abrechnung der unzulässigen Hilfsmittelverordnung mit den Krankenkassen. Zielsetzung eines solchen Begehrens könnte die sachlich-rechnerische Richtigstellung der Leistungsabrechnung sein. Denn die Abrechnung von Leistungen unter unzulässiger Zuweisung durch den Vertragsarzt

veranlasst die Krankenkassen im Zweifel zu einer sachlich-rechnerischen Richtigstellung nach Maßgabe des § 106d SGB V, verbunden mit der Folge, dass die Krankenkassen im Wege des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs Rückforderungen gegen den Vertragsarzt geltend zu machen vermögen. Könnten übervorteilte Leistungserbringer gerichtlich einfordern, dass von Vertragsärzten Honorar für Leistungen, die unter unzulässigen Zuweisungen erfolgen, durch die Krankenkassen zurückzufordern wäre, läge hierin ein mutmaßlich effektives Druckmittel. Weil die sachlich-rechnerische Richtigstellung von Abrechnungen die Qualität eines Verwaltungsakts aufweist, kommt es darauf an, ob den betroffenen Leistungserbringern eine Klagebefugnis nach § 54 Abs. 1 Satz 2 SGG zukommt. Dies wäre im Übrigen auch dann der Fall, wenn Rechtsschutz über die Leistungsklage zu verfolgen wäre. An der Klagebefugnis wird es jedoch regelmäßig fehlen. Die vertragsarztrechtlichen Bestimmungen in § 128 SGB V zielen aber weniger auf eine echte Korruptionsbekämpfung, sondern *vorrangig* auf das Funktionieren der vertragsärztlichen Versorgung. Auch ein Individualschutz durch die berufsrechtlichen Vorgaben ist zumindest zweifelhaft.

9. In Betracht kommt ferner Rechtsschutz gegen unlauteres Verhalten von Mitbewerbern, etwa im Falle einer bewussten Umgehung der in § 128 SGB V enthaltenen Vorgaben. Die Geltendmachung von Schadensersatz- oder Unterlassungsansprüchen setzt jedoch die Anwendbarkeit „passender“ zivilrechtlicher Vorschriften auch im Leistungserbringungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung voraus. Im Rahmen der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrages zur Erbringung von Leistungen zulasten der Krankenkassen kommen also, gestützt auf die §§ 8 und 9 UWG, weder Ansprüche gegen die Krankenkassen noch gegen andere konkurrierende Leistungserbringer in Betracht.
10. Etwas anderes gilt für Ansprüche aus bürgerlichem Recht (§ 823 Abs. 1 und 2, § 1004 Satz 1 BGB). Die Sonderbeziehung des Leistungserbringungsrechts sperrt hier nach § 69 Abs. 1 Satz 3 SGB V nur dergestalt, dass das bürgerliche Recht eingeschränkt gilt, nämlich insoweit, als es mit den Vorgaben des § 70 SGB V sowie den übrigen Aufgaben und Pflichten der Beteiligten nach diesem Kapitel vereinbar ist. Wenn Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche nach § 823 Abs. 1 und 2, § 1004 Satz 1 BGB in Betracht kommen, stellt sich zunächst die Frage, ob eine Rechtsgutverletzung vorliegt. Mangels generellem (verfassungs-)rechtlichen Konkurrenzschutz ist bereits diese Frage schwierig zu beantworten, so dass die gerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen mit dem rechtli-

chen Risiko des Unterliegens behaftet sein kann. Zu berücksichtigen ist ferner, dass sowohl die vertragsärztlichen als auch die berufsrechtlichen Vorschriften mangels individuellem Schutzcharakter keine Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB sind, sodass Ansprüche, die auf diese Norm gestützt werden, von vornherein ausscheiden müssen. Überlegungen zu Schadensersatz- und Unterlassungsansprüchen dürften deshalb zu keinen erfolgsversprechenden Ergebnissen führen.

