

## Entscheidungsbesprechung

### Strafbarkeit des niedergelassenen Vertragsarztes nach den Korruptionsdelikten des StGB

**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 Buchst. c StGB noch als Beauftragter der gesetzlichen Krankenkassen im Sinne des § 299 StGB. (Amtlicher Leitsatz)**

StGB §§ 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c, 299

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

#### I. Einführung

Die Vertragsärzte können aufatmen, sitzen sie doch seit der Entscheidung des *Großen Senats* vom 29.3.2012 nicht länger an Damokles' Stelle auf dem Thron des Dionysios. Durch den Beschluss wurde die Gefahr des herabstürzenden Schwerkes in Gestalt einer etwaigen Strafbarkeit wegen Bestechlichkeit in Bezug auf die Verordnung von Medikamenten gebannt. Der *Große Senat* beschäftigte sich in dieser Entscheidung mit der streitigen Frage, inwieweit Ärzte von Pharmaunternehmen Prämien entgegennehmen dürfen, ohne sich dabei nach den § 299 bzw. §§ 331 ff. StGB strafbar zu machen. Es handelt sich hierbei um ein seit langem in Rechtsprechung und Literatur diskutiertes Problem, dessen Kern letztlich in der streitigen Einordnung des niedergelassenen Kassenarztes als Amtsträger bzw. Beauftragter gesetzlicher Krankenkassen besteht. Da die Frage nach der Vermögensbetreuungspflicht des Kassenarztes und somit die Frage nach einer etwaigen Strafbarkeit nach § 266 StGB bereits vor einigen Jahren höchstrichterlich entschieden wurde,<sup>2</sup> war dieser Problembereich nicht Gegenstand der Entscheidung des *Großen Senats*.<sup>3</sup>

#### II. Sachverhalt und Verfahrensgang

Die Angeklagte, eine für die „r.“ GmbH (im Folgenden: R) tätige Pharmareferentin, wurde vom Landgericht Hamburg<sup>4</sup> wegen Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 Abs. 2 StGB) in 16 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe verurteilt. Das LG hatte erstinstanzlich festgestellt, dass R spätestens seit 1997 ein Prämiensystem für die ärztliche Verordnung von Medikamenten aus ihrem Vertrieb mit der Bezeichnung

„Verordnungsmanagement“ unterhielt. Jedes Mal, wenn ein Arzt ein Medikament der Firma R einem Patienten verschrieb, erhielt dieser 5 % des Herstellerabgabepreises als Prämie. Verschleiert wurden diese Zuwendungen, indem diese als Honorar für fiktive wissenschaftliche Vorträge ausgewiesen wurden. Infolgedessen übergab die Angeklagte in insgesamt 16 Fällen verschiedenen Vertragsärzten Schecks mit einer Gesamtsumme von etwa 18.000 €. Das Verhalten der Angeklagten wurde durch das LG als Bestechung im geschäftlichen Verkehr im Sinne von § 299 Abs. 2 StGB gewertet, wobei jede einzelne Scheckzahlung eine Bestechungstat im materiellen Sinne sei. Vertragsärzte seien Beauftragte der Krankenkassen und letztere insoweit „geschäftliche Betriebe“. Die Amtsträgerschaft eines Vertragsarztes hat das LG jedoch mangels Bestellung zur Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung abgelehnt und somit eine Strafbarkeit aus § 334 StGB verneint. Vertragsärzte seien insbesondere wegen ihrer Eigenverantwortlichkeit und ihrer weitreichenden Entscheidungsbefugnisse kein „verlängerter Arm“ der Verwaltung. Auf die Revision der Angeklagten hat der 5. Strafsenat dem *Großen Senat* für Strafsachen die Frage vorgelegt, ob ein niedergelassener, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassener Arzt Amtsträger i.S.d. §§ 331 ff. StGB ist, wenn er im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung von Kassenpatienten tätig wird und diesen Medikamente verordnet. Hilfsweise, für den Fall der Verneinung dieser Frage, hat der 5. Senat angefragt, ob ein solcher Arzt in diesen Fällen als Beauftragter eines geschäftlichen Betriebs im geschäftlichen Verkehr nach § 299 StGB einzustufen ist. Die Frage der Amtsträgereigenschaft des Vertragsarztes stelle sich in einer Vielzahl von Fällen. Höchststrichterliche Entscheidungen dazu gebe es bisher nicht.

Der 5. Strafsenat hat sich mit der Vorlage nach § 132 Abs. 4 GVG<sup>5</sup> dem 3. Strafsenat<sup>6</sup> angeschlossen, der dem *Großen Senat* dieselbe Rechtsfrage, bezogen auf die vertragsärztliche Verordnung von Hilfsmitteln, vorgelegt hat. Die Entscheidung darüber hat der *Große Senat* für Strafsachen einstweilen zurückgestellt.

#### III. Bewertung

##### 1. Das Verhältnis zwischen gesetzlicher Krankenkasse und niedergelassenem Vertragsarzt

Für die gutachterliche Lösung ist der Einstieg über die §§ 331 ff. StGB als Sonderdelikte zu wählen.<sup>7</sup> Die Straftaten des dreißigsten Abschnitts des StGB erfassen als taugliche Tat-

<sup>1</sup> Abgedruckt in: NJW 2012, 2530 = NZWiSt 2012, 268 m. Anm. Kraatz; dazu Hecker, JuS 2012, 852; Krüger, StraFo 2012, 308; Sahan ZIS 2012, 386.

<sup>2</sup> BGHSt 49, 17 (23 f.); vgl. dazu Taschke, StV 2005, 406; Herffs, wistra 2006, 63; Weidhaas, ZMGR 2005, 52.

<sup>3</sup> Zur Frage der Vermögensbetreuungspflicht eines niedergelassenen Kassenarztes vgl. statt vieler: Leimenstoll, Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes?, 2012, passim.

<sup>4</sup> LG Hamburg GesR 2011, 164 = MPR 2011, 56 = ZMGR 2011, 153.

<sup>5</sup> Siehe zur Vorlage von Fragen grundsätzlicher Bedeutung: Meyer-Göfner, Strafprozessordnung, Kommentar 55. Aufl. 2012, § 132 GVG Rn. 15 ff.; Hannich, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2008, § 132 GVG Rn. 16 ff.

<sup>6</sup> BGH NSTZ 2012, 35 = JR 2011, 538 = wistra 2011, 375.

