

Ist der Vertragsarzt tauglicher Täter der Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr gem. § 299 Abs. 1 StGB?

Von Rechtsanwalt Dr. **Oliver Sahan**, München*

I. Einleitung

Bis vor kurzem wurde eine Strafbarkeit niedergelassener Vertragsärzte¹ wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr gemäß § 299 Abs. 1 StGB nicht in Erwägung gezogen. Wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr wird nur bestraft, wer als Angestellter oder Beauftragter eines geschäftlichen Betriebes im geschäftlichen Verkehr einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er einen anderen bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen im Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge. Wie selbstverständlich gingen sowohl die Rechtsprechung als auch die strafrechtliche Literatur davon aus, dass ein Vertragsarzt kein tauglicher Täter dieses aus § 12 UWG a.F. hervorgegangenen und als Sonderdelikt² ausgestalteten Tatbestands sei.³ Erst in Veröffentlichungen jüngerer Zeit wurde die Frage, ob Vertragsärzte im Verhältnis zu den gesetzlichen Krankenkassen Angestellte oder Beauftragte eines geschäftlichen Betriebs im Sinne des § 299 Abs. 1 StGB sind, kontrovers diskutiert.⁴ Im Fokus dieser Diskussion stand die Überlegung, ob Vertragsärzte sich einem Strafrisiko wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr aussetzen, wenn sie von Pharmareferenten Vorteile annehmen, die diese ihnen im Hinblick auf eine häufigere Verschreibung ihrer Produkte gewähren. Unabhängig davon, ob eine solche oder vergleichbare Vorteilsannahme durch Ärzte eine Ausnahmeerscheinung oder ein als ubiquitär zu bezeichnendes Phänomen darstellt,⁵ birgt schon die strafrechtswissenschaftliche Erörterung einer möglichen Strafbarkeit von Vertragsärzten als solche die Gefahr der Inkulpatation großer Teile eines bisher renommierten Berufsstandes in sich.⁶ Darüber hinaus führt die Kontroverse zwangsläufig zu einer großen Verunsicherung vieler niedergelassener Vertragsärzte. Die fehlende Einschätzbarkeit eines erheblichen Strafrisikos sowie der existenzbedrohenden

Auswirkungen⁷ der ein Strafverfahren gegen Ärzte regelmäßig begleitenden oder ihm nachfolgenden sozial- und verwaltungsrechtlichen Verfahren des kassenärztlichen Honorarregresses, der Entziehung der Kassenzulassung und des Widerrufs der Approbation beeinflussen die Angehörigen dieser Berufsgruppe naturgemäß nicht nur in ihrer Eigenschaft als Privatperson und Ehrträger, sondern auch in ihrer Eigenschaft als Unternehmer. Als solche müssen sie wissen, ob und in welcher Form sie sich im Zusammenhang mit der Planung, Organisation und Durchführung ihrer Praxistätigkeit dem Risiko einer Strafbarkeit aussetzen. Aus diesem Grund soll im vorliegenden Beitrag unter Berücksichtigung des Verhältnisses der an der vertragsärztlichen Versorgung Beteiligten zueinander sowie der entsprechenden gesetzlichen Grundlagen des Systems der gesetzlichen Krankenkassen gezeigt werden, dass niedergelassene Vertragsärzte nicht als Täter einer Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr gemäß § 299 Abs. 1 StGB in Betracht kommen.

II. Niedergelassener Vertragsarzt kein Angestellter eines geschäftlichen Betriebes

Wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr gemäß § 299 Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer als Angestellter oder Beauftragter eines geschäftlichen Betriebes im geschäftlichen Verkehr einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er einen anderen bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen bevorzuge. Die Beantwortung der Frage, ob ein niedergelassener Vertragsarzt sich im Zusammenhang mit der Verordnung von Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr strafbar machen kann, hängt damit nicht nur, aber ganz entscheidend davon ab, ob er tauglicher Täter dieses Deliktes ist.

Es entspricht allgemeiner Ansicht, dass ein niedergelassener Kassenarzt nicht als Angestellter eines geschäftlichen Betriebs bezeichnet werden kann.⁸ Das liegt daran, dass nach herrschender Meinung Angestellter derjenige ist, der in einem Dienst-, Werk- oder Auftragsverhältnis zum Geschäftsinhaber steht und dessen Weisungen unterworfen ist.⁹ Dabei soll es auf die arbeitsrechtliche Einordnung des Vertrages ebenso wenig ankommen wie auf dessen zivilrechtliche Wirksamkeit, sofern der Angestellte nur faktisch als solcher tätig wird.¹⁰ Da das Rechtsgut des § 299 StGB zumindest in

* Der Verf. ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Roxin-Rechtsanwälte in München.

¹ Vertragsärzte sind gem. § 4 Abs. 1 S. 1 Bundesmantelvertrag-Ärzte die zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassenen Ärzte.

