

HUMBOLDT-UNIVERSITÄT ZU BERLIN



Humboldt-Universität zu Berlin
Juristische Fakultät
Unter den Linden 6
10099 Berlin

Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades Dr. jur.

Korruption und Kick-backs im Gesundheitswesen

Ein Beitrag zur Frage der Zukunft der Vertragsarztuntreue

Vorgelegt von Silvia Woskowski, LL.M.

Eingereicht am 03.03.2016

Tag der mündlichen Prüfung: 28.11.2016

Vorsitzende/r des Promotionsorgans: Prof. Dr. Ulrich Battis

Gutachter/in: Prof. Dr. Bernd Heinrich

Zweitgutachter/in: Prof. Dr. Martin Heger

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	I
Abkürzungsverzeichnis	IV
Einleitung und Vorgehensweise.....	XI
A. Grundlagen	1
I. Die Vertragsarztuntreue als eine Form der Korruption im Gesundheitswesen	1
1. Das Phänomen der Vertriebskorruption als Teil des Marketings in der Pharma- und Medizinprodukteindustrie	1
2. Untreurelevante Vertriebskorruption als spezielle Art der Korruption.....	5
3. Die Kick-back-Vereinbarung als Fall der Vertriebskorruption.....	8
4. Dimension und Bedeutung der Problematik.....	10
II. Die sozialrechtlichen Vorgaben.....	12
1. Der Vertragsarzt als Teil der GKV.....	12
1.1. Das Berufsbild des Vertragsarztes	14
1.2. Die Rechtsverhältnisse des Vertragsarztes zu den Krankenkassen, anderen Leistungserbringern und den Versicherten.....	22
1.3. Die Schlüsselstellung des Vertragsarztes im Rahmen der Arzneimittelversorgung GKV-Versicherter	27
2. Die Rechtsprechung des BSG zu den Rechtsverhältnissen bei der Arzneimittelabgabe und der Stellung des Vertragsarztes in diesem Gefüge	31
2.1. Die Rechtsprechung zur sog. „Vertreterkonstruktion“	31
2.2. Die Aufgabe der „Vertreterkonstruktion“ zugunsten einer direkten, dem Grunde nach aus § 129 SGB V resultierenden Vergütungspflicht der Krankenkassen	33
2.3. Stellungnahme zur Bedeutung der Entscheidungen für das Arbeitsthema.....	35
3. Das vertragsärztliche Abrechnungs- und Vergütungssystem.....	39
3.1. Grundzüge der Abrechnung und Vergütung vertragsärztlicher Leistungen	39
3.2. Die Bedeutung des Wirtschaftlichkeitsgebots für die Abrechnungsfähigkeit der Leistung.....	43
4. Die Kooperationsverbote des § 128 SGB V	49
B. Die „Vertragsarztuntreue“ im Lichte der Gesetzes- und Rechtsprechungsänderungen	55
I. Die Untreue und ihre tatbestandlichen Voraussetzungen	55
1. Das Wesen der Norm.....	55
1.1. Deliktscharakter, Schutzgut und Täter	55
1.2. Verfassungsmäßigkeit.....	57
2. Tatbestandsalternativen und Vermögensbetreuungspflicht	62
2.1. Die Missbrauchsalternative	62
2.2. Die Treubruchalternative	64

2.3. Das Verhältnis der Tatbestandsalternativen und die Vermögensbetreuungspflicht	68
3. Die Pflichtverletzung und der Vermögensnachteil	83
3.1. Pflichtverletzung	83
3.2. Vermögensnachteil.....	85
4. Die subjektive Tatseite	89
II. Rechtsprechung der Obergerichte und des BGH zur sog. „Vertragsarztuntreue“ und zur Bestechlichkeit des Vertragsarztes als Leistungserbringer in der GKV ...	92
1. Die Rechtsprechung zur Vertragsarztuntreue.....	92
2. Die Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen vom 29.03.2012	98
3. Stellungnahme zur Bedeutung der Entscheidungen für das Arbeitsthema	101
III. Fallgruppenrelevanz und Abgrenzung zum Betrug	103
IV. Die Subsumierbarkeit unter den Untreuetatbestand	105
1. Die Bestimmung der einschlägigen Tatbestandsvariante und die Prüfung der Vermögensbetreuungspflicht.....	105
1.1. Die Missbrauchsalternative	105
1.2. Die Treubruchalternative	115
1.3. Die Vermögensbetreuungspflicht.....	116
1.3.1. Geschäftsbesorgungscharakter.....	116
1.3.2. Hauptpflicht.....	117
1.3.3. Selbständigkeit.....	122
2. Der Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot als außerstrafrechtliche Pflichtverletzung.....	124
3. Die Nachteilsbestimmung.....	126
3.1. Die strafrechtliche Nachteilsbewertung, das Verschleifungsverbot und die formale sozialrechtliche Schadensbestimmung.....	126
3.2. Die Berücksichtigung vermögenswerter Exspektanzen	128
4. Die subjektive Tatseite	130
V. Stellungnahme zur Vertragsarztuntreue	133
C. Die Thematik im Kontext des Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen	135
I. Pönalisierungserfordernis und Gesetzeshistorie.....	135
1. Die Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit des Verhaltens.....	136
1.1. Rechtsgüterschutz.....	136
1.2. Strafwürdigkeit	138
1.3. Strafbedürftigkeit	141
1.3.1. Das ärztliche Berufsrecht.....	143
1.3.2. Das Sozialversicherungsrecht.....	148
1.3.3. Das Wettbewerbsrecht.....	150
1.3.4. Das Steuerstrafrecht.....	154

2. Bewertung der Pönalisierungsbedürftigkeit des Verhaltens	157
II. Gesetzeshistorie	160
1. Entwurf der ehemaligen Regierungskoalition der CDU/CSU und FDP	161
2. Entwurf der Länder Hamburg und Mecklenburg-Vorpommern (sog. Hamburger Modell).....	164
3. Gesetzesantrag des Freistaats Bayern	165
4. Referenten- und Regierungsentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV).....	167
5. Der Vergleich der Entwürfe	172
6. Die verfassungsrechtlichen Bedenken ggü. dem Regierungsentwurf.....	176
6.1. Wesentlichkeitsgrundsatz.....	178
6.2. Bestimmtheitsgrundsatz	181
6.3. Gleichheitsgrundsatz	195
7. Die Tatbestände der Vorschriften zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen.....	196
7.1. Deliktscharakter, Schutzgut und Täterkreis	199
7.2. Regelungsinhalt.....	206
7.2.1. Tathandlung.....	206
7.2.2. Vorteilsbegriff	208
7.2.3. Unrechtsvereinbarung.....	211
7.3. Rechtsfolgen, Strafschärfungen, Konkurrenzen und Strafverfolgung.....	223
III. Die Subsumierbarkeit der Kick-back-Vereinbarung als ein Fall der Vertriebskorruption unter den Tatbestand der Bestechlichkeit im Gesundheitswesen	230
IV. Schutzlücken - §§ 299a ff. StGB de lege ferenda?	232
Fazit und Ausblick der Arbeit	235
Literaturverzeichnis	240
Abbildungsverzeichnis.....	260

Abkürzungsverzeichnis

A.A., a. A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
a. F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
allg.	allgemein
Alt.	Alternative
AKG-Kodex	Verhaltenskodex der Mitglieder des „Arzneimittel und Kooperation im Gesundheitswesen e.V.“
AMG	Arzneimittelgesetz
AMG-ÄndG	Arzneimittelgesetz Änderungsgesetz
AM-RL	Arzneimittelrichtlinie (gem. § 92 Abs. 1 S.2 Nr. 6 SGB V)
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
ApoBetrO	Apothekenbetriebsordnung
ApoG	Apothekengesetz
A&R	Arzneimittel & Recht – Zeitschrift für Arzneimittelrecht und Arzneimittelpolitik
Ärzte-ZV	Zulassungsordnung für Vertragsärzte
ArztStR	Arztstrafrecht
AT	Allgemeiner Teil
ausdr.	ausdrücklich
ausf.	ausführlich
Ausschuss-Drs.	Ausschuss-Drucksache
BÄK	Bundesärztekammer
Bd.	Band
Beschl.	Beschluss
BfArM	Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHR	Sammlung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivil- und Strafsachen
BGHSt	Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKA	Bundeskriminalamt
BMV	Bundesmantelvertrag
BMJV	Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
BOÄ	Berufsordnung für Ärzte
BRAK	Bundesrechtsanwaltskammer
BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache
BReg-Drs.	Bundesregierungs-Drucksache
BRKG	Bundesreisekostengesetz
BSG	Bundessozialgericht

BSGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT	Besonderer Teil
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
CSU	Christlich-Soziale Union Deutschlands
DÄBl.	Deutsches Ärzteblatt
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DL-InfoV	Dienstleistungs-Informationspflichten-Verordnung
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
Dr.	Doktor
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DVB1.	Deutsche Verwaltungsblätter
EBM	Einheitlicher Bewertungsmaßstab
EG	Europäische Gemeinschaft
EStG	Einkommenssteuergesetz
etc.	et cetera
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
e.V.	eingetragener Verein
f.; ff.	folgende(r) Seite, fortfolgende Seiten
FDP	Freie Demokratische Partei
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
FSA	Freiwillige Selbstkontrolle für die Arzneimittelindustrie e.V.
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
G-BA	Gemeinsamer Bundesausschuss
GesR	Gesundheitsrecht – Zeitschrift für Arztrecht, Krankenhausrecht, Apotheken- und Arzneimittelrecht
GG	Grundgesetz

ggf.	gegebenenfalls
ggü.	gegenüber
GK	Gemeinschaftskommentar zum Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Krankenversicherung
GKV	gesetzliche Krankenversicherung
GKV-Org WG	Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung
GKV-SV	Spitzenverband Bund der Krankenkassen
GKV-VStG	Gesetz zur Verbesserung der Vorsorgestrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung
grds.	grundsätzlich
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GS	Gedächtnisschrift
GSSt.	Großer Senat für Strafsachen
GuP	Gesundheit und Pflege
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HdB	Handbuch des Sozialversicherungsrechts
HK-AKM	Heidelberger Kommentar Arztrecht, Krankenhausrecht, Medizinrecht
h. A.	herrschende (n) Ansicht
h. L.	herrschende(n) Lehre
h. M.	herrschende(n) Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HRRS	Online Zeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht
HS	Halbsatz
HWG	Heilmittelwerbegesetz
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
i. d. S.	in diesem Sinne
i. S. d.	im Sinne der/des
i. V. m.	in Verbindung mit
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KassKomm	Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht
KBV	Kassenärztliche Bundesvereinigung
KK-OWiG	Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
KPzKP	Kölner Papiere zur Kriminalpolitik
krit.	kritisch
KV	Kassenärztliche Vereinigung

LG	Landgericht
Lit.	Littera
LK	Leipziger Kommentar zum Strafrecht
LSG	Landessozialgericht
MBO	Musterberufsordnung
MBO-Ä	Musterberufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MedR	Medizinrecht
medstra	Zeitschrift für Medizinstrafrecht
MK	Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch
m. krit. Anm.	mit kritischen Anmerkungen
MMR	MultiMedia und Recht
MPR	Medizin Produkte Recht – Zeitschrift für das gesamte Medizinproduktrecht
Mrd.	Milliarde
MschKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
MTD	MTDialog
MVZ	medizinisches Versorgungszentrum
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NK	Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	NStZ-Rechtsprechungs-Report für Strafrecht
NS-Zeit	Zeit des Nationalsozialismus
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
NZWiSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht
OHG	offene Handelsgesellschaft
obj.	objektiv
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
OWiR	Recht der Ordnungswidrigkeiten
PAngV	Preisangabenverordnung
PartGG	Gesetz über Partnergesellschaften Angehöriger freier Berufe
PharmR	PharmaRecht
PKV	private Krankenversicherung
RegE	Regierungsentwurf
RGBl.	Reichsgesetzblatt

RGSt.	Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
Rn.	Randnummer(n)
Rspr.	Rechtsprechung
RStGB	Reichsstrafgesetzbuch
RVO	Reichsversicherungsordnung
S.	Seite
s. a.	siehe auch
s. d.	siehe dazu
SdL	Soziale Sicherheit in der Landwirtschaft
s. d. m. w. N.	siehe dazu mit weiteren Nachweisen
SDSRV	Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes e. V.
SGB	Sozialgesetzbuch
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit – Zeitschrift für das aktuelle Sozialrecht
SK	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
s. o.	siehe oben
sog.	sogenannt
SozR	Sammlung Sozialrecht
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
SteuerstrafR	Steuerstrafrecht
StGB	Strafgesetzbuch
StGB-E	Entwurf eines Strafgesetzbuches
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StraFo	Strafverteidiger Forum
StV	Der Strafverteidiger
subj.	subjektiv
u.	und
u. a.	unter anderem
u. s. w.	und so weiter
UKlaG	Unterlassungsklagenschutzgesetz
Urt.	Urteil
USK	Urteilssammlung der gesetzlichen Krankenversicherung
UStG	Umsatzsteuergesetz
u. U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	von/vom
VÄndG	Vertragsrechtsänderungsgesetz
VerwArch	Das Verwaltungsarchiv
vgl.	vergleiche
Vor	Vorbemerkung
VSSR	Vierteljahreszeitschrift für Sozialrecht
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WiJ	Journal der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e. V.

wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
ZaeFQ	Zeitschrift für ärztliche Fortbildung und Qualitätssicherung
z. B.	zum Beispiel
ZGMR	Zeitschrift für das gesamte Medizinrecht
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
Zit.	zitiert
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZMGR	Zeitschrift für das gesamte Medizin- und Gesundheitsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStV	Zeitschrift für Stiftungs- und Vereinswesen
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
z. T.	zum Teil
zust.	zustimmend(er)
z. Z.	zur Zeit

Es wurde das bis zum 30.06.2016 erschienene Schrifttum berücksichtigt.

Ich danke allen Unterstützern.

Einleitung und Vorgehensweise

Korruption ist Realität, im nationalen und internationalen Geschäftsverkehr weit verbreitet und ein Mitverursachungsfaktor der Gefährdung des sozialstaatlichen Versorgungssystems. Auch Deutschland bildet trotz des überwiegend bestehenden Anscheins der Korruptionsresistenz insoweit keine Ausnahme.¹

Täterkreise und Erscheinungsformen der Korruption sind vielfältig, sie reichen vom privaten Bereich über die Verwaltung, die Politik und den Bausektor bis hin zum Gesundheitswesen.² Hierher gehört auch das immer wieder kritisierte Beziehungsgeflecht zwischen der Industrie und der Ärzteschaft.

Während die Bestechung und Bestechlichkeit von, in öffentlichen Krankenhäusern angestellten Ärzten, als Folge des „Herzklappenskandals“ und der darauf beruhenden Reform des Korruptionsstrafrechts bereits seit dem Jahr 1997³ nach den §§ 331 ff. StGB strafbar sind, unterfielen niedergelassene Vertragsärzte auch nach der Rechtsprechung des Großen Strafsenats⁴ bis zum Inkrafttreten der §§ 299a ff. StGB am 04.06.2016⁵ nicht den Korruptionsdelikten. Vor diesem Hintergrund stand lange Zeit die Frage im Raum, ob Vorteilsgewährungspraktiken in diesem Bereich vom Tatbestand der Untreue erfasst sein könnten. Ihrer Beantwortung dient der erste Teil der vorliegenden Arbeit.

Nachdem der Gesetzgeber auch die neuen Strafvorschriften zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen umgesetzt hat, erweitert und verlagert sich das Interesse der Wissenschaft und Praxis bezüglich der strafrechtlichen

¹ Vgl. *Bannenberg* 2002.

² Fallstudien bei *Bannenberg/Schaupensteiner* 2004; Methodische Untersuchungen speziell zum Thema Korruption im Gesundheitswesen *Badle* NJW 2008, 1028 ff.; *Bussmann* 2012; *Meier/Hohmann* MschKrim 92 (2009), 359 ff.; *Nestler* JZ 2009, 984 ff.; *Schneider/Grau/Kißling* CCZ 2013, 48, 58 ff.

³ Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 13.08.1997, in Kraft getreten am 01.04.1998, BGBl. I. S. 2038.

⁴ BGH Beschl. v. 29.03.2012 – GSSSt 2/11, BGHSt 57, 202 ff. = NStZ 2012, 505 ff.

⁵ Gesetz zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen vom 03.06.2016, BGBl. I. S. 1254.

Verantwortlichkeit in diesen Bereich. Einen Überblick über die Neuregelungen und ihre Relevanz für das gewählte Arbeitsthema gewährt der dritte Teil der Arbeit.

Da die Frage der Untreuerelevanz nach wie vor umstritten ist, sich aus der Betrachtung der Problematik viele Verbindungen zu den Strafvorschriften des Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen ergeben und sich damit auch die Perspektive für die Notwendigkeit der Untreuestrafbarkeit relativiert hat, liegt ein Augenmerk der Arbeit auf diesem Bereich.

Die daran anknüpfende Einbettung der Gesamthematik in den Kontext der Gesetzgebung zu den Korruptionsdelikten soll die Ausgangsbetrachtungen zur Untreue fortführen und durch eine Bewertung nach den neuen Gesetzesregelungen ergänzen. Hierzu wird die aktuelle Gesetzeslage einschließlich des vorangegangenen Gesetzgebungsverfahrens dargestellt und als abschließender Ausblick auch die Grenze zulässiger ordnungsbezogener Vergütungen durch die Krankenkassen selbst aufgezeigt und deren strafrechtliche Relevanz eingeordnet.

Letzteres erfolgt am Beispiel eines Selektivvertragmodells zur Förderung von sog. Biosimilars⁶ durch die Rückvergütung einer prozentualen Ersparnisbeteiligung als Gegenleistung für deren bevorzugte Verordnung gegenüber dem Originalarzneimittel.

⁶ Biosimilars sind biotechnologisch hergestellte Arzneimittel. Es handelt sich dabei um Folgepräparate von Biopharmazeutika, deren Patent abgelaufen ist. Ihr Wirkstoff ist vergleichbar aber nicht identisch mit dem Wirkstoff des bereits zugelassenen biotechnologisch hergestellten Originalarzneimittels (dem sog. „Referenzprodukt“). S. a. die Definition der *European Medicines Agency* (EMA): A biosimilar medicinal product is a medicinal product which is similar to a biological medicinal product that has already been authorised (the ‘biological reference medicinal product’). The active substance of a biosimilar medicinal product is similar to the one of the biological reference medicinal product. The name, appearance and packaging of a biosimilar medicinal product may differ to those of the biological reference medicinal product. It may also contain different inactive ingredients. Abrufbar unter: <https://www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/overview/biosimilar-medicines-overview#:~:text=A%20biosimilar%20is%20a%20biological%20medicine%20highly%20similar,Agency%20%28EMA%29%20is%20responsible%20for%20evaluating%20the%20> (Stand: 20.12.2016).

A. Grundlagen

Zur Ermittlung der Arbeitsgrundlage bedarf es zunächst der Vergewärtigung der tatsächlichen Besonderheiten und der einschlägigen normativen Vorgaben. Hierzu sind neben den einzelnen Begrifflichkeiten (I.) vor allem die sozial- und strafrechtlichen Anforderungen (II. u. III.) mit der dazugehörenden höchst-richterlichen Rechtsprechung zu erläutern.

I. Die Vertragsarztuntreue als eine Form der Korruption im Gesundheitswesen

Zunächst ist zu klären, in welchen Fallkonstellationen überhaupt eine strafbare Handlung des Vertragsarztes gegenüber den Krankenkassen nach § 266 StGB in Betracht kommt und ob diese für das gewählte Arbeitsthema relevant sind.

1. Das Phänomen der Vertriebskorruption als Teil des Marketings in der Pharma- und Medizinprodukteindustrie

In der Vergangenheit haben sich zwei Fallgruppen als sog. Vertragsarztuntreue herausgebildet: die Verordnung von Arzneimitteln ohne medizinische Indikation durch kollusives Zusammenwirken von Arzt und Patient (**Fallgruppe 1**) und die Vereinbarung sog. Kick-back-Systeme in der Form unzulässiger Provisionszahlungen zwischen Vertragsärzten und den Herstellern bzw. Großhändlern von Arzneimitteln (**Fallgruppe 2**) als Gegenleistung für die Verordnung oder den Bezug bestimmter Produkte.

Fallgruppe 1: „Verordnung ohne medizinische Indikation“

Der ersten Konstellation liegt die *Grundsatzentscheidung des 1. Strafsenats vom 25.11.2003*⁷ zugrunde.

Der Senat hatte einen Sachverhalt zu beurteilen, in dem durch kollusives Zusammenwirken von Vertragsarzt und Patient zulasten einer gesetzlichen Krankenkasse das Doppelte bis Dreifache der erforderlichen Menge an Arzneimitteln verordnet wurde. Bezüglich der Mehrverordnung fehlte es an der medizinischen Indikation der gegenüber der Krankenkasse durch einen gutgläubigen Apotheker bzw. die Apothekerverrechnungsstelle abgerechneten Leistungen.

Da in derartigen Fällen die unwirtschaftliche Verordnung nicht aufgrund oder in Verbindung mit einer Vorteilsgewährung zugunsten des Vertragsarztes erfolgt, liegt zwar ein untreuerelevantes, aber kein korruptives Verhalten vor. Derartige Fälle sind nicht Gegenstand dieser Arbeit.

Fallgruppe 2: „Vertriebskorruption mittels Kick-back-Vereinbarungen“

Bei der zweiten Fallgruppe handelt es sich um ein häufig als „Vertriebskorruption“ bezeichnetes Kick-back-System, dem verallgemeinert folgende Konstellation zugrunde liegt:

Mitarbeiter der Hersteller von Arzneimitteln besuchen den Vertragsarzt in seiner Praxis, um für ihre Produkte zu werben und vereinbaren mit diesem als Gegenleistung für die Verordnung ihrer Produkte umsatzbezogene Rückvergütungen oder sonstige kostenlose, geldwerte Leistungen. Den Krankenkassen wird bei

⁷ BGH Beschl. v. 27.04.2004 – 1 StR 165/03, BGHSt 49, 17 ff. = NStZ 2004, 568 ff.

der Abrechnung der Produkte der volle Abgabepreis ohne Offenlegung und Abzug der gewährten Rabatte oder sonstiger Vorteile in Rechnung gestellt.

Ein Beispiel für etwaige Vorgehensweisen als eine Variante der Vertriebskorruption veranschaulicht der dem *Beschluss des Großen Strafsenats vom 29.03.2012*⁸ zugrunde liegende Sachverhalt, der den in der Presse als „Ratiopharm-Skandal“ bekannt gewordenen Fall zum Gegenstand hatte. Zu entscheiden war, ob sich ein Vertragsarzt und eine Pharmareferentin strafbar machen, wenn sie ein Verordnungsmanagement vereinbaren, auf dessen Basis der Vertragsarzt umsatzbezogene Prämienzahlungen für die Verordnung bestimmter Arzneimittel erhält.

Weitere Modelle stellen die zwei Entscheidungen des 1. Senats zugrunde liegenden Sachverhalte zu umsatzbezogenen Rückvergütungen für die Verordnung von Medikamenten zur Durchführung ambulanter Operationen⁹ und die Gewährung von Fortbildungen oder Praxisvorteilen mit Verordnungsbezug dar. Hier werden den Vertragsärzten und dem Praxispersonal kostenlose Fortbildungen gewährt und geldwerte praxisbezogene Leistungen teilweise oder ganz finanziert, in dem z. B. kostenlos Sondermüllentsorgungen oder auch die Honorare für externe Dienstleistungen, die der Vertragsarzt zur Patientenunterstützung in der Praxis anbietet, übernommen werden.

Die neben diesen Beispielen möglichen Marketingmodelle und Sachverhalte sind vielgestaltig und unterliegen einem ständigen Wandel, lassen sich aber insgesamt auf drei wesentliche Punkte reduzieren:

1. die Annahme von Vorteilsgaben,

⁸ BGH Beschl. v. 29.03.2012 – GStSt 2/11, BGHSt 57, 202 ff. = NStZ 2012, 505 ff.

⁹ BGH Beschl. v. 27.04.2004 – 1 StR 165/03, BGHSt 49, 17 ff. = NStZ 2004, 568 ff. u. BGH Urt. v. 22.08.2006 – 1 StR 547/05 = wistra 2006, 421 ff.

A. Grundlagen

2. als Gegenleistung für die Wettbewerbsbevorzugung bestimmter Arznei- und Behandlungsmittel oder die Vornahme einer begünstigenden Verordnung oder Behandlung,
3. zulasten der Krankenkassen und damit letztlich der Solidargemeinschaft und gegebenenfalls auch zulasten des Patienten.

Im Rahmen der zweiten Fallgruppe erfolgt die Verordnung im Zusammenhang mit Zuwendungen, die als Teil eines äußerlich neutral wirkenden, synallagmatischen Rechtsgeschäfts, z. B. in Form eines scheinbaren Berater-, Referenten- oder Sponsoringvertrages, gewährt werden. Es handelt sich um korruptionsrelevante Handlungen, die nach der Rechtsprechung des Großen Senats bis zum Inkrafttreten der §§ 299a ff. StGB weder nach den §§ 331 ff. StGB noch nach § 299 StGB strafbar waren.¹⁰

Die Frage, ob derartige Vorteilssysteme auch nach den Grundsätzen der Vertragsarztuntreue strafbar wären, hatte der BGH bislang nicht zu entscheiden. Auch ihrer Beantwortung soll diese Arbeit dienen.

Soweit vorgetragen wird, dass es sich bei den Konstellationen dieser Fallgruppe nicht um Kick-back-Vereinbarungen handele, weil es dem Vertragsarzt an einer Preisgestaltungsmöglichkeit fehle,¹¹ ist dies unzutreffend. Ausschlaggebend für die systematische Einordnung als Kick-back-Variante ist nicht die unmittelbare Einwirkungsmöglichkeit des Vorteilsempfängers auf die

¹⁰ Vgl. BGH Beschl. v. 29.03.2012 – GSSt 2/11, BGHSt 57, 202 ff. = NSTZ 2012, 505 ff.

¹¹ *Geis* GesR 2006, 354, der jedoch verkennt, dass die fehlende Beeinflussbarkeit der Preisgestaltung keine Frage der systematischen Einordnung, sondern der eigentlichen Strafbarkeitsbewertung ist. Allgemein zur Kick-back Struktur *Szebrowski* 2005, S. 1 ff.

Preisgestaltung, sondern das tatsächliche Empfangen von Zuwendungen als Gegenleistung für die Ausnutzung einer rechtlichen Nähebeziehung zu einer drittbelastenden Vermögensdisposition.

2. Untreuerrelevante Vertriebskorruption als spezielle Art der Korruption

Es stellt sich die Frage, ob untreuerrelevantes Verhalten eines Vertragsarztes überhaupt eine Art der Korruption darstellt oder nicht vielmehr stattdessen einen rein vermögensschädigenden Charakter aufweist. Entscheidend für ihre Beantwortung ist die inhaltliche Bestimmung des Korruptionsbegriffs.

Etymologisch entstammt das Wort Korruption dem lateinischen „*corruptere*“, einer Zusammensetzung des Verbs *rumpere* (verletzen, vernichten, zerstören) und der vorangestellten Silbe *cor* (ganz, völlig), und bedeutet: Verderbtheit, Bestechlichkeit, Sittenverfall.¹²

Schon die Fülle möglicher Wortbedeutungen reflektiert die Vielschichtigkeit des Begriffs und lässt die mit seiner Bestimmung verbundene Problematik erahnen.

Eine allseits befriedigende Antwort auf die Frage, was Korruption ist und welche Handlungen sie erfasst, lässt sich nicht geben, da weder eine entsprechende Legaldefinition noch ein allgemein anerkannter, einheitlicher Korruptionsbegriff existieren.¹³

Führt man sich allerdings vor Augen, dass es sich um ein komplexes, interdisziplinäres und nahezu ubiquitäres Phänomen handelt, wird deutlich, warum sich die Suche nach einer allgemein geltenden Begriffsbestimmung so schwierig gestaltet. Mit Recht

¹² Kluge, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, Stichwort: Korruption; s. a. Begriffsbestimmung bei Seidel, Kriminalistik 1993, 2.

¹³ Vgl. Ahlf, Kriminalistik 1996, 154; Bannenberg 2002, S. 13; Kerner/Rixen GA 1996, 355, 359; Seidel Kriminalistik 1993, 2, 4.

