

Schriften zum Strafrecht

Band 363

**Die Strafbarkeit des Apothekers
nach § 299a StGB im Lichte
des Pharmamarketings**

Von

Anne Türke



Duncker & Humblot · Berlin

ANNE TÜRKE

Die Strafbarkeit des Apothekers nach § 299a StGB
im Lichte des Pharmamarketings

Schriften zum Strafrecht

Band 363

Die Strafbarkeit des Apothekers nach § 299a StGB im Lichte des Pharmamarketings

Von

Anne Türke



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg hat diese Arbeit
im Jahre 2020 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2021 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0558-9126
ISBN 978-3-428-18125-4 (Print)
ISBN 978-3-428-58125-2 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

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

Vorwort

Die vorliegende Arbeit entstand neben meiner Tätigkeit als Strafrichterin und zuletzt als Staatsanwältin im Justizdienst des Landes Baden-Württemberg. Sie wurde im Sommersemester 2020 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis Mai 2020 berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt meinem verehrten Doktorvater Herrn Professor Dr. Gerson Trüg für seine hervorragende Unterstützung und seine konstruktiven Anmerkungen und Hinweise. Durch seine Bereitschaft, mich als externe Doktorandin zu betreuen, hat er es mir überhaupt ermöglicht, die Arbeit berufsbegleitend zu erstellen.

Ebenfalls herzlich bedanken möchte ich mich bei Herrn Professor Dr. Walter Perron für die äußerst zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Dank gebührt ferner meinen Eltern, meinem Bruder sowie meinen Freunden für all ihre Unterstützung und Geduld während dieser Zeit.

Schließlich möchte ich mich bei meinem Verlobten Herrn Dr. Oliver Kanzler bedanken, der mich nicht nur durch fachliche Gespräche, sondern auch mit sehr viel Verständnis und Rückhalt während des gesamten Promotionsverfahrens unentwegt unterstützt hat. Ihm soll die Arbeit gewidmet sein.

Stuttgart, im Juni 2020

Anne Türke

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung	17
I. Anstoß für das Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen	17
II. Untersuchungsgegenstand	19
1. Hinführung	19
2. Untersuchung im Einzelnen	22
§ 2 Erforderlichkeit einer strafrechtlichen Regelung	25
I. Bedeutung für den Untersuchungsgegenstand	25
II. Notwendigkeit einer strafrechtlichen Norm	26
1. Dimensionen des Gesundheitsmarktes	26
2. Ultima-ratio Prinzip	27
a) Grundlagen des ultima-ratio Prinzips	27
b) Verhaltenskodizes der Pharmaindustrie im Lichte des ultima-ratio Prinzips	29
aa) Defizite der Verhaltenskodizes der Pharmaindustrie	30
bb) Zweckbestimmung der Maßnahmen der Verfahrensordnungen ..	34
c) Berufsrecht im Lichte des ultima-ratio Prinzips	35
aa) Defizite der berufsrechtlichen Vorschriften	36
bb) Zweckbestimmung berufsrechtlicher Maßnahmen	37
d) Approbationsrecht im Lichte des ultima-ratio Prinzips	41
aa) Defizite der approbationsrechtlichen Vorschriften	43
bb) Zweckbestimmung des Widerrufs der Approbation	44
e) Bewertung	45
f) Ordnungswidrigkeitenrecht im Lichte des ultima-ratio Prinzips	46
aa) § 15 Abs. 1 Nr. 4a HWG	46
bb) § 25 Abs. 1 Nr. 2 ApoG	50
cc) Verhältnis zum Strafrecht	51
g) Zwischenfazit	55
3. Unionsrechtlich determinierte Regelungspflicht	55
a) Der Rahmenbeschluss der Europäischen Union	56
b) Bewertung	58
4. Fazit	59
§ 3 Strafbarkeit des Apothekers nach § 299a StGB	61
I. Bedeutung für den Untersuchungsgegenstand	61
II. Untersuchung des § 299a StGB	62

1. Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens	62
a) Bedeutung des Gesetzgebungsverfahrens für die Auslegung des § 299a StGB	62
b) Einzelne Etappen des Gesetzgebungsverfahrens	65
aa) Gesetzesantrag des Freistaates Bayern (BayE)	65
(1) Täterkreis	66
(2) Heilberufliche Bezugs- und Abgabeentscheidung	67
(3) Sog. Berufsrechtsmodell	68
bb) Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (RefE)	69
(1) Täterkreis	70
(2) Heilberufliche Bezugs- und Abgabeentscheidung	71
(3) Sog. Berufsrechtsmodell	71
cc) Gesetzentwurf der Bundesregierung (RegE)	74
(1) Täterkreis	75
(2) Heilberufliche Bezugs- und Abgabeentscheidung	76
(3) Sog. Berufsrechtsmodell	77
dd) Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz	78
(1) Täterkreis	79
(2) Heilberufliche Bezugs- und Abgabeentscheidung	79
(3) Sog. Berufsrechtsmodell	82
ee) Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen ..	82
c) Wille des Gesetzgebers	84
d) Zwischenfazit	87
2. Anwendungsbereich des § 299a StGB aus Apothekersicht	88
a) Tauglicher Täter	88
b) Mögliche Tatvarianten	90
aa) Verordnung von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Me- dizinprodukten, § 299a Nr. 1 StGB	90
bb) Bezug von Arznei- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten, § 299a Nr. 2 StGB	91
cc) Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial, § 299a Nr. 3 StGB	92
(1) Grammatische Auslegung	93
(2) Teleologische Auslegung	94
(a) Geschützte Rechtsgüter des § 299a StGB	94
(aa) Schutz des fairen Wettbewerbs	94
(bb) Schutz des Vertrauens der Patienten in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen	95
(b) Anwendung auf den Beispielsfall	98

(3) Historische Auslegung	98
(4) Teleologische Reduktion	101
(a) Abgrenzung zur restriktiven Auslegung	101
(b) Wesen der teleologischen Reduktion	102
(c) Ratio legis des § 299a StGB	103
dd) Auslegung und Rechtsfortbildung durch die Gerichte	104
(1) Grundsätzliche Zulässigkeit der Rechtsfortbildung durch die Gerichte	105
(2) Verfassungsrechtliche Grenzen	107
(3) § 299a Nr. 2 StGB	108
(4) § 299a Nr. 3 StGB	110
3. Bewertung	112
§ 4 Rechtspolitisches Erfordernis einer Strafbarkeit des Apothekers	115
I. Entscheidungsspielräume von Apothekern bei der Abgabe von Arzneimitteln	116
1. Verschreibungspflichtige Arzneimittel	117
a) Entscheidungsspielräume im System der gesetzlichen Krankenversicherung	117
aa) Vorliegen einer Rabattvereinbarung	120
bb) Wirkstoffverordnung	121
cc) Namensverordnung	123
b) Entscheidungsspielräume im System der privaten Krankenversicherung	123
2. Verschreibungsfreie Arzneimittel	124
II. Bewertung	125
§ 5 Strafbarkeit des Apothekers nach anderen Vorschriften	131
I. Strafbarkeit des Apothekers nach §§ 331, 332 StGB	131
1. Grundlegendes zum Amtsträgerbegriff	132
a) Wahrnehmung von Aufgaben öffentlicher Verwaltung	132
b) Sonstige Stelle	134
c) Bestellungsakt	134
2. Ursprünglicher Meinungsstand zur Amtsträgereigenschaft des Apothekers	135
3. Übertragbarkeit der Entscheidung des Großen Senats des Bundesgerichtshofs vom 29. März 2012 auf den Apotheker	136
a) Die Entscheidung im Hinblick auf die Amtsträgereigenschaft	136
b) Konsequenzen der Entscheidung des Großen Senats für den Apotheker	138
II. Strafbarkeit des Apothekers nach § 299 Abs. 1 Nr. 1 StGB	143
1. Strafbarkeit des Apothekers als Inhaber der Apotheke	143
2. Apotheker als Beauftragter der PKV	144
a) Grundlegendes zum Beauftragten- und Unternehmensbegriff des § 299 StGB	144