<sup>7</sup> Im konkreten Fall ist der Einstieg über das Sonderdelikt der Bestechlichkeit nach § 332 StGB sinnvoll, da die Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr nach § 299 StGB vom Tatbestand vergleichbar, aber um die Amtsträgereigenschaft des Täters reduziert und in der geforderten Tathandlung abgeschwächt ist.

subjekte nur Amtsträger. Wer Amtsträger im Sinne dieser Vorschriften ist, bestimmt sich nach den Regeln des Allgemeinen Teils. Erst wenn nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB eine Amtsträgerschaft des Täters begründet werden kann, ist der Anwendungsbereich der §§ 331 ff. StGB eröffnet. Deshalb ergibt sich hier die eigentliche Problematik der Strafbarkeit eines niedergelassenen Vertragsarztes<sup>8</sup> bei der Verordnung von Arzneimitteln aus der Legaldefinition des § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB.<sup>9</sup> Diese qualifiziert als Amtsträger, wer nach deutschem Recht dazu bestellt ist, bei einer Behörde oder sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform wahrzunehmen.<sup>10</sup> So hält der *Große Senat* zu Beginn seines Beschlusses fest, dass der niedergelassene, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassene Arzt bei der Verordnung von Arzneimitteln kein für die Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung bestellter Amtsträger sei, die gesetzlichen Krankenkassen aber gleichwohl zu den in § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB genannten Einrichtungen zählen. Entscheidend für eine Amtsträgerschaft ist somit nach heutiger Rechtslage das materielle Kriterium einer funktionellen Anknüpfung an die konkret ausgeübte Tätigkeit<sup>11</sup> und nicht die Art des Anstellungsverhältnisses, wie dies bei § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. a der Fall ist.<sup>12</sup> Um die Amtsträgerschaft eines Arztes zu bejahen, muss mithin zunächst geklärt werden, inwieweit es sich bei einer gesetzlichen Krankenkasse um eine Behörde oder sonstige Stelle handelt (a) und ob der niedergelassene Arzt im Auftrag der gesetzlichen Krankenkassen Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt (b).

#### a) Behörde oder sonstige Stelle

Zuvorderst gilt es hierfür die Frage zu klären, welcher Behördenbegriff dem § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB zugrunde zu

<sup>8</sup> Bei Ärzten, welche in einer Universitätsklinik, einem Kreis-, Bezirks- oder städtischen Krankenhaus angestellt sind, handelt es sich hingegen um Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB; OLG Karlsruhe NSTz-RR 2001, 144; *Korte*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2006, § 331 Rn. 37; *Schröder/Lilie*, FD-StrafR, 333999; *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl., 2010, § 11 Rn. 21; *Sommer/Tsambikakis*, in: Terbille (Hrsg.), Münchener Anwalthandbuch Medizinrecht, 2009, § 2 Rn. 162; *Krais*, PharmR 2010, 513 (515); *Diener*, PharmR 2010, 230 (232); *Reese*, PharmR 2006, 92.

<sup>9</sup> § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. a und lit. b StGB scheiden von vornherein aus, da der niedergelassene Vertragsarzt weder Richter noch Beamter ist und er sich auch nicht in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis befindet.

<sup>10</sup> Diese Vorschrift löste im Jahr 1975 den sog. strafrechtlichen Beamtenbegriff ab. Siehe hierzu ausführlich: *Heinrich*, Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht, 2001, S. 138 ff.

<sup>11</sup> Zur Systematik siehe nur *Radtke*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 11 Rn. 17.

<sup>12</sup> *Eser/Hecker* (Fn. 8), § 11 Rn. 20.

legen ist. Dem Strafgesetzbuch ist kein eigener Behördenbegriff immanent, auch § 11 Abs. 1 Nr. 7 StGB hilft insoweit nicht weiter. Dieser legt nur fest, dass es sich bei Gerichten um Behörden handelt, eine Legaldefinition findet sich jedoch nicht. Die Frage nach der Behördeneigenschaft einer gesetzlichen Krankenkasse wird vom *Großen Senat* nur kurz angesprochen und nicht eindeutig verneint oder bejaht,<sup>13</sup> da es sich seiner Ansicht nach „jedenfalls [um] sonstige Stellen der öffentlichen Verwaltung [handelt]“<sup>14</sup>. Aufgrund der durchaus in der Literatur vorhandenen Befürwortung der Behördeneigenschaft von gesetzlichen Krankenkassen ist dieser Punkt zumindest im Rahmen von Prüfungsarbeiten jedoch in gewohnter Ausführlichkeit zu erörtern und im Ergebnis Stellung zu beziehen, weshalb auch hier zunächst darauf einzugehen ist.

Nach § 4 SGB V sind gesetzliche Krankenkassen rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts und die vertretungsberechtigten Organe des Versicherungsträgers haben nach § 31 Abs. 3 S. 1 SGB IV die Eigenschaft einer Behörde. Dies könnte dazu verleiten, vorschnell die Behördenqualität der Krankenkassen selbst zu bejahen. Das Bundesverfassungsgericht versteht unter einer „Behörde“ eine in den Organismus der Staatsverwaltung eingeordnete, vom Wechsel und Wegfall einzelner Personen unabhängige organisatorische Einheit von Personen und sächlichen Mitteln, die mit einer gewissen Selbstständigkeit ausgestattet dazu berufen ist, unter öffentlicher Autorität für die Erreichung der Zwecke des Staates oder von ihm geförderter Zwecke tätig zu sein.<sup>15</sup> Diesem Begriffsverständnis schließen sich weite Teile der Literatur an.<sup>16</sup> Die Definition des Bundesverfassungsgerichts ist im Vergleich zu der des § 1 Abs. 4 VwVfG wesentlich enger, wonach eine Behörde jede Stelle ist, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt.<sup>17</sup> Die medizinische Behandlung und Versorgung der Bevölkerung stellt eine zentrale Aufgabe der Daseinsvorsorge und somit eine wesentliche Aufgabe des Staates dar, welche durch die gesetzlichen

<sup>13</sup> Vgl. BGH NJW 2012, 2530 (2531).

<sup>14</sup> BGH NJW 2012, 2530 (2531).

<sup>15</sup> BVerfGE 10, 20 (48), hier hatte das Bundesverfassungsgericht den Behördenbegriff im Sinne des Art. 87 Abs. 3 S. 2 GG in einem Verfahren wegen verfassungsrechtlicher Prüfung des Gesetzes zur Errichtung einer Stiftung „Preußischer Kulturbesitz“ und zur Übertragung von Vermögenswerten des ehemaligen Landes Preußen auf die Stiftung vom 25.7.1957 (BGBl. I 1957, S. 841) zu klären.

<sup>16</sup> *Radtke* (Fn. 11), § 11 Rn. 125; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 11 Rn. 20; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 59. Aufl. 2012, § 11 Rn. 29; *Rudolphi/Stein*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 131. Lfg., Stand: März 2012, § 11 Rn. 48a; *Saliger*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, § 11 Rn. 64; *Tsambikakis*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), AnwaltKommentar StGB, 2010, § 11 Rn. 58; *Klötzer*, NSTz 2008, 12 (16) lässt dies offen.