² Dannecker in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, 2. Aufl. 2005, § 299 Rn. 15; Heine, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 299 Rn. 5; Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 53. Aufl. 2006, § 299 Rn. 3.

³ Wabnitz/Janovsky, Wirtschaftskriminalität, 4. Aufl. 1997, Kap. 3. III.; Bannenberg/Schaupensteiner, Korruption in Deutschland. Portrait einer Wachstumsbranche, 2004, S. 28; Joecks, Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 6. Aufl. 2005, § 299 Rn. 5.

⁴ Verneinend Taschke, StV 2004, 422 ff.; Geis, wistra 2005, 369 ff.; bejahend Pragal, NSTZ 2005, 133 ff.

⁵ In letzterem Sinne Pragal, NSTZ 2005, 133 (134).

⁶ So Geis, wistra 2005, 369 (369).

⁷ Vgl. hierzu Weber/Droste, NJW 1990, 2281 (2282 ff.).

⁸ Bannenberg/Schaupensteiner (Fn. 3), S. 28; Joecks (Fn. 3), § 299 Rn. 5; Geis, wistra 2005, 369 (369).

⁹ Dannecker (Fn. 2), § 299 Rn. 19; Heine (Fn. 2), § 299 Rn. 7; Tröndle/Fischer (Fn. 2), § 299 Rn. 9; zum Erfordernis eines vertraglichen Beschäftigungsverhältnisses vgl. BGHSt 2, 396 (401).

¹⁰ Dannecker (Fn. 2), § 299 Rn. 19 m.w.N.

erster Linie im Schutz des freien Wettbewerbs besteht,¹¹ erfasst der Tatbestand dabei nur solche Angestellte, die eine gewisse Entscheidungskompetenz haben oder zumindest Entscheidungen beeinflussen können.¹²

Im Hinblick auf seine eigene Praxis kann der niedergelassene Vertragsarzt als Inhaber dieses geschäftlichen Betriebs von vornherein mangels eines Dienst-, Werk- oder Auftragsverhältnisses zum Geschäftsinhaber kein Angestellter sein.¹³ Vertragsärzte sind aber auch keine Angestellten der Krankenkassen oder der Kassenärztlichen Vereinigungen. Zwar fallen sowohl die ärztliche Behandlung als auch die Verordnung von Arznei-, Verband-, Heil- und Hilfsmitteln gemäß § 2 Abs. 1 Bundesmantelvertrag-Ärzte unter den Begriff der vertragsärztlichen Versorgung. Die zwischen den Kassenärztlichen Vereinigungen einerseits und den Verbänden der Krankenkassen andererseits geschlossenen Mantelverträge sehen jedoch ein Weisungsrecht der Krankenkassen gegenüber dem einzelnen Vertragsarzt ebenso wenig vor wie die Zulassung des Arztes nach den §§ 95 ff. SGB V in Verbindung mit § 19 der Zulassungsverordnung für Vertragsärzte ein Weisungsrecht der Kassenärztlichen Vereinigungen gegenüber dem einzelnen Arzt begründet. Zutreffend bezeichnet der BFH Ärzte daher als Freiberufler und führt aus, dass Ärzte trotz ihrer vertragsärztlichen Zulassung keine arbeitnehmerähnliche Stellung innehaben.¹⁴ Folglich besteht zu Recht Konsens darüber,¹⁵ dass Vertragsärzte nicht Angestellte eines geschäftlichen Betriebes im Sinne des § 299 Abs. 1 StGB sind.

III. Niedergelassener Vertragsarzt kein Beauftragter eines geschäftlichen Betriebes

Ebenso einig war man sich bislang darüber, dass Vertragsärzte auch keine Beauftragten eines geschäftlichen Betriebes sind. Dieser Annahme widerspricht nunmehr ein Teil der Literatur, der der Auffassung ist, niedergelassene Vertragsärzte seien Beauftragte der Krankenkassen und damit entgegen bisher einheitlicher Ansicht taugliche Täter der Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr.¹⁶ Ob dieser neuen Rechtsansicht zuzustimmen ist, niedergelassene Vertragsärzte sich also in dem hier untersuchten Tätigkeitsbereich dem Strafrisiko der Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr ausgesetzt sehen, kann nur durch eine genaue Untersuchung

der Tatbestandsvoraussetzung des Beauftragten eines geschäftlichen Betriebes entschieden werden. Dabei soll der Umfang der Betrachtung nicht auf das Verhältnis der Vertragsärzte zu den Krankenkassen beschränkt bleiben, sondern auch auf deren Verhältnis zu den Kassenärztlichen Vereinigungen erstreckt werden.