A. Grundlagen

stellt daher *Bannenberg* fest, dass es aufgrund der Vielzahl in Betracht kommender Handlungsarten eine umfassende, allen Erscheinungsformen gerecht werdende Korruptionsdefinition gar nicht geben könne.¹⁴ Gleichwohl finden sich Unmengen verschiedener wissenschaftsspezifischer Begriffsbestimmungen¹⁵, spezieller Arbeitsdefinitionen¹⁶ und allgemeiner Deutungsversuche¹⁷.

Hierzu zählt auch der strafrechtliche Korruptionsbegriff, der seit den Änderungen durch das sog. Korruptionsbekämpfungsgesetz¹⁸ im Wesentlichen die Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§§ 299, 300 StGB), die Vorteilsnahme und Vorteilsgewährung im Amt (§§ 331 bis 335 StGB) und die Wähler- und Abgeordnetenbestechung (§ 108b und § 108e StGB) umfasst und seit dem 04.06.2016 nunmehr auch die Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen (§§ 299a, 299b, 300

¹⁴ Vgl. *Bannenberg* 2002, S. 13; im Ergebnis ebenso *Kubica*, Kriminalistik 2002, 589 f. und *Krug* 1997, S. 1 und *Noack* 1985, S. 14, der die Suche nach einer allseits befriedigenden Definition treffend mit „der Suche nach dem heiligen Gral“ vergleicht.

¹⁵ So stellt Korruption aus ethisch-moralischer Sicht eine Folgeerscheinung des Verfalls moralischer Werte dar, die begrifflich all jene Verhaltensweisen erfasst, bei denen sich Personen mit öffentlichen oder privaten Aufgaben auf Kosten der Allgemeinheit unangemessene Vorteile verschaffen (*Haas* 2005, S. 14). Soziologisch betrachtet wiederum liegt eine „soziale Beziehung zwischen individuellen Akteuren [...] vor, die unter Missachtung der auf das Rollenhandeln gerichteten universalistischen Erwartungen um die partikularistische Komponente eines persönlichen Austauschverhältnisses erweitert wird“ (*Höffling* 2002, S. 15 f.). Wirtschaftswissenschaftlich definiert handelt es sich um eine Art profitmaximierenden Tausch unter Marktgesetzen, geprägt von einem rational kalkulierten Handeln der Beteiligten, mit dem Ziel der persönlichen Nutzenmaximierung (*Herberer* 1991, S. 20 f.; *Schmidt* 1969, S. 130). Auch in der Politikwissenschaft dominiert der Tausch- und Machtgedanke, hier begreift man korruptives Verhalten als „unmoralischen Tausch, gekennzeichnet durch die Verletzung von Rechts- oder sonstigen allgemeinen Verhaltensnormen und den Missbrauch von Macht (*Neckel* in: Kursbuch Korruption 1995, S. 9 ff.).

¹⁶ So z. B. die Arbeitsdefinitionen in *Vahlenkamp, Knauß* 1995, S. 20 und *Transparency International e.V.*, <http://www.transparency.de/was-ist-korruption.2176.0.html> (Stand: 20.12.2016).

¹⁷ S. d. *Noack* 1985, S. 14, der Korruption als den Missbrauch anvertrauter Macht zu eigenem Vorteil, auf Kosten der Allgemeinheit definiert.

¹⁸ Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 13.08.1997, in Kraft getreten am 01.04.1998, BGBl. I S. 2038, dessen Entstehung wesentlich durch die Ergebnisse und Empfehlungen des 61. DJT, der sich mit der Änderung des Straf- und Strafprozessrechts zur Korruptionsbekämpfung in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft befasst hatte, beeinflusst wurde. Ausführlich dazu *Korte* NJW 1997, 2556 ff.

StGB) geregelt wird. Nicht eingeschlossen ist der Straftatbestand der Untreue, der ebenso wie der Betrug ein typisches Begleitdelikt der Korruptionsstraftaten darstellt.

Problematisch an dieser Begriffsbestimmung ist die durch sie bewirkte Präzisierung. Dies gilt vor allem unter dem Gesichtspunkt der handlungsleitenden Wirkung des Strafrechts, da viele durch die Gesellschaft allgemein als korrupt eingeordneten Verhaltensweisen für Außenstehende strafrechtlich nur unzureichend oder gar nicht erfasst werden.¹⁹ Beispielhaft hierfür ist die zu beurteilende Konstellation, bei der dies lange Zeit der Fall war.

Die damit verbundene Frage der Grenze zwischen tatsächlicher Wertung und geltendem Ultima-Ratio-Prinzip ist im Einzelnen oft schwer zu beantworten. Sie ist dem zeitlichen Wandel unterlegen und durch den Gesetzgeber immer wieder dahingehend zu prüfen, ob die geltenden Normen dem Balanceakt zwischen dem Strafrecht als Ultima Ratio und der Erfassung strafwürdiger und strafbedürftiger Handlungsweisen noch gerecht werden.

Aufgrund der engen Verknüpfung der Vertragsarztuntreue mit den §§ 299a ff. StGB in Konstellationen der Vertriebskorruption wird dieser Arbeit ein weiter strafrechtlicher Korruptionsbegriff zugrunde gelegt, der neben den expliziten Korruptionsdelikten auch untreu- und betrugsrelevante Verhaltensweisen erfasst. Eine solche Begriffsbestimmung ist schon aufgrund des gemeinsamen Kerngedankens der heute verbreiteten Korruptionsansätze²⁰, des Verständnisses von Korruption als spezifische Austauschbeziehung mit dem Ziel der Vorteilerlangung durch die Verletzung der Interessen Dritter oder der Allgemeinheit und

¹⁹ Zum Ganzen *Bannenber* 2002, S. 13.

²⁰ Zur Übersicht s. o. Fn. 13.

durch den Missbrauch von (systembedingter) Macht geboten.²¹ Letzteres prägt maßgeblich das Handlungsunrecht der Untreue²² und rechtfertigt die thematische Erfassung der Problematik durch den Oberbegriff der Korruption, der auch im Strafrecht mit dem Inkrafttreten der neuen Vorschriften zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen eine dementsprechende Erweiterung erfahren hat. Hinzu kommt die im Folgenden zu erläuternde Doppelstruktur der zu beurteilenden Kick-back-Sachverhalte, die als zweiseitiger Vorgang sowohl Bestechungs- bzw. Bestechlichkeitseigenschaften als auch Untreue- und Betrugsmerkmale enthalten.

3. Die Kick-back-Vereinbarung als Fall der Vertriebskorruption

Wie bereits erläutert, handelt es sich bei dem hier als Vertriebskorruption bezeichneten Phänomen um sog. Kick-back-Vereinbarungen. Bevor auf die Einzelheiten der Fallstruktur eingegangen wird, ist zunächst zu klären, was der Begriff des Kick-back in strafrechtlicher Hinsicht erfasst.

Der dem Englischen entnommene Begriff „Kick-back“ entspricht im Bestechungskontext der Provision.²³

²¹ Ausdrücklich i. d. S. *Noack* 1985, S. 14, der Korruption als den Missbrauch anvertrauter Macht zu eigenem Vorteil, auf Kosten der Allgemeinheit definiert. Dieser Gedanke findet sich auch bei der Untreue wieder. Er stellt nach *Schünemann* das typische Unrechtsmerkmal der Norm dar. Vgl. *LK/Schünemann* Rn. 47.

²² So *LK/Schünemann* Rn. 47 ff., nach dem das typische Unrechtsmerkmal der Norm in der zweckwidrigen Ausübung anvertrauter Herrschaft über fremdes Vermögen liegt.

²³ Vgl. *Pons*, Großwörterbuch (Englisch-Deutsch), Stichwort: „kickback“.

A. Grundlagen

Das Wort Provision entstammt dem italienischen „provvisione“, „proviggione“: Verschaffung, Bezahlung und Vermittlungsgebühr.²⁴

Aus strafrechtlicher Sicht handelt es sich dabei um einen international verbreiteten Begriff für Bestechungs- bzw. Schmiergeldzahlungen im Sinne von verdeckten Geldzahlungen und Vorteilsgaben, die wirtschaftlich dem Vermögen der durch den Schmiergeldempfänger vertretenen Vertragspartei entstammen und dem Empfänger entweder vom Vertragspartner selbst oder durch dessen Vertreter im Gegenzug für die Herbeiführung der Vertragsdurchführung oder des Vertragsabschlusses gewährt werden.²⁵

Unter Bezugnahme auf das Arbeitsthema wird mit dem Begriff im Folgenden inhaltlich die Geldzahlung oder geldwerte Vorteilsgabe für wettbewerbsrelevante Verordnungsleistungen definiert.

Der Kick-back-Struktur der Vertriebskorruption liegt ein zweiseitiger, in zwei Handlungsteile – den Ab- und Rückfluss von Vermögenswerten aus der vom Vertragsarzt beeinflussbaren Vermögenssphäre der Krankenkassen heraus und zurück an diesen selbst – gegliederter Vorgang zugrunde, der im Rahmen eines äußerlich neutralen und regulären produkt- oder auch projektbezogenen Austauschgeschäftes abläuft.

Auch wenn Beteiligte einer jeden Kick-back-Konstellation der Geschädigte, der Vorteilsempfänger und ein beeinflussender Dritter sind, spricht man von einem zweiseitigen Vorgang, da der

²⁴ Kluge, Etymologisches Wörterbuch, Stichwort: Provision; Lazzioli/Nemi, Wörterbuch der deutschen und italienischen Sprache, Stichwort: „provvisione“.

²⁵ S. a. Bernsmann/Schoß StV 2005, 576; ders. GesR 2005, 193; Rönnau, FS Kohlmann 2003, 239, 240; MK/Dierlamm Rn. 272; LK/Schünemann Rn. 103; Szebrowski 2005, S. 1 f.

Vorteilsempfänger der Vermögenssphäre des Geschädigten zuzurechnen ist.²⁶ Dies gilt auch in Fällen der Vertriebskorruption. Hier steht der durch einen Dritten beeinflusste Vertragsarzt als Vorteilsempfänger aufgrund seiner sozialrechtlich verankerten Stellung in einer rechtlichen Nähebeziehung zur Krankenkasse als mögliche Geschädigte und hat die Möglichkeit, zu deren Lasten Vermögensdispositionen zu veranlassen.

Für die Kassen selbst und sonstige Außenstehende sind entsprechende Vereinbarungen i. d. R. nicht erkennbar, da der Abfluss unter dem Deckmantel einer äußerlich regulären Verordnung und eines äquivalenten Leistungs- und Gegenleistungsverhältnisses erfolgt, bei dem die Vorteilsgaben an den Vertragsarzt als Vortragshonorare für scheinbare Referenten- bzw. Beratertätigkeiten oder Ähnliches ausgewiesen werden.

Betrachtet man die Struktur der Kick-back-Vereinbarungen aus strafrechtlicher Sicht wird deutlich, dass die Vorteilsgabe für die Verordnung gegebenenfalls Bestechungs- bzw. Bestechlichkeitscharakter aufweist, während der Untreue- bzw. Betrugscharakter die Verursachung des Vermögensabflusses prägt. Letzteres folgt aus dem gesetzlich begründeten Näheverhältnis des Vertragsarztes zu den Krankenkassen.

4. Dimension und Bedeutung der Problematik

Nach Angaben des GKV-Spitzenverbandes (GKV-SV) unterfallen in Deutschland rund 90 Prozent der Bevölkerung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV).²⁷ Dementsprechend hoch sind die sozialstaatlichen Ausgaben in diesem Bereich.

²⁶ BGH Beschl. v. 29.03.2012 – GSSt 2/11, BGHSt 57, 202 ff. = NSTZ 2012, 505 ff.

²⁷ Daten der Krankenkassen abrufbar unter: http://www.gkv-spitzenverband.de/krankenversicherung/krankenversicherung_grundprinzipien/grundprinzipien.jsp (Stand: 20.11.2016).

A. Grundlagen

Bei einem hohen Finanzvolumen innerhalb eines komplizierten und intransparenten, im Einzelnen schwer durchschaubaren, Regelungssystems²⁸ ist der Anreiz für Korruption und Missbrauch groß, vor allem, wenn finanzielle Schäden nicht zulasten personifizierter Opfer, sondern des Systems und damit der Allgemeinheit gehen. Insgesamt werden die durch kriminelles Fehlverhalten und Fehlallokationen verursachten Schäden auf einen Größenbereich von einer bis zu 20 Mrd. Euro jährlich geschätzt.²⁹ Eine valide Bezifferung denkbarer Schäden infolge von Vertriebskorruption gibt es nicht.

Auch die allgemein veröffentlichten Zahlen zu möglichen Schäden durch Korruption im Gesundheitswesen sind schon aufgrund ihrer Eigenschaft als „vermuteter Schätzwert“ wenig aussagekräftig. Dies insbesondere, weil ein Schaden infolge der für Kickback-Leistungen typischen, strukturellen Abwicklung der Vereinbarung, als Teil eines äußerlich völlig regulär wirkenden Austauschgeschäfts, nur schwer fassbar ist. Hinzu kommt, dass die Korruptionsdiskussion in der pharmazeutischen Industrie eine Alarmstimmung ausgelöst hat, die dazu führte, dass den Fehlentwicklungen bei Vermarktungsstrategien durch die Implementierung von Compliance-Anforderungen, entsprechenden Mitarbeiterschulungen und vor allem durch die Verschärfungen der den überwiegenden Teil der Branche bindenden Verhaltenskodizes erheblich entgegengesteuert wurde. Durch diesen Beitrag der Industrie ist es heute erheblich schwieriger, Gegenleistungen für ihre Verordnungstätigkeiten zu vereinbaren und zu erhalten. We-

²⁸ Im internationalen Transparenzstandard der Gesundheitssysteme liegt Deutschland nur im Mittelfeld. *Köhler VerwArch* 2009, 391, 403 f. An diesem Ergebnis dürfte sich auch heute wohl nur wenig geändert haben.

²⁹ *Badle NJW* 2008, 1028 ff. (ca. 1 Mrd.); *Transparency International e.V.* Grundsatzpapier 2005, S. 4 (6 bis 20 Mrd.).

sentlich verbreiteter sind sog. „Kopfprämien“ bzw. „Zuweisungen gegen Entgelt“³⁰ und ärztliches Fehlverhalten im Bereich der Leistungsabrechnung.³¹

Gleichwohl steht, auch wenn über das Dunkelfeld und die materielle Höhe etwaiger Schäden für die Krankenkassen nur spekuliert werden kann, außer Zweifel, dass Kick-back-Leistungen für ein selektives ärztliches Ordnungsverhalten sozial unethisch und vehement zur verurteilen sind. Sie tangieren den Ruf der Ärzteschaft und den Glauben an eine integere, allein am Patientenwohl orientierte Behandlung und untergraben damit das Vertrauen der Allgemeinheit in die sozial- und rechtsstaatlichen Grundstrukturen unserer Gesellschaft.

II. Die sozialrechtlichen Vorgaben

Da die hier zu beurteilende wirtschaftsstrafrechtliche Fragestellung starke sozialrechtliche Bezüge aufweist, sind neben den Voraussetzungen und Anforderungen des Untreuetatbestandes auch die sozialrechtlichen Besonderheiten mit der dazugehörenden höchstrichterlichen Rechtsprechung zu erläutern.

1. Der Vertragsarzt als Teil der GKV

Um die Schlüsselstellung des Vertragsarztes innerhalb der Arzneimittelversorgung der GKV-Versicherten zu verdeutlichen, wird zunächst ein kurzer Überblick über das Vertragsarztwesen, die der Versorgung zugrundeliegenden Rechtsverhältnisse und

³⁰ Terminologisch erfassen diese Begrifflichkeiten die Problematik sog. Überweisungs- und Einweisungspauschalen als Beispiele für die Verknüpfung von Zuweisungsentscheidungen mit der Gewährung von finanziellen Vorteilen. S. d. *Filtrop/Rieser* DÄBl. 2009, 1819 ff.; *Gummer/Meier* MedR 2007, 75, 84; *Krafczyk/Lietz* ZMGR 2010, 24 ff.; *Lindemann/Ratzel* 2010, 9 ff.; *Schneider/Gottschaldt* wistra 2009, 133 ff.; *Spickhoff* NJW 2004, 1710, 1712. Zur Verbreitung dieser Praktiken s. Studie von *Bussmann* 2012.

³¹ Zum Betrug und seiner Bedeutung bei der Leistungsabrechnung in der gesetzlichen Krankenversicherung *Homann* 2009, S. 2 ff.

A. Grundlagen

das vertragsärztliche Abrechnungs- und Vergütungssystem gegeben.

Nach dem in der GKV geltenden Bedarfsdeckungsprinzip haben gesetzlich Versicherte gemäß §§ 2 Abs. 1 u. 4, 12 Abs. 1, 70 Abs. 1, 72 Abs. 2 SGB V einen Anspruch auf die medizinisch notwendigen Leistungen, die ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sind, das Maß des Notwendigen nicht überschreiten, dem gegenwärtigen Erkenntnisstand entsprechen und den medizinischen Fortschritt berücksichtigen. Die Einzelheiten dieser Leistungserbringung sind im dritten und vierten Kapitel des SGB V geregelt.

Soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht, gilt als Regelfall das Sachleistungsprinzip, das als Ausprägung des sozialen Schutzgedankens Hilfe im Krankheitsfall gewährt. Nach diesem hat die GKV den Versicherten die gesetzlich vorgesehenen Sach- und Dienstleistungen zu beschaffen. Leistungen, die nicht der Eigenverantwortung der Versicherten zuzurechnen sind, werden gem. § 2 Abs. 1 S. 1 SGB V über die Krankenkassen unter Beachtung des in § 12 Abs. 1 S. 1, 70 Abs. 1 S. 2 SGB V normierten und damit auch im Krankenversicherungsrecht geltenden Wirtschaftlichkeitsgebots³² zur Verfügung gestellt.

Letzteres folgt aus dem Solidarprinzip und dem Charakter der gesetzlichen Krankenversicherung als Pflichtversicherung³³ und beschränkt den Sachleistungsanspruch auf ausreichende, zweckmäßige und das Maß des Notwendigen nicht überschreitende Leistungen. Es resultiert direkt aus dem vertragsärztlichen Versorgungssystem, gilt sowohl für das Leistungs- als auch Leistungserbringerrecht³⁴ und stellt eine allgemeine, an alle GKV-Akteure gleichermaßen adressierte Verpflichtung dar, die das Gesetz als

³² Das Wirtschaftlichkeitsgebot stellt einen allgemeinen, das gesamte öffentliche Haushaltsrecht bestimmenden Grundsatz dar. *J. Schmidt* 2006, S. 25 ff.

³³ Ausführlich dazu *Hancock* 2006, S. 118; *Laufs/Uhlenbruck/Krauskopf* § 34 Rn. 1; *Quaas/Zuck* § 6 Rn. 1.

³⁴ S. d. *Brandts/Seier* FS Herzberg 2008, 811, 817 f.

voll gerichtlich überprüfbaren unbestimmten Rechtsbegriff erfasst.³⁵ Grundsätzlich haben die Krankenkassen und die Leistungserbringer eine bedarfsgerechte und gleichmäßige, dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechende, Versichertenversorgung zu gewährleisten.³⁶ Diese soll im Einzelfall ausreichend und zweckmäßig sein, darf das Maß des Notwendigen nicht überschreiten und muss fachlich ordnungsgemäß und wirtschaftlich erbracht werden.³⁷ Unwirtschaftliche Verordnungen können nach § 106 Abs. 5 S. 1 SGB V zu Honorarkürzungen und Regressforderungen führen.³⁸

Für die ambulante Versorgung bedienen sich die Kassen vorrangig der Vertragsärzte. Deren Stellung im System und die der Leistungserbringung zugrundeliegenden Rechtsverhältnisse werden im Folgenden überblicksartig dargestellt.

1.1. Das Berufsbild des Vertragsarztes

An der ambulanten Versorgung GKV-Versicherter dürfen Ärzte nur teilnehmen, wenn sie als Vertragsarzt zur Behandlung sozialversicherter Patienten nach § 95 Abs. 2 SGB V zugelassen oder gemäß § 95 Abs. 1 S. 1, 2. HS, Abs. 4 SGB V zur Teilnahme an

³⁵ BVerfG Urt. v. 06.12.2005 – 1 BvR 347/98, BVerfGE 115, 25 ff. = NJW 2006, 891 ff.; *Noak MedR* 2002, 76, 80.

³⁶ *Schlegel* 2008, S. 30; *Schwerdtfeger NZS* 1998, 97, 98.

³⁷ Eingehend zur Struktur und Systematik des Wirtschaftlichkeitsgebotes *Greiner/Benedix SGB* 2013, 1 ff.

³⁸ *Geis GesR* 2006, 348. § 106 SGB V verpflichtet die Kassenärztlichen Vereinigungen und die Krankenkassen zur Überwachung der Wirtschaftlichkeit. Überprüfbar ist die ärztliche Behandlung einschließlich der Verordnungen. Immer wieder wird diskutiert, ob eine solche Prüfung mit dem konkreten Behandlungsanspruch des einzelnen Patienten und der daraus resultierenden Pflicht des Arztes zur standardgerechten Versorgung vereinbar ist. Insbesondere, weil für den Arzt den Mehrnutzen bedeutsamer sein sollte als der Mehrpreis. S. d. BSG Urt. v. 31.05.2006 – B 6 KA 13/05 R, BSGE 96, 261 ff. = *SGB* 2006, 470 ff.; *Steffen FS Geiß* 2000, 487 ff.

A. Grundlagen

der vertragsärztlichen Versorgung ermächtigt wurden.³⁹ Über die Zulassung entscheiden die Zulassungsausschüsse der zuständigen Kassenärztlichen Vereinigungen (KVen), ein nach § 96 SGB V und § 34 Ärzte-ZV paritätisch mit je drei Vertretern der Kassenärztlichen Vereinigung und der Krankenkassen besetztes Gremium. Die Zulassung hat zu erfolgen, wenn der Antragsteller nach der Approbation und der abgeschlossenen Facharztausbildung in das Arztregister der Kassenärztlichen Vereinigung eingetragen ist (§§ 95 Abs. 2 S. 1, 95a Abs. 1 SGB V), keine Zulassungsbeschränkungen bestehen (§ 103 SGB V i. V. m. § 16b Ärzte-ZV) und der Zulassung keine Hinderungsgründe entgegenstehen. Mit dem am 01.01.2007 in Kraft getretenen Vertragsarztrechtsänderungsgesetz (VÄndG)⁴⁰ sind nach § 19a Abs. 2 Ärzte-ZV auch Teilzulassungen erlaubt. Ebenfalls zulässig ist es gemäß § 20 Abs. 2 Ärzte-ZV, zusätzlich zur Vertragsarztstätigkeit als angestellter Arzt in einem Krankenhaus beschäftigt zu sein und nach §§ 24 Abs. 3, 32b Abs. 1 Ärzte-ZV Zweigpraxen an weiteren Orten – auch in Bezirken anderer Kassenärztlichen Vereinigungen – zu eröffnen, wenn die Versorgung der Versicherten dadurch verbessert wird.

Die Versorgung der Versicherten erfolgt überwiegend in Einzelpraxen, in der ein einzelner Arzt Patienten persönlich behandelt. Immer öfter finden sich aber auch Praxisgemeinschaften, Gemeinschaftspraxen und medizinische Versorgungszentren.⁴¹ Während sich bei der Praxisgemeinschaft mehrere Ärzte zur ge-

³⁹ Zu den Vertragsärzten zählen auch zugelassene psychologische Psychotherapeuten sowie Kinder- und Jugendpsychotherapeuten. Auch Sie sind Mitglieder der zuständigen Kassenärztlichen Vereinigungen und an der Honorarverteilung beteiligt. Da dieser Gruppe aufgrund der fehlenden Verordnungsfähigkeit unter dem Gesichtspunkt des Pharmamarketings keine Bedeutung zukommt, wird auf sie nicht gesondert eingegangen.

⁴⁰ Gesetz zur Änderung des Vertragsarztrechts und anderer Gesetze in der Fassung vom 22.12.2006, BGBl. I S. 3439.

⁴¹ Zum Ganzen *Simon* 2013, S. 273 ff.

A. Grundlagen

meinsamen Nutzung der Praxisräume mit eigenständiger Patientenkartei und Abrechnung zusammenschließen, handelt es sich bei einer Gemeinschaftspraxis um einen ganzheitlichen Zusammenschluss zur gemeinsamen Berufsausübung mit einheitlicher Patientenkartei und gemeinsamer Abrechnung.⁴² Von einem medizinischen Versorgungszentrum (MVZ) spricht man bei einer ärztlich geleiteten, fachübergreifenden Einrichtung, in der mindestens zwei Ärzte unterschiedlicher Fachgebiete als Vertragsärzte oder angestellte Ärzte tätig sind.⁴³

Nach überwiegender Ansicht ist der Vertragsarzt kein Instrument staatlicher Aufgabenerfüllung, da er weder zu den Krankenkassen noch zu den Kassenärztlichen Vereinigungen in einem Dienstverhältnis steht. Die vertragsärztliche Tätigkeit stellt daher kein eigenständiges, dem Öffentlichen Dienst zuzuordnendes Berufsbild, sondern eine Ausübungsform des freien Arztberufes dar.⁴⁴ Hierzu hat das BVerfG in der als „*Kassenarzturteil*“ bekannten Grundsatzentscheidung vom 23.03.1960⁴⁵ klargestellt, dass der Kassenarzt gerade nicht Dienstnehmer der GKV, sondern deren Mitglied sei und als solches freiwillig an der Versorgung der Versicherten teilnehme.⁴⁶

Die Tätigkeit des Kassenarztes bleibe auch innerhalb des öffentlich-rechtlich organisierten GKV-Systems freiberuflich, da sich

⁴² BVerfG Urt. v. 23.03.1960 – 1 BvR 216/51, BVerfGE 11, 30, 39 ff. = NJW 1960, 715 ff.; Zu den Begrifflichkeiten s. Laufs/Katzenmeier/Lipp S. 62 Rn. 4.

⁴³ S. d. Simon 2013, S. 284.

⁴⁴ Vgl. statt vieler Hörnemann 1994, S. 101, S. 349; Laufs/Kern § 3 Rn. 8; Quaas/Zuck § 12 Rn. 10 ff.; ders. MedR 2001, 34 f.; Reese PharmR 2006, 92, 97; Sodan NZS 2001, 169, 173 f.; Taschke StV 2005, 406, 410; Taupitz 1991, S. 86; Ulsenheimer MedR 2005, 622, 626; Weiß NZS 2005, 67, 74.

⁴⁵ BVerfG Urt. v. 23.03.1960 – 1 BvR 216/51, BVerfGE 11, 30, 39 ff. = NJW 1960, 715 ff.

⁴⁶ BVerfG Urt. v. 23.03.1960 – 1 BvR 216/51, BVerfGE 11, 30, 39 ff. = NJW 1960, 715, 718 ff.; BVerfG Urt. v. 23.07.1963 – 1 BvL 1/61; 1 BvL 4/61, BVerfGE 16, 286, 298 = NJW 1963, 1667 ff.; BVerfG Urt. v. 29.10.2002 – 1 BvR 525/99, BVerfGE 106, 181, 196 = NJW 2003, 879 ff. Die Rechtsprechung sieht in der Tätigkeit als Vertragsarzt eine bloße „Berufsmodalität“ des freien Arztberufes. Dementsprechend betreffen diesbezügliche gesetzliche Beschränkungen nicht die Freiheit der Berufswahl, sondern die Berufsausübung.

die gesetzliche Krankenversicherung der Ärzte zur Erfüllung ihrer Aufgaben bediene und das Kassenarztsystem auf dem freien Beruf des Arztes aufbaue, indem es dessen Vorhandensein praktisch und rechtlich voraussetze.⁴⁷

Dem ist beizupflichten. Historisch betrachtet handelt es sich bei freiberuflichen Tätigkeiten um Dienstleistungen höherer Art, die sich durch einen unmittelbaren, persönlichen Einsatz geistiger Arbeitskraft in eigenverantwortlicher Stellung auszeichnen.⁴⁸ An diesen Grundsätzen halten auch die heutigen Definitionen fest. Sowohl die Legaldefinition nach § 1 Abs. 2 S. 1 PartGG⁴⁹ als auch die Begriffsbestimmung durch den Europäischen Gerichtshof⁵⁰ stellen den intellektuellen Charakter der Tätigkeit, eine hohe Qualifikation des Ausführenden und die persönliche und eigenverantwortliche Leistungserbringung in den Vordergrund. Reflektiert man die Voraussetzungen zeigt sich, dass die vertragsärztliche Tätigkeit diesen inhaltlichen Anforderungen entspricht. Die ärztliche Behandlung setzt qualifizierte Fähigkeiten voraus, die im Zuge eines langjährigen Medizinstudiums erworben werden müssen und für die Gesellschaft und den Einzelnen von besonderer Bedeutung sind.⁵¹ Sie darf erst zulasten der GKV erbracht wer-

⁴⁷ BVerfG Urt. v. 23.03.1960 – 1 BvR 216/51, BVerfGE 11, 30, 39 ff. = NJW 1960, 715 ff.

