

E n t s c h e i d u n g s a n m e r k u n g

Zur Strafbarkeit niedergelassener Vertragsärzte wegen Bestechlichkeit

Ein niedergelassener, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassener Arzt handelt 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. 2 lit. c StGB noch als Beauftragter der gesetzlichen Krankenkassen im Sinne des § 299 StGB. (Leitsatz des Verf.)

StGB §§ 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c, 299

BGH, Beschl. v. 29.3.2012 – GSSt 2/11 (LG Hamburg)¹

I. Mit dem Beschluss vom 29.3.2012 sorgt der *Große Senat* für Strafsachen des BGH für Klarheit in einer seit Jahren kontrovers diskutierten Grundsatzfrage: Auf der Grundlage des geltenden Rechts machen sich Kassenärzte, die von einem Pharmaunternehmen Vorteile für die Verordnung von Arzneimitteln entgegennehmen, nicht wegen Bestechlichkeit strafbar. Dies begründet der BGH damit, dass ein niedergelassener Vertragsarzt nicht tauglicher Täter der bestehenden Bestechlichkeitsstraftatbestände sei. Weder sei er Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB, noch sei er Beauftragter eines geschäftlichen Betriebs. Aus diesem Grund scheide sowohl eine Strafbarkeit nach § 331 Abs. 1 StGB als auch eine solche nach § 299 Abs. 1 StGB aus. Dieser Entscheidung ist inhaltlich zuzustimmen. Sie ist als – vor dem Hintergrund der anderslautenden Entscheidungen der vorbefassten Gerichte und *Senate* – mutiges Bekenntnis des BGH zum Grundsatz *nulla poena sine lege* und zu dem aus diesem abgeleiteten Analogieverbot zu bewerten.

II. Zuwendungen an Kassenärzte beispielsweise in Form gegenständlicher Geschenke, Einladungen zu Tagungen an illustren Orten, „Aufwandsentschädigungen“ für Anwendungsbeobachtungen und teilweise überzogener Vortragshonorare von Pharmareferenten und anderen Vertretern waren noch bis vor einigen Jahren ein weit verbreitetes Phänomen. Trotz ethischer Bedenken hinsichtlich mancher dieser Praktiken wurden diese in rechtlicher Hinsicht nicht hinterfragt. Wie selbstverständlich wurde allgemein angenommen, dass niedergelassene Kassenärzte – anders als Amtsärzte und beispielsweise angestellte Krankenhausärzte – wegen ihrer freiberuflichen Tätigkeit nicht taugliche Täter einer Bestechlichkeit seien. Aufgrund dieses allgemeinen Verständnisses wurden die Strafverfolgungsbehörden auch dann nicht tätig, wenn sie Anhaltspunkte dafür erhielten, dass Pharmareferenten großzügige Geschenke an solche Kassenärzte verteilten, die ihre Produkte im Gegenzug bevorzugt verschrieben. Schon seit einigen Jahren wurde nun jedoch kontrovers diskutiert, ob solche Verhaltensweisen nicht sehr wohl als straf-

bare Korruption einzuordnen seien.² Im Fokus der Diskussion stand die Frage, ob niedergelassene Ärzte bei der Behandlung von Kassenpatienten einen Auftrag der Krankenversicherung erfüllen und damit unabhängig von ihrem Behandlungsverhältnis gegenüber den Patienten im Verhältnis zu den gesetzlichen Krankenkassen Beauftragter eines „geschäftlichen Betriebes“ im Sinne des Bestechungstatbestandes § 299 Abs. 1 StGB sind.³ Aber auch die These, niedergelassene Vertragsärzte seien vor dem Hintergrund ihrer Einbindung in das System der gesetzlichen Krankenkassen als Amtsträger anzusehen, wurde vertreten.⁴