1. Geschäftliche Betriebe im Tätigkeitsbereich der Vertragsärzte

Um die Frage beantworten zu können, ob Vertragsärzte Beauftragte eines geschäftlichen Betriebes sind, ist zunächst zu klären, mit welchen geschäftlichen Betrieben der Tätigkeitsbereich der Vertragsärzte innerhalb des Krankenkassensystems Berührungspunkte aufweist. Geschäftlicher Betrieb ist jede Einrichtung, die ihre wesensgemäßen Aufgaben dadurch erfüllt, dass sie dauerhaft und regelmäßig durch Austausch von Leistung und Gegenleistung am Wirtschaftsleben teilnimmt.¹⁷ Der Begriff des Geschäftsbetriebs erfordert anders als derjenige des Gewerbebetriebs keine Gewinnerzielungsabsicht.¹⁸ Daher können auch gemeinnützige, kulturelle und soziale Einrichtungen sowie öffentliche Unternehmungen ein geschäftlicher Betrieb sein, wenn und soweit sie wirtschaftliche Tätigkeiten entfalten.¹⁹ Wesentlich für das Vorliegen eines geschäftlichen Betriebes ist, dass der Betrieb seine ihm wesensgemäßen Aufgaben im Wirtschaftsleben vollzieht. Das Kennzeichen des Geschäftlichen ist also der Gegensatz zum privaten Bereich. Dies ergibt sich schon aus der Schutzrichtung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, aus dessen § 12 der Tatbestand des heutigen § 299 StGB hervorgegangen ist. Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb dient der Ordnung des freien Wettbewerbs, auf dem die geltende Wirtschaftsordnung beruht. Da das Gesetz nur einen unlauteren Wettbewerb um diejenigen Kunden bestraft, die einen geschäftlichen Betrieb unterhalten, ist deutlich, was es von der Strafandrohung ausnehmen will: Es ist der unlautere Wettbewerb um den privaten Kunden.²⁰ Geschäftlich ist also, was nicht privat und durch den Austausch von Leistungen geprägt ist.²¹

Die Praxis des jeweiligen Vertragsarztes selbst ist ohne Zweifel eine auf Dauer angelegte Unternehmung, die ihre wesensgemäßen Aufgaben außerhalb des privaten Bereichs dadurch wahrnimmt, dass sie durch Austausch von Leistungen am Wirtschaftsleben teilnimmt. Demnach stellen Arztpraxen geschäftliche Betriebe dar.

Die Krankenkassen sind Körperschaften des öffentlichen Rechts, die ihre wesensgemäßen Aufgaben ebenfalls auf

¹¹ Ausführlich BGHSt 31, 207 (209 ff.); *Bürger*, wistra 2003, S. 130 (133); Tröndle/*Fischer* (Fn. 2), § 299 Rn. 2 m.w.N.

¹² RGSt 72, 132 f.; BayObLG wistra 1996, 28, 30; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 25. Aufl. 2004, § 299 Rn. 2; *Rudolphi*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6. Aufl., 50. Lieferung, Stand: April 2000, § 299 Rn. 4; Tröndle/*Fischer* (Fn. 2), § 299 Rn. 10.

¹³ *Taschke*, StV 2004, S. 422 (426).

¹⁴ BFH DB 2007, 143 (143 f.).

¹⁵ *Geis*, wistra 2005, 369 (369); insoweit übereinstimmend auch *Pragal*, NStZ 2005, 133 (134).

¹⁶ *Pragal*, NStZ 2005, 133 (134); ihm folgend Tröndle/*Fischer* (Fn. 2), § 299 Rn. 10b; dagegen *Geis*, wistra 2005, 369 (369 f.); offen gelassen bei *Heine* (Fn. 2), § 299 Rn. 8.

¹⁷ BGHSt 2, 396 (403); BGHSt 10, 358 (365 ff.); BGH NJW 1991, 267 (270); *Dannecker* (Fn. 2), § 299 Rn. 24; *Tiedemann*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, Großkommentar, 11. Aufl. 2005, § 299 Rn. 18.

¹⁸ RGSt 50, 188; 68, 70; 68, 263; BGHSt 2, 396 (402); *Dannecker* (Fn. 2), § 299 Rn. 24; *Tiedemann* (Fn. 17), § 299 Rn. 18 m.w.N.

¹⁹ BGHSt 43, 96 (105).

²⁰ RGSt 47, 183.

²¹ BGHSt 2, 396 (402).