⁴⁸ Herffs wistra 2004, 281, 282, Weiß NZS 2005, 67, 69 f. jeweils m. w. N.

⁴⁹ Wortlaut des § 2 Abs. 2 S. 1 PartGG: „Die Freien Berufe haben im allgemeinen auf der Grundlage besonderer beruflicher Qualifikation oder schöpferischer Begabung die persönliche, eigenverantwortliche und fachlich unabhängige Erbringung von Dienstleistungen höherer Art im Interesse der Auftraggeber und der Allgemeinheit zum Inhalt. Ausübung eines „Freien Berufs“ im Sinne dieses Gesetzes ist die selbständige Berufstätigkeit der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte [...].“

⁵⁰ Vgl. EUGH Urt. v. 11.10.2011 – C 267/99, EUGH I 2001, 7467 ff. = DB 2001, 2280 ff. (Rechtssache Adam): „Freiberufliche Tätigkeiten haben ausgesprochen intellektuellen Charakter, verlangen eine hohe Qualifikation und unterliegen gewöhnlich einer genauen und strengen berufsständischen Regelung. Bei der Ausübung einer solchen Tätigkeit hat das persönliche Element besondere Bedeutung. Die Ausübung setzt eine große Selbständigkeit bei der Vornahme der beruflichen Handlungen voraus.“

⁵¹ Pfalzgraf MedR 2000, 257, 260.

A. Grundlagen

den, wenn der Arzt aufgrund der Approbation zur Berufsausübung berechtigt ist und zur Teilnahme an der Versorgung GKV-Versicherter zugelassen wurde.⁵² Nur wenn diese gesetzlich geregelten Voraussetzungen vorliegen, ist es einem Mediziner überhaupt möglich, gesetzlich versicherte Patienten als Vertragsarzt zulasten der Kassen zu behandeln. Die Tatsache, dass die vertragsärztliche Behandlung im Rahmen sozialversicherungsrechtlicher Beschränkungen erfolgt, ändert nichts daran, dass sie in medizinischer Hinsicht unabhängig und weisungsfrei erbracht wird⁵³ und der Vertragsarzt seine Tätigkeit damit trotz der Eingliederung in das Organisations- und Normensystem der GKV als „freien Beruf“ ausübt.⁵⁴ Hiervon gehen auch § 98 Abs. 2 Nr. 13 SGB V, § 1 Abs. 2 BÄO und § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG aus, die die Gewährleistung der Grundsätze der Freiberuflichkeit (§ 98 Abs. 2 Nr. 13 SGB V und § 1 Abs. 2 BÄO) und die grundsätzliche Zugehörigkeit des Arztberufes zu den freien Berufen (§ 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG) normieren.

⁵² Die Zulassung ist für die Berufsausübung im System der vertragsärztlichen Versorgung statusbegründend und als solche ein rechtsgestaltender Verwaltungsakt i. S. d. § 31 SGB X. Zum Ganzen Quaas/Zuck § 19 Rn. 1 ff.

⁵³ Wobei die Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit ausschließlich in medizinischer Hinsicht besteht.

⁵⁴ So die heute h. M.: St. Rspr. seit dem Kassenzurteil des BVerfG v. 23.03.1960 – 1 BvR 216/51, BVerfGE 11, 30 ff. = NJW 1960 715 ff.; zur Lit. vgl. statt vieler Hörnemann 1994, S. 101, S. 349; Laufs 1982, S. 6 ff.; ders. FS Deutsch 1999, S. 625 f.; Ratzel/Luxenburger/Küpper § 5 Rn. 15; Quaas MedR 2001, 34 f.; Sodan 1997, S. 15 ff., 63 ff.; ders. NZS 2001, 173; Taschke StV 2005, 407; Schmidt-Aßmann NJW 2004, 1689, 1691 f.; Taupitz 1991, S. 86; Weiß NZS 2005, 69 ff.; Zuck NJW 2001, 2055, 2056 f. jeweils m. w. N.

A. Grundlagen

Die Auffassungen, nach denen der Vertragsarzt rechtstechnisch als Beliehener⁵⁵ einzuordnen sei bzw. es sich bei der vertragsärztlichen Tätigkeit um einen staatlich gebundenen Beruf⁵⁶ oder eine arbeitnehmerähnliche Stellung⁵⁷ handele, sind abzulehnen. Eine Beleihung setzt die Betrauung einer Privatperson mit der selbständigen Erfüllung staatlicher Aufgaben im eigenen Namen voraus.⁵⁸ Sie hat die Konsequenz, dass der Beliehene als Behörde im Sinne des § 1 Abs. 4 VwVfG angesehen wird, im Rahmen seiner Beleihung selbst als Hoheitsträger und als Teil der mittelbaren Staatsverwaltung fungiert⁵⁹ sowie seine Tätigkeit der Staatshaftung unterfällt.⁶⁰ Dies ist bei einem Vertragsarzt nicht der Fall.⁶¹ Es fehlt bereits an der Übertragung der staatlichen Gewährleistungsverantwortung zur Sicherstellung der Gesundheitsfürsorge und der Ausübung hoheitlicher Befugnisse. So wird insbesondere der Sicherstellungsauftrag in § 75 Abs. 1 SGB V den Kassenärztlichen Vereinigungen und der Kassenärztlichen Bundesvereinigung (KBV) überantwortet. Zwar ist der einzelne Vertragsarzt über § 72 SGB V in die Sicherstellung einbezogen, die Übertragung einer Mitwirkungsverpflichtung qualifiziert ihn jedoch

⁵⁵ Missverständlich BSG Urt. v. 16.12.1993 – 4 RK 5/92, BSGE 73, 271, 278, 281 = NZS 1994, 507 ff., das den Vertragsarzt als „mit der Rechtsmacht zur Konkretisierung des Sachleistungsanspruchs des Versicherten beliehen“ bezeichnete. Ausdrückliche Einordnung als „Beliehener“: *Schwerdtfeger* NZS 1998, 101.

⁵⁶ Der Begriff des „staatlich gebundenen Berufs“ geht auf *Triepel* zurück und erfasst Berufe, deren Angehörige auf Grund öffentlichen Rechts in einem Verhältnis zum Staat stehen, das infolge der Gebundenheit der Berufserfüllung, der Gestaltung der Berufspflichten und der staatlichen Aufsicht eine sehr starke Ähnlichkeit zum Berufsbeamtentum aufweise (sog. „Halbbeamte“). *Triepel* FS Binding (Bd. 2) 1911, 1, 15 ff., 53, 73. In diesem Sinne auch *Bürck* MedR 1989, 63, 66 und *Pitschas* FS 40 Jahre Sozialgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz 1994, 217, 227, der den Vertragsarzt als eine Art „Kassenbeamten“ bezeichnet.

⁵⁷ So *Boecken* FS Maurer 2001, 1091 ff.

⁵⁸ Ausf. dazu *Dreier* 1991, S. 249; *Weiß* 2002, S. 39 ff.

⁵⁹ *Dreier* 1991, S. 248 f.; *Weiß* NZS 2005, 69 m. w. N.

⁶⁰ *Isensee* VVDStRL 54 (1995), 304.

⁶¹ *Sodan* 1997, 119 ff., 135 f.; *Weiß* NZS 2005, 70.

A. Grundlagen

nicht zum Auftragsadressaten.⁶² Auch hoheitliche Befugnisse umfasst die vertragsärztliche Tätigkeit nicht, da jede Krankenbehandlung unabhängig davon, ob sie von einem Vertragsarzt oder sonst ärztlich tätigen Mediziner vorgenommen wird, nach der Rechtsprechung der Zustimmung bzw. Einwilligung des Patienten bedarf.⁶³ Zusätzlich dazu verdeutlichen auch die Rechtsfolgen der Beleihung, dass der Vertragsarzt nicht als Beliehener einzuordnen ist. Da er weder Hoheitsträger noch Teil der mittelbaren Staatsverwaltung ist, wird seine Tätigkeit gerade nicht vom Staatshaftungsrecht erfasst.⁶⁴ Nur konsequent ist insoweit auch die damit korrespondierende Entscheidung des *Großen Strafsenats* zur Amtsträgereigenschaft des Vertragsarztes i. S. d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB, wonach die Anwendbarkeit der §§ 331, 332 StGB bereits an der fehlenden Tätertauglichkeit scheitert.⁶⁵

Einen staatlich gebundenen Beruf stellt die vertragsärztliche Tätigkeit ebenfalls nicht dar. Entscheidende Kriterien hierfür sind

⁶² Die Unterscheidung des Gesetzgebers zwischen bloßer Mitwirkungspflicht und expliziter Aufgabenübertragung verdeutlicht bereits der Vergleich des Wortlauts des § 72 Abs. 1 („wirken zur Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung der Versicherten zusammen“) mit § 75 Abs. 1 („haben die vertragsärztliche Versorgung in dem in § 73 Abs. 2 bezeichneten Umfang sicher zu stellen“) SGB V. Zum Ganzen *Sodan* 1997, S. 119 ff.

⁶³ Ausführlich dazu *Sch/Sch/Lenckner/Sternberg-Lieben* Vor §§ 32 ff. Rn. 43. Nach der Rspr. beinhaltet jeder ärztliche Heileingriff eine, durch ausdrückliche oder mutmaßliche Einwilligung rechtfertigungsfähige, Körperverletzung, bei der sich das Einwilligungserfordernis aus dem verfassungsrechtlich geschützten Selbstbestimmungsrecht des Patienten als Ausfluss seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach Art. 1, 2 Abs. 1 GG ergibt. Vgl. statt vieler BGH Urt. v. 28.11.1957 – 4 StR 525/57, BGHSt 11, 111 ff. = NJW 1958, 267 ff.; BGH Urt. v. 01.02.1961 – 2 StR 457/60, BGHSt 16, 309 ff. = NJW 1962, 682 ff.; BGH Urt. v. 19.11.1997 – 3 StR 271/97, BGHSt 43, 306 ff. = NJW 1998, 1802 ff.; BGH Urt. v. 04.10.1999 – 5 StR 712/98, BGHSt 45, 219 ff. = NJW 2000, 885 ff.; zust. *Frister/Lindemann/Peters* ArztStR S. 7 Rn. 11; *Fischer* § 223 Rn. 9; *Kindhäuser* BT I § 8 Rn. 23; *Rengier* BT II § 13 Rn. 15 ff.; *Rönnau/Hohn* JuS 2003, 998, 1001 f. In der Literatur überwiegt in unterschiedlichen Variationen die Ansicht, dass der indizierte, lege artis ausgeführte Heileingriff schon nicht strafatbestandsmäßig sei. Vgl. *Sch/Sch/Eser* § 223 Rn. 28 ff. m. w. N.

⁶⁴ *Weiß* NZS 2005, 69.

⁶⁵ BGH Beschl. v. 29.03.2012 – GStSt 2/11, BGHSt 57, 202 ff. = NSTZ 2012, 505 ff. s. d. A. II. 2.2., allg. zum Amtsträgerbegriff im Regelungsgefüge der Amtsdelikte und dem Amtsträgerbegriff des § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB *Heinrich* 2000, S. 165 ff. u. 365 ff.

A. Grundlagen

nach *Triepel*⁶⁶, dem dogmatischen Begründer dieser Rechtsfigur, und nach der Rechtsprechung *des BVerfG*⁶⁷ die Übertragung staatlicher Aufgaben, die Pflicht zur Hilfeleistung und die Disziplinalgewalt des Staates.⁶⁸ Auch hier fehlt es wiederum an der Übertragung staatlicher Aufgaben. Hinzu kommt, dass die Disziplinalgewalt nicht dem Staat, sondern gem. § 75 Abs. 2 S. 2 SGB V den Kassenärztlichen Vereinigungen obliegt, denen gem. § 75 Abs. 2 S. 1 SGB V aufgrund ihrer Zwitterstellung auch die Aufgabe der vertragsärztlichen Interessenvertretung zukommen.⁶⁹ Auch die Hilfeleistungspflicht - und damit einhergehende rechtliche Vorgaben - sind kein Zeichen staatlicher Bindung, sondern die Folgen der besonderen Bedeutung der vertragsärztlichen Leistung.⁷⁰ Sie schränken die Unabhängigkeit in wirtschaftlicher Hinsicht zwar ein, beseitigen aber nicht die ärztliche Therapiefreiheit.⁷¹

Bedenkt man schließlich, dass der Vertragsarzt mit seiner Zulassung zwar Teil des Leistungssystems wird, gleichwohl aber in keinem Dienst bzw. Abhängigkeitsverhältnis zu den Krankenkassen steht und das wirtschaftliche Risiko seiner Praxis eigenverantwortlich zu tragen hat, wird ferner deutlich, dass es sich auch nicht um eine arbeitnehmerähnliche Tätigkeit handelt.⁷²

⁶⁶ Zum Ganzen *Triepel* FS Binding (Bd. 2) 1911, 1 ff.

⁶⁷ BVerfG Beschl. v. 05.05.1964 – 1 BvL 8/62, BVerfGE 17, 371, 377 = NJW 1964, 1516 ff.; BVerfG Urt. v. 01.07.1986 – 1 BvL 26/83, BVerfGE 73, 301, 315 = NVwZ 1987, 401 ff.

⁶⁸ S. a. oben Fn. 53, *Triepel* FS Binding (Bd. 2) 1911, S. 15, 18, 53 ff., 73.

⁶⁹ S. d. *Kluth* 1997, S. 322 ff., *ders.* MedR 2003, 123, 126; *Merten* 1995, S. 37.

⁷⁰ *Sodan* 1997, S. 66 ff.; *Weiß* NZS 2005, 71.

⁷¹ *Ebsen* 1994, S. 14; *Weiß* NZS 2005, 71.

⁷² S. d. *Weiß* NZS 2005, 69.

1.2. Die Rechtsverhältnisse des Vertragsarztes zu den Krankenkassen, anderen Leistungserbringern und den Versicherten

Über die Kollektivvertragsermächtigungen der §§ 82 ff. SGB V (vertragsärztliche Versorgung), der §§ 125 Abs. 2, 126 Abs. 2 SGB V (Heil- und Hilfsmittelversorgung) und des § 129 Abs. 1, 2 u. 5 SGB V (Arzneimittelversorgung) hat der Gesetzgeber klargestellt, dass im Regelfall von einer Inanspruchnahme der Versicherten abzusehen ist. Die Vorschriften bilden die Grundlage für die Begründung von generellen, vom einzelnen Krankheitsfall unabhängigen, gesetzlichen Rechtsverhältnissen zwischen den beteiligten Leistungserbringern und den Krankenkassen. Es handelt sich um normative Rahmenrechtsverhältnisse, die nach dem objektivierten Willen des Gesetzgebers auszulegen sind.⁷³

Dieser Grundsatz bestimmt auch das Verhältnis der Vertragsärzte zu den Krankenkassen. Hier regeln die §§ 72 bis 106b SGB V, dass zwischen beiden Parteien grundsätzlich keine unmittelbaren Rechtsbeziehungen bestehen. Der Gesetzgeber hat sich für die Zwischenschaltung der Kassenärztlichen Vereinigungen entschieden und in § 72 Abs. 1 SGB V angeordnet, dass die Vertragsärzte mit den Krankenkassen und den dort genannten Leistungserbringern zur Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung der Versicherten zusammenwirken. Nach § 75 Abs. 1 S. 1 SGB V erfolgt diese Zusammenarbeit durch die Übertragung des Sicherstellungs- und Gewährleistungsauftrages an die Kassenärztliche Bundesvereinigung und die Kassenärztlichen Vereinigungen. Diese übernehmen gegenüber den Krankenkassen und ihren Verbänden die Gewähr, dass die vertragsärztliche Versor-

⁷³ BSG Urt. v. 17.01.1996 – 3 RK 26/94, BSGE 77, 194, 199 = SGB 1996, 660 ff.; s. d. auch *Detting A&R* 2005, 51, 53 f.

gung den gesetzlichen und vertraglichen Erfordernissen entspricht.⁷⁴ Die ihnen obliegende öffentlich-rechtliche Verpflichtung erfüllen die Kassenärztlichen Vereinigungen, indem sie mit den Verbänden der Krankenkassen auf Bundesebene Bundesmantelverträge gem. § 82 Abs. 1 SGB V und auf Landesebene Kollektivverträge nach §§ 82 Abs. 2 S. 1, 83, 85 SGB V schließen, die den Umfang der vertragsärztlichen Versorgung einschließlich der Rechte und Pflichten der Vertragsärzte und die Gesamtvergütung regeln. Letztere wird von den Kassen für die gesamte ärztliche Versorgung mit befreiender Wirkung an die Kassenärztlichen Vereinigungen geleistet (§ 85 Abs. 1 u. 4 SGB V) und von dieser an die Vertragsärzte verteilt. Ein direkter Vergütungsanspruch des Vertragsarztes gegenüber der Krankenkasse besteht daher im Regelfall nicht.⁷⁵

Von diesem Grundsatz ausgenommen sind die Fälle zulässiger selektivvertraglicher Vereinbarungen. Dazu zählen die Modellvorhaben (§§ 63 ff. SGB V), die Strukturverträge (§ 73a SGB V), die hausarztzentrierte Versorgung (§ 73b SGB V), die besondere ambulante Facharztversorgung und die integrierte Versorgung (§ 140a bis d SGB V).⁷⁶ Hier lässt der Gesetzgeber auch Einzelverträge und damit direkte Rechts- und Abrechnungsbeziehungen zwischen Vertragsarzt und Krankenkasse ohne Zwischenschaltung der Kassenärztlichen Vereinigungen zu. Dies hat zur Folge, dass entsprechende vertragspezifische Rechte und Pflichten direkt geltend gemacht und sanktioniert werden können.

Im Rahmen seiner Berufsausübung steht der Vertragsarzt im Wesentlichen in rechtlichen Beziehungen mit seiner Kassenärztlichen Vereinigung, zu der mit Zulassung zur Vertragsarztstätigkeit

⁷⁴ Zur Frage der Verlagerung des Sicherstellungsauftrags auf die Krankenkassen s. *Neumann NZS* 2002, 561 ff. u. 661 ff.

⁷⁵ Zu den Einzelheiten der Verteilung s. *Wille SdL* 2008, 58, 78 ff.

⁷⁶ Zur integrierten Versorgung s. *Becker NZS* 2001, 505; *Wigge NZS* 2001, 17; *ders. NZS* 2001, 66.

A. Grundlagen

nach § 95 Abs. 3 S. 1 SGB V automatisch auch die ordentliche Pflichtmitgliedschaft begründet wird.⁷⁷ Es handelt sich um ein durch Gesetz und Satzung ausgestaltetes öffentlich-rechtliches Mitgliedschaftsverhältnis, das seine Regelungsgrundlage in den §§ 69 ff. SGB V findet und eine Reihe umfassender Rechte und Pflichten begründet. Zu den wichtigsten zählen:

- die Berechtigung und Verpflichtung zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung durch die Behandlung GKV-Versicherter und sonstiger Anspruchsberechtigter im Sachleistungssystem innerhalb regelmäßig abgehaltener Sprechstunden und durch die Teilnahme am vertragsärztlichen Notfalldienst,
- die Teilnahme an der Verteilung der Gesamtvergütung als Gegenleistung für die Ausübung der vertragsärztlichen Versorgung im Rahmen der erteilten Zulassung und unter Beachtung der vertragsärztlichen Pflichten,
- die Interessenvertretung der Vertragsärzte durch die Kassenärztlichen Vereinigungen gegenüber den Krankenkassen,
- die Mitarbeit in der gemeinsamen Selbstverwaltung und
- die Verpflichtung zur regelmäßigen Weiterbildung zur Gewährleistung eines dem Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechenden Standards.

Mit der Mitgliedschaft werden auch die gesetzlichen und satzungsmäßigen Hoheitsbefugnisse der Kassenärztlichen Vereinigung gegenüber dem Vertragsarzt verbindlich.⁷⁸ Verstößt er ge-

⁷⁷ Die Zwangsmitgliedschaft ist aufgrund der Besonderheiten des Vertragsarztrechts und der Bedeutung für die gesundheitliche Versorgung der Bevölkerung nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG verfassungsgemäß. Vgl. BVerfG Urt. v. 29.07.1959 – 1 BvR 394/58, BVerfGE 10, 89 ff. = NJW 1959, 1675 ff.; BVerfG Beschl. v. 25.02.1960 – 1 BvR 239/52, BVerfGE 10, 354 ff. = NJW 1960, 619 ff.; BVerfG Beschl. v. 19.12.1961 – 1 BvR 541/57, BVerfGE 15, 235 ff. = NJW 1963, 195 ff.

⁷⁸ Kluth MedR 2003, 125 f.

gen die ihm obliegenden gesetzlichen, vertraglichen oder satzungrechtlichen Pflichten hat er, je nach Schwere des Verstoßes, unter Umständen auch mit disziplinarrechtlichen Maßnahmen zu rechnen (sog. Disziplinargewalt der Kassenärztlichen Vereinigungen nach § 75 Abs. 2 S. 2 SGB V).⁷⁹

Besondere Bedeutung kommt hier der aus der Zulassung und Mitgliedschaft folgenden Berechtigung zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung zu. Sie ermöglicht dem Vertragsarzt, GKV-Patienten ohne weitere vertragliche Vereinbarungen zu behandeln und im Gegenzug dafür einen Vergütungsanspruch gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung geltend zu machen. Dabei handelt es sich um einen Anspruch auf Teilnahme an der Gesamtvergütung, die von den Krankenkassen mit befreiender Wirkung für die gesamte vertragsärztliche Versorgung an die Kassenärztlichen Vereinigungen gezahlt wird. Ein Honoraranspruch des Vertragsarztes gegen die behandelten Versicherten oder die Krankenkassen besteht im Regelfall nicht.

Als strukturelle Besonderheit ist daher, von Konstellationen selektivvertraglicher Vereinbarungen abgesehen, kein direktes Dreieck von Rechtsverhältnissen (*Versicherer – Leistungserbringer – Krankenkasse*), sondern ein aufgrund der dazwischen geschalteten Kassenärztlichen Vereinigungen bestehendes Vierecksverhältnis (*Versicherer – Vertragsarzt – Kassenärztliche Vereinigung – Krankenkasse*) gegeben. Hinzu kommt der Doppelcharakter der Kassenärztlichen Vereinigungen als Interessenvertretung einerseits und Kontrollorgan mit Disziplinargewalt andererseits.⁸⁰ Ihnen obliegt die Überwachung der Einhaltung der vertragsärztlichen Pflichten, die Prüfung der Abrechnungen und

⁷⁹ Nur auf diese Weise ist nach der st. Rspr. des BSG der Erhalt der Funktionsfähigkeit des Systems der vertragsärztlichen Versorgung gewährleistet. BSG Urt. v. 08.07.1981 – 6 RKa 17/80, BSG USK 81, 172.

⁸⁰ Zu dem sich daraus ergebenden Spannungsverhältnis s. *Merten* 1995, S. 37; *Schnapp/Wigge/Schiller* § 5 Rn. 140.

die Durchführung von Wirtschaftlichkeitsprüfungen (§§ 106 ff. SGB)⁸¹. Alle Maßnahmen sind Ausfluss der Gewährleistungspflicht gegenüber den Krankenkassen. Sie sollen sicherstellen, dass die vertragsärztliche Versorgung den gesetzlichen und vertraglichen Erfordernissen entspricht und nur die Leistungen in Rechnung gestellt werden, die nach der Gebührenordnung berechnungsfähig und plausibel sind. In der Praxis ergeben sich jedoch gerade in diesem Bereich Umsetzungsprobleme, da sich Kontrollbefugnisse einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft zum Teil schwer mit der Durchsetzung wirtschaftlicher Interessen als Standesvertretung in Einklang bringen lassen.

Gegenüber anderen Leistungserbringern und GKV-Beteiligten (Apothekern, Heil- und Hilfsmittelerbringern etc.) kommt dem Vertragsarzt eine Steuerungs- und Bindegliedfunktion zu, da der Leistungsanspruch des Versicherten erst durch die vertragsärztliche Verordnung begründet wird.⁸² Relevante Besonderheiten für diese Arbeit ergeben sich diesbezüglich nicht.

Gleiches gilt auch für die Einordnung der rechtlichen Beziehungen des Vertragsarztes zu den Versicherten. Während insbesondere der BGH⁸³ von einem privatrechtlichen Dienstvertrag nach

⁸¹ Mit Inkrafttreten des GKV-Versorgungsstärkungsgesetzes (BGBl. I. 2015 vom 16.7.2015, S. 1211) zum 01.08.2015 wurden die bis dahin geltenden gesetzlichen Vorgaben der Wirtschaftlichkeitsprüfungen neu geregelt. Durch die Gesetzesänderung werden die bislang geltenden bundesweiten Vorgaben durch regionale Vereinbarungen ersetzt. Auf der Grundlage des § 106b SGB V haben die Kassenärztliche Bundesvereinigung und der Spitzenverband Bund der Krankenkassen (GKV-SV) nach dieser Betrachtungsweise verpflichtet zum 01.12.2015 Rahmenvorgaben für die regionalen Wirtschaftlichkeitsprüfungen ärztlich verordneter Leistungen vereinbart. Allgemein zu den Wirtschaftlichkeitsprüfungen nach den noch bis 2017 geltenden Regelungen Hauck/Noftz/*Engelhard* § 106 SGB V Rn. 42 ff.; zur Abrechnung vertragsärztlicher Leistungen und Wirtschaftlichkeitsprüfungen s. *Filler* GesR 2004, 502; *Maaß* NZS 2006, 63, 68 ff.

⁸² *Quaas/Zuck* § 16 Rn. 30; *Schnapp/Wigge* § 2 Rn. 41.

⁸³ BGH Urt. v. 03.02.1967 – VI ZR 114/65, BGHZ 47, 75 ff. = NJW 1967, 673 ff.; BGH Urt. v. 18.03.1980 – VI ZR 105/78 und VI ZR 247/78, BGHZ 76, 249 ff. = NJW 1980, 1450 ff.; BGH Urt. v. 25.03.1986 – VI ZR 90/85, BGHZ 97, 273 ff. = NJW 1986, 2364 ff.; BGH Urt. v. 28.04.1987 – VI ZR 171/86, BGHZ 100, 363 ff. = NJW 1987, 2289 ff.

den §§ 611 ff. BGB ausgeht, nehmen das BSG⁸⁴ und die überwiegende sozialrechtliche Literatur⁸⁵ ein gesetzliches „vertragsähnliches“ Rechtsverhältnis öffentlich-rechtlicher Natur an und ordnen nur die daraus resultierende Rechts- und Pflichtenbeziehung zwischen Vertragsarzt und GKV-Patienten dem Privatrecht zu. Nach dieser Betrachtungsweise verpflichtet die Behandlungsübernahme zur Sorgfalt entsprechend den Vorschriften des zivilrechtlichen Vertragsrechts. Faktisch wird § 76 Abs. 4 SGB V daher als öffentlich-rechtliche Anordnung verstanden, das Behandlungsverhältnis als Sonderverhältnis zu begreifen, das trotz des öffentlich-rechtlichen Entstehungsgrundes dem Privatrecht zuzuordnen sei.⁸⁶

Da der Streit um die Rechtsnatur des Behandlungsverhältnisses für die hier zu beurteilende Fragestellung weder praktische noch dogmatische Bedeutung hat, wird von einer streitentscheidenden Auseinandersetzung mit den dargestellten Ansichten abgesehen.