III. In der Rechtsprechung ergingen bereits verschiedenartig Entscheidungen zu der Frage der Korruptionsstrafbarkeit niedergelassener Vertragsärzte. Das OLG Braunschweig schied in seinem Beschluss vom 23.2.2010 zur Frage der Amtsträgereigenschaft niedergelassener Vertragsärzte, bejahte jedoch deren Beauftragteneigenschaft im Verhältnis zu den Krankenkassen.⁵ Zentrales Argument des OLG Braunschweig war dabei, dass Vertragsärzte jedenfalls dann Beauftragte im Sinne des § 299 StGB seien, wenn sie nach Maßgabe der Rechtsprechung des BGH als Vertreter und Sachwalter der Vermögensinteressen der Krankenkassen bezogen auf den Untreuetatbestand des § 266 StGB anzusehen sind. Vor diesem Hintergrund bejahte es ohne eingehende Begründung die Beauftragteneigenschaft im Zusammenhang mit der Verordnung von Arzneimitteln. Im Ergebnis lehnte es aber dennoch eine Strafbarkeit nach § 299 StGB ab, da es im konkreten Fall an einer Unrechtsvereinbarung fehlte. Neben diesem Beschluss des OLG Braunschweig kam es zu zwei landge-

² Ausgelöst wurde diese Diskussion soweit ersichtlich durch *Pragal*, NStZ 2005, 133 (134 f.); *ders.*, Die Korruption innerhalb des privaten Sektors und ihre strafrechtliche Kontrolle durch § 299 StGB, 2006, S. 165 ff.

³ Eine Beauftragteneigenschaft bejahend *Bannenber*, in: *Dölling/Duttge/Rössner* (Hrsg.), *Handkommentar, Gesamtes Strafrecht*, 2. Aufl. 2011, § 299 Rn. 9; *Dannecker*, *GesR* 2010, 281; *Fischer*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Kommentar, 59. Aufl. 2012, § 299 Rn. 10b ff.; *Heine*, in: *Schönke/Schröder*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28. Aufl. 2010, § 299 Rn. 8; *Pragal*, NStZ 2005, 133 (134 f.); *ders./Apfel*, *Arzneimittel&Recht* 2007, 10 (11 f.); *Schmitz-Elvenich*, *Die Krankenversicherung* 2007, 240; *Tiedemann*, in: *Jähnke/Laufhütte/Odersky* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 7, 11. Aufl. 2005, § 299 Rn. 18; ablehnend *Bernsmann/Schoß*, *GesR* 2005, 193 (195 f.); *Brockhaus/Dann/Teubner/Tsambikakis*, *wistra* 2010, 418 (421); *Geis*, *wistra* 2005, 369; *Lackner/Kühl*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, § 299 Rn. 2; *Klötzer-Assion*, NStZ 2008, 12; *Krüger*, *ZIS* 2011, 692; *Reese*, *PharmR* 2006, 92 (98); *Sahan*, *ZIS* 2007, 69; *ders.*, in: *Graf/Jäger/Wittig* (Hrsg.), *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kommentar*, § 299 Rn. 13; *Sahan/Urban*, *ZIS* 2011, 23; *Sobotta*, *GesR* 2010, 471 (474); *Taschke*, *StV* 2005, 406 (410).

⁴ Amtsträgereigenschaft bejahend *Neupert*, *NJW* 2006, 2811; ablehnend *Klötzer-Assion*, NStZ 2008, 12 (16); offen gelassen bei *Fischer* (Fn. 3), § 11 Rn. 22c.

⁵ OLG Braunschweig, Beschl. v. 23.2.2010 – Ws 17/10.

¹ Der Beschluss kann im Volltext abgerufen werden auf: www.bundesgerichtshof.de.

richtlichen Entscheidungen, die jeweils durch Revision angegriffen und durch den jeweils zuständigen *Senat* des BGH dem *Großen Senat* für Strafsachen zur grundlegenden Klärung vorgelegt wurden.