<sup>17</sup> *Radtke* (Fn. 11), § 11 Rn. 125; a.A. *Rudolphi/Stein* (Fn. 16), § 11 Rn. 48a, die keinen Unterschied feststellen können.

Krankenkassen wahrgenommen wird.<sup>18</sup> Auch agieren die gesetzlichen Krankenkassen – innerhalb des gesetzlich gesteckten Rahmens – mit einer gewissen Selbstständigkeit. Nach diesem Verständnis wären die gesetzlichen Krankenkassen folglich Behörden.<sup>19</sup> Dieser Behördenbegriff kann dem § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB aber nicht zugrunde gelegt werden.<sup>20</sup> Dafür ist vor allem darauf hinzuweisen, dass bei einem derart weit verstandenen Behördenbegriff dem Merkmal der „sonstigen Stelle“, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt, keine eigenständige Bedeutung mehr zukommt. Sein Anwendungsbereich wäre bereits von dem weiten Behördenbegriff umfasst und würde in ihm aufgehen.<sup>21</sup> Darüber hinaus wäre ebenfalls die Variante „in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung [...] wahrzunehmen“ des § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB obsolet. Denn nach dem Verständnis des weiten Behördenbegriffs würde das bloße Wahrnehmen von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung die beauftragte Person bereits als Behörde qualifizieren.<sup>22</sup> Diese systematischen Argumente werden dadurch untermauert, dass es sich bei dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts nicht um eine strafrechtliche, sondern um eine verfassungsrechtliche Entscheidung handelt<sup>23</sup> und der Wille des Bundesverfassungsgerichts nicht zu erkennen ist, dass eine übergreifende Definition etabliert werden sollte. Bislang unberücksichtigt blieben allerdings die bereits in der besagten Entscheidung geforderten und regulierend zur oben genannten Definition hinzuzuziehenden Kriterien des Bundesverfassungsgerichts, dass eine Behörde intern in verschiedene Abteilungen aufgeteilt sein muss, die zueinander in einem Hierarchieverhältnis stehen müssen und gerade nicht gleichrangig sein dürfen. Zudem müsse insbesondere die Möglichkeit bestehen, die Akte der einzelnen Abteilungen in einem förmlichen Instanzenzug anzufechten.<sup>24</sup> Die Krankenkassen selber stehen aber zu keinem anderen Organ in einem Über-/Unterordnungsverhältnis und die einzelnen Akte der Krankenkassen können auch nicht in einem förmlichen Instanzenzug angefochten werden. Schon das Reichsgericht stellte fest, dass eine Behörde als solche „in einer bestimmt geregelten Gliederung ein organischer Bestandteil der Amts- und Behördenverfassung geworden sein“ muss.<sup>25</sup> Ferner sei aus dem Begriff der Behörde ohne weiteres zu entnehmen, dass die Einrichtung einer solchen nur durch Staatsgewalt selbst erfol-

gen kann.<sup>26</sup> Vervollständigt man also die verkürzt wiedergegebene Definition des Bundesverfassungsgerichts zu ihrer ursprünglichen Fassung, handelt es sich auch nach dessen Verständnis bei den gesetzlichen Krankenkassen nicht um eine Behörde. Zu keinem anderen Ergebnis kommt man bei Anwendung des dieser Entscheidung zeitlich nachfolgend entwickelten organisationsrechtlichen Behördenbegriffs,<sup>27</sup> wonach eine Behörde ein Organ eines Verwaltungsträgers sein soll, das in Bezug auf andere Organe desselben Verwaltungsträgers in einem Hierarchieverhältnis steht, also mehrere Organe eines Verwaltungsträgers sachlich für dasselbe Gebiet zuständig seien, sich zueinander aber in einem Über-/Unterordnungsverhältnis befänden.<sup>28</sup> Denn auch hier wird wie vom Bundesverfassungsgericht maßgeblich auf dieselbe sachliche Zuständigkeit, das Über-/Unterordnungs- und das Hierarchieverhältnis abgestellt.

Bei den gesetzlichen Krankenkassen könnte es sich aber um „sonstige Stellen“ im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB handeln. Letztere können definiert werden als behördenähnliche Institutionen, die zwar keine Behörden im organisatorischen Sinne, aber rechtlich befugt sind, bei der Ausführung von Gesetzen und Erfüllung öffentlicher Aufgaben mitzuwirken.<sup>29</sup> Bei den gesetzlichen Krankenkassen handelt es sich – wie oben festgestellt – nicht um Behörden im organisationsrechtlichen Sinne. Sie sind diesen aber aufgrund der gesetzlich vorgegebenen Verbandsstruktur auf Landes- und Bundesebene nach den §§ 207 ff. SGB V vergleichbar. Des Weiteren sind die gesetzlichen Krankenkassen auch an das Gesetz gebunden und unterliegen bei der Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgabe, nämlich der Daseinsvorsorge, der Rechtsaufsicht durch den Staat (§§ 87, 90 SGB IV; § 195 Abs. 1 SGB V). Durch die Ausführung des ihnen gemäß §§ 1, 2 SGB V obliegenden Auftrags – das Zurverfügungstellen von Leistungen an die beitragspflichtigen Mitglieder – nehmen sie Aufgaben öffentlicher Verwaltung wahr.<sup>30</sup> Nach Ansicht des *Großen Senats* könne sich auch aus den im geltenden Recht der gesetzlichen Krankenversicherungen enthal-

<sup>18</sup> *Neupert*, NJW 2006, 2811 (2812); *Hellmann/Beckemper*, Fälle zum Wirtschaftsstrafrecht, 2007, S. 139; *Wollschläger*, Der Täterkreis des § 299 Abs. 1 StGB und Umsatzprämien im Stufenwettbewerb, S. 64 m.w.N.; dies aufgrund der stetig weiter voranschreitenden Auslagerung in den privaten Sektor für die Zukunft bezweifelnd *Geis*, wistra 2007, 361 (364).

<sup>19</sup> *Eser/Hecker* (Fn. 8), § 11 Rn. 53; *Radtke* (Fn. 11), § 11 Rn. 126 m.w.N.

<sup>20</sup> So auch *Hellmann/Beckemper* (Fn. 18), S. 141.

<sup>21</sup> *Hellmann*, wistra 2007, 281 (282).

<sup>22</sup> *Hellmann/Beckemper* (Fn. 18), S. 141.

<sup>23</sup> Vgl. Nachw. in Fn. 15.

<sup>24</sup> BVerfGE 10, 20 (48).

<sup>25</sup> RGSt 18, 246 (250).

<sup>26</sup> RGSt 54, 149 (150).

<sup>27</sup> *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 21 Rn. 32.