1.3. Die Schlüsselstellung des Vertragsarztes im Rahmen der Arzneimittelversorgung GKV-Versicherter

Nach § 27 Abs. 1 S. 2 SGB V haben Versicherte der GKV Anspruch auf Krankenbehandlung, wenn sie notwendig ist, um eine Krankheit zu erkennen, zu heilen, eine Verschlimmerung zu verhüten und Krankheitsbeschwerden zu lindern. Es handelt sich dem Grunde nach um einen Anspruch, der allein die Rahmenbedingungen für die Entstehung möglicher Ansprüche und die

⁸⁴ BSG Urt. v. 19.10.1971 – 6 RKa 10/70, BSGE 33, 158 ff. = NJW 1972, 357 ff.; BSG Urt. v. 07.12.1988 – 6 RKa 35/87 = MedR 1989, 208; BSG SozR 3-5555 § 12 Nr. 1 S. 2; § 12 Nr. 3 S. 15; BSG SozR 3-2500 § 13 Nr. 4, S. 21.

⁸⁵ S. d. *Baltzer* JuS 1982, 651 f.; *Dettling* A&R 2005, 56; *Laufs/Uhlenbruck/Krauskopf* § 25 Rn. 8 ff.; *Krause* SGB 1982, 425; *B. Tiemann/S. Tiemann* 1983, S. 33 ff. jeweils m. w. N.

⁸⁶ *Schmidt-De Caluwe* VSSR 1998, 207, 223.

A. Grundlagen

Grenzen der Leistungsverpflichtungen der Krankenversicherungsträger festlegt.⁸⁷ Um der medizinisch-wissenschaftlichen Komplexität und der Weiterentwicklung des der Regelungsmaterie zugrunde liegenden Erkenntnisstandes Rechnung zu tragen, stellt die Norm bewusst keine konkrete Anspruchsgrundlage, sondern ein subjektiv-öffentlich-rechtliches Rahmenrecht dar, dessen Konkretisierung der vertragsärztlichen Versorgung obliegt.⁸⁸ Dabei kommt dem Gemeinsamen Bundesausschuss (G-BA) die gesetzliche Pflicht zu, mittels Richtlinien zur Sicherung der ärztlichen Versorgung Maßstäbe aufzustellen, anhand derer das im Einzelfall medizinisch Notwendige und dessen Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit und Erforderlichkeit zu beurteilen sind (§§ 91 ff. SGB V). Innerhalb dieser Vorgaben konkretisiert der Vertragsarzt mit der Feststellung, ob eine bzw. welche Krankheit vorliegt (Diagnose) und welche Dienst- oder Sachleistungen zu ihrer Behandlung medizinisch notwendig sind (Therapie), das Recht des Versicherten auf Krankenbehandlung gegenüber der Krankenkasse in medizinischer Hinsicht (sog. *Rechtskonkretisierungskonzept* des BSG).⁸⁹ Er entscheidet als mit öffentlich-rechtlicher Rechtsmacht beliehener Verwaltungsträger, dessen Tätigkeit sich die Krankenkasse kraft Gesetzes als eigene zurechnen lassen muss.⁹⁰ Diese ist an die medizinische Erkenntnis des formell und materiell ordnungsgemäß handelnden Vertragsarztes gebunden und gehindert, in das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Versicherten einzugreifen.⁹¹

⁸⁷ BSG Urt. v. 16.12.1993 – 4 RK 5/92, BSGE 73, 271 ff. = NZS 1994, 507 ff. unter Berufung auf BSG SozR 3-2200 § 182 Nr. 13 u. 15.

⁸⁸ St. Rspr. seit BSG Urt. v. 16.12.1993 – 4 RK 5/92, BSGE 73, 271 ff. = NZS 1994, 507 ff.

⁸⁹ Vgl. BSG Urt. v. 16.12.1993 – 4 RK 5/92, BSGE 73, 271 ff. = NZS 1994, 507 ff.; BSG Urt. v. 17.01.1996 – 3 RK 26/94, BSGE 77, 194 ff. = SGB 1996, 660 ff.; *Schwerdtfeger* NZS 1998, 101.

⁹⁰ So bereits seit BSG Urt. v. 16.12.1993 – 4 RK 5/92, BSGE 73, 271, 280 = NZS 1994, 507 ff.; BSG SozR 2-2500 § 39 Nr. 3; BSG SozR 2-2500 § 13 Nr. 12.

⁹¹ Dazu ausführlich *Schwerdtfeger* NZS 1998, 101, 108.

A. Grundlagen

Vergegenwärtigt man sich noch einmal die Rechtsverhältnisse und die gesetzlichen Grundlagen der vertragsärztlichen Versorgung in der GKV, wird deutlich, dass dem Vertragsarzt neben der Erfüllung der Leistungsverpflichtung der Krankenkassen auch die Aufgabe zukommt, diese zu begründen und zu konkretisieren. Er nimmt daher als zentrale Figur der konstitutiven Ausgestaltung des konkreten Dienst- oder Sachleistungsanspruchs die „Schlüsselstellung“ innerhalb der Leistungserbringung ein.⁹² Innerhalb des ihm vorgegebenen Rahmens bemisst der Vertragsarzt den Umfang der erforderlichen Leistungen und beeinflusst so das Ausmaß der Kosten. Bei Berücksichtigung der Tatsache, dass ca. 90 Prozent der deutschen Bevölkerung gesetzlich krankenversichert sind, wird deutlich, wie stark das vertragsärztliche Behandlungs- und Ordnungsverhalten aufgrund der eingeräumten gesetzlichen Stellung die finanzielle Leistungsfähigkeit des Gesundheitssystems beeinflusst.⁹³

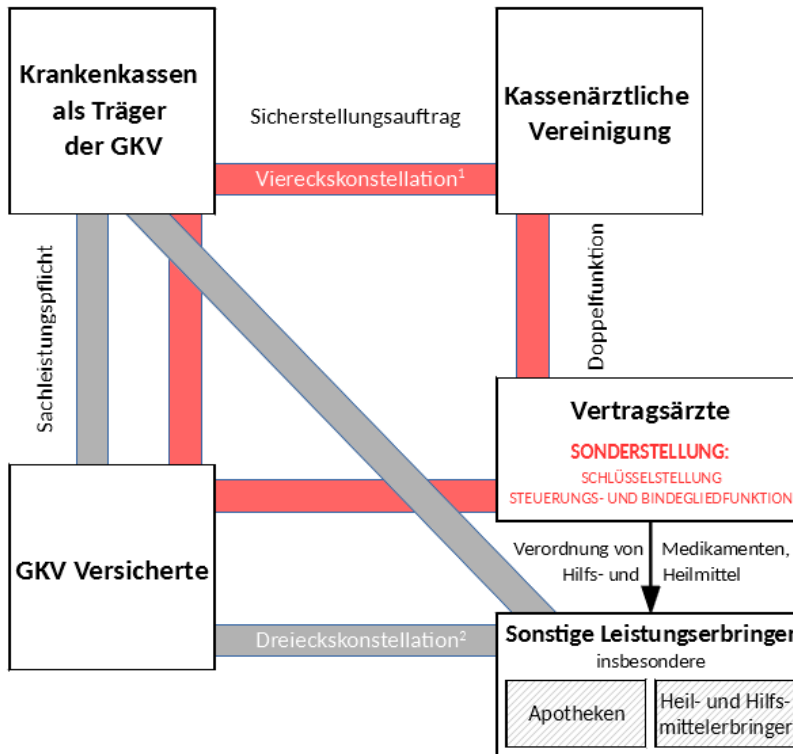
Gleichwohl ist vor allem in rechtlicher Hinsicht zu berücksichtigen, dass der Vertragsarzt mit der Konkretisierung des Versicherungsanspruchs nur in medizinischer Hinsicht und ausschließlich in dem vom G-BA vorgegebenen Rahmen betraut ist.

Zum abschließenden Verständnis der Rechtsverhältnisse des Vertragsarztes zu den Krankenkassen, anderen Leistungserbringern und den Versicherten sowie der daraus resultierenden Sonderstellung im GKV-System vgl. die folgende grafische Übersicht:

⁹² So explizit BSG Urt. v. 16.12.1993 – 4 RK 5/92, BSGE 73, 271, 280 = NZS 1994, 507 ff.: „Schlüsselrolle des Kassenarztes“; BSG Urt. v. 17.01.1996 – 3 RK 26/94, BSGE 77, 194, 199 = SGB 1996, 660 ff.: „Schlüsselfigur der Arzneimittelversorgung“; Wigge NZS 1999, 584 ff.; derselbe in: Schnapp/Wigge § 2 Rn. 38; einschränkend Quas/Zuck § 16 Rn. 21, die eine zentrale Stellung innerhalb der Leistungserbringung mit der Begründung ablehnen, dass der gesetzliche Verordnungsvorbehalt nicht allein dem Vertragsarzt zukommt (vgl. § 72 Abs. 1 SGB V).

⁹³ Nach offizieller Angabe des Bundesgesundheitsministeriums <http://www.bmg.bund.de/themen/krankenversicherung/grundprinzipien/aufgaben-und-organisation-der-gkv.html> (Stand: 10.12.2016).

A. Grundlagen



¹) Versicherte - Ärzte - Kassenärztl. Vereinigung - Krankenkassen

²) Versicherte - Leistungserbringer - Krankenkassen

Abbildung 1: Rechtsverhältnisse

2. Die Rechtsprechung des BSG zu den Rechtsverhältnissen bei der Arzneimittelabgabe und der Stellung des Vertragsarztes in diesem Gefüge

Die Frage, welches Rechtsverhältnis zwischen Versicherten und Apotheken bei der Arzneimittelabgabe besteht und welche Stellung dem Vertragsarzt in diesem Gefüge zukommt, war zwischen der Rechtsprechung und einem beachtlichen Teil der Literatur⁹⁴ lange Zeit streitig.

Erst mit dem *BSG-Urteil vom 17.12.2009*⁹⁵ und der darin angenommenen, aus der gesetzlichen Verpflichtung der Apotheken zur Versichertenversorgung resultierenden Vergütungspflicht der Krankenkassen hat sich die Rechtsprechung der vormaligen Kritik im Hinblick auf die Missachtung der gesetzlichen Rahmenvorgaben entzogen. Diese Entwicklung, ausgehend von der ursprünglich konzipierten „Vertreterkonstruktion“⁹⁶ bis hin zu dem seit 2009 angenommenen gesetzlich begründetem Vergütungsanspruch der Apotheken gegenüber den Krankenkassen, wird im Folgenden dargestellt.

2.1. Die Rechtsprechung zur sog. „Vertreterkonstruktion“

Wie zuvor erläutert, beleihet das Gesetz den Vertragsarzt nicht mit der öffentlich-rechtlichen Rechtsmacht zur Feststellung der für die Krankenkasse verbindlichen medizinischen Eintrittsvoraussetzungen des Versicherungsfalls, sondern gesteht ihm diese bereits kraft Gesetzes durch seine Teilnahme am GKV-System zu. Nach der Rechtsprechung des BSG erstreckt sich diese Kompetenz u. a. darauf, den Leistungsanspruch des Versicherten im Verhältnis zu seiner Krankenkasse dahingehend rechtsverbindlich zu

⁹⁴ Zur vertretenen Literaturansicht s. *Brandts/Seier* FS Herzberg 2008, 811, 821; *Detting* A&R 2005, 52 ff., *Geis* GesR 2006, 351; *Schnapp* FS Herzberg 2008, 801; *Ulsenheimer*, MedR 2005, 625.

⁹⁵ BSG Ur. v. 17.12.2009 – B 3 KR 13/08 R, BSGE 105, 157 ff. = SGB 2010, 79 f.

⁹⁶ Erstmals BSG Ur. v. 17.01.1996 – 3 RK 26/94, BSGE 77, 194 ff.

A. Grundlagen

konkretisieren, welche nach Zweck und Art bestimmten Dienst- oder Sachleistungen zur Krankenbehandlung medizinisch zu erbringen sind.⁹⁷

Dieses vom 4. Senat entwickelte „*Rechtskonkretisierungskonzept*“⁹⁸ der vertragsärztlichen Versorgung, hat der 3. Senat mit Entscheidung vom 17.01.1996 zunächst übernommen⁹⁹ und darauf aufbauend eine Vertreterstellung des Vertragsarztes gegenüber den Krankenkassen abgeleitet.¹⁰⁰

Nach der sog. „Vertretertheorie“ handelte der Vertragsarzt bei der Ausstellung der Verordnung apothekenpflichtiger Arzneimittel dabei kraft der ihm durch das Vertragsarztrecht verliehenen öffentlich-rechtlichen Kompetenzen als Vertreter der Krankenkasse und gab mit Wirkung für und gegen diese eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung zum Kauf des Arzneimittels ab. Es lag ein zwischen der Apotheke und der durch den verordnenden Vertragsarzt vertretenen Krankenkasse geschlossener Kaufvertrag zugunsten des Versicherten nach §§ 433, 328 ff. BGB vor. Im Einzelnen wurde dieser dadurch konstruiert, dass der Versicherte die vom Vertragsarzt in Vertretung für die Krankenkasse ausgestellte Verordnung dem Apotheker als Bote übermittelte und dieser das Angebot annahm, indem er dem Versicherten das Arzneimittel aushändigte.¹⁰¹

⁹⁷ St. Rspr. seit BSG Urt. v. 16.12.1993 – 4 RK 5/92, BSGE 73, 271, 280 = NZS 1994, 507 ff.

⁹⁸ BSG Urt. v. 16.12.1993 – 4 RK 5/92, BSGE 73, 271, 280, 281 = NZS 1994, 507 ff.

⁹⁹ BSG Urt. v. 17.01.1996 – 3 RK 26/94, BSGE 77, 194, 199 f. = MDR 1996, 830 ff. unter Verweis darauf, dass ein Sachleistungsanspruch auf Kassenkosten nur begründet werden kann, wenn ein Vertragsarzt das Arzneimittel auf einem Kassenrezept verordnet.

¹⁰⁰ So erstmals BSG Urt. v. 17.01.1996 – 3 RK 26/94, BSGE 77, 194, 200 = MDR 1996, 830 ff. in der Folgezeit ständige Rechtsprechung bis zur Änderung 2009.

¹⁰¹ BSG Urt. v. 17.01.1996 – 3 RK 26/94, BSGE 77, 194, 200 = MDR 1996, 830 ff.

Diese vertragliche Konstruktion eines den Versicherten begünstigenden Kaufvertrages zwischen Apotheker und Krankenkasse nahm das BSG bis zur Neufassung des § 69 SGB V zum 01.01.2002 in direkter Anwendung des Privatrechts an.¹⁰² Nach der Neuregelung erfolgte ein Rückgriff auf die §§ 433 ff. BGB ausschließlich analog, da nach § 69 SGB V die Rechtsbeziehungen zwischen Apotheken und Krankenkassen nunmehr ausdrücklich öffentlich-rechtlicher Natur waren. Dies führte zur Annahme eines öffentlich-rechtlichen Kaufvertrages zugunsten des Versicherten.¹⁰³

2.2. Die Aufgabe der „Vertreterkonstruktion“ zugunsten einer direkten, dem Grunde nach aus § 129 SGB V resultierenden Vergütungspflicht der Krankenkassen

Mit *Urteil vom 17.12.2009*¹⁰⁴ hat zunächst der 2. Senat des BSG seine Rechtsprechung zur Vertreterstellung des Vertragsarztes revidiert, indem er ausführte, dass der Vergütungsanspruch des Apothekers gegen die Krankenkasse seine Grundlage unmittelbar im öffentlichen Recht habe. Die Konstruktion eines in jedem Einzelfall abzuschließenden, den Versicherten begünstigenden öffentlich-rechtlichen Kaufvertrags zwischen Apotheker und Krankenkasse, sei entbehrlich, da bereits § 129 SGB V i. V. m. den Verträgen nach § 129 Abs. 2 u. 5 S. 1 SGB V eine tragfähige Rechtsgrundlage darstelle.¹⁰⁵ Zudem widerspreche das Abstellen

¹⁰² BSG Ur. v. 17.01.1996 – 3 RK 26/94, BSGE 77, 194, 200 = MDR 1996, 830 ff.

¹⁰³ BSG Ur. v. 17.03.2005 – B 3 KR 2/05 R, BSGE 94, 213, 215 = NZS 2006, 29 f.

¹⁰⁴ BSG Ur. v. 17.12.2009 – B 3 KR 13/08 R, BSG 105, 157 ff. = SGB 2010, 79 f.

¹⁰⁵ § 129 in Abs. 2 bis 4 SGB V normiert den Abschluss von Rahmenverträgen auf Bundesebene und in Abs. 5 den Abschluss auf Landesebene. Ein Rahmenvertrag nach Abs. 2 ist danach gem. Abs. 3 für Apotheken bindend, wenn sie einem Mitgliedsverband der Spitzenorganisation angehören und die vom Verband geschlossenen Verträge Rechtswirkung gegenüber den Verbandsmitgliedern entfalten bzw. die Apotheken dem Rahmenvertrag beigetreten sind. Über § 129 Abs. 5 S. 2 SGB V gilt dies für Verträge auf Landesebene entsprechend. Die im Wege der Kollektivvertragsermächtigung geschlossenen Verträge wirken rein normativ zwischen den Krankenkassen und den Apotheken.

A. Grundlagen

auf § 433 Abs. 2 BGB der Regelung des § 69 SGB V, wonach die Vorschriften des BGB nur „im Übrigen“ und entsprechend Anwendung fänden, soweit die Vorschriften des SGB V lückenhaft seien.

Nunmehr begründet § 129 Abs. 2 u. 5 SGB V i. V. m. den konkretisierenden vertraglichen Vereinbarungen eine öffentlich-rechtliche, gesetzliche Leistungsberechtigung und -verpflichtung der Apotheken zur Abgabe von vertragsärztlich verordneten Arzneimitteln an GKV-Versicherte. Mit der Abgabe erfüllt die Krankenkasse ihre gegenüber den Versicherten bestehende Pflicht zur Krankenbehandlung nach §§ 27 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, 31 SGB V. Der Vertragsarzt konkretisiert durch ordnungsgemäße Verordnung als Sachleistung im Versicherungsfall auf Kosten der Krankenkassen das Rahmenrecht des Versicherten auf Arzneimittelversorgung und begründet so den gesetzlichen Vergütungsanspruch des Apothekers. Es liegt ein direkter Versorgungsvertrag zwischen dem Versicherten und der Apotheke vor. Die Pflicht der Krankenkassen zur Zahlung der Vergütung besteht kraft Gesetzes.

Mit *Urteil vom 28.09.2010* hat sich dieser Sichtweise auch der 1. Senat des BSG angeschlossen. Auch dieser geht davon aus, dass § 129 SGB V im Zusammenhang mit den konkretisierten vertraglichen Vereinbarungen eine öffentlich-rechtliche Leistungsberechtigung und -verpflichtung für die Apotheken zur Abgabe von vertragsärztlich verordneten Arzneimitteln begründet, aus der als Pendant zur Leistungspflicht ein gesetzlicher, durch Normenverträge näher ausgestalteter Vergütungsanspruch gegen die Krankenkassen resultiere.¹⁰⁶

Diese zwischenzeitlich als gefestigt anzusehende geänderte Rechtsprechung des BSG hat der 1. Senat mit *Urteil vom*

¹⁰⁶ BSG Ur. v. 28.09.2010 – B 1 KR 3/10 R, BSGE 106, 303 ff. = SGB 2011, 397 ff.

13.09.2011 auf die Versorgung GKV-Versicherter mit Heilmitteln ausgedehnt. Auch für diese wird daher gem. § 125 SGB V entsprechend ihrer Berechtigung und Verpflichtung zur Versorgung der GKV-Versicherten aufgrund ordnungsgemäßer vertragsärztlicher Verordnung ein gesetzlicher Vergütungsanspruch gegenüber den Krankenkassen begründet.¹⁰⁷

2.3. Stellungnahme zur Bedeutung der Entscheidungen für das Arbeitsthema

Der Rechtsprechungsentwicklung ist beizupflichten, da die Annahme einer Willenserklärung des Vertragsarztes in der Funktion eines rechtsgeschäftlichen Vertreters der Krankenkasse gegenüber der Apotheke dogmatisch widersprüchlich war.

Der Vertragsarzt gibt keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung gegenüber der Apotheke ab. Er verordnet zur Erfüllung seiner gesetzlichen Konkretisierungspflicht gegenüber dem Versicherten und gerade nicht mit einem Rechtsbindungswillen gegenüber der Apotheke. Da bereits das Gesetz an die Feststellung des Versicherungsfalls durch den Vertragsarzt bestimmte Rechtsfolgen knüpft, bedarf es keiner zusätzlichen Vertragskonstellation.¹⁰⁸ Zudem müsste der Arzt, als rechtsgeschäftlicher Vertreter der Kassen, für diese sämtliche essentialia negotii und damit auch die Apotheke als Vertragspartner bestimmen. Gerade dies tut er jedoch nicht. Es ist der Versicherte selbst, der in Ausübung des Rechts auf freie Apothekenwahl gem. § 32 Abs. 1 S. 1 u. 5 SGB V als Folge seines Selbstbestimmungsrechts aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG die Apotheke auswählt. Er schließt den Vertrag mit der Apotheke und nicht der Vertragsarzt als Vertreter der Kassen.

¹⁰⁷ BSG Urt. v. 13.09.2011 – B1 KR 23/10 R, BSGE 109, 116 ff. = NZS 2012, 296 ff.

¹⁰⁸ S. d. *Detting* A&R 2005, 57.

Dies entspricht dem Leitbild des mündigen Versicherten und seiner Stellung in der GKV, aufgrund derer er aus eigenem Recht¹⁰⁹ über das „Ob, Wann und Wo“ der Arzneimittelbeschaffung entscheidet, nachdem der Arzt die Notwendigkeit und das „Wie“ durch Diagnose und Verordnung festgelegt hat. Dieses Ergebnis ist sachgerecht, da der Vertragsarzt aufgrund des Zuweisungsverbotes nach § 11 Abs. 1 ApoG die Auswahl des Versicherten auch gar nicht beeinflussen darf.

An der Schlüsselstellung des Vertragsarztes bei der Arzneimittelversorgung GKV-Versicherter ändert die Abkehr des BSG von der Vertreterkonstruktion jedoch nichts, da sich die Rechtsprechung ausschließlich auf das Zustandekommen des Vergütungs- bzw. Zahlungsanspruchs bezieht und die Sonderstellung des Vertragsarztes aus der Rechtskonkretisierungsfunktion innerhalb der Sachleistungserbringung resultiert.¹¹⁰

Nach der Rechtsprechung handelt es sich bei der Kompetenz, die medizinischen Voraussetzungen des Versicherungsfalls festzustellen, um eine öffentlich-rechtliche Rechtsmacht, mit der das Gesetz den vom Versicherten gewählten Vertragsarzt beleihet.¹¹¹ Diese Kompetenz bezieht sich auf die Diagnose und die Feststellung des zur Behandlung medizinisch Notwendigen einschließlich der erforderlichen Verordnung. Der Vertragsarzt nimmt sie als eine ihm originär zugewiesene Aufgabe wahr und trägt die Verantwortung für die medizinische Behandlung, die ihm aufgrund

¹⁰⁹ So ausdrücklich bereits BSG Urt. v. 17.01.1996 – 3 RK 26/94, BSGE 77, 194, 200 = MDR 1996, 830 ff.

¹¹⁰ A. A. *Manthey* GesR 2010, 601, 603. Diese hält die Annahme, der Vertragsarzt sei die Schlüsselfigur der Arzneimittelversorgung der Versicherten und handle als Vertreter der Krankenkassen, nicht mehr von der aktuellen Rechtsprechung des BSG gedeckt. Sie verkennt, dass „Schlüsselstellung“ und „Vertreterkonstruktion“ nicht zwingend verknüpft sind.

¹¹¹ Dazu grundlegend BSG Urt. v. 23.10.1996 – 4 RK 2/96, BSGE 79, 190, 194 = NJW 1998, 850 ff.

seines Fachwissens obliegt. Er wird durch sein Sonderwissen einem Sachverständigen vergleichbar tätig¹¹² und ist damit zwingender Bestandteil der Arzneimittelversorgung durch die Krankenkassen. Ohne ihn kann die Krankenkasse ihre Aufgabe nicht wahrnehmen. Im Verhältnis zum Versicherten ist sie zudem auch rechtlich an die medizinische Bewertung des Arztes gebunden.¹¹³ Bei nicht ordnungsgemäßer Verordnung kann sie die Einwendung der Unwirtschaftlichkeit der Leistung und die Einreden der Unzweckmäßigkeit und Nichterforderlichkeit ausschließlich nachträglich im Innenverhältnis – Vertragsarzt, Kassenärztliche Vereinigung, Krankenkasse – durch Wirtschaftlichkeitsprüfungen erheben.¹¹⁴ Ähnlich verhält es sich bei der Möglichkeit der Retaxierung gegenüber den Apotheken. Auch dieses Beanstandungsrecht besteht erst nachträglich bei nachweislicher Prüfungspflichtverletzung des Apothekers bezüglich des Vorliegens einer ordnungsgemäßen Verordnung.¹¹⁵

Zusammenfassend ist mithin festzuhalten, dass der Vertragsarzt innerhalb des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung nach wie vor eine Sonderstellung einnimmt, da sich diese nicht aus der ursprünglich vom BSG vertretenen Vertreterstellung, sondern aus dem Rechtskonkretisierungsauftrag ergibt, der unverändert besteht. Der Arzt begründet und konkretisiert die Leistungsverpflichtung der Krankenkasse und damit im Normalfall das dem Versicherten zustehende Rahmenrecht auf Behandlung und

¹¹² Ein Sachverständiger im eigentlichen Sinne ist der Vertragsarzt bei der Ausübung seiner Konkretisierungsfunktion jedoch nicht, weil er gerade nicht als „unabhängiger Dritter“, sondern als Patientenvertreter und GKV-Teilnehmer handelt und selbst zentral steuernder Leistungserbringer ist, was seine Schlüsselstellung noch verstärkt.

¹¹³ Hiervon auszunehmen sind allein Fälle, in denen der Versicherte nachweislich positive Kenntnis vom fehlenden Recht des Vertragsarztes, wie z.B. in Fällen kollusiven Zusammenwirkens zur Leistungerschleichung, hat.

¹¹⁴ A. A. *Dieners* PharmR 2010, 613, 615; *Manthey* GesR 2010, 604.

¹¹⁵ Wobei im Einzelnen unklar ist, wie weit die Prüfungspflicht des Apothekers reichen soll. S. d. BSG Urt. v. 03.08.2006 – B 3 KR 7/06, BSGE 97, 23 ff. = SGB 2007, 178 ff.

Versorgung. Mit Übernahme der Behandlung tritt er gegenüber dem Versicherten an die Stelle der Krankenkasse und erfüllt deren Sachleistungsauftrag als eigene Pflicht in eigener Verantwortung. Auch die Bemessung des Leistungsumfangs erfolgt trotz diverser regulatorischer Maßnahmen nach wie vor in bedeutendem Maße durch den Vertragsarzt. Ihm obliegt die anspruchsbegründende Verordnungsmacht. Hinzu kommt, dass auch Vergütungsansprüche anderer Leistungserbringer erst infolge der Leistungserbringung aufgrund vertragsärztlicher Verordnungen entstehen und dem Vertragsarzt damit diesen gegenüber eine Steuerungs- bzw. Bindegliedfunktion zukommt.¹¹⁶ Die Annahme eines direkten gesetzlichen Vergütungsanspruchs anderer Leistungserbringer als Konsequenz ihrer Berechtigung und Verpflichtung zur Versorgung der GKV-Versicherten ändert hieran nichts. Sie ist vielmehr logische Konsequenz der aufgezeigten GKV-Systematik und der gesetzlichen Einbindung des Vertragsarztes in das System (s. Grafik S. 30).

Natürlich sind diese tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten objektiv geeignet, ein durch die Verordnungsmacht begründetes und für den wirtschaftlichen Missbrauch anfälliges Abhängigkeitsverhältnis zu schaffen. Ob die Ausnutzung der Vertragsarztstellung dabei zu einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit führt, hängt letztlich auch davon ab, ob es sich bei der infrage stehenden Verordnung um eine abrechenbare, erstattungsfähige Leistung handelt.

Um dies bewerten zu können, ist es erforderlich, sich auch mit dem Vergütungs- und Abrechnungssystem der vertragsärztlichen Versorgung zu befassen.

¹¹⁶ Brandts/Seier FS Herzberg 2008, 816 f.