Das erste dieser beiden Urteile erging durch das LG Stade am 4.8.2010.⁶ Das LG Stade differenzierte bei seiner Entscheidung zwischen der Verordnung von Hilfsmitteln einerseits und der Verordnung von Arzneimitteln andererseits. Jedenfalls bei der seiner Entscheidung zugrundeliegenden Verordnung von Hilfsmitteln sei der Vertragsarzt kein Amtsträger. Eine solche Eigenschaft könne nur über § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB angenommen werden. Der Vertragsarzt könne hierbei die „Aufgaben der öffentlichen Verwaltung“ nur als Privatrechtssubjekt ausführen. Der BGH verlange in diesem Zusammenhang, dass der Betroffene bei einer Gesamtbetrachtung als „verlängerter Arm des Staates“ erscheine. Dies wiederum setze eine organisatorische Anbindung an die Behörde, im vorliegenden Fall die Krankenkassen, voraus. An einer solchen Anbindung fehle es mangels eines Weisungs- und Aufsichtsverhältnisses der Krankenkassen gegenüber den Vertragsärzten. Bei der Prüfung der Beauftrageneigenschaft niedergelassener Vertragsärzte in ihrem Verhältnis zu den Krankenkassen führt das LG Stade aus, dass entscheidungserheblich hierfür sei, dass der Vertragsarzt nicht nur zu beurteilen und zu entscheiden habe, ob eine bestimmte Behandlung aus medizinischen Gründen angezeigt ist (gleichsam das „Ob“ der Behandlung), sondern daneben auch ein für die Krankenkasse letztverbindliches Votum abgeben könne, indem er ein bestimmtes aus einer Gruppe mehrerer vergleichbarer Mittel vorgibt (das „Wie“ der Behandlung – sogenannte „Letztentscheidungszuständigkeit“). Das LG Stade argumentiert hierbei damit, dass das Rechtsgut des § 299 StGB auf der Stufe des „Ob“ noch nicht verletzt sei. Erst Entscheidungen auf der Ebene des „Wie“ der Behandlung seien einer unredlichen Beeinflussung durch einen Beauftragten zugänglich. Aus diesem Grund sei die Beauftrageneigenschaft bei der Verordnung von Arzneimitteln zu bejahen, bei der Verordnung von Hilfsmitteln wie im zu entscheidenden Fall hingegen abzulehnen. Der 3. *Senat* des BGH beschloss angesichts der von ihm erkannten grundlegenden Bedeutung der zu entscheidenden Rechtsfrage die Vorlage an den *Großen Senat* für Strafsachen.⁷ Dabei deutete er an, dass die Amtsträgereigenschaft niedergelassener Vertragsärzte anzunehmen sei und dabei ohne Bedeutung sei, ob die Krankenkassen (!) wie ein „verlängerter Arm“ des Staates erschienen. Dies sei wegen deren öffentlich-rechtlicher Struktur bedeutungslos. Vertragsärzte seien zudem durch ihre Zulassung nach § 95 SGB V bestellt. Diese Ausführungen erstaunen in zweifacher Hinsicht. Zum einen lässt die Einordnung der Krankenkassen als öffentlich-rechtlich keine Rückschlüsse auf die Charakterisierung des Verhältnisses des Vertragsarztes zu diesen Krankenkassen zu. Zum anderen stellt der Verzicht auf das Kriterium des „verlängerten Arms“ einen Bruch mit der bisherigen Rechtsprechung des BGH dar.

So war dieses Kriterium beispielsweise der Grund, das Bayerische Rote Kreuz nicht als „sonstige Stelle“ einzuordnen und auf Beamte der Landeskirchen § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB insgesamt nicht anzuwenden. Der 3. *Senat* führte weiter aus, dass hilfsweise eine Beauftrageneigenschaft im Sinne des § 299 StGB in Betracht komme und zwar – angesichts des Normzwecks der Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr – unabhängig von dem durch das LG Stade entwickelten Kriterium der „Letztentscheidungszuständigkeit“. Die fehlende Beauftragung des Arztes mittels eines Rechtsgeschäftes sei dabei unerheblich. Denn im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut des Wettbewerbes könne es auf die rechtliche Grundlage der Beauftragung nicht ankommen.⁸