11. Gerichtlicher Rechtsschutz bietet in der gegenwärtigen Lage nur begrenzte Erfolgsaussichten, weil unlautere wirtschaftliche Zusammenarbeit in der gesetzlichen Krankenversicherung zwar grundsätzlich missbilligt wird, aber kaum Möglichkeiten bestehen, Fehlverhalten individuell gerichtlich zu bekämpfen. Es sollte deshalb ein rechtspolitisches Vorgehen erwogen werden, das darauf abzielt, die Konturen wettbewerblicher Regulierung im Gesundheitswesen zu schärfen, unübersichtliche und unsystematische Regelungen neu zu ordnen, zusammenzufassen und zu abstrahieren sowie bestehende Instrumente besser zum Einsatz zu bringen.
12. Eine Kommerzialisierung der Versorgung ist auch im Bereich der „veranlassten Leistungen“ denkbar, sofern die Rechtsordnung hierzu Möglichkeiten eröffnet. Denn durch gezielte Zuweisungen der Versicherten an konzerneigene Tochterunternehmen lässt sich insbesondere für Krankenhäuser und Krankenhausträgergesellschaften ein neuer Markt erschließen, der finanziell lukrativ ist, gleichzeitig aber mit vergleichsweise geringem Aufwand betrieben werden kann. Deshalb müssen Spielräume möglichst lückenlos geschlossen werden, damit ein fairer Leistungswettbewerb auch bei ärztlich verordneten Leistungen erfolgen kann. Eine Lücke ist im Krankenhausentlassmanagement festgestellt worden; zugleich konnten die von der Rechtsprechung vorgetragene Gründe eines Ausnahmebereichs von den Anordnungen des § 128 SGB V für diesen Versorgungsbereich unter Zuhilfenahme der Derogationsregeln nicht überzeugen. Einer Derogation wäre jedoch die Grundlage entzogen, wenn auch für das Krankenhausentlassmanagement eine ausdrückliche Geltungsanordnung bestünde. Insoweit bietet sich eine Änderung des § 128 Abs. 6 SGB V an, der sich ohnehin auf verschiedene andere Bereiche der ambulanten Versorgung erstreckt. Ergänzend hierzu würde eine Änderung des § 128 Abs. 2 SGB V dazu beitragen, Schutzlücken zu schließen, die sich dann ergeben, wenn Krankenhäuser oder Krankenhausträger von der Beteiligung an einem Hilfsmittelerbringer nach Verordnung durch angestellte Ärzte profitieren.

Dritter Teil

Zusammenfassung wesentlicher Ergebnisse in Leitsätzen

Wesentliche Ergebnisse der gesamten Untersuchung lassen sich in Leitsätzen wie folgt zusammenfassen:

1. Kooperationen von Leistungserbringern spielen im deutschen Gesundheitswesen eine praktisch bedeutsame Rolle und prägen die Versorgungsrealität in vielfältiger Weise. Die Zusammenarbeit von Leistungserbringern kann also in einigen Bereichen erwünscht oder sogar angeordnet sein, in anderen Bereichen wiederum missbilligt werden. Nicht jede Form von Kooperation ist rechtlich und berufsethisch zu missbilligen; vor allem ist nicht jede Form von Zusammenarbeit Korruption. Die Ausübungsformen von Kooperation sind deshalb differenziert zu betrachten. Eine grobe Differenzierung leistet die Unterscheidung von fachlicher und wirtschaftlicher Zusammenarbeit.
2. *Fachliche* Zusammenarbeit ist dort, wo sie gebraucht wird, regelmäßig rechtlich abgesichert. *Wirtschaftliche* Zusammenarbeit ist demgegenüber meist Folge des Gewinnstrebens einiger Akteure des Gesundheitswesens. Die Gesetzgebung geht jedoch mit wirtschaftlicher Kooperation erkennbar restriktiv um. Nicht zu unterschätzen ist, dass eine Zusammenarbeit bestimmter Leistungserbringer eine erhebliche Steuerungswirkung auf das gesamte Gesundheitswesen hat, weil die jeweiligen Leistungserbringer die Patienten während sowie im Vor- und Nachlauf einer Therapie beraten, koordinieren und auf diese Weise erheblichen Einfluss auf die von den Patienten zu treffenden Gesundheitsentscheidungen haben.
3. Die Steuerungswirkung liegt im Bereich der „veranlassten Leistungen“ in der konkreten Art und Weise des Ordnungsverhaltens. Mit der ärztlichen Verordnung eines Hilfsmittels tritt zwar für sich genommen noch keine aktive Lenkung der Versicherten zu einem bestimmten Leistungserbringer ein. Allerdings können die Vertragsärzte die Versicherten ganz erheblich beeinflussen, wenn etwa die Verordnung zugleich mit einer (mündlichen) Empfehlung eines bestimmten Leistungserbringers einhergeht. Dieses Verhalten kann auf tatsächlicher Ebene zu einer Fehlentwicklung in der Versorgungslandschaft führen.