3. Das vertragsärztliche Abrechnungs- und Vergütungssystem

Um die Funktionsweise der ambulanten vertragsärztlichen Versorgung und die daran anknüpfende strafrechtliche Korruptionsproblematik durchdringen zu können ist es erforderlich, sich auch mit dem Vergütungs- und Abrechnungssystem zu befassen. Die folgende Darstellung beschränkt sich dabei auf die übersichtartige Erläuterung der für die strafrechtliche Beurteilung relevanten Maßgaben.¹¹⁷

3.1. Grundzüge der Abrechnung und Vergütung vertragsärztlicher Leistungen

Wie bereits erwähnt, besteht aufgrund der zuvor dargestellten Rechtsbeziehung der Vertragsärzte zu ihren Kassenärztlichen Vereinigungen und den Krankenkassen im Regelfall kein direkter Vergütungsanspruch gegenüber den Kassen. Hiervon ausgenommen sind nur die Fälle möglicher Selektivverträge nach §§ 63 ff., §§ 73a ff. und §§ 140a ff. SGB V, bei denen die Vergütung zwischen den Vertragsparteien der Art und Höhe nach frei verhandelbar ist und direkt erfolgen kann.¹¹⁸

Für den weit überwiegend geltenden Regelfall bestimmen § 85 Abs. 1 u. 4 SGB V, dass kein betragsmäßig bestimmter Honoraranspruch der Vertragsärzte gegenüber ihren Kassenärztlichen Vereinigungen, sondern ein Anspruch auf Teilnahme an der Honorarverteilung nach den Regeln des geltenden Gesamtvergütungssystems besteht.¹¹⁹ Die Basis dieses Systems bilden die zwischen den Kassenärztlichen Vereinigungen mit den Landesver-

¹¹⁷ Umfassend zum komplexen und komplizierten Vergütungssystem u. a. *Knieps/Leber VSSR* 2008, 177 ff.; *Knopp* 2009; *Bollmann/Sydow KBV - Fortbildung* Heft 12; *Zalewski KBV - Fortbildung* Heft 6.

¹¹⁸ Zum Ganzen *Quaas/Zuck* § 11 Rn. 101; *Sodan/Boecken/Bristle HdB Krankenversicherungsrecht* § 19 Rn. 34 ff.; *Windthorst* 2002, S. 70 ff.

¹¹⁹ BR-Drs. 755/06, S. 357; zum Ganzen *Simon* 2013, S. 309 ff.

bänden der Primärkassen und den Landesvertretungen der Ersatzkassen vereinbarten Kollektivverträge, die auch die Vergütungsvereinbarung enthalten.¹²⁰ Für diese Verträge gelten nach § 82 Abs. 1 S. 2 SGB V die Vorgaben der zwischen der Kassenärztlichen Bundesvereinigung und dem GKV-Spitzenverband abgeschlossenen Bundesmantelverträge (BMV).¹²¹ Zur Erfüllung ihrer Pflichten aus den Kollektivverträgen zahlen die Krankenkassen mit befreiender Wirkung an die Kassenärztlichen Vereinigungen für die Übernahme des Sicherstellungs- und Gewährleistungsauftrages die sog. Gesamtvergütung, deren Höhe sich gemäß § 87a Abs. 3 SGB V nach der Zahl, dem Behandlungsbedarf und der Morbiditätsstruktur der Versicherten richtet. Die Honorarverteilung selbst erfolgt durch die Kassenärztlichen Vereinigungen nach den Grundsätzen des mit den Landesverbänden der Krankenkassen vereinbarten Honorarverteilungsmaßstabs.¹²² Grundlage der Honorarverteilung sind die von den Vertragsärzten im Quartal erbrachten Leistungen, deren Wert sich anhand der bundesweit geltenden Gebührenordnung für die vertragsärztliche Abrechnung – dem einheitlichen Bewertungsmaßstab (sog. EBM) bemisst. Dabei handelt es sich um vertragliche Vereinbarungen mit Rechtsnormcharakter, die gemeinsam von den Vertretern der Kassenärztlichen Bundesvereinigung und den Spitzenverbänden der GKV im Bewertungsausschuss vereinbart wird

¹²⁰ § 81 Abs. 2 S. 1 SGB V gibt vor, dass in den Gesamtverträgen die Vergütung der an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmenden Ärzte und ärztlich geleiteten Einrichtungen zu regeln ist. Ausf. dazu *Axer 2000*, S. 72 ff.; *ders.* in *Schnapp/Wigge* § 8 Rn. 32 ff.

¹²¹ Die Bundesmantelverträge beinhalten die Vorgaben für die Kollektivverträge. Sie sind als zentrales Vertragsinstrument in die Rechtsquellen des Sozialversicherungsrechts in folgenden Stufen eingegliedert: 1. Gesetzliche Regelungen des Vertragsarztrechts, 2. Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses (GBA) u. der Kassenärztlichen Bundesvereinigung (KBV) 3. Bundesmantelverträge, 4. Kollektivverträge und 5. Satzungen der KBV/KVen sowie der Spitzen- und Landesverbände der Krankenkassen. Die in einem BMV enthaltenen allgemeinen und besonderen Vorgaben entfalten unmittelbare Wirkung auf Bundesebene (erste Stufe) und werden in den Kollektivverträgen auf Landesebene (zweite Stufe) ausschließlich konkretisiert und ergänzt. Zum Ganzen *Hähnlein 2001*, S. 411 ff.

¹²² Ausführlich dazu *Bollmann/Sydow KBV - Fortbildung* Heft 12; *Zalewski KBV - Fortbildung* Heft 6.

(§ 87 Abs. 1 S. 1, 1. HS SGB V).¹²³ Er bestimmt den Inhalt der abrechnungsfähigen Leistungen und deren wertmäßiges Verhältnis zueinander (§ 87 Abs. 2 S. 1 SGB V).¹²⁴ Der Vertragsarzt dokumentiert die an den GKV-Patienten erbrachten Behandlungsmaßnahmen in Form der Gebührenordnungspositionen des EBM und reicht diese als quartalsweise Abrechnung bei seiner Kassenärztlichen Vereinigung ein.¹²⁵ Nach § 298 SGB V erfolgt die Übermittlung der Daten fallbezogen und nicht versicherten- oder arztbezogen, weshalb die Krankenkassen nicht über Behandlungsprofile einzelner Versicherter verfügen. Dies erschwert die Ermittlung von Manipulations- und Missbrauchsfällen zugunsten des vorrangigen Schutzes der Persönlichkeitsrechte der Versicherten.¹²⁶ Die Kassenärztliche Vereinigung prüft die sachliche und rechnerische Richtigkeit, die Plausibilität und gegebenenfalls auch die Wirtschaftlichkeit der Abrechnungen und erstattet dann die von ihr erkannten Leistungen, indem sie die Bestimmungen des EBM und den Honorarverteilungsmaßstab anwendet.¹²⁷

Das an den Vertragsarzt gezahlte Honorar stellt die Vergütung für die im Abrechnungsquartal erbrachten Behandlungsleistungen und bestimmte behandlungsnotwendige Materialien – den sog. Praxisbedarf – dar. Letzterer ist durch die Gebühren für die vertragsärztliche Leistung mit abgegolten.¹²⁸ Kosten für verordneten Sprechstundenbedarf hingegen werden bei apothekenpflichtigen Mitteln durch den Apotheker über dessen zuständige Apothe-

¹²³ BSG Urt. v. 20.03.1996 – 6 RKa 51/95, BSGE 78, 98 ff. = NZS 1997, 40 ff.; Hauck/Noftz/Engelhard § 87 Rn. 6.

¹²⁴ Zu den inhaltlichen Einzelheiten s. Hauck/Noftz/Engelhard § 87 Rn. 24 ff. Krauskopf § 87 Rn. 20 ff.

¹²⁵ Bollmann/Sydow KBV - Fortbildung Heft 12.

¹²⁶ Simon 2013, S. 312.

¹²⁷ Bollmann/Sydow KBV - Fortbildung Heft 12; Zalewski KBV - Fortbildung Heft 6, Simon 2013, S. 316 ff., 319 ff.

¹²⁸ Vgl. LSG NRW Urt. v. 16.01.2008 – L 11 KA 44/06 = MedR 2010, 65 ff.; Flasbarth MedR 2011, 611 ff.

kenverrechnungsstelle, bei nicht apothekenpflichtigen Mitteln direkt durch die Lieferanten mittels Rechnungslegung oder aber den Vertragsarzt im Wege der Kostenerstattung zusätzlich bei der Krankenkasse geltend gemacht.¹²⁹ Was dem sog. Sprechstundenbedarf unterfällt, wird in Sprechstundenbedarfsvereinbarungen auf Landesebene geregelt und stimmt im Wesentlichen in allen KV-Bezirken überein. Erfasst werden i. d. R. Produkte und Substanzen, die ihrer Art nach im Rahmen der vertragsärztlichen Behandlung bei mehreren Patienten angewendet werden und bei Notfällen für mehr als einen Berechtigten zur Verfügung stehen müssen.¹³⁰ Handelt es sich um apothekenpflichtige Produkte und Substanzen, bestellt der Arzt diese im Wege vertragsärztlicher Verordnung zulasten der Krankenkasse entweder beim Apotheker oder direkt beim Hersteller bzw. Großhändler. Da die Auslieferung grundsätzlich über eine Apotheke zu erfolgen hat, übersenden diese die Mittel an den Apotheker und stellen sie diesem zum Herstellerabgabe- bzw. Großhandelspreis in Rechnung. Der Apotheker liefert die bei ihm oder direkt bestellte Ware an den Vertragsarzt aus und reicht die dazugehörige Verordnung unter Angabe des jeweiligen Apothekenabgabepreises bei der zuständigen Apothekerverrechnungsstelle ein. Die Verrechnungsstelle teilt den veranschlagten Betrag auf die betroffenen Kassen auf und zahlt ihn nach Überweisung der Krankenkassen an den Apotheker aus.¹³¹ Für den Bezug nicht apothekenpflichtiger oder von der Vertriebsbindung über Apotheken ausgenommenen Sprechstundenbedarfs sehen die Vereinbarungen vor, dass der Vertragsarzt sie direkt beim Hersteller oder Großhändler ordert, soweit

¹²⁹ Zu den tatsächlichen Abläufen bspw. LSG Hamburg Urt. v. 24.02.2011 – L 1 KR 32/08 = MedR 2011, 611ff. m. Anm. *Flasbarth*.

¹³⁰ Rieger/*Dahm*/Steinhilper Nr. 4940 „Sprechstundenbedarf“ Rn. 1; *Flasbarth* MedR 2011, 611 f.

¹³¹ Zum Versorgungsweg *Flasbarth* MedR 2011, 611 ff.

dies bei der benötigten Menge in wirtschaftlicher Hinsicht sinnvoll ist.¹³² Auch hier stellt der Arzt eine Verordnung für die Praxis zulasten der Kasse aus und übersendet sie dem Hersteller oder Großhändler. Anders als bei der Bestellung apothekenpflichtiger Mittel beliefert dieser die Praxis direkt und rechnet den jeweiligen Herstellerabgabe- oder Großhandelspreis gegenüber den Krankenkassen ab.¹³³ Der Arzt selbst ist mit der Abrechnung nur befasst, wenn er den verordneten Sprechstundenbedarf nicht vom Hersteller oder Großhändler bezieht, da er dann die Rechnung des Lieferanten gemeinsam mit der Verordnung bei den Krankenkassen einzureichen hat, damit diese den Betrag begleicht oder die von ihm gezahlte Summe auf Anforderung erstattet.¹³⁴

3.2. Die Bedeutung des Wirtschaftlichkeitsgebots für die Abrechnungsfähigkeit der Leistung

Grundvoraussetzung aller Ansprüche ist die ordnungsgemäße Leistungserbringung, insbesondere unter Beachtung des nach § 2 Abs. 1 S. 1 u. Abs. 4 i. V. m. §§ 12 Abs. 1, 70 Abs. 1 S. 2 SGB V geltenden Wirtschaftlichkeitsgebots. Dieses dient der Schaffung finanzieller Stabilität und der Sicherung der Funktionsfähigkeit der GKV als überragend wichtiges Gemeinschaftsgut.¹³⁵ Hierzu normiert § 70 Abs. 1 S. 1 u. 2 SGB V, dass die Krankenkassen und Leistungserbringer eine bedarfsgerechte und gleichmäßige, dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechende, Versorgung der Versicherten zu gewährleisten haben. Die Versorgung muss ausreichend und zweckmäßig sein, darf das Maß des Notwendigen nicht überschreiten und ist in der fachlich gebotenen Qualität wirtschaftlich zu erbringen.

¹³² Rieger/Dahm/Steinilper Nr. 4940 „Sprechstundenbedarf“ Rn. 6 ff.

¹³³ Ausf. dazu LSG NRW Urte. v. 16.01.2008 – L 11 KA 44/06 = MedR 2010, 65 ff.; *Flasbarth* MedR 2011, 612.

¹³⁴ Rieger/Dahm/Steinilper Nr. 4940 „Sprechstundenbedarf“ Rn. 19 ff.; *Flasbarth* MedR 2011, 613.

¹³⁵ So ausdrücklich das BVerfG: BVerfG Urte. v. 06.12.2005 – 1 BvR 347/98, BVerfGE 115, 25 ff. = NJW 2006, 891 ff.

Entspricht eine Leistung diesen Anforderungen nicht, darf der Arzt sie auch nicht zulasten der GKV erbringen. Dies ist konsequent, da das Wirtschaftlichkeitsgebot als allgemeiner GKV-Grundsatz alle Systembeteiligten gleichermaßen bindet, sodass bereits der Versicherte selbst keine unwirtschaftlichen Leistungen beanspruchen und die Krankenkasse diese auch nicht bewilligen darf.¹³⁶ Entscheidend für die Entstehung des Honoraranspruchs ist daher die Frage, wann von einer unwirtschaftlichen Leistung auszugehen ist und welche konkreten Vorgaben hierbei für die vertragsärztliche Verordnung gelten.

Nach der Rechtsprechung des BSG handelt es sich bei dem Merkmal der Wirtschaftlichkeit um einen vollgerichtlich überprüfbar, unbestimmten Rechtsbegriff¹³⁷, der inhaltlich als untrennbarer Oberbegriff¹³⁸ mit den Merkmalen ausreichend, zweckmäßig und notwendig verbunden ist.¹³⁹ Ausreichend sind vertragsärztliche Leistungen, die zur Zweckerreichung genügen und sich innerhalb der Bandbreite des medizinischen Standards und der *lege artis* Anforderungen bewegen.¹⁴⁰ Ob sie auch zweckmäßig sind, hängt zudem von der Prognose über ihre Eignung zur Erreichung des verfolgten Ziels ab. Die Zweckmäßigkeit ist gegeben, wenn andere Möglichkeiten aus medizinischen Gründen ausscheiden

¹³⁶ BSG Urt. v. 30.11.1994 – 6 RKa 14/93, BSGE 75, 220, 222 = SGB 1995, 402 ff.; *Geis* GesR 2006, 348; *Hauck/Noftz* § 2 Rn. 35 f.; *Kühl* 2013, S. 30 ff.; *Neugebauer* 1996, S. 25; *Schnapp* FS Herzberg 2008, 795, 806; *Quaas/Zuck* § 9 Rn. 17 ff.

¹³⁷ So das BSG in st. Rspr. BSG Urt. v. 27.11.1959 – 6 RKa 4/58, BSGE 11, 102, 117 = MDR 1960, 442 f.; BSG Urt. v. 29.05.1962 – 6 RKa 24/59, BSGE 17, 79, 84 = NJW 1963, 410 ff.; BSG Urt. v. 15.05.1963 – 6 RKa 21/60, BSGE 19, 123, 127.

¹³⁸ BSG Urt. v. 29.05.1962 – 6 RKa 24/59, BSGE 17, 79, 84 = NJW 1963, 410 ff.; krit. zur Oberbegriffsfunktion *Quaas/Zuck* § 9 Rn. 48 f., der von einer Komplementärfunktion ausgeht.

¹³⁹ Vgl. BSG Urt. v. 29.05.1962 – 6 RKa 24/59, BSGE 17, 79, 84 = NJW 1963, 410 ff.

¹⁴⁰ BSG Urt. v. 16.09.1997 – 1 RK 17/95 = MedR 1998, 230 ff.; 1 RK 32/95, BSGE 81, 73 = NJW 1998, 2765 f.; *Biehl/Ortwein* SGB 1991, 529, 531; *Kühl* 2013, S. 30 f.; *Quaas/Zuck* § 9 Rn. 18.

und die Leistung eine erfolgreiche Behandlung ermöglicht.¹⁴¹ Eine ausreichende und zweckmäßige Leistung ist ferner notwendig, wenn sie unvermeidlich, zwangsläufig und unentbehrlich erforderlich ist.¹⁴² Alle drei Kriterien setzen stillschweigend die Wirksamkeit und die am jeweils geltenden Stand der medizinischen Erkenntnisse gemessene Qualität der Leistung voraus.¹⁴³ Behandlungsleistungen, die nicht wirksam sind und/oder nicht das erforderliche Maß an Qualität aufweisen, sind grundsätzlich unwirtschaftlich.¹⁴⁴

Da auch die Zulassung für Fertigarzneimittel nach §§ 21 ff. AMG vom Nachweis der Qualität, Wirksamkeit und Unbedenklichkeit abhängig gemacht wird, stellt sich die Frage, ob mit deren Erteilung prinzipiell auch die Mindestanforderungen an eine wirtschaftliche Arzneimittelversorgung i. S. d. Krankenversicherungsrechts erfüllt und eine vertragsärztliche Verordnung zulasten der GKV möglich ist.

Dies ist zu verneinen. Das Arzneimittelrecht hat gegenüber dem SGB V keine Priorität.¹⁴⁵ Beide Gesetze verfolgen unterschiedliche Zweckrichtungen. Gegenstand des AMG ist die sicherheitsrechtliche Bewertung von Arzneimitteln und nicht deren versorgungsrechtliche Beurteilung.¹⁴⁶ Gerade Letzteres setzt das

¹⁴¹ BSG Urf. v. 14.12.1988 – 9/4b RV 39/87, BSGE 64, 225, 257 f. = NJW 1998, 3237 ff. Ob dies der Fall ist, wird in der Praxis unter Zuhilfenahme der Leitlinien zur Behandlung der jeweiligen Krankheit bestimmt („Leitlinien gerechte Therapie“); s. a. *Kühl* 2013, S. 33 f.

¹⁴² BSG SozR 2200 § 182b RVO Nr. 25.

¹⁴³ Vgl. *Hauck/Noftz* § 2 Rn. 57 ff. u. § 12 Rn. 9.

¹⁴⁴ *GK/Schirmer* § 2 Rn. 55; *Quaas/Zuck* § 9 Rn. 21 f.

¹⁴⁵ Zum systematischen Verhältnis von AMG und SGB V als regulatorische Maßgaben der Arzneimittelversorgung s. *Philipp* 1995, S. 120 ff.; *Francke* MedR 2006, 683, 687.

¹⁴⁶ *Kügel/Müller/Hofmann* Einführung Rn. 1 ff.; *Francke* MedR 2006, 684.

SGB V jedoch voraus und verlangt damit mehr als die bloße Verkehrsfähigkeit eines Arzneimittels nach dem AMG.¹⁴⁷ Auch ein für den Verordnungsbereich zugelassenes Arzneimittel kann daher unwirtschaftlich sein. Im Einzelnen bestimmt sich die Wirtschaftlichkeit einer Arzneimittelverordnung dabei anhand der konkreten Vorschriften der §§ 31 Abs. 1 und 34 Abs. 1 SGB V und den vom G-BA erlassenen konkretisierenden Arzneimittel-Richtlinien (AM-RL).¹⁴⁸ Nach beiden Normen sind alle nicht apothekenpflichtigen Arzneimittel und solche, die zwar der Apotheken- nicht aber der Verordnungspflicht unterliegen, von einer Verordnung zulasten der GKV ausgeschlossen. Es sei denn, es liegen besondere Voraussetzungen einer begründeten Leistungspflicht vor, zum Beispiel, weil das Arzneimittel durch die Arzneimittel-Richtlinien in die Versorgung aufgenommen wurde. Dies ist insbesondere der Fall, wenn es sich um Arzneimittel handelt, die bei der Behandlung schwerwiegender Erkrankungen als Therapiestandard gelten (§ 34 Abs. 6 SGB V). Die Richtlinien des G-BA werden auf der Grundlage des § 92 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 u. Abs. 2 S. 1 SGB V von diesem erlassen¹⁴⁹ und stellen verbindliches,

¹⁴⁷ In diesem Sinne BSG Urt. v. 05.07.1995 – 1 RK 6/95, BSGE 76, 194, 199 = NZS 1996, 169 ff.; BSG Urt. v. 16.09.1997 – 1 RK 28/95, BSGE 81, 54, 68 = NJW 1999, 1805 ff. In beiden Entscheidungen forderte der Erste Senat für die Erstattbarkeit von Arzneimitteln in der GKV faktisch denselben Nachweis wie für Untersuchungs- und Behandlungsmethoden nach § 135 Abs. 1 S. 1 SGB V, wonach zusätzlich zur medizinischen Notwendigkeit auch die Wirtschaftlichkeit erforderlich ist. Anders das BSG in seinem Urt. v. 19.03.2002 – B 1 KR 37/00 R, BSGE 89, 184 ff. = NZS 2002, 646 ff., in der es der Zulassung nach dem AMG eine gewisse positive Vorgreiflichkeit zusprach. Zum Ganzen *Francke MedR 2006, 685 f.*

¹⁴⁸ S. d. BSG Urt. v. 08.06.1993 – 1 RK 21/91, BSGE 72, 252, 257 = NJW 1993, 3018 ff. Allgemein zu Richtlinien als untergesetzliche Rechtsquellen im Vertragsarztrecht *Schnapp FS 50 Jahre BSG 2004, S. 497 ff.*

¹⁴⁹ Speziell zur Richtlinienkompetenz des G-BA *Fischer MedR 2006, 509 ff.; Kingreen NZS 2007, 113 ff.; Schimmelpfeng-Schütte MedR 2006, 21 ff.* Die Regelung des § 92 Abs. 1 S. 1 i. V. m. S. 2 Nr. 6 u. Abs. 2 S. 1 SGB V ermächtigt zur Bestimmung von Modalitäten der Leistungserbringung mit Arzneimitteln, konkreten Voraussetzungen der Leistungserbringung, Therapiehinweisen, zur Abgabe von Arzneimittelbewertungen und Arzneimittelinformationen.

untergesetzliches Recht zur inhaltlichen Interpretation und Konkretisierung des Wirtschaftlichkeitsgebotes dar.¹⁵⁰ Die darin vorgenommenen Konkretisierungen sind für die Vertragsärzte als Leistungserbringer, die Kassen und die Versicherten verbindlich,¹⁵¹ da die Richtlinien nach § 92 Abs. 8 SGB V Bestandteil der zwischen der Kassenärztlichen Bundesvereinigung und dem GKV-Spitzenverband geschlossenen Bundesmantelverträge und somit gemäß § 82 Abs. 1 S. 2 SGB V auch Teil der zwischen den Landesverbänden der Krankenkassen und den Kassenärztlichen Vereinigungen vereinbarten Gesamtverträge sind.¹⁵² Von entscheidender Bedeutung für die Arzneimittelversorgung ist dabei die Regelung des § 9 Abs. 1 S. 4, Abs. 2 AM-RL. Danach muss der therapeutische Nutzen der medizinischen Versorgungsleistung gesichert sein. Die Regelung zeigt, dass sich die Wirtschaftlichkeit grundsätzlich nicht zulasten einer effektiven Behandlung auswirken darf und nur in Fällen der Gleichwertigkeit mehrerer Behandlungsmöglichkeiten die günstigere zu wählen ist.¹⁵³ Nach

¹⁵⁰ Bei den Richtlinien des G-BA handelt es sich nach der Rechtsprechung des BSG um eine zulässige Form der Rechtsetzung durch die Exekutive. BSG Urt. vom 09.12.1997 – 1 RK 23/95, BSGE 81, 20, 242 = NZS 1998, 477 ff.; BSG Urt. vom 30.09.1999 – B 8 KN 9/98 KRR, BSGE 85, 36 ff. = NZS 2000, 245 ff.; s. a. *Engelmann* NZS 2000, 1 ff. Zwischen den verschiedenen Senaten umstritten ist nicht die Rechtsnormqualität als solche, sondern die Frage der Einordnung der Richtlinien als Satzungen oder Rechtsnorm *sui generis*, s. d. BSG SozR 3-2500 § 92 SGB V Nr. 7 und Nr. 6 andererseits. Zu der lange Zeit kritisierten Kompetenz des G-BA als Richtliniengeber: *Quaas/Zuck* § 8 Rn. 45 ff.; bzgl. der Behandlung von formellen Fehlern bei der Kontrolle von untergesetzlichen Rechtsnormen im dt. Gesundheitswesen s. *Weinrich/Reuter* GesR 2015, 144 ff.

¹⁵¹ Zu den unterschiedlichen Regelungsebenen und dem Vorrang der Richtlinie s. *Quaas/Zuck* § 8 Rn. 35.

¹⁵² Bundesmantelverträge (§ 82 Abs. 1 S. 1 SGB V) und Gesamtverträge (§ 83 SGB V) stellen Normverträge dar. Sie entfalten ihre Rechtswirkung nicht nur gegenüber den Vertragspartnern, sondern auch gegenüber allen von der Regelung betroffenen Dritten. Der Bundesmantelvertrag enthält die bundesunmittelbaren Vorgaben für den Inhalt der Gesamtverträge. Die Gesamtverträge konkretisieren die Vorgaben des Bundesmantelvertrages auf Landesebene. S. d. *Axer* 2000, S. 60 f.; *Engelmann* NZS 2000, 5. Alle Verträge zur Gestaltung der vertragsärztlichen Versorgung müssen entsprechend § 72 Abs. 2 SGB V so gestaltet sein, dass eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung der Versicherten unter Berücksichtigung des allgemeinen Standes der medizinischen Erkenntnisse gewährleistet ist und die ärztlichen Leistungen angemessen vergütet werden. *Quaas/Zuck* § 8 Rn. 11 ff.

¹⁵³ S. d. *Hauck/Noftz* § 12 Rn. 23; *Laufs/Uhlenbruck/Krauskopf* § 34 Rn. 5.

A. Grundlagen

der Rechtsprechung des BVerfG¹⁵⁴ und des BSG¹⁵⁵ folgt dies zwingend aus dem verfassungsrechtlich gewährleisteten Grundrechtsschutz nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 1 GG und dem dort verankerten Sozialstaatsprinzip. Das BVerfG hat in seiner Entscheidung zur „*Bioresonanztherapie*“ entschieden, dass Behandlungen und Arzneimittel nicht aus Wirtschaftlichkeitsgründen von der Versichertenversorgung ausgeschlossen werden dürfen, wenn es sich dabei um allgemein anerkannte, dem medizinischen Standard entsprechende, Leistungen handelt und eine nicht ganz fern liegende Aussicht auf eine positive Entwicklung des Krankheitsverlaufs bei lebensbedrohlichen Erkrankungen bestehe.¹⁵⁶ Diese Rechtsprechung hat das BSG auf die Arzneimittelversorgung übertragen.¹⁵⁷ Dementsprechend kann auch die Verordnung eines für den Anwendungsbereich nicht zugelassenen Arzneimittels (sog. Off-Label-Use) wirtschaftlich sein, wenn es im Einzelfall zur Behandlung einer schwerwiegenden Erkrankung alternativlos ist und zulassungsäquivalente Wirksamkeitsbelege veröffentlicht wurden.¹⁵⁸

Folglich ist als Ergebnis für die Verordnung von Arzneimitteln, als Teil der ambulanten ärztlichen Behandlung, festzuhalten, dass eine abrechenbare, erstattungsfähige Leistung nur vorliegt, wenn der Vertragsarzt ein im Einzelfall verordnungsfähiges – d. h. den Vorgaben des § 12 Abs. 1 SGB V entsprechendes und im Rahmen

¹⁵⁴ BVerfG Beschl. v. 06.12.2005 – 1 BvR 347/98, BVerfGE 115, 25 ff. = NJW 2006, 891 ff.; ausf. dazu *Hauck* NJW 2007 1320 ff.

¹⁵⁵ BSG Urt. v. 04.04.2006 – B 1 KR 7/05 R; B 1 KR 12/04 R; B 1 KR 12/05 R, BSGE 96, 170 ff. = NJW 2007, 1380 ff.