Das zweite der beiden genannten Urteile erging durch das LG Hamburg am 9.12.2010.⁹ Das LG Hamburg verneinte im Zusammenhang mit der Verordnung von Arzneimitteln die Amtsträgereigenschaft. Allerdings vertrat es im Anschluss an das OLG Braunschweig die Ansicht, dass Vertragsärzte bei der Verordnung von Arzneimitteln Beauftragte eines geschäftlichen Betriebs im Sinne des § 299 StGB seien. Dies ergebe sich insbesondere aus der gesetzlichen Stellung des Vertragsarztes, die ihn berechtige, für die Krankenkassen zu handeln. So schulde die Krankenkasse dem Versicherten gemäß §§ 31, 34 SGB V die Zurverfügungstellung von Medikamenten. Mit der entsprechenden Verordnung, die das Rahmenrecht auf ärztliche Behandlung des § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB V ausfülle, erfülle der Vertragsarzt diese der Krankenkasse nach dem Sachleistungsprinzip obliegende Verpflichtung (§ 2 Abs. 1 und 2 SGB V). Insoweit sei der Vertragsarzt ein gesetzlicher Leistungserbringer für die Krankenkassen. Zudem müsse der Vertragsarzt nach §§ 12, 70 Abs 1 S. 2 SGB V Sorge dafür tragen, dass u.a. die Versorgung mit Arzneimitteln wirtschaftlich erbracht wird. Auch diese Entscheidung falle ausschließlich in den Rechts- und Interessenkreis der Krankenkasse. In diesem Zusammenhang setzt sich das LG Hamburg auch ausführlich mit der Frage auseinander, warum eine rechtsgeschäftliche Beauftragung im Rahmen des § 299 StGB nicht erforderlich sei. Der mit der Revision gegen dieses Urteil befasste 5. *Senat* beschloss ebenfalls die Vorlage zum *Großen Senat* für Strafsachen zur Klärung der Frage, ob ein niedergelassener, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassener Arzt bei der Wahrnehmung der ihm in diesem Zusammenhang übertragenen Aufgaben der Verordnung von Arzneimitteln als Amtsträger oder hilfsweise jedenfalls als Beauftragter einer geschäftlichen Betriebes handelt.¹⁰ Ob der 5. *Senat* sich durch seine Vorlage der differenzierenden Position des LG Stade anschließen wollte, kann nur gemutmaßt werden. Jedenfalls erweiterte die Vorlage die Entscheidungsgrundlage für den *Großen Senat*. Denn bei der bisherigen Vorlage ging es um die Verordnung von Hilfsmitteln mit den dort geltenden Besonderheiten. Die Vorlage durch den 5. *Senat* erweiterte diese Entscheidungs-

⁶ LG Stade, Urt. v. 4.8.2010 – 12 KLs 170 Js 18207/09 (19/09), 12 KLs 170 Js 18207/09.

⁷ BGH, Beschl. v. 5.5.2011 – 3 StR 458/10 = NStZ 2012, 35.

⁸ Kritisch zu dieser Auffassung Sahan (Fn. 3), § 299 Rn. 13.

⁹ LG Hamburg, Urt. v. 9.12.2010 – 618 KLs 10/09.

¹⁰ BGH, Beschl. v. 20.7.2011 – 5 StR 115/11 = NStZ-RR 2011, 303.

grundlage um die Verordnung von Arzneimitteln, bei der der Vertragsarzt das Letztentscheidungsrecht hat.

IV. Nach mehreren Monaten der Unsicherheit sowohl der betroffenen Ärzte und sonstigen Beteiligten des Gesundheitswesens als auch der Staatsanwaltschaften veröffentlichte nun am 22.6.2012 der *Große Senat* für Strafsachen des BGH seine Entscheidung und sorgte dadurch größtenteils für Rechtssicherheit. Zu der ihm durch den 5. *Strafsenat* vorgelegten Frage führt der *Große Senat* aus, dass niedergelassene Vertragsärzte bei der Verordnung von Arzneimitteln weder als Amtsträger noch als Beauftragte der Krankenkassen als geschäftliche Betriebe handeln. Die Entscheidung über die ihm durch den 3. *Strafsenat* vorgelegte gleichlautende Frage hinsichtlich der Verordnung von Hilfsmitteln hat der *Große Strafsenat* „einstweilen zurückgestellt“.