4. Zu berücksichtigen ist aber, dass Leistungserbringer, die – anders als die niedergelassenen Ärzte oder MVZ – nicht an „erster Stelle“ der Versorgung stehen, sondern ihre Dienste erst nach einer ärztlichen Verordnung anbieten dürfen, in besonderer Weise auf *wirtschaftliche Chancengleichheit* angewiesen sind. In dieser Situation befinden sich etliche Leistungserbringer, und zwar neben den Apotheken regelmäßig die Erbringer sogenannter „veranlasster Leistungen“, also die Versorger, die Heil- und Hilfsmittel bereitstellen sowie Dienstleistungen im Bereich der häuslichen Krankenpflege oder der Kurzzeitpflege anbieten. An einer wirtschaftlichen Chancengleichheit fehlt es aber, wenn durch Zusammenarbeit einiger Akteure Mitbewerber übervorteilt werden.
5. Eine gesetzliche Steuerung wirtschaftlicher Zusammenarbeit von Leistungserbringern besteht durch § 128 SGB V. Diese Norm kann gewissermaßen als Anker für die Begrenzung wirtschaftlicher Kooperation unter Leistungserbringern verschiedener Bereiche angesehen werden. Impuls für die Entstehung der Vorschrift ist mutmaßlich ein Urteil des Bundesgerichtshofs vom 29. Juni 2000, mit dem die wirtschaftlichen Freiheiten der Vertragsärzte vor dem Hintergrund des Art. 12 Abs. 1 GG klargestellt wurden.
6. Nunmehr können Verstöße gegen § 128 SGB V empfindliche Konsequenzen insbesondere für die betroffenen Vertragsärzte haben. Zum einen können Verstöße gegen § 128 Abs. 1 und 2 SGB V zum Verlust der Vergütungsansprüche gegen die Krankenkassen, sofern die in § 128 SGB V geregelten Anordnungen gesetzliche Verbote im Sinne des § 134 BGB sind, führen. Zum anderen findet unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eine Sanktionierung der Leistungserbringer seitens der Krankenkassen durch § 128 Abs. 3 SGB V statt, die über die gesetzlichen Folgen eines Verstoßes gegen § 128 Abs. 1 und 2 SGB V hinausgehen soll. So haben Verstöße gegen § 128 Abs. 1 und 2 SGB V nach § 128 Abs. 3 Satz 1 SGB V Vertragsstrafen für die jeweiligen Leistungserbringer zur Folge, im Zweifel bei „wiederholten und schwerwiegenden“ Verstößen sogar den zeitweisen Versorgungsausschluss bis zu zwei Jahren. Bei dem im Schrifttum häufig lediglich deskriptiven Hinweis auf die Sanktion der Vertragsstrafe bleibt jedoch die Frage der praktischen Relevanz dieser Konsequenz weitgehend offen. Zum einen wird es zu der Sanktion nur kommen, wenn die Krankenkassen die Verstöße erkennen, zum anderen ist zweifelhaft, ob Dritte (etwa konkurrierende andere Leistungserbringer) überhaupt einen justiziablen Anspruch auf eine Sanktio-

nierung durch die Krankenkassen haben. Deshalb sollten die tatsächlichen Wirkungen des § 128 SGB V nicht überschätzt werden.