¹⁵⁶ BVerfG Beschl. v. 06.12.2005 – 1 BvR 347/98, BVerfGE 115, 25 ff. = NJW 2006, 891 ff.

¹⁵⁷ BSG Urt. v. 04.04.2006 – B 1 KR 7/05 R; B 1 KR 12/04 R und B 1 KR 12/05 R, BSGE 96, 170 ff. = NJW 2007, 1380 ff.

¹⁵⁸ Vgl. statt vieler *Buchner/Jäkel* PharmR 2003, 433 ff.; *Quaas/Zuck* § 53 Rn. 19 ff. jeweils m. w. N.

des zugelassenen Anwendungsgebietes oder innerhalb der Anforderungen des Off-Label-Use eingesetztes – Arzneimittel verordnet.

Im Regelfall richtet sich sein Honoraranspruch dann gegen die zuständige Kassenärztliche Vereinigung, da abgesehen von den Fällen der Kostenerstattung und selektivvertraglicher Vereinbarungen kein Zahlungsanspruch gegenüber den Patienten bzw. kein direktes Vertragsverhältnis mit den Krankenkassen besteht. Bezieht der Vertragsarzt nicht verordnungsfähige Produkte und Substanzen z. B. als Sprechstundenbedarf oder in sonstiger Weise, scheidet eine Erstattung aus.

Generell gilt, dass nur tatsächlich angefallene Kosten erstattungsfähig und geldwerte Vorteile anspruchsmindernd zu berücksichtigen sind.

4. Die Kooperationsverbote des § 128 SGB V

In § 128 Abs. 1 u. 2 SGB V werden Fälle unzulässiger Zusammenarbeit zwischen Leistungserbringern und Vertragsärzten im Hilfsmittelbereich normiert. Die Vorschrift enthält vier Verbotsstatbestände: das Depotverbot in § 128 Abs. 1 SGB V, das Beteiligungsverbot nach § 128 Abs. 2 S. 1 1. Alt. SGB V, das Zuwendungsverbot gemäß § 128 Abs. 2 S. 1 2. Alt. SGB V und das Verbot der Zahlung zusätzlicher privatärztlicher Leistungen nach § 128 Abs. 2 S. 2 SGB V.¹⁵⁹ Verbotsverstöße haben die Krankenkassen nach § 128 Abs. 3 SGB V angemessen zu ahnden. Über den Rechtsfolgenverweis des § 128 Abs. 6 SGB V gelten die Verbote und Vorgaben der Abs. 1 bis 3 ebenfalls für die Versorgung mit Arznei- und Verbandsmitteln im Verhältnis zu pharmazeutischen Unternehmern, Apotheken, Großhändlern und sonstigen

¹⁵⁹ Zu den einzelnen Verboten s. *Fulda PharmR* 2010, 94, 95 ff.; *Klümper PharmR* 2009, 591, 593 ff.

A. Grundlagen

Anbietern von Gesundheitsleistungen. § 128 Abs. 5a SGB V erstreckt die Verbote und Sanktionsmechanismen auf die Erbringung von Leistungen zur Versorgung mit Heilmitteln.

Die in § 128 Abs. 1 bis 3 SGB V geregelten Grundsätze wurden zum 01.01.2009 mit dem Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG) in das SGB V eingeführt und traten zum 01.04.2009 in Kraft.¹⁶⁰ Bereits wenige Monate danach erfolgte mit dem 15. Gesetz zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften (AMG-ÄndG)¹⁶¹ die Einführung des § 128 Abs. 6 SGB V, der den Anwendungsbereich der Norm auf die Versorgung mit Arzneimitteln und gleichgestellten arzneimittelähnlichen Produkten ausdehnte. Ebenfalls ergänzt wurden die Zusammenarbeit mit weiteren Leistungserbringern und der Pharmaindustrie sowie die Legaldefinition des in § 128 Abs. 2 S. 1 SGB V enthaltenen „wirtschaftlichen Vorteils“.¹⁶² Weitere Ausweitungen brachte das Gesetz zur Verbesserung der Versorgungsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-VStG)¹⁶³, das die Regelungssystematik der Norm auf den Heilmittelbereich erstreckte und durch die Einführung des Abs. 5a klarstellte, dass ein Verstoß gegen § 128 SGB V auch einen Verstoß gegen vertragsärztliche Pflichten darstellt, der zur disziplinarrechtlichen Ahndung oder sogar zum Zulassungsentzug führen kann.¹⁶⁴

Sowohl die Einführung der Norm selbst als auch deren Ergänzungen erfolgten vor dem Hintergrund bestehender Fehlentwicklungen und Korruption im Gesundheitswesen durch Kick-back-Geschäfte und Zuweisungen gegen Entgelt. Um entsprechenden

¹⁶⁰ BGBl. I. vom 17.12.2008, S. 2426.

¹⁶¹ BGBl. I. vom 17.07.2009, S. 1990 ff.

¹⁶² Zu den Änderungen s. Beschlussempfehlung und Bericht des *Ausschusses für Gesundheit* vom 17.06.2009, BT-Drs. 16/13428, S. 60 f.

¹⁶³ AMG-ÄndG vom 22.12.2011, BGBl. I., S. 2983 ff.

¹⁶⁴ GKV-VStG vom 22.12.2011, BGBl. I., S. 2.

Vorgehensweisen entgegenzuwirken, hielt der Gesetzgeber eine spezielle Regelung im SGB V für erforderlich und begründete dies damit, dass bestehende straf-, berufs- und wettbewerbsrechtliche Vorschriften zur Verhinderung korrupter Verhaltensweisen nicht ausreichend seien.¹⁶⁵

Dementsprechend dient die Vorschrift allgemein der Beseitigung und Verhinderung von Fehlentwicklungen im Kontext der Hilfs-, Heil- und Arzneimittelversorgung. Sie soll sicherstellen, dass das ärztliche Handeln allein im Dienste des versicherten Patienten ohne Rücksicht auf eigene wirtschaftliche Interessen erfolgt.¹⁶⁶

Hierzu soll das sog. „Zuwendungsverbot“ des § 128 Abs. 2 S. 1, Abs. 6 SGB V neben der Sicherung der Unabhängigkeit der ärztlichen Verordnung auch der Verhinderung finanzieller Vorteile an Ärzte ohne Wissen und Beteiligung der Krankenkassen dienen.¹⁶⁷ Für die Erbringung ärztlicher Leistungen sollen keine finanziellen Zahlungen erfolgen, die in einem unangemessenen Verhältnis zur Leistung stehen und so zu einem Interessenkonflikt der Vertragsärzte führen könnten.¹⁶⁸

Da im Mittelpunkt der vorliegenden Arbeit die Frage der strafrechtlichen Sanktionierbarkeit von Zuwendungen für die Verordnung von Arzneimitteln steht, ist auf den Inhalt des in § 128 Abs. 2 S. 1, 2. Alt. i. V. m. Abs. 6 SGB V geregelten Zuwendungsverbots näher einzugehen. Dabei muss insbesondere hinterfragt werden, welche Bedeutung der Regelung im Zusammenhang mit dem Wirtschaftlichkeitsgebot zukommt, um im Rahmen der straf-

¹⁶⁵ So BT-Drs. 16/10609, S. 73 und BT-Drs. 171/09, S. 111.

¹⁶⁶ Vgl. BT-Drs. 16/10609, S. 73 und BT-Drs. 171/09, S. 111; Hauck/Noftz/Luthe § 128 Rn. 18, *derselbe* MedR 2011, 404.

¹⁶⁷ BT-Drs. 171/09, S. 111.

¹⁶⁸ In diesem Sinne bereits die Gesetzesbegründung bei Beschlussempfehlung und Bericht zum Entwurf des GKV-OrgWG vom 15.10.2008, BT-Drs. 16/10609, S. 58 u. 73.

A. Grundlagen

rechtlichen Prüfung Schlussfolgerungen für oder gegen die Annahme einer dem Vertragsarzt obliegenden Vermögensbetreuungspflicht ziehen zu können.

Das Zuwendungsverbot des § 128 Abs. 2 S. 1, 2. Alt. SGB V erstreckt sich auf alle wirtschaftlichen Vorteile, die mit dem Ordnungsverhalten des Vertragsarztes in Zusammenhang stehen und gilt über die Rechtsfolgenverweisung des § 128 Abs. 6 SGB V auch für die Beeinflussung der Verordnung von Arzneimitteln. Strenge Kausalität ist nicht erforderlich. Es reicht aus, dass der zugewendete Vorteil dazu führen kann, die Tätigkeit des Vertragsarztes in einer dem Patienteninteresse widersprechenden Weise zu beeinflussen.¹⁶⁹ Als wirtschaftlichen Vorteil erfasst die Norm alle geldwerten oder sonstigen Vorteile, die sich positiv auf die Einkommens- oder Wettbewerbsstellung des Vertragsarztes auswirken.¹⁷⁰

Verbotsverstöße werden nach § 128 Abs. 3 S. 1 SGB V durch die Krankenkassen geahndet. Über die Rechtsfolgenverweisung des Abs. 6 ist auch dieser auf die Arzneimittelversorgung anwendbar. Eigenständige Sanktionsmöglichkeiten enthält die Norm nicht und auch die Straf- und Bußgeldvorschriften der §§ 307 und 307a SGB V finden keine Anwendung. Normiert ist allein die Pflicht der Krankenkassen, vertraglich sicherzustellen, dass Verbotsverstöße „angemessen geahndet werden“. Genaue Hinweise, wie die Ahndung zu erfolgen hat, fehlen. Lediglich für den Fall „schwerwiegender und wiederholter Verstöße“, sieht das Gesetz vor, dass Leistungserbringer für einen Zeitraum von bis zu zwei Jahren von der Leistungserbringung in der GKV-Versorgung ausgeschlossen werden können. Nach der Gesetzesbegründung liegt ein schwerwiegender Verstoß vor, wenn Zuwendungen

¹⁶⁹ So zutreffend *Luthe* MedR 2011, 406; a. A. *Burk* PharmR 2010, 89, 91 ff.

¹⁷⁰ BT-Drs. 16/13428, S. 138, s. a. *Klümper* PharmR 2009, 592.

in erheblicher Höhe und über einen langen Zeitraum gewährt werden.¹⁷¹ In den übrigen Fällen erfolgt die Ahndung in der Praxis vorrangig über Vertragsstrafen entsprechend der §§ 339 ff. BGB und mittels Verweis oder Verwarnung. Dabei müssen die Sanktionen angemessen und damit verhältnismäßig sein. Um die Berücksichtigung von Einzelfallbesonderheiten zu ermöglichen, stehen daher sowohl der Ausschluss von der Versorgung als auch die Verhängung von Vertragsstrafen im Ermessen der Krankenkassen zur Verfügung.¹⁷² Da § 128 Abs. 3 SGB V nur gegenüber Adressaten gilt, die in vertraglich begründeten Rechtsbeziehungen zu den Krankenkassen stehen, werden zwar die Vertragsärzte erfasst, nicht jedoch die auf der anderen Seite stehenden Großhändler und – von Fällen bestehender Rabattverträge abgesehen – auch nicht die pharmazeutischen Unternehmer. Für diese wird die Verbotsnorm des § 128 SGB V erst als sog. „Marktverhaltensregel“ im Rahmen des Wettbewerbsrechts relevant. Hinzu kommt, dass es häufig bereits an der Möglichkeit fehlt, Korruptionsfälle effektiv aufzuklären. Insgesamt ist die Vorschrift daher nur bedingt praxistauglich.

Wie bereits dargestellt, dient das Zuwendungsverbot der Gewährung einer ausschließlich am Patientenwohl orientierten, unabhängigen Behandlungsentscheidung und der Verhinderung unwirtschaftlicher Verordnungen infolge finanzieller Vorteile an Vertragsärzte ohne Wissen und Beteiligung der Krankenkassen. Beides sichert die Wahrung der Unabhängigkeit des ärztlichen Heilauftrages.¹⁷³

Bemerkenswert ist, dass dieser Telos nicht gegenüber den Krankenkassen gilt, da nach § 128 Abs. 6 S. 2 SGB V finanzielle Anreize und damit Zuwendungen, die durch die Krankenkassen

¹⁷¹ BT-Drs. 16/10609, S. 73.

¹⁷² S. d. Becker/Kingreen/Butzer § 128 Rn. 23 f.; Luthé MedR 2011, 407.

¹⁷³ BT-Drs. 171/09, S. 111.

A. Grundlagen

selbst erfolgen, zulässig sind, wenn sie der Erschließung von Wirtschaftlichkeitsreserven und der Verbesserung der Versorgungsqualität bei der Verordnung von Leistungen dienen.¹⁷⁴ Mit der Sonderregelung nimmt der Gesetzgeber die Gewährung finanzieller und damit im Grunde tatbestandmäßiger Vorteilsgaben durch die Krankenkassen selbst ausdrücklich vom Anwendungsbereich der Norm aus. Dass eine solche Besserstellung geeignet ist, Verordnungen zu erzeugen, die sich nicht ausschließlich am Patientenwohl orientieren, ist naheliegend.

¹⁷⁴ Zum Ganzen Becker/Kingreen/Butzer § 128 Rn. 43.

B. Die „Vertragsarztuntreue“ im Lichte der Gesetzes- und Rechtsprechungsänderungen

Nach der Darstellung der sozialrechtlichen Grundlagen soll nun auf die Voraussetzungen des § 266 StGB und die Bedeutung der Norm in der von der Rechtsprechung entwickelten Fallgruppe der sog. Vertragsarztuntreue eingegangen werden. Dies geschieht vor dem Hintergrund der sozialrechtlichen Besonderheiten und systematisch verwandter Entscheidungen des BVerfG, des BSG und des BGH. Zu beantworten ist die Frage, ob sich daraus Konsequenzen für die Rechtsprechung zur Vertragsuntreue ergeben.

I. Die Untreue und ihre tatbestandlichen Voraussetzungen

1. Das Wesen der Norm

Um den Einstieg in die tatbestandsspezifischen Einzelprobleme zu erleichtern, wird vorab ein Überblick über Deliktscharakter, Schutzgut und Tätereigenschaft gegeben und die Verfassungsmäßigkeit des Straftatbestandes der Untreue thematisiert.

1.1. Deliktscharakter, Schutzgut und Täter

Hauptanwendungsbereich der Untreue ist ein durch Betreuung, Verwaltung und Nutzung fremden Vermögens geprägtes wirtschaftliches Umfeld. Prädestiniert sind Konstellationen, in denen Arbeitsteilung zur Einräumung zusätzlicher Vermögensverfügungsberechtigungen führt.¹⁷⁵

¹⁷⁵ S. d. LK/Schünemann Rn. 2, der die Untreue als Bestandteil der Korruption in Verwaltung und Wirtschaft als das kennzeichnende Delikt der modernen Volkswirtschaft bezeichnet.

B. Die „Vertragsarztuntreue“ im Lichte der Gesetzes- und Rechtsprechungsänderungen

Das charakteristische Unrecht des § 266 StGB besteht in der vorsätzlichen Schädigung fremden Vermögens „von innen heraus“.¹⁷⁶ Kennzeichnend ist der zweckwidrige Gebrauch einer dem Täter übertragenen fremdnützigen Herrschaft.¹⁷⁷ Es handelt sich um ein reines Vermögensschädigungsdelikt. Entscheidend ist allein die Nachteilszufügung. Ob es zu einer Vermögensverschiebung oder -vernichtung kommt, ist unerheblich.¹⁷⁸

Schutzgut ist nach heute h. M. ausschließlich das Vermögen.¹⁷⁹ Eine Erweiterung des Rechtsgüterschutzes auf das Vertrauen in die Redlichkeit des Rechts- und Wirtschaftsverkehrs und damit in die Pflichtentreue des Täters¹⁸⁰ wird mehrheitlich abgelehnt, da nicht der Vertrauensbruch, sondern die missbräuchliche bzw. pflichtwidrige Verwendung des Vermögens zur Nachteilszufügung führe.¹⁸¹ Dem Schutz der Untreue unterfalle nicht der jeweilige zwischenmenschliche Kontakt, sondern ausschließlich die besondere Vermögensbeziehung zwischen Täter und Opfer. Der zweckwidrige Vertrauensgebrauch stelle – ähnlich dem Betrug – lediglich ein Mittel zum Zweck, nicht aber die Verletzung eines

¹⁷⁶ So bereits *Binding* BT Bd. 1, 2. Aufl. 1902, S. 397; s. a. LK/*Schünemann* Rn. 21; MK/*Dierlamm* Rn. 2; NK/*Kindhäuser* Rn. 1 jeweils m. w. N.

¹⁷⁷ *Puppe* GS Armin Kaufmann 1989, 15, 25 ff.; LK/*Schünemann* Rn. 18 ff.; *ders.* FS Arthur Kaufmann, 1993, 299, 305 ff.; *ders.* FS H. J. Hirsch 1999, 363, 372.

¹⁷⁸ S. d. LK/*Schünemann* Rn. 1, 163 ff.; MK/*Dierlamm* Rn. 201.

¹⁷⁹ Vgl. statt vieler NK/*Kindhäuser* Rn. 1 m. w. N.

¹⁸⁰ Die Auffassung, das Rechtsgut der Untreue auf den Vertrauensschutz zu erweitern, wurde bereits für die vor 1933 geltende a. F. der Untreue und z. Z. des Nationalsozialismus aufgrund der damaligen Deutung der Norm als Verratstatbestand diskutiert. Heute wird sie kaum noch vertreten, soweit ersichtlich nur von *Hillenkamp* NSTZ 1981, 161, 166.

¹⁸¹ Angriffsmodus und Rechtsgut sind voneinander zu trennen, vgl. *Haas* 1997, S. 53; *Labsch* 1983, S. 140 ff., s.a. *Nelles* 1991, S. 282 ff.; *Szebrowski* 2005, S. 9 f.

eigenständigen Rechtsguts dar.¹⁸² Gleiches gilt auch für die Dispositionsfreiheit bzw. -befugnis des Vermögensinhabers.¹⁸³ Ebenfalls nicht in den Schutzbereich der Norm fällt das Befriedigungsinteresse von Gläubigern.¹⁸⁴

Die Norm stellt ein Sonderdelikt dar, Täter kann nur derjenige sein, der in einer besonderen Pflichtenbindung zum Opfervermögen steht oder dem die Treuepflicht nach § 14 StGB zugerechnet wird.¹⁸⁵ Nicht persönlich Verpflichtete kommen nur als Teilnehmer in Betracht. Ihre Strafe ist nach § 28 Abs. 1 StGB zu mildern.¹⁸⁶

Bei dem Delikt handelt es sich um ein Vergehen ohne Versuchsstrafbarkeit, das in den Fällen der §§ 247, 248a StGB nur auf Antrag verfolgt wird. Durch den Verweis in § 266 Abs. 2 auf § 263 Abs. 3 S. 2 StGB gelten die für den Betrug normierten Regelbeispiele entsprechend.

1.2. Verfassungsmäßigkeit

Die Diskussion, ob § 266 StGB den lex-certa-Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG genügt, besteht bereits seit den 50er-Jahren

¹⁸² So *Labsch* Jura 1987, 343, 344; *ders.* 1983, S. 58 jeweils m. w. N.

¹⁸³ BGH Urt. v. 04.11.1997 – 1 StR 273/97, BGHSt 43, 293 ff. = NStZ 1998, 514 ff. Insgesamt ist zu bedenken, dass dem strafrechtlichen Rechtsgüterschutz durch den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Grenzen gesetzt sind (BVerfGE 39, 1 ff.). Zusätzlich zum Vermögen auch die Dispositionsfreiheit und -befugnis des Vermögensinhabers zu schützen, widerspricht letztlich nicht nur dem ultima-ratio-Charakter des Strafrechts, sondern macht auch unter systematischen Gesichtspunkten und im Hinblick auf die bestehende Bestimmtheitsproblematik des § 266 StGB wenig Sinn.

¹⁸⁴ S. d. BGH Urt. v. 20.07.1999 – 1 StR 668/98, NJW 2000, 154 ff.

¹⁸⁵ Vgl. BGH Urt. v. 10.11.1959 – 5 StR 337/59, BGHSt 13, 330, 331 = NJW 1960, 158 ff.

¹⁸⁶ Vgl. BGH Beschl. v. 08.01.1975 – 2 StR 567/74, BGHSt 26, 53 f. = NJW 1975, 837 ff.; *Fischer* Rn. 186; *LK/Schünemann* Rn. 203 m. w. N.; a. A. *Sch/Sch/Perron* Rn. 52.

und wird immer wieder thematisiert.¹⁸⁷ Sie ist eine Folge der weiten Tatbestandsfassung von 1933¹⁸⁸, auf der auch die heutige Norm noch wesentlich beruht.¹⁸⁹

Weil sich, von typischen Fallkonstellationen einmal abgesehen, aufgrund der dem Tatbestand geschuldeten, umfangreichen Kasuistik häufig nur mit Unsicherheiten bestimmen lässt, ob ein nach der Norm verbotenes Verhalten vorliegt, ist die Verfassungsmäßigkeit der Untreue nach wie vor Gegenstand kritischer Bewertungen.¹⁹⁰ Dies vor allem seitens der Literatur, in der bisweilen die Erkennbarkeit des verbotenen Verhaltens für den Normbefehlsempfänger bezweifelt und damit die Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgebot verneint wird.¹⁹¹

Das straf- und verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot dient der Abwehr von Beeinträchtigungen, die durch die Anwendung unpräziser Strafgesetze hervorgerufen werden. Zu wahren sind das Freiheitsrechts des Einzelnen (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 3 GG) und die Gleichheit aller Bürger vor dem Gesetz (Art. 3 Abs. 1 GG). Daraus folgt, dass allgemein erkennbar sein muss, wo die Grenzen zwischen strafbarem und straffreiem Verhalten liegen, und dass es dem Gesetzgeber obliegt, die Voraussetzungen der Norm festzulegen, um eine im Wesentlichen einheitliche Anwendungspraxis zu gewährleisten.¹⁹² Kommt der Gesetzgeber diesen Anforderungen nicht vollumfänglich nach, so ist eine

¹⁸⁷ Krit. dazu bereits *H. Mayer* 1954, S. 337.

¹⁸⁸ Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26.05.1933, RGBl. I S. 295.

¹⁸⁹ Ausführlich zur Normgenese *Rentrop* 2007, S. 32 ff.

¹⁹⁰ S. d. *Beckemper* ZJS 2011, 88 ff.; *Ransiek* ZStW 116 (2004), 634 ff.; *Rönnau* ZStW 119 (2007), 887 ff.

¹⁹¹ So z. B. *MK/Dierlamm* Rn. 3; *Kargl* ZStW 113 (2001), 565 ff.; *Lesch* DRiZ 2004, 135.

¹⁹² Vgl. BVerfG Beschl. v. 25.07.1962 – 2 BvL 4/62, BVerfGE 14, 245, 251 = NJW 1962, 1563 ff.; BVerfG Beschl. v. 21.06.1977 – 2 BvR 308/77, BVerfGE 45, 363, 370 f. = 1977, 1815 ff. Zum strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot s. *Krahl* 1986; *Paeffgen* StraFo 2007, 442; *Schünemann* 1978.

Strafnorm gleichwohl nicht per se zu unbestimmt, da mitunter das Interesse der Allgemeinheit an einem weitgehend lückenfreien Rechtsgüterschutz die Orientierungssicherheit des Einzelnen einschränkt.¹⁹³ Dem trägt das BVerfG durch einen allgemein abgeschwächten Bestimmtheitsmaßstab Rechnung, indem es betont, dass das Strafrecht nicht auf die Verwendung allgemeiner Begriffe verzichten könne, soweit diese unentbehrlich seien, um der Vielgestaltigkeit des Lebens Herr zu werden.¹⁹⁴ Ausreichend sei es, für den Normadressaten die Vorhersehbarkeit staatlichen Strafs dadurch zu gewährleisten, dass in Grenzfällen das Risiko der Strafbarkeit und der Inhalt der Tatbestandsmerkmale anhand des Gesetzes mithilfe richterlicher Auslegung erkennbar seien.¹⁹⁵

Mit *Beschluss vom 23.06.2010* hat der Zweite Senat des BVerfG Stellung zur Verfassungsmäßigkeit des Straftatbestandes der Untreue und den diesbezüglichen Auslegungsanforderungen an die Judikative genommen und in Fortführung seiner Rechtsprechung zu den herabgesetzten Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot die Vereinbarkeit der Norm mit Art. 103 Abs. 2 GG bestätigt.¹⁹⁶ Zur Begründung führt es aus, dass sich der Grad des Bestimmtheitserfordernisses eines Tatbestandes aus einer Gesamtschau der Umstände der jeweiligen Norm ergebe und schon aus diesem Grunde nicht für alle Strafvorschriften abstrakt einheitlich

¹⁹³ BVerfG Beschl. v. 17.01.1978 – 1 BvL 13/76, BVerfGE 47, 109 ff. = NJW 1978, 933 ff.

¹⁹⁴ BVerfG Beschl. v. 17.01.1978 – 1 BvL 13/76, BVerfGE 47, 109 ff. = NJW 1978, 933 ff.; BVerfG Urt. v. 23.10.1985 – 1 BvR 1053/82, BVerfGE 71, 108, 115 = NJW 1986, 1671 ff.; BVerfG Urt. v. 11.11.1986 – 1 BvR 713/83, BVerfGE 73, 206, 235 = NJW 1987, 43 ff.; BVerfG Urt. v. 06.05.1987 – 2 BvL 11/85, BVerfGE 75, 329, 341 = NJW 1987, 3175 ff. Für weitere Nachweise s. LK/Schünemann Rn. 25.

¹⁹⁵ Nachweise bei Tiedemann 1991, S. 44 f.

¹⁹⁶ BVerfG Beschl. v. 23.06.2010 – 2 BvR 2559/08; 2 BvR 105/09; 2 BvR 491/09, BVerfGE 126, 170 ff. = NJW 2010, 3209 ff.

feststellbar sei. Wesentlich sei vielmehr auch, welche Alternativen der Gesetzgeber habe.¹⁹⁷ Sind diese begrenzt, sei er gezwungen, sich wertungsbedürftiger Begriffe zu bedienen, deren inhaltliche Präzisierung dann den Gerichten obliege (sog. Präzisierungsgebot).¹⁹⁸ Die Untreue entspreche diesen allgemeinen Grundsätzen, da alle Tatbestandsmerkmale durch die Rechtsprechung eine hinreichende Konkretisierung erfahren haben und folglich bestimmbar seien.¹⁹⁹

Das Kriterium der fehlenden alternativen Regelungsmöglichkeit zwingt das BVerfG zur Herabsetzung des Bestimmtheitsgrundsatzes, da es dem Gesetzgeber im Fall des § 266 StGB nahezu unmöglich sein dürfte, eine vergleichbare, in sich bestimmtere Norm mit identischem Regelungsgehalt zu schaffen.²⁰⁰ Dies zeigt schon die historische Betrachtung.²⁰¹ Handelt es sich doch bei der heutigen Vorschrift um ein Relikt der NS-Zeit,²⁰² deren Daseinsberechtigung aus der Tatsache resultiert, dass das Strafgesetzbuch für die erfassten strafbedürftigen Verhaltensweisen häufig gerade keine anderweitigen Tatbestände vorsieht und daher bei einer Streichung entsprechende Strafbarkeitslücken entstünden, die sich nur schwer schließen ließen. Hinzu kommt, dass die der Untreue zugrunde liegende Regelungsmaterie einen dynamischen

¹⁹⁷ BVerfG Beschl. v. 23.06.2010 – 2 BvR 2559/08; 2 BvR 105/09; 2 BvR 491/09, BVerfGE 126, 170 ff. = NJW 2010, 3209 ff.

¹⁹⁸ BVerfG Beschl. v. 14.05.1969 – 2 BvR 238/68, BVerfGE 26, 41, 43 = NJW 1969, 1759 ff.; BVerfG Beschl. v. 20.10.1992 – 1 BvR 698/89, BVerfGE 87 209, 226 f. = NJW 1993, 1475 ff.

¹⁹⁹ BVerfG Beschl. v. 23.06.2010 – 2 BvR 2559/08; 2 BvR 105/09; 2 BvR 491/09, BVerfGE 126, 170 ff. = NJW 2010, 3209 ff.

²⁰⁰ In diesem Sinne LK/Schünemann Rn. 24 f.

²⁰¹ Zur Historie LK/Schünemann Entstehungsgeschichte.