b) Subsumtion	146
3. Apotheker als Beauftragter der GKV	147
a) Ursprünglicher Meinungsstand zur Beauftragteneigenschaft des Apothekers	147
b) Übertragbarkeit der Entscheidung des Großen Senats des Bundesgerichtshofs vom 29. März 2012 auf den Apotheker	148
aa) Die Entscheidung im Hinblick auf die Beauftragteneigenschaft ..	149
bb) Konsequenzen der Entscheidung des Großen Senats für den Apotheker	150
4. Abwandlung: Strafbarkeit des angestellten Apothekers	156
a) Grundlegendes zum Angestelltenbegriff	156
b) Weitere Tatbestandmerkmale des § 299 Abs. 1 Nr. 1 StGB	157
c) Konkurrenzen	159
III. Strafbarkeit des Apothekers nach § 263 StGB	162
1. Betrug bei der Abrechnung verschreibungspflichtiger Arzneimittel	162
a) Täuschung	162
aa) Abgrenzung konkludente Täuschung und Täuschung durch Unterlassen	163
bb) Auswirkungen des einheitlichen Apothekenabgabepreises	166
b) Vermögensschaden	168
2. Betrug bei der Abrechnung verschreibungsfreier Arzneimittel	169
a) Eingepreiste Rückvergütung	170
aa) Täuschung	170
bb) Irrtum	171
cc) Vermögensverfügung und Vermögensschaden	172
b) Rückvergütung „auf eigene Rechnung“	174
3. Zwischenfazit	174
IV. Einordnung in den Untersuchungsgegenstand	174
§ 6 Reformvorschlag	177
I. Notwendigkeit einer Reform de lege ferenda	177
II. Hinführung zum Reformvorschlag	178
1. Erweiterung der Bezugsvariante und Aufnahme der heilberuflichen Abgabeentscheidung	178
2. Ergänzung des Straftatenkatalogs des § 100a Abs. 2 StPO	179
III. Reformvorschlag im Einzelnen	181
§ 7 Schlussbetrachtung	183
§ 8 Untersuchungsergebnisse	184
Literaturverzeichnis	188
Stichwortverzeichnis	217

Abkürzungsverzeichnis

A. A., a. A.	andere(r) Ansicht
ABDA	Bundesvereinigung Deutscher Apothekerverbände
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. F.	alte Fassung
AKG e. V.	Arzneimittel und Kooperation im Gesundheitswesen e. V.
AKG-Kodex	Verhaltenskodex der Mitglieder des „Arzneimittel und Kooperation im Gesundheitswesen e. V.“
AKG-VO	Verfahrensordnung für die Schlichtungs- und Schiedsstelle des „Arzneimittel und Kooperation im Gesundheitswesen e. V.“
Alt.	Alternative
AMG	Arzneimittelgesetz
AMPreisVO	Arzneimittelpreisverordnung
Anl.	Anlage
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Das Anwaltsblatt – die Fachzeitschrift für den Anwalt
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ApoBetrO	Apothekenbetriebsordnung
ApoG	Apothekengesetz
A&R	Arzneimittel & Recht – Zeitschrift für Arzneimittelrecht und Arzneimittelpolitik
ARGE	Arbeitsgemeinschaft
Art.	Artikel
ArztR	ArztRecht – Zeitschrift für Rechts- und Vermögensfragen
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BÄO	Bundesärzteordnung
BApO	Bundes-Apothekerordnung
BayE	Gesetzentwurf des Freistaates Bayern
BayLandesberufsG	Bayerisches Landesberufsgericht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebs-Berater
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
Beih.	Beiheft
BerGerOÄ	Berufsgerichtsordnung Ärzte
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch

BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BMJV	Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
BNotO	Bundesnotarordnung
BORA	Berufsordnung für Rechtsanwälte
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungssammlung des Bundessozialgerichts
BT	Besonderer Teil
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungssammlung des Bundesverwaltungsgerichts
BZRG	Gesetz über das Zentralregister und das Erziehungsregister
bzw.	beziehungsweise
Ca., ca.	circa
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
DAZ	Deutsche Apotheker Zeitung
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe/dieselben
DJT	Deutscher Juristentag
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung – Zeitschrift für Öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaften
Dr.	Doktor
DStR	Deutsches Steuerrecht
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Zeitschrift Europarecht
Europ.	Europäisch(es)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
e.V.	eingetragener Verein
f.	folgend
ff.	folgende
Fn.	Fußnote

FS	Festschrift
FSA e.V.	Freiwillige Selbstkontrolle für die Arzneimittelindustrie e.V.
FSA-Kodex	Verhaltenskodex des „Freiwillige Selbstkontrolle für die Arzneimittelindustrie e.V.“
FSA-VO	Verfahrensordnung des Vereins „Freiwillige Selbstkontrolle für die Arzneimittelindustrie e.V.“
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GesR	GesundheitsRecht
GG	Grundgesetz
GKV	Gesetzliche Krankenversicherung
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Rechtsprechungs-Report
GS	Gedächtnisschrift
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HBKG	Heilberufe-Kammergesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
HK-AKM	Heidelberger Kommentar Arztrecht Krankenhausrecht Medizinrecht
H. M., h. M.	herrschende(n) Meinung
HRRS	Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Strafrecht
Hs.	Halbsatz
HWG	Heilmittelwerbegesetz
Intern.	International(es)
JA	Juristische Arbeitsblätter – Zeitschrift für Studenten und Referendare
JEK	Jahrbuch Ethik in der Klinik
jM	juris – Die Monatszeitschrift
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
jurisPR-Compl	juris PraxisReport Compliance & Investigations
jurisPR-MedizinR	juris PraxisReport Medizinrecht
jurisPR-StrafR	juris PraxisReport Strafrecht
JuS	Juristische Schulung – Zeitschrift für Studium und Referendariat
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KPKp	Kölner Papiere zur Kriminalpolitik
KrV	Kranken- und Pflegeversicherung
LG	Landgericht
lit.	littera
LK	Leipziger Kommentar

MBO-Ärzte	(Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MedR	Medizinrecht
medstra	medstra – Zeitschrift für Medizinstrafrecht
MEZIS	Mein Essen zahle ich selbst – Initiative unbestechlicher Ärztinnen und Ärzte
Mio.	Million
MPG	Medizinproduktegesetz
MPJ	Medizinprodukte Journal
MPR	Medizin Produkte Recht – Zeitschrift für das gesamte Medizinprodukterecht
Mrd.	Milliarde
MüKo	Münchener Kommentar
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
Nr./Nrn.	Nummer/Nummern
NRW	Nordrhein-Westfalen
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	Rechtsprechungs-Report Strafrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
NZWiSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
PharmR	Pharma Recht – Fachzeitschrift für das gesamte Arzneimittelrecht
PKV	Private Krankenversicherung
PsychThG	Gesetz über die Berufe des Psychologischen Psychotherapeuten und des Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten
PZ	Pharmazeutische Zeitung
RDG	Rechtsdepesche für das Gesundheitswesen
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
RGSt	Entscheidungssammlung des Reichsgerichts in Strafsachen
S.	Seite
SGB V	Sozialgesetzbuch Fünftes Buch
s. o.	siehe oben
sog.	sogenannte(r)
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StraFo	Strafverteidiger-Forum

StrafR	Strafrecht
StV	Strafverteidiger
Tz.	Teilziffer
u.	und
u. a.	und andere, unter anderem
Urt.	Urteil
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	von, vom
Var.	Variante
VerwArch	Verwaltungs-Archiv – Zeitschrift für Verwaltungslehre, Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik
VGH	Verwaltungsgerichtshof
Vgl., vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WiJ	WiJ – Journal der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V.
wistra	wistra – Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WiStrafR	Wirtschaftsstrafrecht
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WSS	Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WzS	Wege zur Sozialversicherung
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht zum Beispiel
z. B.	
ZHG	Gesetz über die Ausübung der Zahnheilkunde
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
zit.	zitiert
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft
ZWH	Zeitschrift für Wirtschaftsstrafrecht und Haftung im Unternehmen

