

Die Unbestechlichkeit niedergelassener Vertragsärzte

Von Rechtsanwalt Dr. **Oliver Sahan**, Rechtsanwältin Dr. **Kathrin Urban**, Hamburg*

I. Einführung

Der Vertragsarzt ist Beauftragter der Krankenkassen im Sinne des § 299 StGB – so die wesentliche Aussage des OLG Braunschweig in seinem Beschluss vom 23.2.2010.¹ Damit erteilte das OLG Braunschweig der bis dahin wohl noch herrschenden Literaturlage,² der Kassenarzt sei nicht tauglicher Täter im Sinne des § 299 StGB, eine klare Absage. Die Ausführungen des OLG Braunschweig finden nunmehr auch in der Literatur vermehrt Zustimmung.³ Zugleich leitete das OLG Braunschweig mit seiner Entscheidung eine Trendwende für niedergelassene Vertragsärzte und Mitarbeiter der Pharmaindustrie in der Strafrechtsprechung ein: Das Amtsgericht Ulm verurteilte am 26.10.2010 als erstes deutsches Gericht zwei niedergelassene Vertragsärzte einer Gemeinschaftspraxis zu je einem Jahr Freiheitsstrafe auf Bewährung und einer Geldbuße in Höhe von 20.000,- €. Die Mediziner sollen zwischen 2002 und 2005 umsatzabhängige Prämien von Pharmaunternehmen für die Verordnung von Medikamenten erhalten haben. Das Landgericht Hamburg verurteilte am 9.12.2010 einen niedergelassenen Vertragsarzt wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr zu einer Geldstrafe.⁵ Beide Urteile sind noch nicht rechtskräftig. Es ist jedoch schon jetzt zu erwarten, dass immer mehr Staatsanwaltschaften dazu übergehen werden, gegen niedergelassene Vertragsärzte und Pharmamitarbeiter bzw. Apotheker wegen des Verdachts der Korruption nach § 299 StGB zu ermitteln.

Es darf unterstellt werden, dass das OLG Braunschweig diese Tragweite seiner Entscheidung für die Praxis überblickte. Es verwundert daher umso mehr, dass das Gericht ohne Not – es fehlte ohnehin an einem hinreichenden Tatverdacht hinsichtlich der Unrechtsvereinbarung – zur Beauftragteneigenschaft des Vertragsarztes Stellung nahm und darüber hinaus seine Rechtsauffassung im Wesentlichen auf mittlerweile ausdrücklich aufgegebenen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts stützte.

* Die Verf. sind Rechtsanwälte bei Roxin Rechtsanwälte LLP in Hamburg.

¹ OLG Braunschweig, Beschl. v. 23.2.2010 – Ws 17/10 = PharmR 2010, 230.

² Geis, wistra 2005, 369; Geis, wistra 2007, 361; Taschke, StV 2005, 406; Sahan, ZIS 2007, 69; Klötzer, NStZ 2008, 12; eine Beauftragteneigenschaft des Kassenarztes bereits bejahend: Pragal, NStZ 2005, 133; Pragal/Apfel, A&R 2007, 10 und wohl auch Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 55. Aufl. 2008, § 299 Rn. 10a.

³ Dannecker, GesR 2010, 281; Schmitz-Elvenich, KrV 2010, 115; Schmidt, NStZ 2010, 393.

⁴ Frankfurter Rundschau v. 29.10.2010, Artikel abrufbar unter:

<http://www.fr-online.de/wirtschaft/quittung-fuer-ratiopharm-schecks/-/1472780/4789496/-/index.html>.

⁵ DÄBl. v. 15.12.2010, Artikel abrufbar unter:

<http://www.aerzteblatt.de/nachrichten/43923/>.

Der vorliegende Beitrag soll zeigen, dass das OLG Braunschweig de lege lata zu Unrecht von einer Bestechlichkeit niedergelassener Vertragsärzte nach § 299 StGB ausgeht.