Dauer und außerhalb des Privaten erfüllen. Auch nehmen die Krankenkassen durch Austausch von Leistungen am Wirtschaftsleben teil. So schließen Krankenkassen Verträge über physikalisch-therapeutische Behandlungen,²² (bürgerlich-rechtliche)²³ Kaufverträge mit Lieferanten von Heilmitteln²⁴ und weitere Verträge, die durch den Austausch von Leistungen geprägt sind. Folglich stellen auch Krankenkassen geschäftliche Betriebe dar.²⁵

Die Kassenärztlichen Vereinigungen – ebenfalls Körperschaften des öffentlichen Rechts²⁶ – sind zwar auch auf Dauer angelegte Unternehmungen. Sie nehmen jedoch ihre wesensgemäßen Aufgaben nicht durch den Austausch von Leistungen unter Teilnahme am Wirtschaftsleben wahr. Ihre wesensgemäße Aufgabe besteht vielmehr in der Sicherstellung einer flächendeckenden ambulanten vertragsärztlichen Versorgung.²⁷ Diese Aufgabe nehmen die Kassenärztlichen Vereinigungen insbesondere dadurch wahr, dass sie mit den Verbänden der Krankenkassen sogenannte Mantelverträge aushandeln und abschließen. In diesen Mantelverträgen wird unter anderem auch die von den Krankenkassen an die Kassenärztlichen Vereinigungen zu zahlende Gesamtvergütung festgelegt.²⁸ Die Kassenärztlichen Vereinigungen haben gemäß § 85 Abs. 4 SGB V auch die Aufgabe, die vereinbarte Gesamtvergütungen an die Vertragsärzte zu verteilen. Zudem bilden Vertreter der Kassenärztlichen Vereinigungen gemeinsam mit Vertretern der Verbände der Krankenkassen den gemäß § 19 ÄrzteZV für die Zulassungsverfahren zuständigen gemeinsamen Zulassungsausschuss (§ 95 SGB V; § 34 Abs. 1 ÄrzteZV). Die wesensgemäßen Aufgaben der Kassenärztlichen Vereinigungen können also als solche der Selbstverwaltung beschrieben werden,²⁹ die nicht durch eine Teilnahme am Wirtschaftsleben in Form eines Austauschs von Leistungen geprägt sind. Aus diesem Grund stellen zwar die einzelnen Arztpraxen sowie die Krankenkassen, nicht hingegen die Kassenärztlichen Vereinigungen geschäftliche Betriebe im Sinne des § 299 StGB dar.

2. Niedergelassener Vertragsarzt als Beauftragter der Krankenkassen

Auch wenn der niedergelassene Vertragsarzt als Geschäftsinhaber seiner eigenen Praxis nicht Beauftragter dieses geschäftlichen Betriebes ist, kann er gleichwohl Beauftragter anderer geschäftlicher Betriebe sein.³⁰ Als andere geschäftliche Betriebe kommen nach dem eben Gesagten im Tätig-

keitsbereich niedergelassener Vertragsärzte (nur) die Krankenkassen in Betracht. Tatsächlich gehen vereinzelte Stimmen in der Literatur davon aus, dass niedergelassene Vertragsärzte Beauftragte der Krankenkassen seien.³¹ Dieser Auffassung liegt ein weites Verständnis des Beauftragtenbegriffs zugrunde, das durch die Rechtsprechung geprägt wurde³² und in der Lehre überwiegend Zustimmung erfuhr.³³ Beauftragter ist nach diesem weiten Verständnis,³⁴ wer vermöge seiner Stellung im Betrieb berechtigt und verpflichtet ist, für diesen geschäftlich zu handeln, und Einfluss auf die im Rahmen des Betriebes zu treffenden Entscheidungen besitzt.³⁵

Nachfolgend soll zunächst gezeigt werden, dass entgegen der bisher überwiegenden Ansicht für das Vorliegen eines Beauftragtenverhältnisses eine rechtsgeschäftliche Beziehung zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten notwendig ist und eine solche zwischen den einzelnen Vertragsärzten und den jeweiligen Krankenkassen ihrer Patienten nicht besteht. Anschließend soll dargelegt werden, dass niedergelassene Vertragsärzte im Verhältnis zu den Krankenkassen auch nicht die von den Anhängern eines weiten Begriffs an einen Beauftragten gestellten Anforderungen erfüllen. Zu diesem Zweck soll insbesondere gezeigt werden, dass Vertragsärzte nicht „für“ die Krankenkassen geschäftlich handeln, wenn sie ihre Patienten ärztlich behandeln oder ihnen Arznei-, Verband-, Heil- oder Hilfsmitteln verordnen, so dass sie auch aus diesem Grund nicht als Beauftragte der Krankenkassen bezeichnet werden können.

a) Keine rechtsgeschäftliche Beziehung zwischen Vertragsarzt und Krankenkassen

Der Begriff des Beauftragten setzt – entgegen der anders lautenden Ansicht des BGH³⁶ – notwendigerweise das Bestehen einer rechtsgeschäftlichen Beziehung zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten voraus. Im Zivilrecht ist in Befolgung der gesetzlichen Regelung der §§ 662, 665 BGB anerkannt, dass eine Beauftragung nur dann vorliegt, wenn der Beauftragte sich vertraglich gegenüber dem Auftraggeber verpflichtet, für diesen unentgeltlich ein Geschäft zu besorgen.³⁷ Wollte man einen so eng verstandenen Beauftragtenbegriff uneingeschränkt auf den § 299 StGB übertragen, würde dessen Schutzbereich freilich unangemessen

²² BGH NJW 1977, 2121.