§ 1 Einleitung

I. Anstoß für das Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen

Im Jahr 2005 entflammte – angefacht durch den Hamburger Strafrechtler *Pragal* – eine in den Folgejahren hitzige und kontrovers geführte Debatte.¹ Gegen-

¹ Nach *Pragal*, NSTZ 2005, 133 ff.; *ders.*, Korruption, 165 ff.; *ders./Apfel*, A&R 2007, 10 ff. sei der niedergelassene Vertragsarzt Beauftragter der gesetzlichen Krankenkasse und könne daher tauglicher Täter des § 299 StGB sein. Darüber hinaus erfüllten Vertragsärzte bei der Verordnung von Arzneimitteln die Amtsträgereigenschaft im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB, woraus eine Strafbarkeit gemäß § 331 StGB resultiere. Zustimmung zu der Beauftragtenstellung des niedergelassenen Vertragsarztes OLG Braunschweig, Beschl. v. 23.02.2010 – Ws 17/10; LG Hamburg, Urt. v. 09.12.2010 – 618 KLS 10/09; *Fischer*, StGB, 57. Aufl., § 299 Rn. 10a; *Tiedemann*, in: Laufhütte u. a., StGB LK, Band 10, § 299 Rn. 18 u. 32; *ders.*, WiStrafR BT, 2. Aufl., Rn. 210b; *Heine*, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 299 Rn. 8; *Böse/Mölders*, MedR 2008, 585 ff.; *Schmitz-Elvenich*, KrV 2007, 240 ff.; *Frister*, in: Lindemann/Ratzel, Brennpunkte Gesundheitswesen, S. 99, 107 u. 110; *Frister/Lindemann/Peters*, Arztstrafrecht, Kap. 2 Rn. 348 ff.; *Pfuhl*, Verkaufsförderung, S. 137 ff.; *Schmidt*, NSTZ 2010, 393, 394 f. Die Beauftragtenstellung des niedergelassenen Vertragsarztes hingegen ablehnend *Geis*, wistra 2005, 369 ff.; *ders.*, GesR 2006, 345, 347; *ders.*, wistra 2007, 361 ff., der zudem kritisch auf das von der Rechtsprechung angenommene Exklusivitätsverhältnis der §§ 299, 331 StGB hinweist. Ebenso eine Beauftragtenstellung des niedergelassenen Vertragsarztes ablehnend *Schmidl*, wistra 2006, 286, 288; *Brockhaus/Dann/Teubner/Tsambikakis*, wistra 2010, 418, 419 ff.; *Bernsmann/Schoß*, GesR 2005, 193, 195; *Reese*, PharmR 2006, 92; *ders./Stallberg*, PharmR 2008, 221, 224; *Ulsenheimer*, in: Laufs/Kern, Arztrecht, 4. Aufl., § 152 Rn. 113 ff.; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 6. Aufl., S. 306 f.; *Klötzer*, NSTZ 2008, 12 ff.; *Krafczyk*, FS Mehle, 2009, S. 325, 334 ff.; *Dannecker*, GesR 2010, 281, 284 f.; *Dieners*, PharmR 2010, 230, 233; *ders.*, PharmR 2010, 613 ff.; *Schneider*, HRRS 2010, 241, 246 f.; *ders.*, StV 2010, 366, 367 f.; *Sobotta*, GesR 2010, 471, 473 f.; *Schroth*, FS I. Roxin, 2012, S. 327, 330 ff.; *Brand/Hotz*, PharmR 2012, 317, 319; *Joecks*, StudKomm StGB, § 299 Rn. 5; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl., § 299 Rn. 2; *Wartnjen/Schelling*, PharmR 2010, 509; *Schnapp*, FS Herzberg, 2008, S. 795, 805 dortige Fn. 53; *Taschke*, in: Dieners, Zusammenarbeit, Kap. 2 Rn. 9; *Bannenberg/Schaupensteiner*, Korruption, S. 28; *Wostry*, JR 2011, 165; *Sahan*, ZIS 2007, 69 ff.; *ders.*, ZIS 2012, 386, 389; *ders./Urban*, ZIS 2011, 23, 26; *Schmidt*, in: Ratzel/Luxemburger, Medizinrecht, § 14 Rn. 144; *Makoski*, MedR 2009, 376, 378 f.; *Manthey*, GesR 2010, 601, 602 f.; *Rübenstahl*, HRRS 2011, 324, 330 f.; *Wittmann*, MedR 2008, 716, 718; in diese Richtung wohl auch *Krüger*, ZIS 2011, 692, 704; differenzierend *Badle*, NJW 2008, 1028, 1033. Zustimmung zu der Amtsträgereigenschaft des niedergelassenen Vertragsarztes *Neupert*, NJW 2006, 2811, 2814; kritisch hingegen LG Hamburg, Urt. v. 09.12.2010 – 618 KLS 10/09; *Taschke*, in: Dieners, Handbuch Compliance, 2. Kap. B. 2. Rn. 8; *Beukelmann*, NJW-Spezial 2010, 312; *Schuhr*, NSTZ 2012, 11, 14. Eine Amtsträgereigenschaft des niedergelassenen Vertragsarztes hingegen ablehnend *Reese*, PharmR 2006, 92, 94; *Brand/Hotz*, PharmR 2012, 317, 319; *Schroth*, FS I. Roxin, 2012, S. 327, 334 ff.; *Reese/Stallberg*, PharmR 2008,