²⁰² Rentrop 2007 S. 32 ff.; LK/Schünemann Entstehungsgeschichte und Rn. 1.

Prozess darstellt, aus dem stetig neue, untreuerelevante Handlungen und Konstellationen erwachsen können.²⁰³ Vor diesem Hintergrund und in Anbetracht der Tatsache, dass auch dem Gesetzgeber nichts Unmögliches auferlegt werden kann, verweist der Senat daher zu Recht auf den reduzierten Bestimmtheitsmaßstab und bestätigt so mit dem Beschluss die wohl überwiegende Meinung, dass es sich bei der Untreue um eine Norm an der Grenze zur Verfassungswidrigkeit handelt, deren Bestimmtheit jedoch schon aus Praktikabilitätsgründen durch jahrzehntelange höchstrichterliche Konkretisierung noch ausreichend gewährleistet ist.²⁰⁴

Umso bedeutender ist es, dass die Rechtsprechung ausgerichtet an den Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes „durch eine klare Rechtsprechungslinie für Rechtssicherheit sorgt“. Auch dies betont das BVerfG und gibt den Strafgerichten auf, bei der Interpretation der Tatbestandsmerkmale klare Konturen erkennen zu lassen, um Unsicherheiten im Anwendungsbereich zu vermeiden.²⁰⁵ In Fällen, in denen an der Tatbestandsmäßigkeit der Handlung Bedenken bestehen, ist das jeweilige Merkmal des § 266 StGB daher zwingend restriktiv auszulegen. Dies gilt insbesondere für den Begriff der Vermögensbetreuungspflicht, das Merkmal der Pflichtwidrigkeit und die Bestimmung des Vermögensnachteils. Hieraus folgt:

²⁰³ S. d. *Herzberg*, Symposium für Schönemann 2005, 31, 57 „[...] Das Strafrecht ist – wie das übrige öffentliche Recht und wie das Zivilrecht – voll von Regelungen, die uns zur Klärung von Recht und Unrecht Wertungen aufgeben. Es geht nicht ohne sie! Was dem Gesetzgeber in keinem Rechtsgebiet möglich ist, das kann er auch im Strafrecht nicht leisten [...]“. Ähnlich auch *Ransiek* ZStW 116 (2004), 634, 646, der deutlich macht, dass sich die Unübersichtlichkeit der Norm notwendiger Weise daraus ergebe, dass § 266 StGB alle denkbaren Lebensbereiche erfasse, in denen Vermögensbetreuungspflichten bestehen können.

²⁰⁴ BVerfG Beschl. v. 23.06.2010 – 2 BvR 2559/08; 2 BvR 105/09; 2 BvR 491/09, BVerfGE 126, 170 ff. = NJW 2010, 3209 ff.

²⁰⁵ BVerfG Beschl. v. 23.06.2010 – 2 BvR 2559/08; 2 BvR 105/09; 2 BvR 491/09, BVerfGE 126, 170 ff. = NJW 2010, 3209 ff.

B. Die „Vertragsarztuntreue“ im Lichte der Gesetzes- und Rechtsprechungsänderungen

1. die Notwendigkeit einheitlicher Mindestkriterien bei der Bestimmung der Vermögensbetreuungspflicht, um nicht dem Vorwurf und der Gefahr der Schaffung eines Sonderstrafrechts für bestimmte Tätergruppen ausgesetzt zu sein,
2. die Beschränkung des Pflichtwidrigkeitsmerkmals durch das zusätzliche Erfordernis des gravierenden Pflichtenverstößes, um schlichte Verstöße gegen außerstrafrechtliche Normen vom Anwendungsbereich auszunehmen,
3. dass bei der Ermittlung des Vermögensnachteils die bloße Vermögensgefährdung als konkreter Schaden nachweisbar und damit bezifferbar sein muss und das Tatbestandsmerkmal unabhängig vom Pflichtwidrigkeitserfordernis festzustellen ist.

Inwieweit die Rechtsprechung diesen Anforderungen im Fall der Vertragsarztuntreue tatsächlich gerecht wird, ist zu hinterfragen.

2. Tatbestandsalternativen und Vermögensbetreuungspflicht

Der heutige § 266 Abs. 1 StGB enthält zwei Tatbestandsvarianten: die Missbrauchs- und Treubruchalternative.

Beide gehen zurück auf die ehemals konkurrierenden Lehrmeinungen der Missbrauchs- und der Treubruchstheorie.

2.1. Die Missbrauchsalternative

Gegenstand des Missbrauchstatbestands ist ein Dreiecksverhältnis (Täter – Opfer – Dritter), in dessen Rahmen sich die Rechtswidrigkeit der Handlung ausschließlich aus dem Innenverhältnis – aus der Beziehung des Täters zum Opfer – ergibt, weshalb auf den ersten Blick die paradoxe Situation entsteht, dass der Täter

für ein Handeln bestraft wird, zu dem er an sich zumindest äußerlich befugt ist.²⁰⁶

Im Einzelnen wird vorausgesetzt, dass der Täter die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Verfügungs- bzw. Verpflichtungsbefugnis gegenüber dem Opfer missbraucht. Ein solcher Missbrauch liegt nach dem BGH²⁰⁷ vor, wenn der Täter sein rechtliches Können im Außenverhältnis derart gebraucht, dass er sein rechtliches Dürfen im Innenverhältnis überschreitet.²⁰⁸ Erfasst werden dabei ausschließlich rechtsgeschäftliche und hoheitliche Handlungen; rein faktisches Verhalten ist bei § 266 Abs. 1, 1. Alt. StGB nicht tatbestandsmäßig, da der Missbrauch einer Verfügungs- bzw. Verpflichtungsbefugnis schon sprachlich zwingend deren Gebrauch voraussetzt. Ebenfalls nicht erfasst werden die Duldungs- und die Anscheinsvollmacht, weil daraus resultierende Rechtsgeschäfte schwebend unwirksam sind und der Missbrauchstatbestand streng zivilrechtsakzessorisch ist.²⁰⁹ Er setzt stets die Wirksamkeit der Verfügung oder Verpflichtung im Außenverhältnis voraus.²¹⁰ Liegt ein zur Unwirksamkeit des Geschäfts führender zivilrechtlicher Missbrauch der Vertretungsmacht vor, lehnt die h. M.²¹¹ im Anschluss an Hübner²¹² die Missbrauchsvariante ebenfalls ab, weil aufgrund der Nichtigkeitsfolge des § 138 Abs. 1 BGB keinerlei Bindungswirkung gegenüber dem Vermögensinhaber und damit auch keine Gefahr eines Vermögensnachteils bestehe.

²⁰⁶ Vgl. statt vieler MK/*Dierlamm* Rn. 33; Sch/Sch/*Perron* Rn. 3; SK/*Hoyer* Rn. 75.

²⁰⁷ Ständige Rspr. seit BGH Urt. v. 16.06.1953 – 1 StR 67/53, BGHSt 5, 61, 63.

²⁰⁸ So die h. M. s. d. *Seier/Martin* JuS 2001, 874, 875 m. w. N. und die Übersicht bei Sch/Sch/*Perron* Rn. 17.

²⁰⁹ Sch/Sch/*Perron* Rn. 18.

²¹⁰ MK/*Dierlamm* Rn. 33; Sch/Sch/*Perron* Rn. 3; SK/*Hoyer* Rn. 75.

²¹¹ Zur h. M. vgl. statt vieler NK/*Kindhäuser* Rn. 88; Sch/Sch/*Perron* Rn. 4. Gegen eine zivilrechtsakzessorische Bestimmung *Arzt* FS Bruns 1978, 365 ff.; LK/*Schünemann* Rn. 40.

²¹² LK¹⁰/*Hübner* Rn. 59 ff.

Eine Missbrauchsuntreue scheidet daher aus, wenn das rechtliche Können dem rechtlichen Dürfen entspricht, der Täter nicht rechtsgeschäftlich oder hoheitlich, sondern faktisch handelt und/oder das Opfer gegenüber dem Dritten nicht wirksam bindet, da es dann an einem Missbrauch der dem Täter eingeräumten Rechtsmacht fehlt.

2.2. Die Treubruchalternative

Der Treubruchtatbestand ist erfüllt, wenn der Täter eine ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags oder aufgrund eines faktischen Treueverhältnisses bestehende Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, einen Nachteil zufügt. Da durch die Einbeziehung tatsächlicher Treueverhältnisse im Grunde jede nachteilige Einwirkung auf fremdes Vermögen erfasst wird, ist § 266 Abs. 1, 2. Alt. StGB nach allgemeiner Ansicht restriktiv auszulegen, um Fälle auszuschließen, denen in Anbetracht des im Strafrecht geltenden ultima ratio Grundsatzes²¹³ die Strafwürdigkeit und -bedürftigkeit fehlt.²¹⁴

Dem entsprechen Rechtsprechung und herrschende Lehre, indem sie das Merkmal der Vermögensbetreuungspflicht auf besonders qualifizierte Treuepflichten beschränken.²¹⁵ Maßgebend für die Bestimmung sollen Inhalt und Umfang des zugrunde liegenden rechtlichen Verhältnisses und die getroffenen Vereinbarungen der Treuabrede sein. Dabei wird mit unterschiedlichen Akzentuierungen²¹⁶ vorausgesetzt, dass die Pflicht zur Vermögensfürsorge die Hauptpflicht einer durch Eigenverantwortlichkeit und

²¹³ Das Strafrecht ist das letzte Mittel zur Sicherstellung des Rechtsfriedens und jede Strafnorm die ultima ratio im Instrumentarium des Gesetzgebers. Vgl. BVerfG Urt. v. 25.02.1975 – 1 BvF 1/74; 1 BvF 2/74; 1 BvF 3/74; 1 BvF 4/74; 1 BvF 5/74; 1 BvF 6/74, BVerfGE 39, 1, 45 f. = DÖV 1975, 237 ff.

²¹⁴ S. d. m. w. N. Krey/Hellmann BT 2, Rn. 565.

²¹⁵ Zum Ganzen mit Entscheidungsübersicht NK/Kindhäuser Rn. 32 ff.

²¹⁶ S. d. Haft/Hilgendorf BT I S. 124; Rengier BT I § 18 Rn. 17 ff.

Selbständigkeit geprägten Geschäftsbesorgung in einer wirtschaftlich nicht ganz unbedeutenden Angelegenheit darstelle und dem Innenverhältnis zwischen Treugeber und Täter seinen spezifischen Gehalt gebe.²¹⁷ Ob eine qualifizierten Anforderungen entsprechende Vermögensbetreuungspflicht vorliegt, soll im Einzelfall, in Anlehnung an die bereits vom Reichsgericht vorgenommene Einordnung der Untreue als „eine Art Rahmenvorschrift“, nach den gesamten Umständen des Einzelfalls durch den Richter zu entscheiden sein.²¹⁸ Dass eine solche Ersetzung der Normbestimmtheit durch eine mittels richterlicher Präzisierung zu bewirkende Bestimmbarkeit noch verfassungskonform ist, hat das BVerfG klargestellt.²¹⁹

Dem ist zuzustimmen, da den Gerichten dabei auch die Pflicht zur Umsetzung einer klaren Rechtsprechung auferlegt wird, um zu gewährleisten, dass es den Normadressaten zumindest möglich ist, das Risiko einer Bestrafung zu erkennen. Entsprechend ist zu fordern, dass die Rechtsprechung dem Erfordernis der Anwendung einheitlicher Mindestkriterien nachkommt, da nur dann das vom BVerfG geforderte Mindestmaß an Erkennbarkeit gewährleistet wird. An dieser Vorgabe muss sich auch die Rechtsprechung des BGH messen lassen.

Neben der Vermögensbetreuungspflicht ist ferner deren Verletzung inhaltlich einzugrenzen. Auch hier stellt sich die Frage der hinreichenden Bestimmtheit, da sich die Wertung eines Pflichtverstoßes i. d. R. erst unter Einbeziehung außerstrafrechtlicher Verhaltenspflichten ergibt. Hierauf beruht die Diskussion, ob die Pflichtwidrigkeit ein normatives Tatbestandsmerkmal²²⁰ oder

²¹⁷ NK/*Kindhäuser* Rn. 31 ff.

²¹⁸ RGSt 69, 58, 62.

²¹⁹ BVerfG Beschl. v. 23.06.2010 – 2 BvR 2559/08; 2 BvR 105/09; 2 BvR 491/09, BVerfGE 126, 170 ff. = NJW 2010, 3209 ff.

²²⁰ So die überwiegende Meinung s. d. *Rönnau* ZStW 119 (2007), 887, 904 f.; *Fischer* Rn. 57 f.; LK/*Schünemann* Rn. 92, 112 ff.; *ders.* FS Imme Roxin 2012, 341, 348; *Schünemann* NStZ 2005, 473 ff. jeweils m. w. N.

aber ein Blankett bzw. zumindest ein „blankettartiges“ Merkmal²²¹ darstellt. Die Schwierigkeit besteht dabei – wie in allen Fällen der Abgrenzung von normativen Tatbestandsmerkmalen und strafrechtlichen Blanketten – darin, den Grad der Unvollständigkeit zu ermitteln, um zu klären, ob der Verweisung eine für Blankettmerkmale charakteristische Normbefehlsverlagerung zugrunde liegt.²²² Mit der h. M. ist dabei zu differenzieren, ob das Tatbestandsmerkmal an einen außerstrafrechtlichen Regelungseffekt – normatives Merkmal – oder an die diesem Effekt zugrunde liegenden Voraussetzungen – Blankettmerkmal – anknüpft.²²³

Vor diesem Hintergrund ist die Pflichtwidrigkeit bei § 266 StGB als normatives Tatbestandsmerkmal einzuordnen: Zum einen, da es in Fällen faktischer Treueverhältnisse generell an einer gesetzlichen Pflichtenbegründung fehlt, und zum anderen, weil die Untreue dem außerstrafrechtlichen Regelungsbereich die Feststellung der Pflichtverletzung als abgeschlossenes Zwischenergebnis entnimmt, um es strafrechtlich umzusetzen und mit dem Normbefehl des § 266 zu verbinden, ohne diese selbst ausdrücklichen zum Inhalt der Strafnorm zu machen.²²⁴ Die Bezugsnorm wird nur zur Auslegung herangezogen.²²⁵

Unabhängig davon, ob man diese Sichtweise teilt, ist zudem auch ein Blankettmerkmal nicht per se unbestimmt, sondern vielmehr nur dann als mit Art. 103 Abs. 2 GG unvereinbar anzusehen, wenn die wertausfüllende Norm dem Bestimmtheitsgrundsatz widerspricht.²²⁶ Gerade dies ist jedoch für die hier zu beurteilenden

²²¹ *Deiters* ZIS 2006, 152, 159; *Dierlamm* StraFo 2005, 397, 401 („blankettartig“); *Lüderssen* FS Schroeder 2006, 569; *Nelles* 1992, S. 505; *Sax* JZ 1977, 663, 664; *Seier* Geilen Symposium 2001, 141, 145, 150.

²²² Ausf. dazu *Rönnau* ZStW 119 (2007), 904.

²²³ S. d. *Otto* Jura 2005, 538, 539; *Puppe* GA 1990, 145, 162 ff.; *Rönnau* ZStW 119 (2007), 905.

²²⁴ *Rönnau* ZStW 119 (2007), 905.

²²⁵ So NK/*Puppe* § 16 Rn. 64 ff., 80.

²²⁶ S. d. LK/*Schünemann* Rn. 24 ff.

Fallkonstellationen zu verneinen, weshalb vorliegend, auch im Hinblick auf die Verfassungskonformität des Merkmals nach der Rechtsprechung, auf eine weitere Vertiefung der Thematik bewusst verzichtet wird.

Grundsätzlich gilt für alle wertausfüllenden Begriffe und Generalklauseln, dass Art. 103 Abs. 2 GG der Ersetzung der Bestimmtheit durch bloße Bestimmbarkeit nicht entgegensteht, solange die Verweisung auf allgemeine Rechtsprechung und Schrifttum das dem Ultima-ratio-Charakter des Strafrechts nicht substituiert.²²⁷ Eine Bezugnahme auf die Konkretisierung durch die Rechtsprechung ist zulässig, solange sie in Fällen erfolgt, in denen dem Gesetzgeber keine funktionstüchtigere Regelungsalternative bleibt und keine weitere Konkretisierung möglich ist.²²⁸ Letzteres ist bei der Pflichtverletzung im Rahmen des § 266 StGB der Fall, da es praktisch unmöglich sein dürfte, alle in Betracht kommenden Verletzungen tatbestandlich zu erfassen, ohne den Anwendungsbereich der Norm zu begrenzen. Soweit sich das BVerfG²²⁹ dabei darauf beruft, dass dem Bestimmtheitsgebot durch die Beschränkung der Pflichtwidrigkeit seitens der Rechtsprechung auf gravierende Verstöße genüge getan sei, ist dies einerseits zu kritisieren, da dieses Merkmal seinerseits wertungsbedürftig und damit wenig klärend ist, andererseits aber auch konsequent, weil es sich dabei um ein täterbegünstigendes, tatbestandsregulierendes Korrektiv handelt, bezüglich dessen die Bestimmtheitsanforderungen nicht überspannt werden dürfen. Insgesamt ist daher festzuhalten, dass es spezifischer Beschränkungskriterien bedarf, diese aber ohne zusätzliche Wertungsbedürftigkeit auskommen sollten, um

²²⁷ So BGH Urt. v. 08.12.1981 – 1 StR 706/81, BGHSt 30, 285, 287 f. = NJW 1982, 775 ff.; s.a. BVerfG Urt. v. 23.10.1985 – 1 BvR 1053/82, BVerfGE 71, 108 ff. = NJW 1986, 1671 m. w. N.

²²⁸ BGH Urt. v. 08.12.1981 – 1 StR 706/81, BGHSt 30, 285, 287 f. = NJW 1982, 775 ff.; Löwer JZ 1979, 621, 625.

²²⁹ BVerfG Beschl. v. 23.06.2010 – 2 BvR 2559/08; 2 BvR 105/09; 2 BvR 491/09, BVerfGE 126, 170 ff. = NJW 2010, 3209 ff.

auch hier durch Rechtsprechungskontinuität ein Mindestmaß an Erkennbarkeit zu schaffen. Richtungsweisend scheint die Begrenzung der Pflichtwidrigkeit unter Vermögensschutzgesichtspunkten. Danach ist die Pflichtwidrigkeit anzunehmen, wenn die verletzte Norm zumindest auch dem Vermögensschutz dient.²³⁰

2.3. Das Verhältnis der Tatbestandsalternativen und die Vermögensbetreuungspflicht

In welchem Verhältnis Missbrauchs- und Treubruchtatbestand zueinanderstehen und ob für beide eine Vermögensbetreuungspflicht identischen Inhalts erforderlich ist, ist umstritten. Ausgangspunkt des Streits ist der an die zweite Alternative des § 266 Abs. 1 StGB angeschlossene Relativsatz „[...] dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat [...]“. Unklar ist, ob sich dieser auch auf die Missbrauchsvariante erstreckt und welche inhaltliche Bedeutung ihm bezüglich beider Untreuealternativen zukommt. Da dies auch für die zu beantwortende Fragestellung von entscheidender Bedeutung ist, ist eine Auseinandersetzung mit den dazu vertretenen Ansichten erforderlich.

Zu unterscheiden sind im Wesentlichen vier Meinungsstränge²³¹: die heute h. M., die eine streng monistische Betrachtungsweise zugrunde legt und in dem umstrittenen Satzteil das für beide Untreuealternativen erforderliche und inhaltlich identisch zu bestimmende Tatbestandsmerkmal der Vermögensbetreuungspflicht erblickt,²³² eine streng dualistische Auffassung, nach der dem frag-

²³⁰ So der 1. Strafsenat. BGH Beschl. v. 13.09.2010 – 1 StR 220/09, BGHSt 55, 288 ff. = NSTZ 2011, 37 ff. Scheinbar im Anschluss an *Kubiciel* NSTZ 2005, 353, 355.

²³¹ Innerhalb dieser Gruppen bestehen zwischen den Vertretern häufig weitere diffizile Abweichungen und zum Teil nicht zweifelsfrei zuordenbare Aussagen.

²³² Hinsichtlich der sog. „Vermögensbetreuungspflicht“ herrscht terminologische Variabilität. Verwendet wird häufig auch der Begriff der „Vermögensfürsorgepflicht“. Zur Vermeidung eines begrifflichen Durcheinanders beschränkt sich die vorliegende Arbeit auf den einheitlichen Gebrauch des Terminus „Vermögensbetreuungspflicht“.

lichen Halbsatz eine ausschließlich formale Bedeutung beizumessen ist, sowie zwei vermittelnde Sichtweisen, die modifizierte monistische und die modifizierte dualistische Lehre²³³. Neben diesen vier Ansichten soll hier als fünfter Ansatz die in Anlehnung an dualistische Grundsätze entwickelte, insgesamt aber als eigenständig einzuordnende typologische Theorie *Schünemanns* dargestellt werden.²³⁴

(1) Monistische Lehre

Die heute h. M. geht im Anschluss an die sogenannte „Scheckkarten-Entscheidung“ des BGH vom 26.06.1972²³⁵ von einem streng monistischen Tatbestandsverhältnis aus. Sie nimmt an, dass sich die sprachliche Wendung „dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat“ auf beide Untreuealternativen beziehe, und erblickt darin eine inhaltlich identische Vermögensbetreuungspflicht.²³⁶

²³³ Z. T. auch als eingeschränkt monistische und neuere dualistische Theorie bezeichnet. So z. B. LK/*Schünemann* Rn. 10.

²³⁴ S. d. LK/*Schünemann* Rn. 11.

²³⁵ BGH Urt. v. 26.07.1972 – 2 StR 62/72, BGHSt 24, 386, 387 = NJW 1972, 1904 ff.: Der BGH verneinte den Missbrauchstatbestand bei einem Kunden, der mit einem durch Scheckkarte garantierten, aber ungedeckten Scheck seine Bank belastet hatte mit der Begründung, dass beide Alternativen des § 266 Abs. 1 eine qualifizierte Vermögensbetreuungspflicht erfordern und es an dieser im Verhältnis des Scheckkarteninhabers zu seiner Bank fehle.

²³⁶ Vgl. etwa BGH Urt. v. 26.07.1972 – 2 StR 62/72, BGHSt 24, 386, 387 = NJW 1972, 1904 ff.; BGH Urt. v. 13.06.1985 – 4 StR 213/85, BGHSt 33, 244, 250 = NSTZ 1985, 548 ff.; BGH Urt. v. 25.02.1988 – 1 StR 466/87, BGHSt 35, 224 ff. m. Anm. *Otto* JZ 1988, 881, 883 f.; BGH Urt. v. 05.07.1984 – 4 StR 255/84 = NJW 1984, 2539 ff.; OLG Hamm Urt. vom 26.04.1968 – 3 Ss 25/86 = NJW 1968, 1940; OLG Köln Urt. vom 22.11.1977 – Ss 397/77 = NJW 1978, 713 ff.; OLG Hamburg Urt. vom 04.11.1981 – 1 Ss 177/81 = NJW 1983, 768 f.; LG Bielefeld Urt. vom 08.02.1983 – 1 KLS 21 Js 534/82 = NJW 1983, 1335 ff.; *Birnbaum* wistra 1991, 253, 255; MK/*Dierlamm* Rn. 31; *Dunkel* 1976, S. 97, 128, 236, *ders.* GA 1977, 329, 331; *Ehrlicher* 1989, S. 71; *Fabricius* NSTZ 1993, 414 ff.; LK¹⁰/*Hübner* Rn. 9 f., 14; *ders.* JZ 1973, 407, 410 f.; NK/*Kindhäuser* Rn. 22: „Integrierte Untreuekonzeption“; *Knauth* NJW 1983, 1287, 1289; *Kohlmann* JA 1980, 228, 229; *Lackner/Kühl* Rn. 4; *Maurach/Schroeder/Maiwald* BT 1, § 45 Rn. 11, 18; *Meyer* JuS 1973, 214, 215; *Offermann* JA 1985, 601, 603; *ders.* wistra 1986, 50, 56; *Ranft* JuS 1988, 673 ff.; *Rengier* BT I, § 18 Rn. 2 f.; *Sannwald* 1953, S. 46; *Schreiber/Beulke* JuS 1977, 656 ff.

In Folge dieser Sichtweise sind sämtliche zur Einschränkung der zweiten Alternative entwickelten Kriterien auch auf die erste Alternative zu übertragen, sodass diese zwingend einen präziser gestalteten, speziell geregelten Unterfall des Treubruchtatbestandes darstellt. Da es letztlich keinen Fall des Missbrauchstatbestandes gibt, der nicht zugleich auch dem Treubruchtatbestand unterfallen würde, ist nach h. M. der Missbrauchsalternative als *Lex specialis* Vorrang zu gewähren.²³⁷

(2) Dualistische Lehre

Nach der noch bis 1972 herrschenden – heute als Mindermeinung einzuordnenden – dualistischen Lehre kommt dem umstrittenen Satzteil eine rein formale Bedeutung zu.²³⁸ Seine Aufgabe sei es, zu verdeutlichen, dass auch der Missbrauchstatbestand den Eintritt eines Vermögensnachteils voraussetze²³⁹ und Geschädigter und betreuter Vermögensträger zwingend identisch seien²⁴⁰. Ein zusätzliches Tatbestandsmerkmal der ersten Alternative ergebe sich aus ihm nicht.²⁴¹ Das Tatbestandsmerkmal der Vermögensbetreuungspflicht gelte ausschließlich für die Treubruchvariante.

Der dualistischen Lehre zufolge stellt § 266 Abs. 1 einen Doppeltatbestand dar, der zwei selbständige, voneinander unabhängige, sich in ihrem Anwendungsbereich ergänzende Straftatbestände enthält.

²³⁷ Grundlegend dazu LK¹⁰/Hübner § 266 Rn. 17.

²³⁸ *Arzt* FS Bruns 1978, S. 366, 370; *Sch/Sch/Cramer*¹⁸ Rn. 2; *Heimann-Trosien* JZ 1976, 549, 551; *Kargl* ZStW 113 (2001), 589; *Labsch* 1983, S. 202; *ders.* NJW 1986, 104, 106; *ders.* Jura 1987, 346; *Otto* JZ 1988, 884; *Sch/Sch*¹⁷ Rn. 4a; *Schröder* JZ 1972, 707, 708.

²³⁹ Vgl. z. B. *Heimann-Trosien* JZ 1976, 551; *Labsch* NJW 1986, 106 u. Jura 1987, 346.

²⁴⁰ *Bockelmann* BT 1, S. 138, 140 f.; *Labsch* NJW 1986, 106; *ders.* Jura 1987, 346; *Schröder* JZ 1972, 708 und *Sch/Sch*¹⁷ Rn. 4 a.

²⁴¹ *Arzt* FS Bruns 1978, S. 366, 370; *Sch/Sch/Cramer*¹⁸ Rn. 2; *Heimann-Trosien* JZ 1976, 549, 551; *Kargl* ZStW 113 (2001), 589; *Labsch* 1983, S. 202; *ders.* NJW 1986, 104, 106; *ders.* Jura 1987, 346; *Otto* JZ 1988, 884; *Sch/Sch*¹⁷ Rn. 4a; *Schröder* JZ 1972, 708.

Modifizierte monistische und modifizierte dualistische Lehre

Im Gegensatz zur streng dualistischen Lehre folgen die modifizierte monistische und die modifizierte dualistische Ansicht der h. M. in der Annahme, dass der fragliche Relativsatz auf beide Alternativen zu beziehen sei, mithin auch die Missbrauchsvariante eine Vermögensbetreuungspflicht erfordere, die aber aufgrund des geringeren Restriktionsbedürfnisses inhaltlich erheblich weniger voraussetze als jene des weit gefassten Treubruchtatbestandes. Als ausreichend erachtet die modifizierte monistische Theorie die „Fremdnützigkeit“ der Befugniseinräumung,²⁴² die modifizierte dualistische Lehre, dass der Täter über eine im Außenverhältnis wirksame Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis verfüge.²⁴³

Systematisch betrachtet gehen beide Ansichten von zwei selbständigen, einander ergänzenden Tatbeständen aus. Nach ihnen dient die modifizierte Vermögensbetreuungspflicht der Erhaltung des Anwendungsbereichs der Missbrauchsvariante und der Klarstellung der Eigenständigkeit beider Tatbestandsalternativen.