<sup>28</sup> *Hellmann/Beckemper* (Fn. 18), S. 141.

<sup>29</sup> BT-Drs. 7/550, S. 209; BGH NJW 2012, 2530 (2531); BGHSt 43, 370 (376); 52, 290 (293); 54, 39 (41); BGH NJW 2004, 693; *Fischer* (Fn. 16), § 11 Rn. 19; *Hilgendorf*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 11 Rn. 39; *Tsambikakis* (Fn. 16), § 11 Rn. 29; *Rudolphi/Stein* (Fn. 16), § 11 Rn. 30a; *Saliger* (Fn. 16), § 11 Rn. 40 m. w. N. Bei einer juristischen Person des Privatrechts wird zusätzlich verlangt, dass das Unternehmen bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, der Kontrolle des Staates derart unterliegt, dass es als „verlängerter Arm“ desselben erscheint; vgl. hierzu statt vieler *Wollschläger* (Fn. 18), S. 66; der Organisationsform kommt seit der Änderung des § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB durch das Korruptionsbekämpfungsgesetz v. 13.8.1997 (BGBl. I 1997, S. 2038) ohnehin nur noch indizielle Bedeutung zu.

<sup>30</sup> BGH NJW 2012, 2530 (2531).

tenen wettbewerblichen Elementen, wie etwa das Wahlrecht des Versicherten aus § 173 SGB V, keine andere Betrachtung ergeben, denn die Art und Weise der Erfüllung ihrer Aufgaben werde immer noch von den der Allgemeinheit dienenden Normen bestimmt.<sup>31</sup> Gesetzliche Krankenkassen sind somit nach vorzugswürdiger Auffassung „sonstige Stellen“ i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB.

*b) Eigene Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung*

Nun müsste, als letzte Voraussetzung des § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB, der niedergelassene Vertragsarzt im Auftrag der gesetzlichen Krankenkassen Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehmen. Weitgehend unstreitig ist, dass die medizinische Versorgung Teil der Daseinsvorsorge und somit Aufgabe der öffentlichen Verwaltung ist.<sup>32</sup> Kontrovers diskutiert wird jedoch die Frage, inwieweit diese Aufgabe durch den Vertragsarzt wahrgenommen wird.

Nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht handelt es bei einem niedergelassenen Arzt um einen Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB.<sup>33</sup> Maßgeblich wird hier zum einen auf den Bestellungsakt abgestellt, welcher durch die Zulassung nach § 95 Abs. 1 S. 1 SGB V vorliegt,<sup>34</sup> und zum anderen darauf, dass der Vertragsarzt den Anspruch auf Heilbehandlung eines Versicherten konkretisiert und hierdurch die Aufgaben der Krankenkassen wahrnehme.<sup>35</sup> Dieser Ansicht hat sich der *Große Senat* jedoch nicht angeschlossen. Er geht vielmehr – in Übereinstimmung mit der in der Literatur vertretenen Gegenansicht<sup>36</sup> – davon aus, dass der Vertragsarzt keine Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt.<sup>37</sup> Wollte man einen Privatmann unter den Amtsträgerbegriff subsumieren, so komme es maßgeblich darauf an, wie das Verhältnis zwischen diesem (hier dem Arzt) und dem Dritten (hier dem Patient) ausgestaltet ist. Bestehe zwischen den beiden Parteien ein Über-/Unterordnungsverhältnis in der Form, dass der Vertragsarzt als ausführendes Organ staatlicher Gewalt auftritt, welchem der Patient sich unterzuordnen hätte, und bestünde somit gerade keine Gleichordnung der Parteien, spreche dies für eine Bejahung der Amtsträgereigenschaft.<sup>38</sup> Der Vertragsarzt übt seinen Beruf aber in freiberuflicher Tätigkeit aus (§ 18 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG, § 2 Abs. 2 Hs. 2 BÄO), daran ändert auch die Bindung zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung nach § 95 Abs. 3 S. 1 SGB V nichts.<sup>39</sup> Er ist folglich kein Organ der Krankenkassen. Des Weiteren wird der Anspruch auf Heilbehandlung

zwar durch das Tätigwerden des Arztes erfüllt, jedoch wird dieser nicht auf Initiative der gesetzlichen Krankenkasse hin tätig, sondern aufgrund der in § 76 Abs. 1 S. 1 SGB V normierten freien Auswahlentscheidung des einzelnen Patienten, gerade den von ihm ausgesuchten Arzt zu konsultieren. Die Beziehung zwischen Arzt und Patient ist demnach ein maßgeblich durch die Elemente der Gleichheit und des Vertrauens geprägtes Verhältnis und somit gerade kein Über-/Unterordnungsverhältnis. Die von einigen Stimmen in der Literatur hervorgehobene Konkretisierung des Anspruchs des Versicherten erfolgt auch nicht in Ausführung öffentlicher Verwaltung,<sup>40</sup> sondern ist vielmehr – wie der *Große Senat* zutreffend hervorhebt – bereits Teil der Verpflichtung des Arztes aus § 1 Abs. 1 BÄO, der Gesundheit zu dienen und somit essentieller und untrennbarer Bestandteil der medizinischen Versorgung des jeweiligen Patienten.<sup>41</sup> Darüber hinaus geht das Argument der Konkretisierung der Versorgung mit einem bestimmten Medikament schon deshalb fehl, weil dem Versicherten ohnehin nur ein „Anspruch auf Naturalverschaffung“ gegen seine Krankenkasse zusteht<sup>42</sup> und im Weiteren grundsätzlich auch das Substitutionsrecht des Apothekers gilt.<sup>43</sup> Hiernach kann der das Medikament abgebende Apotheker dem Patienten ein anderes Medikament als auf dem Rezept bestimmt übergeben, sofern es sich um ein wirkstoffgleiches, aber deutlich günstigeres Medikament handelt (sog. aut-idem-Substitution).<sup>44</sup> Im Ergebnis kann mithin von einer Konkretisierung auf ein bestimmtes Medikament von einem bestimmten Unternehmen nicht gesprochen werden. Ferner kann die Krankenkasse weder die Art und Weise noch die Dauer der Behandlung bestimmen. Insoweit ist der Arzt – unter Berücksichtigung der Regelungen über die Ausstellung einer vertragsärztlichen Verordnung von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln<sup>45</sup> – frei in der von ihm zu wählenden Behandlung und tritt somit gerade nicht als „verlängerter Arm“ des Staates auf.<sup>46</sup> Hierfür sprechen darüber hinaus die Haftungsregeln des Medizinrechts, denn der Arzt haftet nicht nach Amtshaftungsrecht, sondern nach den zivilrechtlichen Vorschriften.<sup>47</sup>

Zusammenfassend ist folglich festzuhalten, dass es sich bei einem niedergelassenen Vertragsarzt mangels Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung nicht um

<sup>31</sup> BGH NJW 2012, 2530 (2531).