7. Strafrechtlichen Schutz entfalten in erster Linie die Vermögensdelikte, mithin diejenigen Straftatbestände, deren (vorrangiges) Schutzgut das Vermögen darstellt. Strafrechtlichen Schutz bieten darüber hinaus die §§ 299a, 299b StGB, die an der Bekämpfung kollusiven Verhaltens im Zuge der Leistungserbringung ansetzen und mit denen Strafbarkeitslücken sowohl im Bereich des § 299 StGB als auch der übrigen Vermögensdelikte geschlossen wurden. Beachtlich ist allerdings, dass der praktische Effekt der beiden Tatbestände der §§ 299a, 299b StGB offensichtlich überschätzt wird.
8. Eine Absicherung wirtschaftlicher Kooperation ist ferner über das Wettbewerbsrecht denkbar. Dort kommt insbesondere ein Schutz über Vorschriften des Lauterkeitsrechts in Betracht. Ob dieses angesichts der Sperre in § 69 Abs. 1 SGB V überhaupt auf die Leistungserbringer im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung Anwendung findet, ist allerdings zweifelhaft. Compliance-Ansätze können nach derzeitiger Einschätzung keinen der strafrechtlichen Absicherung vergleichbaren Beitrag leisten. Letztlich bilden auch die Regelungen des ärztlichen Berufsrechts ethische Vorgaben, die als Verhaltensvorschriften zwingende Berücksichtigung in der Ausübung der ärztlichen Tätigkeit finden müssen. Wenig Unterstützung wird auch von den Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen zu erwarten sein, bei denen rechts- und zweckwidrige Nutzungen von Beitragsmitteln gemeldet werden können. Die Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen können grundsätzlich von jedermann bei Verdacht auf Korruption angerufen werden, sodass die Meldung von Unregelmäßigkeiten unter denkbar niedrigen Voraussetzungen möglich ist. Ob die nach § 197a Abs. 4 SGB V angeordnete Zusammenarbeit mit der Staatsanwaltschaft zu Effizienzsteigerungen bei der Verfolgung von Korruption führt und ob die Stellen insgesamt zu höheren Hemmschwellen für kriminelle Verhaltensweisen beitragen, lässt sich ohne empirische Datengrundlagen nicht bestimmen.
9. Konkurrenz gehört zu den Effekten, die bekanntermaßen mit wirtschaftlichem Wettbewerb einhergehen. Hiervon bleibt auch die Hilfsmittelversorgung nicht verschont, in der solche Anbieter, die sich ausschließlich auf die Abgabe von Hilfsmitteln spezialisiert haben, mit Tochtergesellschaften von Krankenhäusern und Krankenhausträgern konkurrieren, hinter denen nicht selten große Ketten bzw. Konzerne stehen. Die Zielset-

zung der Gesundheitspolitik muss es aber sein, keinen Wettbewerb zu entfachen, der zur *Verdrängung* bestimmter Teilgruppen der jeweiligen Gesundheitsberufe führt.

10. Die wirtschaftliche Betätigung und die Teilnahme an Märkten sind als Ausprägungen der Berufsausübungsfreiheit über Art. 12 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich geschützt. Zurückhaltend ist die Rechtsprechung aber, wenn es um den grundrechtlichen Schutz vor Mitbewerbern und im Allgemeinen vor wirtschaftlicher Konkurrenz geht. Zwar ist die Wettbewerbsfreiheit für die unternehmerische Betätigung von besonderer Bedeutung. Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistet jedoch keinen Anspruch auf wettbewerblichen Erfolg, sondern lediglich die Möglichkeit, sich durch freie Leistungskonkurrenz als Anbieter und Nachfrager auf dem Markt gegenüber anderen durchzusetzen. Marktteilnehmer haben nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zwar „keinen grundrechtlichen Anspruch darauf, dass die Wettbewerbsbedingungen für sie gleich bleiben“; die Berufsfreiheit „schützt jedoch davor, dass die Wettbewerbsstellung des Einzelnen durch staatliche Interventionen beeinträchtigt wird“. Allerdings umfasst der grundrechtliche Schutz gerade nicht Interventionen Privater. Außerdem lässt sich keine staatliche Schutzpflicht, die Marktteilnehmer vor wirtschaftlicher Konkurrenz absichert, in Verbindung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG begründen.
11. Besonderheiten für die Hilfsmittelversorgung, die von den Mechanismen der ambulanten Versorgung abweichen, ergeben sich im Rahmen des sogenannten Krankenhausentlassmanagements. Soweit sich Leistungserbringer durch das Krankenhausentlassmanagement beeinträchtigt sehen, dürften rechtliche Bedenken über die Vereinbarkeit mit der Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG hinaus kaum erfolgreich gerichtlich anzugreifen sein. Auch ist das Krankenhausentlassmanagement verfassungsrechtlich kaum sinnvoll anzugreifen. Wenn sich überhaupt mittelbar-faktische Grundrechtseingriffe begründen lassen, so dürfte das Entlassmanagement als solches einer Verhältnismäßigkeitsprüfung standhalten.
12. Ein erheblicher *Wertungswiderspruch* besteht aber *de lege lata* bei den wirtschaftlichen Rahmenbedingungen des Krankenhausentlassmanagements. Denn gerade dort duldet die Rechtsprechung weitreichende wirtschaftliche Kooperationen, wie sie in der „regulären“ ambulanten Versorgung mit „veranlassten Leistungen“ durch § 128 SGB V weitgehend unterbunden werden. Dies belegt die Judikatur zu sogenannten „Kooperati-