II. Keine Beauftragung durch die Versicherer

1. Sozialrechtliche Rechtsprechung zur Vertretereigenschaft nicht mehr aktuell

Das OLG Braunschweig stützt seine Rechtsauffassung im Wesentlichen auf Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes. Danach tritt der Vertragsarzt bei der Verordnung eines Medikaments kraft der ihm durch das Kassenarztrecht verliehenen Kompetenzen (vgl. etwa §§ 72 Abs. 1, 73 Abs. 2 Nr. 7 SGB V) als Vertreter der Krankenkasse auf, indem er an ihrer Stelle das Rahmenrecht des einzelnen Versicherten auf medizinische Versorgung konkretisiert. Mit Wirkung für und gegen die Krankenkasse gebe er die Willenserklärung zum Abschluss eines Kaufvertrags über die verordneten Medikamente ab.⁶ Da er kraft Gesetzes (§ 12 Abs. 1 SGB V) verpflichtet sei, nicht notwendige bzw. unwirtschaftliche Leistungen nicht zu bewirken, komme darin eine Vermögensbetreuungspflicht zum Ausdruck.⁷ Verschreibt der Kassenarzt dennoch ein Medikament zu Lasten der Krankenkasse, obwohl er weiß, dass er die Leistung i.S.d. § 12 Abs. 1 SGB V nicht bewirken darf, missbrauche er die ihm vom Gesetz eingeräumten Befugnisse.⁸ Diese Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes beruht ihrerseits auf der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts aus den neunziger Jahren.⁹

Das OLG Braunschweig folgert nun aus dieser Rechtsprechung ohne weitere Begründung, dass der Vertragsarzt auch Beauftragter i.S.d. § 299 StGB sei. Es führt diesbezüglich Folgendes aus: „Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes handelt er [der Vertragsarzt] als Vertreter der Krankenkasse und nimmt insoweit deren Vermögensinteressen wahr. Hat jemand die Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen und macht sich im Falle einer Verletzung dieser besonderen Vermögensbetreuungspflicht gemäß § 266 StGB strafbar, so handelt er auch als Beauftragter zumindest dieses Aufgabenfeldes.“ Das OLG Braunschweig stellt darüber hinaus fest, dass man den Vertragsarzt aufgrund seiner Befugnis, die in §§ 31 ff. SGB V geregelten Rahmenrechte durch die Verordnung bestimmter Medikamente zu konkretisieren, wodurch er als Vertreter der Krankenkassen handelt, durchaus als „Schlüsselfigur der Arzneimittelversorgung“ bezeichnen könne.¹⁰

Die Ausführungen des OLG Braunschweig erwecken nunmehr freilich den Eindruck, nicht berücksichtigt zu haben, dass das Bundessozialgericht am 17.12.2009 seine bisherige und durch das OLG Braunschweig mittelbar in Bezug ge-

⁶ BGH NJW 2004, 454 (455 f.).

⁷ BGH NJW 2004, 454 (456).

⁸ BGH NJW 2004, 454 (456).

⁹ BSG NZS 1994, 507 (509); BSG NJW 1996, 2450 L.

¹⁰ OLG Braunschweig PharmR 2010, 230 (231).

nommene Rechtsprechung ausdrücklich aufgegeben hat.¹¹ In dieser Entscheidung führt das Bundessozialgericht aus: „Der erkennende Senat hatte allerdings in seiner bisherigen Rechtsprechung für die Zeit ab 1.1.2000 als Rechtsgrundlage für den nunmehr öffentlich-rechtlichen Vergütungsanspruch des Apothekers nicht § 129 SGB V i.V.m. den Verträgen nach § 129 Abs. 2 und Abs. 5 Satz 1 SGB V herangezogen, sondern einen für jeden einzelnen Fall der Medikamentenabgabe auf Kassenrezept zu schließenden öffentlich-rechtlichen Kaufvertrag zwischen Apotheker und Krankenkasse angenommen. [...] Der Senat hatte weiter angenommen, der Vertragsarzt fungiere aufgrund der ihm durch das Vertragsarztrecht verliehenen Kompetenzen als Vertreter der Krankenkasse und gebe durch die Verordnung eines Arzneimittels auf Kassenrezept ein Kaufvertragsangebot der Krankenkasse ab, das der Versicherte durch Vorlage des Kassenrezepts dem Apotheker übermittle und von diesem durch die Aushändigung des Arzneimittels an den Versicherten annehme. [...] An dieser rechtlichen Konstruktion hält der erkennende Senat nach erneuter Prüfung nicht mehr fest; der Vergütungsanspruch des Apothekers hat seine Grundlage vielmehr unmittelbar im öffentlichen Recht. Denn die Konstruktion über einen in jedem Einzelfall abzuschließenden, den Versicherten begünstigenden öffentlich-rechtlichen Kaufvertrag zwischen Apotheker und Krankenkasse ist entbehrlich [...]“¹²