<sup>32</sup> S. hierzu die Nachw. in Fn. 18.

<sup>33</sup> *Hellmann/Beckemper* (Fn. 18), S. 140; *Neupert*, NJW 2006, 2811 (2814); *Pragal/Apfel*, A & R 2007, 10 (16).

<sup>34</sup> So *Neupert*, NJW 2006, 2811 (2812 f.).

<sup>35</sup> So *Hellmann/Beckemper* (Fn. 18), S. 140; *Neupert*, NJW 2006, 2811 (2813).

<sup>36</sup> *Klötzer*, NStZ 2008, 12 (16); *Geis*, wistra 2007, 361 (363); *Lackner/Kühl* (Fn. 16), § 11 Rn. 8 a.E.

<sup>37</sup> BGH NJW 2012, 2530 (2532).

<sup>38</sup> BGH NJW 2012, 2530 (2532).

<sup>39</sup> BGH NJW 2012, 2530 (2532).

<sup>40</sup> So aber *Hellmann/Beckemper* (Fn. 18), S. 140; *Neupert*, NJW 2006, 2811 (2813).

<sup>41</sup> BGH NJW 2012, 2530 (2532).

<sup>42</sup> So zutreffend *Klötzer*, NStZ 2008, 12 (16).

<sup>43</sup> Ausnahmsweise kann dieses gem. § 73 Abs. 5 S. 2 SGB V ausgeschlossen werden.

<sup>44</sup> BGH NJW 2012, 2530 (2534).

<sup>45</sup> Die Verordnung erfolgt ohnehin aufgrund der dem Arzt obliegenden Verpflichtung aus § 1 Abs. 1 BÄO, ohne dass die gesetzliche Krankenkasse hierauf einwirken könnte, vgl. BGH NJW 2012, 2530 (2532).

<sup>46</sup> BGH NJW 2012, 2530 (2532); *Geis*, wistra 2007, 361 (364).

<sup>47</sup> BGH NJW 2012, 2530 (2532) m.w.N.

einen Amtsträger handelt und eine Strafbarkeit nach §§ 331 ff. StGB mangels Tätereigenschaft ausscheiden muss.<sup>48</sup>

## 2. Vertragsarzt als Beauftragter im Sinne des § 299 StGB

Nachdem die Strafbarkeit des Vertragsarztes wegen Vorteilsannahme nach § 331 StGB vom *Großen Senat* zutreffend abgelehnt wurde, hatte er sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob der Arzt bei der Verordnung von Arzneimitteln Beauftragter der Krankenkassen i.S.v. § 299 StGB ist. Beauftragter ist nach einhellig anerkannter Definition derjenige, der, ohne Geschäftsinhaber oder Angestellter zu sein, aufgrund seiner Stellung faktisch berechtigt und verpflichtet ist, für den Betrieb geschäftlich zu handeln und auf die betrieblichen Entscheidungen Einfluss nehmen kann.<sup>49</sup> Das LG Hamburg hatte in seiner erstinstanzlichen Entscheidung vom 9.12.2010<sup>50</sup> im Anschluss an eine Entscheidung des OLG Braunschweig<sup>51</sup> die Ansicht vertreten, dass ein Vertragsarzt bei der Verordnung von Arzneimitteln Beauftragter eines geschäftlichen Betriebes im Sinne des § 299 StGB sei. Entscheidendes Argument war die gesetzliche Stellung des Vertragsarztes, die ihn berechtige, für die Krankenkassen zu handeln. Das berechtigte Handeln wird dabei in der Verordnung von Medikamenten gesehen, die zur Verfügung zu stellen die Krankenkassen gemäß §§ 31, 34 SGB V verpflichtet sind (sog. Sachleistungsprinzip nach § 2 Abs. 1 und 2 SGB V).<sup>52</sup> Der Vertragsarzt fülle damit das Rahmenrecht auf ärztliche Behandlung des § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB V aus und sei mithin gesetzlicher Leistungserbringer der Krankenkassen. Als weiteres tragendes Argument für die Beauftragtenstellung des Arztes wird dessen Pflicht zur Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots aus §§ 12, 70 Abs. 1 S. 2 SGB V – die ausschließlich in den Rechts- und Interessenkreis der Krankenkasse falle – ins Felde geführt.

Der *Große Senat* hält es demgegenüber im Verhältnis zwischen dem Beauftragten und dem jeweiligen geschäftlichen Betrieb für unerheblich, ob eine Rechtsbeziehung zu

Grunde liegt oder ob der Vertragsarzt lediglich durch seine faktische Stellung im oder zum Betrieb in der Lage ist, Einfluss auf geschäftliche Entscheidungen auszuüben.<sup>53</sup> Entscheidend ist vielmehr der Wortsinn, wonach dem Begriff des Beauftragten die Übernahme einer Aufgabe im Interesse des Auftraggebers immanent ist, da letzterer sich den Beauftragten frei auswählt und ihn bei der Ausübung seiner Tätigkeit anleitet. Der *Große Senat* geht in seiner Entscheidung sogar noch einen Schritt weiter und führt aus, dass einer Annahme der Beauftragtenstellung nicht schon entgegen stehe, dass die gesetzlichen Krankenkassen zu den Vertragsärzten keine unmittelbaren Rechtsbeziehungen aufnehmen dürfen und die Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung nach § 95 SGB V keine Entscheidung der Krankenkasse ist, sondern der Verwaltungsakt eines rechtlich und organisatorisch selbstständigen, mit eigenen Wahrnehmungszuständigkeiten ausgestatteten Selbstverwaltungsorgans in Gestalt des Zulassungsausschusses.<sup>54</sup> Hiermit nimmt er auch dem Streit in der Literatur darüber den Wind aus den Segeln, ob in Bezug auf den Vertragsarzt eine durch Gesetz eingeräumte Befugnis ausreiche oder ob eine rechtsgeschäftlich eingeräumte Vollmacht (sog. personales Befugniselement<sup>55</sup>) erforderlich oder sogar gegeben ist. *Pragal* – dem auch das OLG Braunschweig und diesem wiederum das LG Hamburg in seinen Entscheidungen folgten – geht davon aus, dass der Vertragsarzt aufgrund gesetzlicher Befugniseinräumung Beauftragter i.S.d. § 299 StGB sei.<sup>56</sup> Zu diesem Ergebnis kommt er deshalb, weil er einen Beschluss des 4. *Senats* des BGH<sup>57</sup> auf den Tatbestand des § 299 StGB überträgt, in dem es um einen Vertragsarzt ging, der sich durch das Verschreiben eindeutig unnötiger oder unzweckmäßiger medizinischer Leistungen wegen Untreue<sup>58</sup> nach § 266 StGB strafbar gemacht hatte. Der BGH berief sich dabei auf die §§ 12 Abs. 1 S. 1, 70 Abs. 1 S. 2 SGB V und stellte fest, dass der Vertragsarzt die ihm gesetzlich eingeräumte Befugnis als Vertreter der Krankenkassen, an deren Stelle das Rahmenrecht des einzelnen Versicherten auf medizinische Versorgung zu konkretisieren, missbrauche.<sup>59</sup> *Geis* trat diesem Ansatz entgegen und sprach sich gegen eine solche Gleichstellung der Tatbestände des § 266 StGB und des § 299 StGB aus, da der Untreuetatbestand sowohl die gesetzliche als auch die rechtsgeschäftliche Befugniseinräumung selbstständig nenne, wohingegen die gesetzliche Befugniseinräumung im Rahmen des § 299 StGB nicht genannt sei.<sup>60</sup> Vielmehr bedürfe es des personalen Elements der Befugniserteilung, also einer rechtsgeschäftlichen Berufung des Vertragsarztes durch die Krankenkassen.<sup>61</sup> Die-