²³ Brackmann, NJW 1982, 84 (85).

²⁴ BGHZ 36, 91 = NJW 1962, 196.

²⁵ So schon für eine Postbeamtenkrankenkasse RGSt 68, 70 und für eine Allgemeine Ortskrankenkasse RG JW 1935, 1861.

²⁶ BGH NSTZ 1994, 236 (237); Brackmann, NJW 1982, 84 (84).

²⁷ Beske/Drabinski/Wolf, Sicherstellungsauftrag in der vertragsärztlichen Versorgung, 2002, S. 70.

²⁸ Beske/Drabinski/Wolf (Fn. 27), S. 61; vgl. § 85 SGB V.

²⁹ Maaß, NJW 2001, 3369 (3376).

³⁰ Taschke, StV 2004, S. 422 (426).

³¹ Pragal, NSTZ 2005, 133 (134); ihm folgend Tröndle/Fischer (Fn. 2), § 299 Rn. 10b.

³² BGHSt 2, 396 (401); vgl. auch BGHSt 43, 96 (105).

³³ Heine (Fn. 2), § 299 Rn. 8; Tröndle/Fischer (Fn. 2), § 299 Rn. 10; Dannecker (Fn. 2), § 299 Rn. 22; Schramm, JuS 1999, 339.

³⁴ Als solches bezeichnet von Wittig, wistra 1998, 7 (9).

³⁵ BGHSt 2, 396 (401) mit Verweis auf ständige Rechtsprechung schon des RG; Heine (Fn. 2), § 299 Rn. 8; Wittig, wistra 1998, 9.

³⁶ BGHSt 2, 396 (401), der eine vertragliche Beziehung für entbehrlich erachtet.

³⁷ Sprau in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 65. Aufl. 2006, § 662 Rn. 1 ff., § 665 Rn. 2; vgl. auch Dannecker (Fn. 2), § 299 Rn. 22.

eingeschränkt, weil unentgeltliche Geschäftsbesorgungen im geschäftlichen Verkehr so gut wie nie anzutreffen sind. Insofern zu Recht ist daher seit langem anerkannt, dass der Begriff des Beauftragten nicht nach rein bürgerlich-rechtlichen Gesichtspunkten zu bestimmen ist.³⁸ Auch nach allgemeinem Sprachgebrauch wird der Begriff der Beauftragung weiter verstanden, beispielsweise auch als Angebot auf den Abschluss eines anderen Vertrages oder als Bestellung im Rahmen eines Kauf- oder Werklieferungsvertrages. Mit dem allgemeinen Sprachgebrauch vereinbar erscheint auch ein Verständnis der Beauftragung als einzelne Weisung in einem bereits bestehenden Vertragsverhältnis.³⁹ Auch nach dem über die gesetzliche Regelung des § 662 BGB hinausgehenden allgemeinen Sprachempfinden setzt aber die Beauftragung voraus, dass eine individualisierte rechtsgeschäftliche Beziehung zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten besteht. Wenn also teilweise der Begriff des Beauftragten auf jeden erstreckt wird, der auf Grund seiner tatsächlichen Stellung berechtigt und verpflichtet ist, für den Betrieb dauernd oder gelegentlich und unter Umständen auch selbstständig geschäftlich tätig zu werden, ohne Geschäftsinhaber oder Angestellter zu sein,⁴⁰ so kann hierin nicht der Verzicht auf eine solche rechtsgeschäftliche Beziehung gesehen werden, ohne gegen das Analogieverbot zu verstoßen. Eine Auslegung des Begriffs des Beauftragten unter Verzicht auf die Merkmale einer rechtsgeschäftlichen Beziehung überschreite die Grenze des allgemeinen Wortverständnisses. Das Erfordernis einer rechtsgeschäftlichen Befugnis oder Verpflichtung ergibt sich auch bei strafrechtssystematischer Auslegung des § 299 StGB: Während § 266 Abs. 1 StGB das Tatbestandsmerkmal der gesetzlichen Befugniseinräumung neben dem Merkmal der rechtsgeschäftlichen Befugniseinräumung selbstständig nennt, fehlt die erstgenannte Tatbestandsvariante in § 299 StGB.⁴¹ Die Beauftragung setzt notwendig voraus, dass zwischen dem Beauftragten und dem Beauftragenden eine – nicht notwendig gegenseitige – rechtsgeschäftliche Beziehung besteht, aus der heraus der Beauftragte zur Ausführung eines Geschäfts berechtigt oder verpflichtet wird.