Zwar obliegt dem Vertragsarzt weiterhin die Konkretisierung des Rahmenrechts des Versicherten auf Sachleistung. Der Begründung des OLG Braunschweig – und auch einiger Autoren¹³, welche von der Vertretereneigenschaft auf die Beauftragteneigenschaft schließen – ist aber unter Berücksichtigung dieser neuen Rechtsprechung die Grundlage entzogen.

2. Schluss von der Vermögensbetreuungspflicht auf die Beauftragteneigenschaft unzulässig

Nur der Vollständigkeit halber soll daher im Folgenden gezeigt werden, dass noch weitere Argumente gegen die Rechtsauffassung des OLG Braunschweig sprechen. So trägt beispielsweise auch der von der Vermögensbetreuungspflicht auf die Beauftragteneigenschaft gezogene Schluss nicht.

Den Ausführungen des Gerichts ist bereits nicht eindeutig zu entnehmen, ob es die Beauftragteneigenschaft aus der gesetzlich eingeräumten Befugnis, aus der Vermögensbetreuungspflicht oder aus beidem folgert. Ungeachtet dieser Ungenauigkeit ist jede Schlussfolgerung auf die „Beauftragung“ i.S.d. § 299 StGB unzulässig.

Die Voraussetzungen der Beauftragten-Eigenschaft i.S.d. § 299 StGB sind nicht identisch mit denen der Verfügungsbefugnis i.S.d. § 266 StGB. Bereits begriffliche Unterschiede sprechen gegen eine solche Gleichstellung.¹⁴ Bei strafrechts-

systematischer Auslegung ergibt sich Folgendes: § 266 Abs. 1 StGB umfasst nach seinem eindeutigen Wortlaut sowohl die gesetzliche als auch die rechtsgeschäftliche Einräumung von Befugnissen. Bei § 299 StGB fehlt hingegen die erstgenannte Tatbestandvariante.¹⁵ Die Beauftragung i.S.d. § 299 StGB stellt also nur einen Unterfall der Einräumung einer Befugnis i. S.d. § 266 StGB dar.

Ebenso wenig kann die „Vermögensbetreuungspflicht“ i.S.d. § 266 StGB mit der „Beauftragung“ i.S.d. § 299 StGB gleichgesetzt werden. Der Umstand, dass die Vermögensbetreuungspflicht und die Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen, auch im Rahmen von § 266 Abs. 1 1. Alt. StGB zwei gesondert zu prüfende Tatbestandsmerkmale sind,¹⁶ zeigt bereits, dass die Begriffe Vermögensbetreuungspflicht und Befugnis – und damit als Unterfall der Befugnis auch die Beauftragung – inhaltlich nicht deckungsgleich sind.

Daneben schützen die Delikte völlig unterschiedliche Rechtsgüter. Die Untreue dient einem Individualinteresse, nämlich dem Vermögensschutz des Treugebers.¹⁷ § 299 StGB dient hingegen vorrangig dem Schutz des freien Wettbewerbs als Universalrechtsgut.¹⁸ Eine undifferenzierte Übertragung der Rechtsprechung zur Vermögensbetreuungspflicht auf den Korruptionsbereich ist auch vor diesem Hintergrund nicht ohne weiteres möglich,¹⁹ denn Tatbestandsmerkmale sind für den jeweils in Rede stehenden Straftatbestand auszu-legen.²⁰

Die vom OLG Braunschweig vorgenommene Schlussfolgerung von der Befugnis und/oder Vermögensbetreuungspflicht auf eine Beauftragung ist mithin nicht zulässig.