<sup>48</sup> So auch *Hecker*, JuS 2012, 852 (854); *Sahan*, ZIS 2012, 386 (388): auf die Frage der Bestellung kommt es insoweit mithin auch nicht mehr an, da es bereits an der Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe durch den Arzt fehlt. Vgl. hierzu BGH NJW 2012, 2530 (2532), in dem der *Große Senat* einen Bestellsakt ablehnt; a.A.: *Neupert*, NJW 2006, 2811 (2812 f.).

<sup>49</sup> BGHSt 2, 396 (402); *Lackner/Kühl* (Fn. 16), § 299 Rn. 2; *Diemer/Krick*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 8), § 299 Rn. 5; *Tiedemann*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 10, 12. Aufl. 2008, § 299 Rn. 16; *Fischer* (Fn. 14), § 299 Rn. 10; *Dannecker*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 299 Rn. 22.

<sup>50</sup> LG Hamburg GesR 2011, 164 = MPR 2011, 56 = ZMGR 2011, 153.

<sup>51</sup> OLG Braunschweig NStZ 2010, 392.

<sup>52</sup> Das Sachleistungsprinzip wird durch das Bundessozialgericht als „übernormatives Grundprinzip“ charakterisiert, BSGE 69, 170 (173).

<sup>53</sup> BGH NJW 2012, 2530 (2533).

<sup>54</sup> BGH NJW 2012, 2530 (2533).

<sup>55</sup> *Geis*, wistra 2005, 369 (370)

<sup>56</sup> *Pragal*, NStZ 2005, 133 (134).

<sup>57</sup> BGHSt 49, 17.

<sup>58</sup> Siehe zur Vermögensbetreuungspflicht *Leimenstoll* (Fn. 3), passim; *Krüger*, StraFo 2012, 308 (311 f.).

<sup>59</sup> BGH wistra 2004, 143; *Geis*, wistra 2005, 369 f.

<sup>60</sup> *Geis*, wistra 2005, 369 (370).

<sup>61</sup> Zur Herleitung dieses Elements im Einzelnen: *Geis*, wistra 2005, 369 (370); *ders.*, wistra 2007, 361 (362).

sem Ansatz entgegneten wiederum *Pragal/Apfel*, dass die personale Befugniserteilung in Form der sozialrechtlichen Zulassung als Vertragsarzt sehr wohl vorliege und es sich deshalb bei der Vertretungsmacht des Vertragsarztes keinesfalls um eine rein gesetzliche handelt.<sup>62</sup> Dagegen macht *Geis* allerdings zu Recht geltend, dass „der Zulassungsausschuss [...] kein Institut des geschäftlichen Betriebs der Krankenkasse, sondern ein Institut der Gemeinsamen Selbstverwaltung von Krankenkasse und Kassenärztlicher Vereinigung, weisungsunabhängig von beiden und mit eng begrenztem Aufgabenumfang“ sei.<sup>63</sup> Wie aber oben bereits gezeigt, degradiert der *Große Senat* diese Auseinandersetzung zu einem „bloßen Glasperlenspiel“, indem er sie als unerheblich und ohne zielführende Auswirkungen für die Frage der Beauftragtenstellung des Vertragsarztes ansieht. Des Weiteren schließt er sich den Vertretern in der Literatur ausdrücklich nicht an, die gerade die freiberufliche Tätigkeit des Vertragsarztes als schlagendes Argument gegen die Beauftragtenstellung sehen.<sup>64</sup> Diese Stimmen stellen maßgeblich auf eine Leitentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 23.3.1960<sup>65</sup> zur rechtlichen Stellung des Kassenarztes ab. Darin heißt es: „Entscheidend ist, dass die Tätigkeit des Kassenarztes auch im Rahmen dieses Systems [System der Kassenärztlichen Vereinigungen und Krankenkassen] freiberuflich bleibt. Die Krankenversicherung bedient sich des freien Berufs der Ärzte zur Erfüllung ihrer Aufgaben; sie baut nicht nur ihr Kassenarztsystem auf dem Arztberuf als einem freien Beruf auf, indem sie das Vorhandensein eines solchen Berufes praktisch und rechtlich voraussetzt und sich zunutze macht, sondern sie belässt auch die Tätigkeit des Kassenarztes im Rahmen dieses freien Berufes.“ Nach dem *Großen Senat* ist für eine Beauftragtenstellung des Vertragsarztes aber gerade nicht hinderlich, dass er einen freien Beruf ausübe, da die fehlende Einordnung in den geschäftlichen Betrieb auf der Grundlage der Ausübung einer eigenen geschäftlichen oder freiberuflichen Tätigkeit sogar typisch ist.<sup>66</sup>

Ein tragfähiges Argument gegen die Beauftragtenstellung des Vertragsarztes ist nach dem *Großen Senat* hingegen dessen Stellung im System der gesetzlichen Krankenversicherung. Gemäß § 72 Abs. 1 S. 1 SGB V wirken Vertragsärzte und Krankenkassen zur Sicherung der vertragsärztlichen Versorgung nach Maßgabe des § 72 Abs. 2 S. 1 SGB V zusammen. Danach ist die Versorgung durch Vereinbarungen zwischen den kassenärztlichen Vereinigungen und den Verbänden der Krankenkassen so zu regeln, dass eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung der Versicherten unter Berücksichtigung des allgemein anerkannten Standes der medizinischen Erkenntnisse gewährleistet ist und die