Zwischen den einzelnen Vertragsärzten und den Krankenkassen ihrer Patienten besteht nun aber in Ermangelung einer entsprechenden individuellen Einigung weder im Hinblick auf die Erbringung einzelner ärztlicher Behandlungen noch hinsichtlich der Verordnung von Arznei-, Verband-, Heil- und Hilfsmitteln eine unmittelbare rechtsgeschäftliche Beziehung.⁴² Die notwendige rechtsgeschäftliche Beziehung könnte also allenfalls durch die Zulassung eines Arztes als Vertragsarzt begründet werden.⁴³ Die Zulassung als Vertragsarzt erfolgt auf Antrag des Arztes gemäß den §§ 95 ff. SGB V in Verbindung mit § 19 ÄrzteZV. Die Bezeichnung

des zugelassenen Arztes als „Vertragsarzt“ in § 4 Abs. 1 S. 1 Bundesmantelvertrag-Ärzte lässt zunächst das Bestehen einer vertraglichen Beziehung zwischen dem Arzt und den Krankenkassen vermuten. Diese Bezeichnung ist jedoch historisch bedingt und erinnert an die Anfänge der gesetzlichen Krankenversicherung. In Fortentwicklung des schon im Spätmittelalter aufgekommenen Gedankens der Krankenversicherung setzte sich im Verlauf des 18. Jahrhunderts auch in Deutschland mehr und mehr das Prinzip durch, im Voraus regelmäßige Beiträge an eine Kranken- oder Gesundheitskasse zu entrichten, um damit einen Anspruch auf ärztlichen Rat und Krankenpflege als Gegenleistung zu begründen. Der Begriff des Vertragsarztes ist darauf zurückzuführen, dass die frühen Krankenkassen ihren Mitgliedern die erforderlichen ärztlichen Leistungen dadurch bereitstellten, dass sie durch den Abschluss individueller Verträge eine zunächst noch sehr geringe Anzahl an Ärzten fest anstellte.⁴⁴ Ursprünglich standen Vertragsärzte demnach in einem unmittelbaren kassenärztlichen Dienstverhältnis.⁴⁵ Aufgrund der sich rasch herausbildenden Übermacht der Krankenkassen gegenüber den einzelnen Ärzten bei den Vertragsverhandlungen schlossen diese sich jedoch schon im Jahr 1900 zum sogenannten Hartmannbund zusammen, um ihre Position zu verbessern. 1931 schließlich wurden die sogenannten Kassenärztlichen Vereinigungen als Zusammenschlüsse der Gesamtheit der Kassenärzte eines Gebiets in Form von Körperschaften des Öffentlichen Rechts gegründet.⁴⁶ Dadurch wurde endgültig Abschied genommen von der Idee, Ärzte bei den Krankenkassen in ein Angestelltenverhältnis einzubinden.⁴⁷

Trotz des beibehaltenen Begriffs des „Vertragsarztes“ besteht auch nach der aktuellen Rechtslage keine rechtsgeschäftliche Beziehung zwischen den einzelnen Ärzten und den Krankenkassen.⁴⁸ Öffentlich-rechtliche Beziehungen⁴⁹ liegen ausschließlich im Verhältnis der Krankenkassen zu den Kassenärztlichen Vereinigungen und im Verhältnis der Kassenärztlichen Vereinigungen zu den einzelnen Vertragsärzten vor.⁵⁰ Die zwischen den Krankenkassen und den Kassenärztlichen Vereinigungen geschlossenen Mantelverträge⁵¹ entfalten ihre rechtsgeschäftliche Bindungswirkung lediglich inter partes, also nicht gegenüber dem einzelnen Arzt. Die Vertragsarztzulassung nach § 4 Abs. 1 S. 1 Bundesmantelvertrag-Ärzte wiederum verpflichtet zwar den einzelnen Arzt zur Teilnahme an der Vertragsärztlichen Versorgung nach Maß-

³⁸ RGSt 68, 70 (71 f.); 68, 119 (120); 68, 263 (270).

³⁹ Vgl. zum allgemeinen Sprachgebrauch *Sprau* (Fn. 37), § 662 Rn. 2.

⁴⁰ *Dannecker* (Fn. 2), § 299 Rn. 22; *Tiedemann* (Fn. 17), § 299 Rn. 17.

⁴¹ *Geis*, wistra 2005, 369 (370).

⁴² So auch *Geis*, wistra 2005, 369 (370).

⁴³ In diesem Sinne *Pragal*, NSTZ 2005, 133 (135 f.).

⁴⁴ *Beske/Drabinski/Wolf* (Fn. 27), S. 19.

⁴⁵ *Beske/Drabinski/Wolf* (Fn. 27), S. 27.

⁴⁶ 5. Teil der vierten Notverordnung zur Sicherung der Wirtschaft und Finanzen und zum Schutze des inneren Friedens, Dezember 1931.

⁴⁷ *Beske/Drabinski/Wolf* (Fn. 27), S. 27.

⁴⁸ So auch *Geis*, wistra 369 (370).