3. Beauftragung muss vertraglich erfolgen

Der Begriff des Beauftragten setzt – entgegen der anders lautenden Ansicht des BGH²¹ – zudem notwendigerweise das Bestehen einer rechtsgeschäftlichen Beziehung zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten voraus.²² Im Zivilrecht ist in Befolgung der gesetzlichen Regelung der §§ 662, 665 BGB anerkannt, dass eine Beauftragung nur dann vorliegt,

¹⁵ Sahan, ZIS 2007, 69 (72).

¹⁶ Die Rechtsprechung und h.M. verlangt unter Berufung auf den Gesetzeswortlaut („dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat“) auch für den Missbrauchstatbestand eine Pflicht zur fremdnützigen Vermögensbetreuung, vgl. Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, § 266 Rn. 6 m.w.N.

¹⁷ Dierlamm, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2006, § 266 Rn. 1; Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 266 Rn. 1.

¹⁸ Diemer/Krick, in: Joecks/Miebach (Fn. 17), § 299 Rn. 2; Heine, in: Schönke/Schröder (Fn. 17), § 299 Rn. 2.

¹⁹ Eggerts/Klümper, A&R 2010, 211 (216); Schneider, HRRS 2010, 241 (246).

²⁰ Eggerts/Klümper, A&R 2010, 211 (216); Schneider, HRRS 2010, 241 (246).

²¹ BGHSt 2, 396 (401), der eine vertragliche Beziehung für entbehrlich erachtet.

²² Sahan, ZIS 2007, 69 (72).

¹¹ BSG, Urt. v. 17.12.2009 – B 3 KR 13/08 R = BeckRs 2010 Nr. 69807.

¹² Zu den Argumenten vgl. BSG, Urt. v. 17.12.2009 – B 3 KR 13/08 R, Rn. 15.

¹³ Pragal, NStZ 2005, 133 (135); Pragal/Apfel, A&R 2007, 10 (11 f.); Dannecker, GesR 2010, 281 (284); Schmidt, NStZ 2010, 393 (394).

¹⁴ Eggerts/Klümper, A&R 2010, 211 (216).

wenn der Beauftragte sich vertraglich gegenüber dem Auftraggeber verpflichtet, für diesen unentgeltlich ein Geschäft zu besorgen.²³ Wollte man einen so eng verstandenen Beauftragtenbegriff uneingeschränkt auf den § 299 StGB übertragen, würde dessen Schutzbereich freilich unangemessen eingeschränkt, weil unentgeltliche Geschäftsbesorgungen im geschäftlichen Verkehr so gut wie nie anzutreffen sind. Insofern ist daher seit langem anerkannt, dass der Begriff des Beauftragten nicht nach rein bürgerlich-rechtlichen Gesichtspunkten zu bestimmen ist.²⁴ 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.²⁵ 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,²⁶ 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 Einräumung von Befugnissen neben dem Merkmal einer solchen rechtsgeschäftlichen Einräumung selbstständig nennt, fehlt die erstgenannte Tatbestandsvariante in § 299 StGB.²⁷ 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.²⁸ Die notwendige rechtsgeschäftliche Beziehung könnte also allenfalls durch die Zulassung eines Arztes als Vertragsarzt begründet werden.²⁹ Die Zulassung als Vertragsarzt erfolgt auf Antrag des Arztes gemäß den §§ 95 ff. SGB V in Verbindung mit § 19 der Zulassungsverordnung für Ärzte. 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.³⁰ 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 regelmäßig 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 anstellten.³¹ Ursprünglich standen Vertragsärzte demnach in einem unmittelbaren kassenärztlichen Dienstverhältnis.³² 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

²⁸ So auch *Geis*, wistra 2005, 369 (370).