ärztlichen Leistungen angemessen vergütet werden. Dabei stehen die Rechtsbeziehungen zwischen den Leistungserbringern unter dem Postulat des kooperativen Zusammenwirkens im Interesse der Versorgung des Versicherten.<sup>67</sup> Da grundsätzlich ein Interessengegensatz zwischen den an der Versorgung Beteiligten besteht, bezweckt das in den einschlägigen Vorschriften des SGB V ausgestaltete System der Selbstverwaltung die Sicherstellung der ärztlichen Behandlung der gesetzlich Versicherten.<sup>68</sup> Der Gesetzgeber hat die nähere Ausgestaltung der Versorgung den an der Selbstverwaltung Beteiligten zur eigenhändigen Wahrnehmung übertragen.<sup>69</sup> Im Leistungserbringungsrecht ist die kollektivvertragliche Normsetzung das zentrale Instrumentarium zur Herbeiführung verbindlicher Regelungen.<sup>70</sup> Das bedeutet, dass die Beziehungen zwischen den Krankenkassen und den Vertragsärzten im gesetzlichen Rahmen durch Verträge geregelt sind, die nicht etwa von einer einzelnen Krankenkasse und einem einzelnen Leistungserbringer, sondern zwischen den jeweiligen Zusammenschlüssen, also etwa den Bundes- oder Landesverbänden der Krankenkassen auf der einen und den Kassenärztlichen (Bundes-)Vereinigungen auf der anderen Seite, geschlossen werden.<sup>71</sup> Die Verträge erlangen aufgrund vielfältiger gesetzgeberischer Anordnung Bindungswirkung, nicht nur für die einzelne Krankenkasse und den einzelnen Vertragsarzt, sondern auch über den Kreis der Vertragsschließenden hinaus. Mithin enthalten diese abstrakt-generelle Regelungen und sind Normenverträge.<sup>72</sup> Der *Große Senat* schließt daraus zu Recht, dass sich die Beteiligten mithin auf der Ebene der Gleichordnung begegnen und dieses gesetzlich vorgegebene Konzept gleichgeordneten Zusammenwirkens der Annahme einer Beauftragung des Vertragsarztes durch die gesetzlichen Krankenkassen entgegensteht.<sup>73</sup> Zu berücksichtigen ist ferner sowohl, dass der Vertragsarzt vorrangig im Interesse des Patienten tätig wird, der ihn gemäß § 76 SGB V frei auswählt, als auch, dass die gesetzlichen Krankenkassen keinerlei und der Vertragsarzt nur in geringem Maße Einfluss auf das Zustandekommen des einzelnen Behandlungsverhältnisses nehmen können.<sup>74</sup>

Schließlich widerlegt der *Große Senat* auch die These, dass sich die Beauftragteneigenschaft des Arztes aus einer etwaigen Vertreterstellung bei der Verordnung von Medika-

<sup>62</sup> *Pragal/Apfel*, A & R 2007, 10 (12).

<sup>63</sup> *Geis*, wistra 2007, 361 (362).

<sup>64</sup> *Bernsmann/Schoß*, GesR 2005, 193 (195 f.); *Brockhaus/Dann/Teubner/Tsambikakis*, wistra 2010, 418 (421); *Klötzer*, NSZ 2008, 12 (14); *Reese*, PharmR 2006, 92 (97); *Taschke*, StV 2005, 406 (410); *Geis*, wistra 2007, 361 (362); *Reese*, PharmR 2006, 92 (97).

<sup>65</sup> BVerfGE 11, 30 (40 f).

<sup>66</sup> *Tiedemann* (Fn. 49), § 299 Rn. 16.

<sup>67</sup> Vgl. *Taschke*, StV 2005, 406 (409); *Sproll*, in: *Wagner/Knittel* (Hrsg.), *Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung*, 77. Lfg., Stand: März 2012, § 72 SGB V Rn. 2.

<sup>68</sup> *Sproll* (Fn. 67), § 72 SGB V Rn. 2.

<sup>69</sup> *Sproll* (Fn. 67), § 72 SGB V Rn. 2.

<sup>70</sup> *Sproll* (Fn. 67), § 72 SGB V Rn. 2; den Begriff des Kollektivvertrages benutzt zum Beispiel das Bundessozialgericht in: BSGE 81, 54 (64), das die Normsetzungsbefugnis ausdrücklich den (beiden) Vertragspartnern und nicht etwa nur einem zuweist.

<sup>71</sup> Siehe dazu näher *Axer*, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, 2000, S. 58 ff., 63.

<sup>72</sup> *Axer* (Fn. 71), S. 60 m.w.N.

<sup>73</sup> BGH NJW 2012, 2530 (2533).

<sup>74</sup> BGH NJW 2012, 2530 (2533).

menten für die Krankenkassen ergebe.<sup>75</sup> Eine solche wollen sowohl das OLG Braunschweig<sup>76</sup>, als auch eine verbreitete Auffassung in der Literatur<sup>77</sup> herleiten. Da diese aber nach der vorzugswürdigen Gegenansicht gar nicht bestand, kann sie auch kein Anknüpfungspunkt sein, denn der Apotheker erhält seinen Anspruch gegen die Krankenkasse aus den sozialrechtlichen Vorschriften und nicht durch einen etwaigen Vertragsschluss mit der Krankenkasse durch den ausstellenden Arzt als Stellvertreter.<sup>78</sup> Eine andere Betrachtung ergibt sich auch nicht aus einer etwaigen Konkretisierung des Anspruchs durch den Vertragsarzt, da der Arzt in erster Linie das Vorliegen eines Versicherungsfalles feststellt. Die Grenzen des Umfangs der medizinischen Sorge bestimmt nach § 92 SGB V hingegen der Gemeinsame Bundesausschuss zur Sicherung der ärztlichen Versorgung. Ferner kann auch der das Medikament abgebende Apotheker dem Patienten ein anderes Medikament als auf dem Rezept bestimmt übergeben, sofern es sich um ein wirkstoffgleiches aber deutlich günstigeres Medikament handelt (sog. aut-idem-Substitution).<sup>79</sup> Zwar muss ein Arzt bei der Verschreibung von Medikamenten das Wirtschaftlichkeitsgebot beachten (§ 12 Abs. 1 SGB V), doch steht für den Arzt stets das Wohl des Patienten und somit dessen Interesse und eben nicht der Gedanke der Wirtschaftlichkeit im Vordergrund. Somit kann der Vertragsarzt nach einer am Wortlaut orientierten Auslegung nicht mehr als Beauftragter der Krankenkassen verstanden werden. Eine Bejahung der Beauftragtenstellung ist ohne Überschreitung der zulässigen Wortlautgrenze und Verstoßes gegen das Analogieverbot nach Art. 103 Abs. 2 GG nicht möglich.