Der niedergelassene Vertragsarzt handelt nach den Ausführungen des BGH bei der Verordnung von Arzneimitteln nicht als ein für die Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung bestellter Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB. Bei der Begründung dieser Auffassung differenziert der *Große Senat* das Verhältnis der Krankenkassen zum Staat klarer von dem Verhältnis der niedergelassenen Vertragsärzte zu den Krankenkassen, als dies der 3. *Strafsenat* erkennen ließ. Die gesetzlichen Krankenkassen seien zwar Stellen öffentlicher Verwaltung im Sinne der gesetzlichen Amtsträgerdefinition. Die Vertragsärzte seien jedoch – führt der *Große Strafsenat* zutreffend aus – nicht dazu bestellt, im Auftrag der gesetzlichen Krankenkassen Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen. Das in den §§ 72 ff. SGB V geregelte System der vertragsärztlichen Versorgung sei so ausgestaltet, dass der einzelne Vertragsarzt keine Aufgabe öffentlicher Verwaltung wahrnimmt. Öffentliche Verwaltung sei nicht allein die Gesamtheit der von Hoheitsträgern ausgeübten Eingriffs- und Leistungsverwaltung. Vielmehr seien auch Mischformen sowie die Tätigkeit von Privatrechtssubjekten erfasst, dies allerdings nur, wenn diese „wie ein verlängerter Arm hoheitlicher Gewalt tätig“ würden. Für die Zuordnung der Tätigkeit von Privaten zum Bereich öffentlicher Verwaltung komme es darauf an, dass der Ausführende dem Bürger nicht auf der Ebene vertraglicher Gleichordnung mit der grundsätzlichen Möglichkeit individueller Aushandlung des Verhältnisses entgegentritt, sondern quasi als ausführendes Organ hoheitlicher Gewalt. Rechtsbeziehungen im Rahmen öffentlicher Verwaltung fehle es daher typischerweise an einem bestimmten Element individuell begründeten Vertrauens, der Gleichordnung und der Gestaltungsfreiheit. Bei der vorzunehmenden wertenden Einordnung der Tätigkeit niedergelassener Vertragsärzte kommt der *Große Senat* zu dem Ergebnis, dass diese keine Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehmen. Der niedergelassene Vertragsarzt übe seinen Beruf in freiberuflicher Tätigkeit aus und sei weder Angestellter noch Funktionsträger einer öffentlichen Behörde. Vielmehr werde er durch den Versicherten ausgewählt. Die Verordnung eines Arzneimittels vollziehe sich im Rahmen der ärztlichen Behandlung dieses Patienten, einem personal geprägten Vertrauensverhältnis zwischen dem Patienten und seinem Arzt. Dass der Vertragsarzt keine Aufgabe öffentlicher Verwaltung wahrnehme, entspreche im

Übrigen auch der zivilrechtlichen Betrachtungsweise. Der BGH habe in Zivilsachen mehrfach hervorgehoben, dass die ärztliche Heilbehandlung ihrem Grundgedanken nach mit der Ausübung eines öffentlichen Amtes unvereinbar sei. Die Einbindung des Kassenarztes in das System öffentlich gelenkter Daseinsfürsorge verleihe der ärztlichen Tätigkeit nicht den Charakter hoheitlich gesteuerter Verwaltungsausübung, so dass eine Amtsträgereigenschaft des Arztes ausscheide. Mit diesen Ausführungen weicht der *Große Senat* ab von dem durch den 3. *Strafsenat* gefundenen Ergebnis, nach dem eine Amtsträgereigenschaft des niedergelassenen Vertragsarztes anzunehmen sei. Mit der ausführlich und vielschichtig begründeten und inhaltlich überzeugenden Ablehnung der Amtsträgereigenschaft niedergelassener Vertragsärzte verhindert der BGH ein völlig inpraktikables Ergebnis. Man stelle sich den als Freiberufler tätigen Vertragsarzt vor, der infolge seiner Amtsträgebürde außer Stande wäre, in hinreichendem Umfang am Geschäftsleben teilzunehmen. Ihm wäre jede Annahme eines Vorteils auch ohne Verknüpfung mit einer sachwidrigen Bevorzugung untersagt. Jede Einladung zu Fachveranstaltungen, Mittagessen oder sonstigen im Geschäftsleben als sozial adäquat einzustufenden Ereignissen unterläge der Bedingung einer vorab einzuholenden Zustimmung im Sinne des § 331 Abs. 3 StGB. Wer eine solche Genehmigung hätte erteilen müssen, wäre rätselhaft geblieben.