⁴⁹ *Sprau* (Fn. 37), Einf. v. § 611 Rn. 18; *Maaß*, NJW 2001, 3369 (3373).

⁵⁰ *Schnapp/Düring*, NJW 1989, 2913 (2917).

⁵¹ Bundesmantelvertrag-Ärzte und Bundesmantelvertrag-Ärzte-Ersatzkassen sowie entsprechende Landesmantelverträge.

gabe der gesetzlichen und untergesetzlichen Vorschriften.⁵² Auch die Zulassung zum Vertragsarzt begründet indes kein rechtsgeschäftliches Verhältnis zwischen den Krankenkassen und den einzelnen Ärzten. Denn zum einen ist in der Zulassung durch die Kassenärztlichen Vereinigungen ein Verwaltungsakt und keine ein rechtsgeschäftliches Verhältnis begründende Erklärung zu sehen.⁵³ Zum anderen obliegt der sogenannte „Sicherstellungsauftrag“, d.h. die Gewährleistung der vertragsärztlichen Versorgung, allein den Kassenärztlichen Vereinigungen – nicht den Krankenkassen.⁵⁴ Somit kann von einer rechtsgeschäftlichen Beziehung zwischen den Krankenkassen und den einzelnen Ärzten keine Rede sein.⁵⁵ Vielmehr ist der Abschluss von Einzelverträgen zwischen den Krankenkassen und den Ärzten oder Arztgruppen ohne Einschaltung der Kassenärztlichen Vereinigungen nach geltender Rechtslage ausgeschlossen.⁵⁶

Da die bei zutreffender Auslegung für die Annahme einer Beauftragtenqualität erforderliche rechtsgeschäftliche Beziehung zwischen den einzelnen Vertragsärzten einerseits und den Krankenkassen andererseits nicht gegeben ist, sind erstere schon aus diesem Grund keine tauglichen Täter des § 299 Abs. 1 StGB.

b) Kein geschäftliches Handeln des Vertragsarztes für die Krankenkassen

Hinzu kommt, dass selbst bei Zugrundelegung eines weiten Beauftragtenbegriffes erforderlich ist, dass der Beauftragte „vermöge seiner Stellung im Betrieb berechtigt und verpflichtet ist, für diesen geschäftlich zu handeln“.⁵⁷ Wenn eine Person für einen anderen im Sinne des § 299 Abs. 1 StGB handelt, ist noch völlig ungeklärt. Im zivilrechtlichen Bereich der Geschäftsführung ohne Auftrag wird schon lange diskutiert und ist noch immer umstritten, nach welchen Kriterien festzustellen ist, ob jemand ein Geschäft für sich selbst oder für einen anderen besorgt.⁵⁸ Teilweise wird für eine Fremdgeschäftsführung verlangt, dass ein objektiv fremdes Geschäft vorliegt, es also der Sorge eines anderen obliegt.⁵⁹ Teilweise wird jedoch auch ein Fremdgeschäftsführungswille als zur Begründung der Fremdheit eines Geschäfts für ausrei-

chend erachtet.⁶⁰ Auch für den Bereich des Strafrechts kommen zunächst sowohl eine objektive wie auch eine subjektive Begriffsbestimmung in Betracht. Allerdings erscheint es hier vorzugswürdig, die Fremdheit des Geschäfts nach objektiven Kriterien zu bestimmen, schon um zu verhindern, dass der straflose Versuch des § 299 StGB in eine (strafbare) Vollen- dung umgedeutet wird.⁶¹ Für die vorliegende Prüfung der Beauftragteneigenschaft von Vertragsärzten kann diese Frage jedoch dahinstehen. Denn Vertragsärzte besorgen weder objektiv noch subjektiv ein Geschäft der Krankenkassen, wenn sie ärztliche Behandlungsmaßnahmen vornehmen oder Arznei-, Verband-, Heil- oder Hilfsmittel verordnen.