onsapotheken“. Das Verbot wirtschaftlicher Zusammenarbeit im Apothekenwesen sowie namentlich das Verbot der Absprache und Zuweisung müssen nach Auffassung des Bundesgerichtshofs im Rahmen des Entlassmanagements kraft Derogation zurücktreten, sodass exklusiv für das Krankenhausentlassmanagement eine von den Grundsätzen der ambulanten Versorgung bewusst abweichende Ausnahme geschaffen wird. Das Erfordernis einer solchen Ausnahme erschließt sich jedoch nicht. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb das Verhältnis von „Verordner“ und den Erbringern „veranlasster Leistungen“ im Krankenhausentlassmanagement so grundlegend anders zu bewerten wäre, dass eine Abkehr von den regelhaften Grenzen wirtschaftlicher Zusammenarbeit geboten ist.

13. Zu berücksichtigen ist ferner, dass insbesondere die Regelungen des Vertragsarztrechts und des ärztlichen Berufsrechts, die unlauteres Verhalten verhindern sollen, in wenigen Fällen noch keinen ausreichenden Schutz bieten. Eine Schutzlücke kann sich ergeben, wenn Krankenhäuser eigene Sanitätshäuser betreiben und die Patienten durch ihre angestellten Ärzte an diese zuweisen lassen. Grundsätzlich gilt auch hier die über Art. 12 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG geschützte ärztliche Therapiefreiheit für die angestellten Klinikärzte, sodass allein die Tätigkeit im Angestelltenverhältnis noch keinen Anschein unzulässiger Kooperationen mit konzerninternen Tochtergesellschaften begründet. Zwar kann der Arbeitgeber kraft seines Weisungs- bzw. Direktionsrechts stets einen latenten Druck auf die Arbeitnehmer ausüben, in seinem Interesse tätig zu werden. Das Direktionsrecht umfasst jedoch keine Gesetzesverstöße. Da die Verbotsadressaten des § 128 Abs. 1 und 2 SGB V sowie der berufsrechtlichen Vorgaben die Ärzte selbst sind, kann aber der Betrieb von Erbringern „veranlasster Leistungen“, sofern jedenfalls keine ausdrückliche Gewinnbeteiligung bei bestimmtem Zuweisungsverhalten arbeitsvertraglich oder gesellschaftsrechtlich festgelegt ist, für Krankenhäuser und Krankenhaussträger lukrativ und ohne Verstoß gegen etwaige Beteiligungs- sowie Zuweisungsverbote möglich sein. Unterstellt man, dass die Loyalität der Ärzte ihrem Arbeitgeber gegenüber oder äußere Faktoren, wie etwa die räumliche Nähe der Tochtergesellschaften, gleichwohl ein bestimmtes Zuweisungsverhalten nahelegen, besteht hier eine offensichtliche Schutzlücke.
14. Wird diese Situation mit der durch die Rechtsprechung eröffneten Schutzlücke während des Krankenhausentlassmanagements verglichen, so zeigt sich, dass auch in den soeben geschilderten Konstellationen Gefahren für die Unabhängigkeit ärztlicher Therapieentscheidungen einerseits und für