²⁹ So *Schmidt*, NStZ 2010, 393 (395) und *Pragal/Apfel*, A&R 2007, 10 (12 f.): Es gebe keinen Beauftragten im Sinne des § 299 StGB, der seine Stellung *allein* aus einer gesetzlich festgelegten Vertretungsmacht herleite (anders noch *Pragal*, NStZ 2005, 133 [135 f.], welcher die Beauftragteneigenschaft des Kassenarztes noch allein mit der diesem durch Kassenarztrecht verliehenen Kompetenzen, und damit allein aus gesetzlichen Vorschriften, begründete). Der Vertragsarzt sei jedoch aufgrund der von den Krankenkassen mit den Kassenärztlichen Vereinigungen geschlossenen Kollektivverträge und seiner Zulassung rechtsgeschäftlich zu Verordnungen bevollmächtigt.

³⁰ So unter Nichtberücksichtigung des historischen Hintergrundes offensichtlich *Pragal/Apfel*, A&R 2007, 10 (13), die in der Zulassung des Arztes zugleich einen Vertragsbeitritt zu den Kollektivverträgen zwischen den Krankenkassenverbänden und den Kassenärztlichen Vereinigungen erblicken; ablehnend auch *Steinhilper*, MedR 2010, 499 (501).

³¹ *Beske/Drabinski/Wolf*, Sicherstellungsauftrag in der vertragsärztlichen Versorgung, 2002, S. 19.

³² *Beske/Drabinski/Wolf* (Fn. 31), S. 27.

²³ *Sprau*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 70. Aufl., 2011, Einf. § 662 Rn. 1; vgl. auch *Dannecker*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 299 Rn. 22.

²⁴ RGSt 68, 70 (71 f.); 68, 119 (120); 68, 263 (270).

²⁵ Vgl. zum allgemeinen Sprachgebrauch *Sprau* (Fn. 23), § 662 Rn. 2.

²⁶ *Dannecker* (Fn. 23), § 299 Rn. 22; *Tiedemann*, in: Laufhütte/Rising-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 10, 12. Aufl. 2008, § 299 Rn. 17.

²⁷ *Geis*, wistra 2005, 369 (370).

Gebiets in Form von Körperschaften des öffentlichen Rechts gegründet.³³ Dadurch wurde endgültig Abschied genommen von der Idee, Ärzte bei den Krankenkassen in ein Angestelltenverhältnis einzubinden.³⁴

Trotz des beibehaltenen Begriffs des „Vertragsarztes“ besteht auch nach der aktuellen Rechtslage keine rechtsgeschäftliche Beziehung zwischen den einzelnen Ärzten und den Krankenkassen.³⁵ Öffentlich-rechtliche Beziehungen³⁶ liegen ausschließlich im Verhältnis der Krankenkassen zu den Kassenärztlichen Vereinigungen und im Verhältnis der Kassenärztlichen Vereinigungen zu den einzelnen Vertragsärzten vor.³⁷ Die zwischen den Krankenkassen und den Kassenärztlichen Vereinigungen geschlossenen Mantelverträge³⁸ 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 Maßgabe der gesetzlichen und untergesetzlichen Vorschriften.³⁹ 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.⁴⁰ Zum anderen obliegt der sogenannte „Sicherstellungsauftrag“, d.h. die Gewährleistung der vertragsärztlichen Versorgung, allein den Kassenärztlichen Vereinigungen – nicht den Krankenkassen.⁴¹ Somit kann von einer rechtsgeschäftlichen Beziehung zwischen den Krankenkassen und den einzelnen Ärzten keine Rede sein.⁴² Vielmehr ist der Abschluss von Einzelverträgen zwischen den Krankenkassen und den Ärzten oder Arztgruppen ohne Einschaltung der Kassenärztlichen Vereinigungen nach geltender Rechtslage ausgeschlossen.⁴³

Da die bei zutreffender Auslegung für die Annahme einer Beauftragtenqualität erforderliche rechtsgeschäftliche Bezie-

hung 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.