Ein objektiv fremdes Geschäft fällt schon seiner Natur, seinem Inhalt, seinem äußeren Erscheinungsbild nach in einen anderen Rechts- und Interessenkreis als in denjenigen des Handelnden. Vertragsärzte, die einen (Kassen-) Patienten ärztlich behandeln oder ihm ein Arznei-, Verband-, Heil- oder Hilfsmittel verordnen, handeln in Erfüllung einer entsprechenden eigenen Verpflichtung gegenüber dem jeweiligen Patienten aufgrund eines mit diesem eingegangenen Vertrages,⁶² der in aller Regel als Dienstvertrag einzuordnen ist.⁶³ Die Erfüllung eigener Verbindlichkeiten fällt aber gerade nicht in den Rechts- und Interessenkreis eines anderen, insbesondere auch nicht in den einer Krankenkasse. Dasselbe gilt im Hinblick auf die durch die Zulassung des Arztes eingegangene Verpflichtung, an der kassenärztlichen Versorgung teilzunehmen. Allenfalls könnte es sich insoweit um ein sogenanntes „auch-fremdes-Geschäft“ handeln, das vorliegen soll, wenn der Geschäftsführer ein Geschäft besorgt, das zugleich in seinen eigenen und in den Interessenkreis eines anderen fällt.⁶⁴ Auch dann aber handelte es sich bei den ärztlichen Tätigkeiten nicht um Geschäfte, die (auch) für die Krankenkassen ausgeführt werden. Denn der sogenannte „Sicherstellungsauftrag“, d.h. die Gewährleistung der vertragsärztlichen Versorgung, obliegt allein den Kassenärztlichen Vereinigungen – nicht den Krankenkassen.⁶⁵ Behandelt ein Arzt einen Patienten oder verordnet er ihm ein Arznei-, Verband-, Heil- oder Hilfsmitteln, führt er also objektiv kein Geschäft der Krankenkassen aus. Da er auch mit dem Bewusstsein und dem Willen handelt, seiner Pflicht gegenüber dem Patienten und daneben allenfalls seiner Verpflichtung gegenüber den Kassenärztlichen Vereinigungen nachzukommen, handelt er auch nicht mit Fremdgeschäftsführerwillen zugunsten einer Krankenkasse. Daher sind Vertragsärzte sowohl nach objektiven wie auch nach subjektiven Kriterien nicht berechtigt oder verpflichtet, für die Krankenkassen geschäftlich zu handeln.⁶⁶ Erst recht sind sie dies nicht „ver-

⁵² BSG SGB 2001, 308.

⁵³ So stellt auch die Mitteilung der Eintragung eines Arztes in das Arztregister durch eine Bezirksstelle der Kassenärztlichen Vereinigung unstreitig einen Bescheid dar; vgl. *Maaß*, NJW 2001, 3369 (3373) mit Verweis auf BSG SGB 2001, 122.

⁵⁴ *Beske/Drabinski/Wolf* (Fn. 27), S. 70.

⁵⁵ So auch *Geis*, wistra 369 (370).

⁵⁶ Zu Bestrebungen, dies zu ändern vgl. *Beske/Drabinski/Wolf* (Fn. 27), S. 72.

⁵⁷ BGHSt 2, 396 (401) mit Verweis auf ständige Rechtsprechung schon des RG; *Heine* (Fn. 2), § 299 Rn. 8; *Wittig*, wistra 1998, 9.

⁵⁸ Vgl. zu Einzelheiten *Schmidt*, JuS 2004, 862 m.w.N.

⁵⁹ RGZ 97, 64; *Seiler* in: *Rebmann/Säcker/Rixecker* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 4. Aufl. 2005, § 677 Rn. 3; *Medicus*, *Gesetzliche Schuldverhältnisse*, 4. Aufl. 2006, Rn. 408.

⁶⁰ BGHZ 54, 157; *Sprau* (Fn. 37), § 677 Rn. 3 m.w.N.

⁶¹ Zu dieser Problematik auch *Dannecker* (Fn. 2), § 299 Rn. 85.

⁶² Wie hier *Lenz*, NJW 1985, 649 (651); a.A. *Schnapp/Düring*, NJW 1989, 2913 (2914).

⁶³ BGH NJW 1980, 1452; *Sprau* (Fn. 37), Einf. v. § 611 Rn. 17.

⁶⁴ Zu diesem Begriff *Sprau* (Fn. 37), § 677 Rn. 6.

⁶⁵ *Beske/Drabinski/Wolf* (Fn. 27), S. 70.

⁶⁶ Zu diesem Ergebnis kommt auch *Geis*, wistra 369 (370).

möge ihrer Stellung im Betrieb“ der Krankenkassen. Auch bei Zugrundelegung eines (zu) weiten Verständnisses vom Beauftragtenbegriff sind Vertragsärzte daher keinesfalls Beauftragte der Krankenkassen.

IV. Ergebnis

Auch und gerade bei einer eingehenden Betrachtung der rechtlichen Beziehungen zwischen den am kassenärztlichen System Beteiligten zeigt sich, dass Vertragsärzte weder Angestellte noch Beauftragte eines geschäftlichen Betriebes und damit auch keine tauglichen Täter der Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr gemäß § 299 Abs. 1 StGB sind. Dieses Ergebnis wird nicht nur dem Berufsbild des niedergelassenen Arztes als Freiberufler gerecht, sondern entspricht auch der gesetzgeberischen Konzeption: Obwohl der Tatbestand des § 299 StGB die Lauterkeit des Wettbewerbs schützen soll, ist nur die Bestechung und Bestechlichkeit von Angestellten und Beauftragten im geschäftlichen Verkehr strafbar. Angesichts dieser ausdrücklichen Beschränkung des Täterkreises kommen Unternehmer nicht als Täter der Bestechlichkeit nach § 299 Abs. 1 StGB in Betracht.