die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen bei den „veranlassten Leistungen“ andererseits bestehen, denen auf gesundheitspolitischer Ebene entgegengewirkt werden sollte. Während allerdings im Fall des Krankenhausentlassmanagements nicht nachvollziehbar ist, weshalb die Rechtsprechung Ausnahmen von Zuweisungsverboten ermöglicht und nicht hinreichend berücksichtigt, dass hierdurch Anreize zur Korruption gesetzt werden, handelt es sich bei der Zuweisung durch angestellte Ärzte um einen Fall, den der Gesetzgeber des GKV-Versorgungsstrukturgesetzes offensichtlich nicht erkannt hat, als Schutzlücken der Zuweisungs- und Beteiligungsverbote geschlossen wurden.

15. Die Erfolgsaussichten gerichtlichen Rechtsschutzes sind überschaubar. Das betrifft vor allem Klagen gegen die Abrechnung von Hilfsmittelverordnungen, die unter Missachtung der in § 128 SGB V verfassten Vorgaben erfolgen. Sowohl Verordnungsverhalten eines Vertragsarztes als auch seine Vergütung sind Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung nach § 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG und damit durch diese abdrängende Sonderzuweisung der Sozialgerichtsbarkeit zugewiesen, auch soweit Dritte von dem Rechtsverhältnis betroffen sind. Rechtsschutzersuchen gegen unzulässige Zuweisungen durch Vertragsärzte gehören deshalb regelmäßig vor die Sozialgerichte.
16. Denkbar wären Klagen eines „dritten“ Leistungserbringers gegen die Abrechnung der unzulässigen Hilfsmittelverordnung mit den Krankenkassen. Zielsetzung eines solchen Begehrens könnte die sachlich-rechnerische Richtigstellung der Leistungsabrechnung sein. Denn die Abrechnung von Leistungen unter unzulässiger Zuweisung durch den Vertragsarzt veranlasst die Krankenkassen im Zweifel zu einer sachlich-rechnerischen Richtigstellung nach Maßgabe des § 106d SGB V, verbunden mit der Folge, dass die Krankenkassen im Wege des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs Rückforderungen gegen den Vertragsarzt geltend zu machen vermögen. Könnten übervorteilte Leistungserbringer gerichtlich einfordern, dass von Vertragsärzten Honorar für Leistungen, die unter unzulässigen Zuweisungen erfolgen, durch die Krankenkassen zurückzufordern wäre, läge hierin ein mutmaßlich effektives Druckmittel. Weil die sachlich-rechnerische Richtigstellung von Abrechnungen die Qualität eines Verwaltungsakts aufweist, kommt es darauf an, ob den betroffenen Leistungserbringern eine Klagebefugnis nach § 54 Abs. 1 Satz 2 SGG zukommt. Dies wäre im Übrigen auch dann der Fall, wenn Rechtsschutz über die Leistungsklage zu verfolgen wäre. An der Klagebefugnis wird es jedoch regelmäßig fehlen. Die vertragsarztrechtlichen Bestimmungen in

§ 128 SGB V zielen aber weniger auf eine echte Korruptionsbekämpfung, sondern *vorrangig* auf das Funktionieren der vertragsärztlichen Versorgung. Auch ein Individualschutz durch die berufsrechtlichen Vorgaben ist zumindest zweifelhaft.