stand des Diskurses war die Frage der Strafbarkeit der Beeinflussung des Verhaltens eines niedergelassenen Vertragsarztes durch die Gewährung materieller Zuwendungen.²

Erst mehr als zehn Jahre später sollte die Diskussion ihr Ende finden. Mit einem „Paukenschlag“ entschied der Große Senat für Strafsachen des Bundesgerichtshofs am 29. März 2012,³ dass ein niedergelassener, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassener Arzt bei der Wahrnehmung der ihm in diesem Rahmen übertragenen Aufgaben (§ 73 Abs. 2 SGB V, hier: Verordnung von Arzneimitteln) weder als Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB noch als Beauftragter der gesetzlichen Krankenkassen im Sinne des § 299 StGB handele. Der Vertragsarzt mache sich daher nicht strafbar, wenn er für die Verordnung eines bestimmten Arzneimittels einen geldwerten Vorteil annimmt.

Die Entscheidung war jedoch nicht nur für den niedergelassenen Vertragsarzt von herausragender Bedeutung: Werden von § 299 Abs. 1 StGB allein „Angestellte oder Beauftragte eines Unternehmens“ erfasst, sind nicht nur niedergelassene Vertragsärzte vom Tatbestand ausgenommen, sondern darüber hinaus sämtliche selbständig auf dem Gesundheitsmarkt Tätige wie beispielsweise Zahnärzte, Tierärzte, Apotheker, Physiotherapeuten, Krankenpfleger oder auch Hebammen.⁴ Dies voraussehend, appellierte der Große Senat in seiner Entscheidung im Rahmen eines obiter dictum an den Gesetzgeber, die über den konkret entschiedenen Fall hinaus bestehenden Strafbarkeitslücken zu schließen.⁵ Im Rahmen seines Mahnrufes formuliert das Gericht, dass es nicht die grundsätzliche Berechtigung des Anliegens, Missstände, die – allem Anschein nach – gravierende finanzielle Belastungen des Gesundheitswesens zur Folge haben, mit Mitteln des Strafrechts effektiv entgegenzutreten, verkenne.⁶ Der Große Senat nimmt damit nicht nur den niedergelassenen Vertragsarzt ins Visier, sondern allgemein alle selbständig handelnden Akteure des Gesundheitswesens.