Der niedergelassene Vertragsarzt handelt nach den Ausführungen des BGH bei der Verordnung von Arzneimitteln auch nicht als Beauftragter eines geschäftlichen Betriebes gemäß § 299 StGB. Ob Krankenkassen als geschäftliche Betriebe einzustufen seien, habe der BGH bisher noch nicht entschieden. Diese Frage könne auch im vorliegenden Fall offen bleiben, da der Vertragsarzt bei der Verordnung von Arzneimitteln jedenfalls nicht als Beauftragter der Krankenkassen handle. Bei der Begründung dieser Rechtsauffassung stellt der BGH zentral auf das Wesen eines Beauftragten ab. Schon vom Wortsinn her sei dem Begriff des Beauftragten die Übernahme einer Aufgabe im Interesse des Auftraggebers immanent, der sich den Beauftragten frei auswählt und ihn bei der Ausübung seiner Tätigkeit anleitet, sei es, dass er ihm im Rahmen eines zivilrechtlichen Auftrags- oder Geschäftsbesorgungsvertrages Weisungen erteilt oder ihn bevollmächtigt, sei es, dass der Beauftragte faktisch mit einer für den geschäftlichen Betrieb wirkenden Befugnis handelt.¹¹ Eine solche Beauftragung des einzelnen Vertragsarztes gehe nicht von den Krankenkassen, sondern von den jeweiligen Patienten aus. Die gesetzliche Krankenkasse habe keinerlei Einfluss auf das Zustandekommen des einzelnen Behandlungsverhältnisses, auf dessen Grundlage sich die ärztliche Verordnung eines Arzneimittels vollzieht. Die Krankenkasse müsse den vom Versicherten frei gewählten Arzt akzeptieren. Der so bestimmte Arzt werde vom Patienten als „sein“ Arzt wahrgenommen, den er beauftragt und dem er sein Vertrauen ge-

¹¹ Zu einem solchen faktisch wirkenden „personalen Befugnisselement“ vgl. *Geis*, wistra 2005, 369 (370); *ders.*, wistra 2007, 361 (362); *Reese*, PharmR 2006, 92 (97); *Schmidl*, wistra 2006, 286 (287).