17. In Betracht kommt ferner Rechtsschutz gegen unlauteres Verhalten von Mitbewerbern, etwa im Falle einer bewussten Umgehung der in § 128 SGB V enthaltenen Vorgaben. Die Geltendmachung von Schadensersatz- oder Unterlassungsansprüchen setzt jedoch die Anwendbarkeit „passender“ zivilrechtlicher Vorschriften auch im Leistungserbringungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung voraus. Im Rahmen der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrages zur Erbringung von Leistungen zulasten der Krankenkassen kommen also, gestützt auf die §§ 8 und 9 UWG, weder Ansprüche gegen die Krankenkassen noch gegen andere konkurrierende Leistungserbringer in Betracht.
18. Etwas anderes gilt für Ansprüche aus bürgerlichem Recht (§ 823 Abs. 1 und 2, § 1004 Satz 1 BGB). Die Sonderbeziehung des Leistungserbringungsrechts sperrt hier nach § 69 Abs. 1 Satz 3 SGB V nur dergestalt, dass das bürgerliche Recht eingeschränkt gilt, nämlich insoweit, als es mit den Vorgaben des § 70 SGB V sowie den übrigen Aufgaben und Pflichten der Beteiligten nach diesem Kapitel vereinbar ist. Wenn Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche nach § 823 Abs. 1 und 2, § 1004 Satz 1 BGB in Betracht kommen, stellt sich zunächst die Frage, ob eine Rechtsgutverletzung vorliegt. Mangels generellem (verfassungs-)rechtlichen Konkurrenzschutz ist bereits diese Frage schwierig zu beantworten, sodass die gerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen mit dem rechtlichen Risiko des Unterliegens behaftet sein kann. Zu berücksichtigen ist ferner, dass sowohl die vertragsärztlichen als auch die berufsrechtlichen Vorschriften mangels individuellem Schutzcharakter keine Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB sind, sodass Ansprüche, die auf diese Norm gestützt werden, von vornherein ausscheiden müssen. Überlegungen zu Schadensersatz- und Unterlassungsansprüchen dürften deshalb zu keinen erfolgversprechenden Ergebnissen führen.
19. Gerichtlicher Rechtsschutz bietet in der gegenwärtigen Lage nur begrenzte Erfolgsaussichten, weil unlautere wirtschaftliche Zusammenarbeit in der gesetzlichen Krankenversicherung zwar grundsätzlich missbilligt wird, aber kaum Möglichkeiten bestehen, Fehlverhalten individuell gerichtlich zu bekämpfen. Es sollte deshalb ein rechtspolitisches Vorgehen erwogen werden, das darauf abzielt, die Konturen wettbewerblicher Re-

gulierung im Gesundheitswesen zu schärfen, unübersichtliche und unsystematische Regelungen neu zu ordnen, zusammenzufassen und zu abstrahieren sowie bestehende Instrumente besser zum Einsatz zu bringen.

20. Eine Kommerzialisierung der Versorgung ist auch im Bereich der „veranlassten Leistungen“ denkbar, sofern die Rechtsordnung hierzu Möglichkeiten eröffnet. Denn durch gezielte Zuweisungen der Versicherten an konzerneigene Tochterunternehmen lässt sich insbesondere für Krankenhäuser und Krankenhausträgergesellschaften ein neuer Markt erschließen, der finanziell lukrativ ist, gleichzeitig aber mit vergleichsweise geringem Aufwand betrieben werden kann. Deshalb müssen Spielräume möglichst lückenlos geschlossen werden, damit ein fairer Leistungswettbewerb auch bei ärztlich verordneten Leistungen stattfinden kann. Eine Lücke ist im Krankenhausentlassmanagement festgestellt worden; zugleich konnten die von der Rechtsprechung vorgetragene Gründe eines Ausnahmebereichs von den Anordnungen des § 128 SGB V für diesen Versorgungsbe- reich unter Zuhilfenahme der Derogationsregeln nicht überzeugen. Einer Derogation wäre jedoch die Grundlage entzogen, wenn auch für das Krankenhausentlassmanagement eine ausdrückliche Geltungsanordnung bestünde. Insoweit bietet sich eine Änderung des § 128 Abs. 6 SGB V an, der sich ohnehin auf verschiedene andere Bereiche der ambulanten Ver- sorgung erstreckt. Ergänzend hierzu würde eine Änderung des § 128 Abs. 2 SGB V dazu beitragen, Schutzlücken zu schließen, die sich dann erge- ben, wenn Krankenhäuser oder Krankenhausträger von der Beteiligung an einem Hilfsmittelerbringer nach Verordnung durch angestellte Ärzte pro- fitieren.

Berlin, am 15. Mai 2023

Universitätsprofessor Dr. Helge Sodan