4. Gesetzgeberische Entscheidung für Beschränkung auf geschäftlichen Betrieb

Die zahlreichen Versuche, eine Beauftragteneigenschaft des Vertragsarztes für die Krankenkassen zu konstruieren, zielen im Grunde darauf ab, die Beschränkung des Tatbestandes der Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr auf Zuwendungen an Beauftragte geschäftlicher Betriebe zu umgehen und die Strafbarkeit auch auf Zuwendungen an Beauftragte privater Einzelpersonen – nämlich der Patienten – zu erstrecken. Eine solche Ausweitung des Tatbestands widerspricht indes dem eindeutigen und unmissverständlichen Willen des Gesetzgebers, der sich dafür entschieden hat, in § 299 StGB nur solche unlautere Verhaltensweisen unter Strafe zu stellen, die sich auf den Wettbewerb um diejenigen Kunden beziehen, die einen geschäftlichen Betrieb unterhalten. Dass der Gesetzgeber bei der Einfügung des Tatbestands des § 12 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)⁴⁴ im Jahre 1909 andere Fälle als die nun diskutierten im Blick hatte, zeigt die Gesetzesbegründung: Mit dieser Gesetzesänderung sollten Lücken im Schutz der Gewerbetreibenden vor unlauterem Verhalten ihrer Konkurrenten geschlossen werden. Zu diesen Lücken gehörte nach Auffassung des Gesetzgebers auch die (Un-)Sitte, Angestellte eines Geschäftsbetriebes durch Gewährung von Vorteilen zu beeinflussen, um sich auf diese Weise einen Geschäftsvorteil zu verschaffen. Dieses – und nur dieses – „Schmiergeldunwesen“ sollte durch den Tatbestand des § 12 UWG bekämpft werden.⁴⁵ Die Konstruktion einer Beauftragteneigenschaft des Vertragsarztes i.S.d. § 299 StGB für die Krankenkassen würde zu einer Umgehung dieser gesetzgeberischen Entscheidung führen.

Auch ein Blick in die Systematik des UWG zeigt, dass der Gesetzgeber den unlauteren Wettbewerb um den privaten Kunden – worum es sich nach richtiger Auffassung vorliegend handelt – nicht als strafbares Verhalten nach § 299 StGB qualifizieren wollte: Während § 1 UWG (Generalklausel) auch bestimmte Wettbewerbshandlungen um private Kunden im geschäftlichen Verkehr erfasst und bei Verstößen einen Anspruch auf Unterlassung und Schadensersatz gewährt, enthielt die Strafnorm des § 12 UWG eine Einschränkung: Der Vorteilsnehmer musste Angestellter oder Beauftragter eines geschäftlichen Betriebes sein. Damit wird deutlich, was der Gesetzgeber von der Strafandrohung ausnehmen wollte: Es ist der unlautere Wettbewerb um den privaten Kunden.⁴⁶

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

³⁴ *Beske/Drabinski/Wolf* (Fn. 31), S. 27.

³⁵ So auch *Geis*, *wistra* 2005, 369 (370).

³⁶ *Weidenkaff*, in: *Palandt* (Fn. 23), Einf. § 611 Rn. 18; *Maaß*, *NJW* 2001, 3369 (3373).

³⁷ *Schnapp/Düring*, *NJW* 1989, 2913 (2917).

³⁸ Bundesmantelvertrag-Ärzte und Bundesmantelvertrag-Ärzte-Ersatzkassen sowie entsprechende Landesmantelverträge.

³⁹ BSG, *SGb* 2001, 308.

⁴⁰ 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.

⁴¹ *Beske/Drabinski/Wolf*, (Fn. 31), S. 70.

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

⁴³ Zu Bestrebungen, dies zu ändern vgl. *Beske/Drabinski/Wolf* (Fn. 31), S. 72.

⁴⁴ Der heutige § 299 StGB ist aus § 12 UWG a.F. hervorgegangen.