schenkt hat. Der Rechtsauffassung des *Großen Senats* ist zuzustimmen: Niedergelassene Vertragsärzte handeln nicht als Beauftragte der Krankenkassen, sondern als Beauftragte ihrer Patienten. Auch der Begründung des BGH, eine andere Entscheidung der Rechtsfrage sei schon mit dem Wortsinn der Beauftragung nicht vereinbar, ist zu folgen. Mit seiner Entscheidung betreffend die Frage der Beauftragteneigenschaft niedergelassener Vertragsärzte weist der *Große Senat* diejenigen in ihre Schranken, die durch eine übermäßig weite Auslegung der bestehenden gesetzlichen Tatbestände zu Lasten der Vertragsärzte ein ethisch unerwünschtes Phänomen der Strafrechtspflege überantworten wollten. Allzu deutlich stellt das Bestreben, eine Beauftragung der Ärzte durch die Krankenkassen zu konstruieren, den Versuch dar, eine Strafbarkeitslücke zu schließen, die der Gesetzgeber mit dem Tatbestandsmerkmal des „geschäftlichen Betriebs“ belassen hat. Der Wunsch, auch den Beauftragten einer natürlichen Person in die Schranken des § 299 StGB zu weisen, ist nachvollziehbar. Er ist nachvollziehbar im Hinblick auf den Patienten eines niedergelassenen Vertragsarztes, er ist es aber auch im Hinblick auf den Kunden eines Architekten oder eines Ingenieurs. Der Gesetzgeber hat indes in vollem Bewusstsein den Straftatbestand des § 299 StGB auf die Beauftragten geschäftlicher Betriebe beschränkt. Der unlautere Wettbewerb um den privaten Kunden ist von der Strafandrohung vollständig ausgenommen.¹² Diese gesetzgeberische Entscheidung durch eine Konstruktion zu umgehen, nach der nicht der Patient, sondern die Krankenkassen (und damit geschäftliche Betriebe) den Vertragsarzt beauftragten, überschreitet die Grenzen zulässiger Auslegung. Das aus dem Grundsatz *nulla poena sine lege* abgeleitete und in Art. 7 EMRK, Art. 103 Abs. 2 GG und § 1 StGB niedergelegte Analogieverbot soll verhindern, dass nicht strafbare Handlungen durch einen Richter geahndet werden, der diese Handlungen als „strafwürdig“ und den durch eine Strafnorm beschriebenen Handlungen sehr ähnlich einstuft. Dies gilt insbesondere gerade auch dann, wenn offenkundig eine Strafbarkeitslücke vorliegt. Regelungslücken im Strafrecht gehen folglich stets zu Lasten des staatlichen Strafanspruchs. So schließt der Beschluss des BGH auch zutreffend damit, dass er nur zu entscheiden hatte, ob korruptives Verhalten von Kassenärzten und Mitarbeitern von Pharmaunternehmen nach dem geltenden Strafrecht strafbar ist, was zu verneinen war. Darüber zu befinden, ob Korruption im Gesundheitswesen strafwürdig ist und durch Schaffung entsprechender Straftatbestände eine effektive strafrechtliche Ahndung ermöglicht werden soll, sei Aufgabe des Gesetzgebers („Strafwürdigkeitserwägungen sind allein dem Gesetzgeber vorbehalten.“). Angesichts der Entscheidungen der mit dieser Rechtsfrage vorbefassten Gerichte sowie in Anbetracht des vorhersehbaren Sturms der Entrüstung in Presse und Bevölkerung war dies eine mutige Entscheidung, durch die ein elementarer Grundsatz unseres Rechtsstaats gewahrt wurde. Wünschenswert wäre jedoch eine Auseinandersetzung des *Großen Strafsenats* mit den weiteren, im Schrifttum angeführten Gründen

gegen die Anwendbarkeit des § 299 StGB auf niedergelassene Vertragsärzte gewesen, die der BGH ausdrücklich dahin gestellt sein lässt.¹³ Trotz dieser fehlenden Auseinandersetzung erweckt die Begründung des Beschlusses den Eindruck, der *Große Strafsenat* lehne die Amtsträger- und Beauftragteneigenschaft des Vertragsarztes bei der Wahrnehmung seiner ihm im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung übertragenen Aufgaben allgemein ab. Aus diesem Grund erschließt sich nicht von vornherein, warum der *Große Senat* die durch den 3. Senat vorgelegte Frage hinsichtlich der Verordnung von Hilfsmitteln „einstweilen zurückgestellt“ hat. Die Vorbereitung eines inhaltlichen Anschlusses an die Argumentation des LG Stade liegt insoweit jedenfalls eher fern. Dieses hatte zwar zwischen der Verordnung von Arzneimitteln einerseits und Hilfsmitteln andererseits differenziert. Es war aber gerade für den hier entschiedenen Fall der Arzneimittelvergabe zu einer Strafbarkeit des Vertragsarztes gekommen. Vollumfängliche Rechtssicherheit für die Frage der Bestechlichkeit niedergelassener Vertragsärzte ist mithin noch immer nicht eingetreten.

Rechtsanwalt Dr. Oliver Sahan, Hamburg

¹² So schon RGSt 47, 183; vgl. auch *Fischer* (Fn. 3), § 299 Rn. 6; *Sahan* (Fn. 3), § 299 Rn. 7 ff.

¹³ Gleiches gilt für die bemerkenswerten Ausführungen des LG Stade, Urt. v. 4.8.2010 – 12 KLs 170 Js 18207/09 (19/09), 12 KLs 170 Js 18207/09.