Der Appell des Gerichts verhalte nicht ungehört: Der Freistaat Bayern legte im Januar 2015 einen Gesetzentwurf vor. Dieser verfolgte zugleich den im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 18. Legislaturperiode festgelegten Eckpunkt, einen neuen Tatbestand der Bestechlichkeit und Bestechung im

221, 224; *Schmidt*, in: Ratzel/Luxenburger, *Medizinrecht*, § 14 Rn.144; *Rübenstahl*, HRRS 2011, 324, 325 ff.; *Klötzer*, NStZ 2008, 12, 16; in diese Richtung wohl auch *Sturm*, ZWH 2011, 41 ff.; *Krüger*, ZIS 2011, 692, 704.

² *Badle*, medstra 2015, 2.

³ BGHSt 57, 202 ff.; kritisch hierzu *Köbel*, StV 2012, 592 ff.; *Krüger*, StraFo 2012, 308, 309.

⁴ Vgl. BR-Drs. 16/15, S. 2.

⁵ Siehe dazu auch *Fischer*, medstra 2015, 1.

⁶ BGHSt 57, 202 – juris Rn. 46.

Gesundheitswesen im Strafgesetzbuch zu schaffen.⁷ Das erklärte Ziel dieses Gesetzentwurfs⁸ und des späteren Gesetzentwurfs der Bundesregierung⁹ bestand darin, umfassend alle korruptiven Praktiken, der auf dem Gesundheitsmarkt selbstständig Tätigen, zu pönalisieren. Nach einem bewegten Gesetzgebungsverfahren¹⁰ trat schließlich am 4. Juni 2016 das Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen in Kraft.¹¹

Nach § 299a StGB macht sich nunmehr strafbar, wer als Angehöriger eines Heilberufs, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert, im Zusammenhang mit der Ausübung seines Berufs einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei der Verordnung von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten, bei dem Bezug von Arznei- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten, die jeweils zur unmittelbaren Anwendung durch den Heilberufsangehörigen oder einen seiner Berufshelfer bestimmt sind oder bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzugt.

II. Untersuchungsgegenstand

1. Hinführung

Eine zentrale Rolle nimmt bei der vorliegenden Arbeit die Untersuchung der Frage ein, ob sich der Apotheker nach § 299a StGB strafbar machen kann. Diese Untersuchung soll konkret am Beispiel des Pharmamarketings erfolgen.

Der Apotheker nimmt im Gesundheitswesen eine zentrale Rolle ein. Dies lässt sich anhand der jüngst veröffentlichten Statistik der Bundesvereinigung Deutscher Apothekerverbände (ABDA) eindrucksvoll belegen: Deutschlandweit versorgten im Jahr 2018 19.423 öffentliche Apotheken ihre Kunden mit Arzneimitteln. Täglich betreuen Apotheken in Deutschland 3,5 Mio. Patienten und kommen so auf rund 1 Mrd. Patientenkontakte pro Jahr. Die öffentlichen Apotheken erzielten im Jahr 2018 einen Umsatz in Höhe von 50,76 Mrd. Euro. Dabei entfielen 45,87 Mrd. Euro allein auf Arzneimittel.¹² Diese Zahlen sind der praktische Beweis für die Rolle, die der Gesetzgeber dem Apotheker in § 1 ApoG zuge-

⁷ „Deutschlands Zukunft gestalten“, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 14.12.2013, S. 55.

⁸ Vgl. BR-Drs. 16/15, S. 2 f.

⁹ BT-Drs. 18/6446, S. 1.

¹⁰ *Dann/Scholz*, NJW 2016, 2077; vgl. auch *Brettel/Mand*, A&R 2016, 99; näher zum Gesetzgebungsverfahren siehe § 3 II. 1.

¹¹ BGBI. 2016 I, S. 1254 ff.

¹² Zum Ganzen https://www.abda.de/fileadmin/assets/ZDF/ZDF_2019/ABDA_ZDF_2019_Brosch.pdf, zuletzt abgerufen am 25.05.2020.