⁴⁵ RT-Drs. 1909 Nr. 1390, S. 29.

⁴⁶ *RGSt* 47, 183; *Sahan*, *ZIS* 2007, 69 (70).

5. Aktuelle Einschätzung des Gesetzgebers

Dass der Gesetzgeber auch aktuell von einer Unbestechlichkeit niedergelassener Vertragsärzte ausgeht, lässt sich dem Umstand entnehmen, dass Abgeordnete und die Fraktion der SPD am 10.11.2010 beantragten⁴⁷, der Bundestag wolle beschließen, die Bundesregierung aufzufordern, durch ergänzende Regelungen im Strafgesetzbuch sicherzustellen, dass Korruptionshandlungen niedergelassener Vertragsärzte Strafatabestände darstellen. In der Begründung des Antrags wird ausgeführt, dass derzeit in der staatsanwaltschaftlichen Praxis und in der juristischen Literatur höchst umstritten sei, ob sich niedergelassene Vertragsärzte wegen Korruptionshandlungen strafbar machen können. Weiter heißt es: „Besonders abwegig ist die bisherige Rechtslage, weil § 299 StGB (Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr) derzeit zwar auf angestellte Ärzte, z.B. in Krankenhäusern angewandt wird, nicht jedoch auf freiberuflich Tätige.“ Um für Rechtssicherheit zu sorgen, sei eine Klarstellung durch den Gesetzgeber geboten.⁴⁸

Der Antrag verdeutlicht, dass auch der Gesetzgeber selbst an der Anwendbarkeit des § 299 StGB auf Vertragsärzte zweifelt und eine gesetzliche Neuregelung für erforderlich hält, um eine Strafbarkeit von Korruptionshandlungen von Vertragsärzten nach § 299 StGB zu begründen.

6. Erfassung von Grenzfällen gewährleistet

§ 299 StGB ist mithin de lege lata auf den Vertragsarzt nicht anwendbar. Die hierdurch entstehenden „Strafbarkeitslücken“ bedürfen angesichts der bewusst fragmentarisch ausgestalteten Strafrechtsordnung ohnehin keiner Rechtfertigung oder Legitimierung. Trotzdem sei darauf hingewiesen, dass Vertragsärzte sich im Zusammenhang mit ihrem Ordnungsverhalten auch bei der hier skizzierten rechtmäßigen Auslegung und Anwendung des Tatbestands der Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr keinesfalls im (straf-)rechtsfreien Raum bewegen.

So ist an eine Untreue nach § 266 StGB zu Lasten der Krankenversicherung zu denken, wenn der Arzt dem Patienten Übermengen verordnet⁴⁹ und wenn ein Vertragsarzt von einem Lieferanten umsatzbezogene Rückvergütungen enthält, welche dem der Krankenkasse in Rechnung gestellten Preis aufgeschlagen werden.⁵⁰ Solche Aufschläge sind beispielsweise dann denkbar, wenn es sich nicht um Fertigarzneimittel⁵¹ im Sinne der Arzneimittelpreisverordnung⁵² handelt, d.h.

um „im Voraus hergestellte und in einer für den Verbraucher bestimmten Packung in den Verkehr gebrachte“ Arzneimittel, sondern zum Beispiel um Sprechstundenbedarf.⁵³ In diesem Fall unterliegen die Medikamente keiner Preisbindung.