Der niedergelassene Vertragsarzt ist mithin richtigerweise auch kein Beauftragter der gesetzlichen Krankenkassen,<sup>80</sup> so dass eine Strafbarkeit nach § 299 StGB weder für die im vorliegenden Fall angeklagte Pharmareferentin noch für die von den Prämienzahlungen begünstigten Ärzte in Betracht kommt.

#### IV. Fazit/Ausblick

Der Beschluss des *Großen Senats* ist durchweg zu begrüßen, bringt er doch ein hohes Maß an Klarheit für Lehre und Praxis. Zwar ist das durch kollusives Zusammenwirken von Arzt und Pharmakonzern entstehende korruptive Verhalten und der dadurch bedingte Schaden am Gesundheitssystem nicht gutzuheißen. Dennoch kann dies nicht dazu führen, dass die Auslegung einer Norm sowohl über die Grenzen ihres Wort-

lauts als auch ihres Sinn und Zwecks hinaus in eine Allzweckwaffe gegen jegliche Art von Bestechung pervertiert wird. Vielmehr ist der Appell an den Gesetzgeber zu richten, die aufgezeigten Lücken zu schließen und Schwächen im Strafrechtsschutz auszumerzen.<sup>81</sup> Fundamentale Grundsätze unserer Rechtsordnung, wie das hier durchaus in Frage stehende Analogieverbot (Art. 103 Abs. 2 GG), dürfen nicht zu Gunsten eines sozial wünschenswerten Ergebnisses unterlaufen werden.<sup>82</sup>

Weiterhin unklar bleibt darüber hinaus die Rechtslage bei der Verordnung von Hilfsmitteln, da der *Große Senat* diese in der Vorlage des 3. *Senats* enthaltene Frage zurückgestellt hat. Es sollte jedoch nahe liegen, auch dort die Einschlägigkeit der hier besprochenen, strafrechtlichen Sanktionsnormen zu verneinen.<sup>83</sup> Es sind keine tragfähigen Gründe ersichtlich, warum ein Vertragsarzt grundsätzlich bei der Behandlung seiner Patienten und bei der Verordnung von Medikamenten kein Beauftragter ist, allerdings im Moment der Unterzeichnung eines Rezepts betreffend der Überlassung eines Hilfsmittels aufgrund einer „temporären Metamorphose“ zum Beauftragten der Krankenkassen wird.<sup>84</sup> Überzeugend sollte der Umstand sein, dass sich in Bezug auf die Beauftragtenstellung des Vertragsarztes und dessen etwaiges Tätigwerden für die Krankenkasse bei der Verschreibung von Hilfsmitteln im Gegensatz zu der von Medikamenten explizite gesetzliche Regelungen finden lassen. So führt zum Beispiel § 126 Abs. 1 S. 2 SGB V aus, dass die Leistungserbringer ausschließlich mit den gesetzlichen Krankenkassen zusammenarbeiten. Dass der Vertragsarzt in diesem Zusammenhang keine Erwähnung findet, deutet darauf hin, dass er weder beim Vertragsschluss noch im Vorfeld bei der Vertragsanbahnung mitwirken soll. Das sozialrechtliche Verbot des § 128 SGB V, dass die Leistungserbringer den Vertragsärzten keinerlei Zuwendungen zukommen lassen dürfen, lässt vielmehr den Gedanken erkennen, dass es keinerlei honorierbare Leistungen – etwa in der Form des Hinwirkens auf das Zustandekommen eines Vertrages einer Krankenkasse mit einem bestimmten Leistungserbringer in Bezug auf ein bestimmtes Produkt – der Vertragsärzte im Verhältnis zu den Leistungserbringern geben soll. Hätte der Gesetzgeber gewollt, dass das Verschreiben von Hilfsmitteln tatbestandlich erfasst ist, hätte er wohl einen dem § 128 Abs. 2 SGB V gleichenden Tatbestand ins Strafgesetzbuch übernommen. Somit kann der Vertragsarzt auch bei der Verordnung von Hilfsmitteln nicht unter den Beauftragtenbegriff des § 299 StGB subsumiert werden. Dies hat auch der Gesetzgeber erkannt, indem er den Schutz durch die bestehenden Strafvorschriften de lege lata für unzureichend hält.<sup>85</sup> Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der niedergelassene Vertragsarzt sowohl bei der Verordnung von

<sup>75</sup> Verschreibt der Arzt dem Patienten ein Medikament, geht letzterer zur Apotheke um sich das Medikament abzuholen. Durch die Abgabe des Medikaments erhält der Apotheker einen unmittelbaren Vergütungsanspruch aus den Vorschriften des öffentlichen Rechts nach § 129 SGB V i.V.m. den nach § 129 Abs. 2 und Abs. 5 S. 1 SGB V abgeschlossenen Verträgen, vgl. BGH NJW 2012, 2530 (2533 f.).

<sup>76</sup> OLG Braunschweig NStZ 2010, 392.

<sup>77</sup> Siehe statt vieler nur *Fischer* (Fn. 16) § 299 Rn. 10c; vgl. außerdem BGH NJW 2012, 2530 (2534) m.w.N.

<sup>78</sup> BGH NJW 2012, 2530 (2534).

<sup>79</sup> BGH NJW 2012, 2530 (2534).

<sup>80</sup> So auch *Sahan*, ZIS 2012, 386 (389).

<sup>81</sup> Auch *Hecker*, JuS 2012, 852 (855), geht davon aus, dass die Schaffung eines neuen „strafrechtlichen Sondertatbestands“ nötig ist.

<sup>82</sup> So auch *Sahan*, ZIS 2012, 386 (389).

<sup>83</sup> So auch *Krüger*, StraFo 2012, 308 (310).

<sup>84</sup> Auch *Krüger*, StraFo 2012, 308 (310) spricht in diesem Zusammenhang von einer Mutation.

<sup>85</sup> BT-Drs. 16/10709 S. 58.

Medikamenten als auch von Hilfsmitteln weder Amtsträger im Sinne der §§ 331 ff. StGB noch Beauftragter im Sinne des § 299 StGB ist. Im Rahmen von Prüfungsarbeiten darf nicht vergessen werden neben den Tatbeständen des § 299 StGB und der §§ 331 ff. StGB, eine etwaige Betrugs- und Untreuestrafbarkeit nach § 263 StGB und § 266 StGB hinreichend zu diskutieren. Im steuerstrafrechtlichen Schwerpunktbereich sollte zudem an die Steuerhinterziehung nach § 370 AO gedacht werden.

*Wiss. Mitarbeiter Saleh R. Ihwas, Trier, Wiss. Mitarbeiter Manuel Lorenz, Trier\**

---

\* Die Verf. sind Wissenschaftliche Mitarbeiter am Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht, sowie Wirtschaftsstrafrecht (Prof. Dr. Mark A. Zöller).

---