Ein Betrug liegt zwar auch nach der Rechtsprechung nicht bei der Verordnung von Übermengen vor, da weder eine Täuschung des Apothekers noch der Mitarbeiter der Krankenkassen vorliegt.⁵⁴ Soweit jedoch nicht der Preisbindung unterliegender Sprechstundenbedarf bezogen wird, kann zumindest nach Auffassung der Rechtsprechung⁵⁵ Tateinheitlich mit Untreue ein Betrug zum Nachteil der Krankenkasse durch Unterlassen in Betracht kommen. Das Unterlassen liegt in diesen Fällen darin, dass der Vertragsarzt der Krankenkasse die Zuwendung des Arzneimittelherstellers nicht mitteilt und ihr den erhaltenen Betrag bzw. den Gegenwert der Zuwendung in Geld nicht auskehrt. Die Garantienstellung des Vertragsarztes wird dabei aus dem Wirtschaftlichkeitsgebot der §§ 12 Abs. 1, 70 Abs. 1, S. 2 SGB V und dem in § 34 Abs. 1 der Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (MBO-Ärzte) enthaltenen Verbot der Annahme von Vergütungen oder anderer Vorteile im Zusammenhang mit der Verordnung von Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln oder Medizinprodukten abgeleitet. Infolge des Kostenerstattungsprinzips entsteht der Krankenkasse ein Vermögensschaden. Bei der Verordnung von Fertigarzneimitteln allerdings gilt das Kostenerstattungsprinzip nicht, so dass es in diesem Fall wiederum an einem Vermögensschaden der Krankenkasse fehlt.

Insbesondere angesichts der starken Bemühungen, die Annahme von Vorteilen durch Vertragsärzte in den Anwendungsbereich des § 299 StGB zu ziehen, ist zudem zu beachten, dass die Entgegennahme von geldwerten Leistungen durch Ärzte eine Ordnungswidrigkeit nach dem Heilmittelwerbegesetz und/oder UWG darstellen kann und dass damit auch gegen ärztliches Berufs- und evtl. auch Vertragsarztrecht verstoßen wird.

III. Ergebnis

Nach aktueller Gesetzeslage kommt eine Strafbarkeit von niedergelassenen Vertragsärzten nach § 299 StGB nicht in Betracht. Um die Annahme von Zuwendungen von Pharmareferenten oder anderen durch niedergelassene Vertragsärzte nach § 299 StGB bestrafen zu können, wäre eine Erweiterung des Tatbestandes über die geschäftlichen Betriebe hinaus auf

Abs. 2 AMG) sichergestellt werden sollen, die Preisspannen der pharmazeutischen Großhändler und Apotheker beim Weiterverkauf verschreibungspflichtiger Medikamente.

⁵³ Als Sprechstundenbedarf gelten nur solche Mittel, die vom Vertragsarzt ihrer Art nach bei mehr als einem Berechtigten im Rahmen der vertragsärztlichen Behandlung angeordnet werden oder bei Notfällen für mehr als einen Berechtigten zur Verfügung stehen müssen. Was Sprechstundenbedarf ist und welche Artikel unter Sprechstundenbedarf fallen und damit als solcher abrechenbar sind, wird in den Vereinbarungen zwischen den Landesverbänden der Krankenkasse und der Kassenärztlichen Vereinigung definiert.

⁵⁴ BGH NJW 2004, 454 (456).

⁵⁵ OLG Hamm NStZ-RR 2006, 13 (14).

⁴⁷ Antrag abgedruckt in BT-Drs. 17/3685.

⁴⁸ BT-Drs. 17/3685.

⁴⁹ BGH NJW 2004, 454.

⁵⁰ BGH wistra 2004, 422; OLG Hamm NStZ-RR 2006, 13.

⁵¹ Ausführlich zum Ausscheiden einer Strafbarkeit wegen Untreue bei der Verordnung von Fertigarzneimitteln mangels Vermögensschadens *Schneider*, HRRS 2010, 241 (243).

⁵² Die Arzneimittelpreisverordnung wurde auf Grundlage des § 78 Arzneimittelgesetz erlassen. Sie regelt in Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben, durch die für verschreibungspflichtige Arzneimittel einheitliche Herstellerabgabepreise (§ 78 Abs. 3 AMG) und einheitliche Apothekenabgabepreise (§ 78

natürliche Personen erforderlich. Bis dahin ist die Entscheidung des Gesetzgebers für eine Unbestechlichkeit der Beauftragten von Prinzipalen, die nicht als geschäftlicher Betrieb organisiert sind, zu akzeptieren. Dies gilt auch für die Unbestechlichkeit niedergelassener Vertragsärzte.