(3) Typologische Theorie

Anders als die zuvor dargestellten Ansichten löst sich die von Schönemann entwickelte typologische Theorie von der Auslegung des fraglichen Relativsatzes und nähert sich der Problematik mittels einer an der Schutzbedürftigkeit des Opfers ausgerichteten typologischen Begriffsbestimmung.²⁴⁴ Danach ist das Untreueunrecht als Typus und folglich als ein Begriff mit mehreren abstuf-

²⁴² Sch/Sch/Perron Rn. 2; *Schlüchter* JuS 1984, 675, 676 f.; *Steinhilper* Jura 1983, 401, 408; ähnlich auch *Nelles* 1991, S. 218 ff. u. *Wegenast* 1994, S. 134 ff.

²⁴³ *Bringewat* GA 1973, 353, 358 ff.; *ders.* NSTZ 1983, 457, 458 f.; *ders.* JA 1984, 347, 352 ff.; *ders.* NSTZ 1985, 535, 537; *Holzmann* 1981, S. 126 f., 131; *Ranft* JuS 1988, 673 f.; *Seelmann* JuS 1982, 914, 917; *Sieber* 1977, S. 245.

²⁴⁴ S. d. LK/Schönemann Rn. 22.

baren Merkmalen zu verstehen, der durch fallbezogene Ähnlichkeitsregeln Konkretisierung erfahren habe. Ausschlaggebendes Typusmerkmal des Normunrechts sei die durch Rechtsmacht (§ 266 Abs. 1, 1. Alt. StGB) oder in sonstiger Weise (§ 266 Abs. 1, 2. Alt. StGB) anvertraute „Herrschaft über fremdes Vermögen“ und deren zweckwidrige Ausübung.²⁴⁵ Als nicht tatbestandsmäßig gelten die einer Machtstellung entgegenstehenden unselbständigen Positionen des Arbeitnehmers und des Vertragspartners im Rahmen eines Austauschgeschäfts sowie der von den Eigentumsdelikten umfasste Umgang mit fremden Sachen.²⁴⁶

Nach dieser Theorie kommt je nach Konstellation sowohl die Spezialität des Missbrauchstatbestandes als auch ein Ergänzungsverhältnis beider Tatbestandsalternativen in Betracht. Einer speziellen Vermögensbetreuungspflicht bedarf es nicht.²⁴⁷

(4) Stellungnahme

Da die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Vertragsarztuntreue den Anschein vermittelt, dass an die Vermögensbetreuungspflicht der Missbrauchsalternative geringere Anforderungen als an die Vermögensbetreuungspflicht der Treubruchsalternative zu stellen seien,²⁴⁸ stellt sich die Frage, ob eine solche Differenzierung zulässig ist. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass sich der BGH selbst ausdrücklich zur monistischen Lehre bekennt und damit die Vermögensbetreuungspflicht im Fall der Vertragsarztuntreue im Widerspruch zu seiner eigenen Rechtsprechung bestimmt.²⁴⁹

²⁴⁵ Zum Ganzen LK/Schünemann Rn. 20 ff.; ders. FS Arthur Kaufmann 1993, 299, 305 ff.

²⁴⁶ LK/Schünemann Rn. 22.; ders. FS Arthur Kaufmann 1993, 299, 305 ff.

²⁴⁷ Vgl. LK/Schünemann Rn. 22.

²⁴⁸ Vgl. BGH Beschl. v. 25.11.2003 – 4 StR 239/03, BGHSt 49, 17, 24 = NSZ 2004, 266 ff. Zu den Einzelheiten s. u. B., II., 2.1.

²⁴⁹ So zutreffend Brandts/Seier FS Herzberg 2008, 811, 821.

Aus diesem Grund und in Anbetracht der Tatsache, dass auch innerhalb der heute h. M. Uneinigkeit darüber besteht,²⁵⁰ ob beide Tatbestandsvarianten eine einheitliche Vermögensbetreuungspflicht voraussetzen, ist eine Auseinandersetzung mit den Theorien und eine Positionierung unter Berücksichtigung der anerkannten Auslegungsmethoden erforderlich.

Der Theorienstreit zur gegenwärtigen Fassung des § 266 besteht bereits seit 1972, als der bis dahin herrschenden dualistischen Betrachtungsweise eine streng monistische – von Hübner²⁵¹ vehement verfochtene – Sichtweise entgegentrat, an der beginnend mit der „Scheckkartenentscheidung“²⁵² auch der BGH seine weitere Rechtsprechung ausrichtete. Ausgangspunkt des Streits ist die im Zuge der vollständigen Neufassung der Untreue durch die Gesetzesnovelle vom 25.05.1933²⁵³ erfolgte Vereinigung der bis dahin konkurrierenden Lehrmeinungen der Missbrauchs- und der Treubruchtheorie in der Absicht, die vormals dualistische Konzeption durch eine streng monistische zu ersetzen.²⁵⁴

Die Missbrauchs- und die Treubruchtheorie hatten sich auf dem Boden des ursprünglichen Gesetzeswortlauts der Norm in der

²⁵⁰ Zum Teil wird angenommen, dass die 1. Alternative weniger Restriktion benötige, weil sie im Vergleich zur Treubruchvariante wesentlich bestimmter formuliert sei. Als Konsequenz wird bei der Vermögensbetreuungspflicht der Missbrauchsalternative auf das Erfordernis eines eigenen Entscheidungsspielraums verzichtet. S. d. m. w. N. *Wegenast* 1994, S. 134 ff.

²⁵¹ LK¹⁰/Hübner Rn. 16 ff. infolge dessen Kommentierung im Leipziger Kommentar sich das heute herrschende Verständnis einer einheitlichen Untreuekonzeption durchsetzte.

²⁵² BGH Urt. V. 26.07.1972 – 2 StR 62/72, BGHSt 24, 386 ff. = NJW 1972, 1904 ff.: Klarstellende Grundsatzentscheidung des BGH vom 26.07.1972 zum Erfordernis der Vermögensbetreuungspflicht für beide Tatbestandsalternativen des § 266 StGB.

²⁵³ Die Neuregelung von 1933 erfolgte im Zuge des „Gesetzes zur Behebung der Not von Volk und Reich“ (umgangssprachlich bekannt als „Ermächtigungsgesetz“), RGBl. I, S. 141. Dieses bestimmte in Art. 1, dass Gesetze auch von der Reichsregierung beschlossen werden konnten.

²⁵⁴ *Dunkel* 1976, S. 56, 107 mit Bezugnahme auf *Schäfer* DJZ 1933, 789, 794.

Fassung des RStGB von 1871²⁵⁵ gebildet und zunächst dazu geführt, dass der Untreue aufgrund der gesetzlichen Manifestierung der beiden Theorien bei der Neugestaltung des § 266 RStGB im Jahr 1933 nach der bis 1972 herrschenden Auffassung ein Doppeltatbestand zugrunde lag.²⁵⁶ Dieser Annahme ist Hübner mit zwei Hauptargumenten entgegen getreten: Zum einen, dass es das Regelungsziel der Neufassung von 1933 gewesen sei, die widerstreitenden Theorien in einem Tatbestand zu vereinigen,²⁵⁷ und zum anderen, dass das Gesetz den Relativsatz „[...] dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat [...]“ auf beide Tatalternativen erstrecke und damit die Vermögensbetreuungspflicht zu einem Merkmal des ganzen Tatbestandes mache.²⁵⁸ Beides ist zutreffend und im Einzelnen sowohl rechtshistorisch als auch semantisch belegbar.

Die Fassung des § 266 RStGB stellte kein Parlamentsgesetz, sondern ein von der Reichsregierung erlassenes Gesetz dar, dessen inhaltliche Ausgestaltung dem Reichsjustizministerium überantwortet war, um ein streng monistisches Reformkonzept umzusetzen.²⁵⁹ Schon dies zeigt, dass eine dualistische Betrachtungsweise der Regelung von 1933 nicht gerecht wird, da eine Kombination der Theorien im Sinne eines alternativen Nebeneinanders gerade nicht gewollt war. Hierfür spricht auch die Aussage des mit der Neufassung federführend befassten Ministerialdirigenten *Schäfer*,²⁶⁰ der die Untreue als ein Delikt charakterisiert, das dazu be-

²⁵⁵ Ausführlich dazu *Rentrop* 2007, S. 39 ff., 59, NK/*Kindhäuser* Rn. 12;

²⁵⁶ S. d. NK/*Kindhäuser* Rn 11 ff.

²⁵⁷ LK¹⁰/*Hübner* Rn. 5.

²⁵⁸ LK¹⁰/*Hübner* Rn. 5, 7, 8, 11 u. 14.

²⁵⁹ S. d. *Dunkel* 1977, S. 54 ff.

²⁶⁰ Vgl. *Schwinge/Siebert* 1933, S. 12 Fn. 6.

stimmt ist, alle „Fälle der strafwürdigen, treuwidrigen Vermögensschädigung [...] zu erfassen“.²⁶¹ Diese Aussage legt zumindest die Schlussfolgerung nahe, dass man die Missbrauchsvariante als Unterfall des Treubruchs erfassen wollte.²⁶² Im Übrigen wäre es gesetzessystematisch verfehlt, zwei wesensverschiedene Delikte in einem Tatbestand durch einen gemeinsamen Relativsatz zusammenzuführen, wenn gerade kein gemeinsamer Nenner bestehen soll. Eine derartige Unterstellung erscheint bei historischer Auslegung tatbestandssystematisch sachfremd.²⁶³

Nichts anderes ergibt sich auch als *argumentum e contrario* aus der Einführung des § 266 b StGB im Jahre 1986.²⁶⁴ Spätestens mit dieser Norm hat sich der Gesetzgeber klar für eine monistische Tatbestandskonzeption des § 266 StGB entschieden, da die Regelung einen Sonderfall der Untreue ohne Vermögensbetreuungspflicht darstellt.²⁶⁵

Weiterhin dürfte es heute unstrittig sein, dass sich aus dem an die Voraussetzungen des Missbrauchs der Verfügungs- bzw. Verpflichtungsbefugnis und der Verletzung der Wahrnehmungspflicht anschließenden Satzteil „[...] und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt [...]“ je-

²⁶¹ Schäfer DJZ 1933, 794.

²⁶² Ausführlich dazu Dunkel 1977, S. 56, 104 ff.; Kurek 1942, S. 22.

²⁶³ Soweit hier zugunsten einer dualistischen Sichtweise angeführt wird, dass Schäfer sich auch dahingehend geäußert habe, dass sich in der 1. Alt. der Norm die Missbrauchs- und in der 2. Alt. die Treubruchtheorie wiederfände, ist dies im Kontext der von ihm vorgenommenen Normcharakteristik der Untreue als Delikt zur Erfassung treuwidriger Vermögensschädigungen zu sehen und gerade nicht losgelöst zu bewerten. Letzteres entspricht einer unzulässigen isolierten, ergebnisorientierten Argumentation.

²⁶⁴ Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 15.05.1986, BGBl. I, S. 721 ff.

²⁶⁵ Kargl ZStW 113 (2001), 566; NK/Kindhäuser Rn. 18.

denfalls für beide Tatbestandsalternativen das gemeinsame Erfordernis des Vermögensnachteils ergibt.²⁶⁶ Dieses kumulative Verständnis muss konsequenterweise auch für die Pflicht zur Betreuung der Vermögensinteressen gelten, da auch hier die beiden Hauptsätze durch einen gemeinsamen Relativsatz verknüpft werden.

Im Ergebnis ist daher mit der heute h. M. festzuhalten, dass sowohl Missbrauchs- als auch Treubruchvariante aufgrund der monistischen Tatbestandsstruktur eine Vermögensbetreuungspflicht voraussetzen. Ob diese auch identischen Inhalts ist, ist damit jedoch nicht geklärt.

Da aus der Einführung des § 266 b StGB weder entnommen werden kann, dass die Vermögensbetreuungspflicht synonym bestimmt werden muss, noch die sonstige Entstehungsgeschichte bezüglich des Inhalts ergiebig ist, liegt das maßgebliche Augenmerk auf der Bestimmung der Bedeutung der vom Gesetz gebrauchten Ausdrücke. Hierbei ist zu beachten, dass der Inhalt eines Relativsatzes grundsätzlich im Kontext zum jeweiligen Hauptsatz zu ermitteln ist und der maßgebliche Satzteil im vorliegenden Fall zwei kongruente Hauptsätze ergänzt, mithin eine eigenständige Interpretation zunächst einmal grundsätzlich zulässt.²⁶⁷

Inwieweit dies tatsächlich der Gesetzesintention entspricht, hängt entscheidend vom Wortlaut als Grenze einer jeden Auslegung ab.²⁶⁸ Ausgangspunkt der Wortlautinterpretation ist der für beide Alternativen geltende Halbsatz zur Vermögensbetreuungspflicht.

²⁶⁶ Dies folgt schon aus der Normgenese, der zu entnehmen ist, dass auch die vorhergehende Fassung für jeden einzelnen Untreuefall die Nachteilszufügung voraussetzte. S. d. *Dunkel* 1977, S. 34.

²⁶⁷ So zutreffend LK/*Schünemann* Rn. 13.

²⁶⁸ Da sich jede Auslegung durch den Wortsinn des jeweiligen Gesetzesausdrucks auf den vom Gesetz gesteckten Rahmen beschränkt. Vgl. BGH Urt. v. 29.01.1957 – 1 StR 333/56, BGHSt 10, 157, 160 = NJW 1957, 718 ff.; *Otto JR* 1981, 82, 83.

Dieser spricht von „betreuen“, während die Treubruchvariante selbst das Wahrnehmen der Vermögensinteressen voraussetzt. Fraglich ist, ob die zweite Alternative damit durch die Verwendung des Begriffs „wahrzunehmen“ ein Mehr an Betreuung verlangt²⁶⁹ oder ob beide Begriffe einander inhaltlich entsprechen und daher synonym gebraucht werden.

Während sich hinter dem Begriff des Wahrnehmens im Sinne eines Beschützens und Sorgetragens das sich einer Sache Annehmen und damit das Wahrnehmen einer Angelegenheit für einen anderen verbirgt,²⁷⁰ hat etwas zu betreuen, wer beauftragt wird, die Sache in einem gewissen Sinne zu gebrauchen.²⁷¹ Es entsteht eine Verpflichtung, die sich in der bestimmungsgemäßen Ausübung erschöpft und damit weniger intensiv ist als die Wahrnehmung fremder Interessen.²⁷² Verleiht doch diese dem Pflichtigen die Aufgabe, sich die Ziele des eigentlichen Vermögensinhabers zu Eigen zu machen, seine Interessen durchzusetzen und mit dem Vermögen so sorgfältig zu verfahren, als sei es das eigene.²⁷³ Es besteht eine Obhutsverpflichtung, die aus der dem Täter übertragenen Macht über das fremde Vermögen resultiert und in ihrer Intensität einer Garantenstellung gleicht.²⁷⁴

Dies Ergebnis ist in zweierlei Hinsicht interpretierbar. Zum einen erlaubt es die Deutung, dass die Vermögensfürsorgepflicht der Treubruchvariante über das bloße Betreuen hinausgeht und damit inhaltlich mehr voraussetzt als die generell und damit für die erste

²⁶⁹ In diesem Sinne und allg. wegweisend zur inhaltlichen Wortbedeutung *Schlüchter* JuS 1984, 677.

²⁷⁰ *J. u. W. Grimm* Deutsches Wörterbuch Bd.13, S. 949.

²⁷¹ Vgl. *J. u. W. Grimm* Deutsches Wörterbuch Bd. 1, S. 1714: „Betrauen, betreuen, mit etwas beauftragen“.

²⁷² Zutreffend *Schlüchter* JuS 1984, 676 f.

²⁷³ *Schlüchter* JuS 1984, 677.

²⁷⁴ NK/*Kindhäuser* Rn. 55; LK/*Schünemann* Rn. 84 Die jeweils explizit von einer strafrechtlichen Garantenstellung ausgehen.

Alternative geltende Pflicht zum bestimmungsgemäßen Gebrauch.²⁷⁵ Zum anderen ist dies ein Indiz dafür, dass der Begriff des Wahrnehmens eine spezielle Unterart des Betreuens darstellt und daraus die Notwendigkeit eines inhaltlichen Gleichlaufs folgt.²⁷⁶ Soweit dem damit entgegen getreten wird, dass es entgegen der h. M. auch im Rahmen der zweiten Alternative vorrangig um die Ausnutzung einer Überlegenheitsstellung geht,²⁷⁷ ist dies – aufgrund der Einseitigkeit der Schlussfolgerung – nur bedingt richtig, da auch die entstehende Obhutsgarantenstellung eine Konsequenz des dem Täter eingeräumten Vertrauens ist. Berücksichtigt man dies, wird deutlich, dass Treueansatz und Herrschaftskonzeption einander nicht ausschließen, sondern vielmehr gegenseitig bedingen, da die Obhutspflicht dem Vertrauen des Vermögensinhabers entspringt, sodass die zweite Alternative beide Ansätze inhaltlich vereint.²⁷⁸ Folglich lässt auch die Wortlautinterpretation keine eindeutige Wertungsmöglichkeit zu.²⁷⁹

Was bleibt, ist die Frage nach dem Sinn und Zweck der Verbotsmaterie des Untreuetatbestandes. Besinnt man sich darauf, dass sich beide Alternativen gegen einen gleichartigen Unrechtstypus – die rücksichtslose, vom Vermögensinhaber nicht gestattete Ausübung der Herrschaft über fremdes Vermögen – richten,²⁸⁰ ist der einheitliche Telos der Norm gefunden. Wenn nun aber Miss-

²⁷⁵ So *Wessels/Hillenkamp* BT 2 Rn. 770 f.

²⁷⁶ *Kargl* ZStW 113 (2001), 582; *Sch/Sch/Lenckner*¹⁹ Rn. 2, 23; *Schlüchter* JuS 1984, 676 f.; *Wegenast* 1992, S.138.

²⁷⁷ So *LK/Schünemann* Rn. 20 im Anschluss an *Sax* JZ 1977, 667.

²⁷⁸ *Kargl* ZStW 113 (2001), 582; *Sch/Sch/Lenckner*¹⁹ Rn. 2, 23; *Schlüchter* JuS 1984, 676 f.; *Wegenast* 1992, S.138.

²⁷⁹ A. A. *Kargl* ZStW 113 (2001), 582.

²⁸⁰ So zutreffend bereits *Sax* JZ 1977, 667; diesem zust. *Geis* GesR 2006, 347; *LK/Schünemann* Rn. 20.

brauchs- und Treubruchtatbestand in dieser Grundstruktur übereinstimmen, ist die Annahme einer inhaltlich identischen Strafbarkeitsvoraussetzung nur konsequent.²⁸¹

Dieses Ergebnis ist auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten im Hinblick auf den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG und das Bestimmtheitsgebot gem. § 103 Abs. 2 GG zu befürworten. Für beide Alternativen gilt aufgrund des einheitlichen Unrechtkerns derselbe Strafraum. Dieser Gleichlauf ist verfassungsrechtlich nur gerechtfertigt, wenn die gleiche Behandlung auch die Folge gleicher oder ähnlicher Voraussetzungen ist.²⁸² Zudem sind nach der Rechtsprechung des BVerfG Unsicherheiten bei der tatbestandlichen Ausgestaltung des § 266 StGB zu vermeiden, da die Untreue nur unter Zugrundelegung der konkretisierenden Rechtsprechung den Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG genügt.²⁸³ Auch hieraus folgt die Notwendigkeit einheitlicher Mindestkriterien, da nur so die geforderte klare Rechtsprechungslinie zur Gewährleistung der Rechtssicherheit geschaffen werden kann.

Schlussendlich ist daher festzuhalten, dass die Anforderungen an die inhaltliche Ausgestaltung der Vermögensbetreuungspflicht identisch sein müssen, da eine hiervon abweichende Rechtsprechung oder Literaturansicht im Gesetz keine nachhaltige Stütze findet und verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet. Erklä-

²⁸¹ A. A. LK/Schünemann Rn. 19 ff., der bei seiner typologischen Betrachtungsweise davon ausgeht, dass es mit dem Wortlaut des § 266 Abs. 1 StGB vereinbar sei, von inhaltlich unterschiedlichen Vermögensbetreuungspflichten auszugehen.

²⁸² Gebietet doch der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG dem Gesetzgeber, „wesentlich Gleiches gleich zu behandeln“. St. Rspr. des BVerfG: Allg. zum Gleichheitssatz BVerfG v. 09.12.2008 – 2 BvL 1/07; 2 BvL 2/07; 2 BvL 1/08; 2 BvL 2/08, BVerfGE 122, 210, 230 = DVBl. 2009, 111 ff. Ausführlich, bezogen auf den Fall der Untreue *Dunkel* 1977, S. 123 ff. Der von „zumindest sozialetisch vergleichbaren Fallgestaltungen“ spricht.

²⁸³ BVerfG Beschl. v. 23.06.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09 Rn. 106, BVerfGE 126, 170 ff. = NJW 2010, 3209 ff.

rungsansätze, die einer einheitlichen Vermögensbetreuungspflicht für beide Untreuealternativen entgegenstehen, sind daher abzulehnen. Dies gilt namentlich für die dualistische, die eingeschränkt dualistische und die eingeschränkt monistische Theorie und ist im Ergebnis auch für den typologischen Ansatz *Schünemanns* zu statuieren, weil die hiernach erforderliche einzelfallbezogene Zuordnung anhand von Typusmerkmalen jedenfalls dann mit dem Bestimmtheitsgrundsatz kollidiert, wenn keine eindeutige Zuordnung erfolgen kann.²⁸⁴

(5) Inhaltliche Anforderungen der Vermögensbetreuungspflicht

Wie bereits dargestellt, wird mit unterschiedlichen Akzentuierungen vorausgesetzt, dass die Pflicht zur Vermögensfürsorge die Hauptpflicht einer durch Eigenverantwortlichkeit und Selbständigkeit geprägten Geschäftsbesorgung in einer wirtschaftlich nicht ganz unbedeutenden Angelegenheit darstellt und dem Innenverhältnis zwischen Vermögensinhaber und Täter seinen spezifischen Gehalt gibt.²⁸⁵ Ob eine diesen qualifizierten Anforderungen entsprechende Vermögensbetreuungspflicht vorliegt, ist dabei nach den gesamten Umständen des Einzelfalls anhand eines Indizienkataloges durch den Richter zu entscheiden.²⁸⁶ Im Einzelnen gilt:

1. Die Pflicht zur Betreuung fremden Vermögens muss sich als eigenständige Hauptpflicht des Täters darstellen. Dies ist der Fall, wenn die Vermögensfürsorge als essenzielle und geradezu typische Pflicht die Rechtsbeziehung entscheidend

²⁸⁴ Zur berechtigten Kritik MK/*Dierlamm* Rn. 21; *Waßmer* 1997, S. 21.; s. a. *Schünemann* selbst in LK Rn. 21 f. FS Kaufmann 1993, 299, 307 diesbezüglich einräumend, dass man "irgendwann auf Grenzfälle trifft, deren Zuordnung nicht mehr eindeutig vorgenommen werden kann".

²⁸⁵ NK/*Kindhäuser* Rn. 32 ff.

²⁸⁶ St. Rspr. seit RGSt 69, 58, 62.

prägt und nicht nur von untergeordneter Bedeutung ist.²⁸⁷ Entscheidend sind Inhalt und Umfang der Treuabrede, wie sie sich aus dem zugrunde liegenden rechtlichen Verhältnis, den getroffenen Vereinbarungen und deren Auslegung ergeben.²⁸⁸ Mechanische, untergeordnete Dienste scheiden grundsätzlich aus.²⁸⁹

2. Der Täter muss in der ihm überlassenen Vermögenssphäre ein gewisses Maß an Dispositionsbefugnis besitzen, um aufgrund eines eingeräumten Ermessensspielraums mit entsprechender Bewegungsfreiheit in eigener Verantwortung fremde Vermögensinteressen zu betreuen.²⁹⁰ Das Merkmal ist i. d. R zu bejahen, wenn mit der Entscheidungsfreiheit des Täters ein Machtverlust des Vermögensinhabers aufgrund fehlender Kontrolle einhergeht.²⁹¹ Die faktische Gefährlichkeit im Umgang mit dem fremden Vermögen ist kein Indiz für das Maß der Eigenständigkeit. Gesetzliche Verpflichtungen und Weisungsgebundenheit ohne Entscheidungsspielraum schließen die erforderliche Selbständigkeit aus.²⁹² Untrügliches Indiz zur Bestimmung ist nach *Hübner*,

²⁸⁷ BGH Urt. v. 08.05.1951 – 1 StR 171/51, BGHSt 1, 186, 188 ff.; BGH Urt. v. 03.03.1953 – 1 StR 5/53, BGHSt 4, 170, 172 = NJW 1953, 1272 ff.; BGH Urt. v. 05.07.1968 – 5 StR 262/68, BGHSt 22, 190, 191 f. = NJW 1968, 1938 ff.; BGH Urt. v. 13.06.1985 – 4 StR 213/85, BGHSt 33, 244, 250 = NJW 1985, 2280 ff.; BGH Urt. v. 23.08.1995 – 5 StR 371/95, BGHSt 41, 224, 228 = NJW 1996, 65 ff.; s. d. MK/*Dierlamm* Rn. 45 jeweils m. w. N.

²⁸⁸ BGH Urt. v. 23.05.2002 – 1 StR 372/01, BGHSt 47, 295, 297 = NJW 2002, 2801 ff.; *Rengier* BT I § 18 Rn. 16.

²⁸⁹ Eingehend dazu *Haas* 1997, 37, 39.

²⁹⁰ BGH Urt. v. 04.11.1952 – 1 StR 441/52, BGHSt 3, 289, 294; BGH Urt. v. 09.10.1953 – 2 StR 402/53, BGHSt 4, 373 ff. = NJW 1953, 1839 ff.; BGH Urt. v. 10.11.1959 – 5 StR 337/59, BGHSt 13, 330, 332 = NJW 1960, 158 f.; Zur Problematik der einzelnen Auslegungsansätze des Merkmals s. NK/*Kindhäuser* Rn. 47 ff., der in der Unbestimmtheit des Kriteriums die Wurzel der Unbestimmtheit des Untreuetatbestandes sieht.

²⁹¹ So bereits *Sax* JZ 1977, 743, 747 ff. und diesem folgend LK/*Schünemann* Rn. 85 ff., die zugunsten der Rspr. davon ausgehen, dass die Selbständigkeit eine selbst kontrollierte, fremdnützige Tätigkeit voraussetzt.

²⁹² *Kargl* ZStW 113 (2001), 591 f.; NK/*Kindhäuser* Rn. 53 ff. m. w. N.

ob der Täter so handeln muss oder auch anders handeln darf.²⁹³

3. Ob von einer wirtschaftlich nicht ganz unbedeutenden Angelegenheit auszugehen ist, soll sich anhand der Dauer und des Umfangs der wahrgenommenen Tätigkeit ergeben.²⁹⁴ Da Dauer und Umfang jedoch ihrerseits nur Anhaltspunkte für übertragene Dispositionsmacht sind, wird das Kriterium der gewissen Bedeutung i. d. R. bereits von den Erfordernissen der Hauptpflicht und der Selbständigkeit miterfasst, so dass auf eine gesonderte Erörterung des Merkmals verzichtet werden kann.²⁹⁵ Zum Teil wird auch auf die Höhe der Vermögenswerte als Indiz für die wirtschaftliche Bedeutung abgestellt.²⁹⁶

Hieraus folgt allgemein, dass es an der Vermögensbetreuungspflicht fehlt, wenn sich die eingeräumte Verfügungsbefugnis nur als Nebenfolge anderer Rechtsverhältnisse oder Verpflichtungen darstellt, ohne dafür charakteristisch zu sein.²⁹⁷ Auch aus der generellen Pflicht zur Vertragstreue und dem Gebot zur gegenseitigen Rücksichtnahme auf die Interessen des Vertragspartners folgt für sich allein noch keine Vermögensbetreuungspflicht.²⁹⁸ Deutlich wird dies, wenn man sich vergegenwärtigt, dass der Verpflichtete durch die Vornahme der vertraglichen Austauschleistung dem Gläubiger als Vermögensinhaber keine Disposition abnimmt und damit nicht dessen Vermögen „von innen“ heraus

²⁹³ LK¹⁰/Hübner Rn. 32.

²⁹⁴ So RGSt 77, 337, 339; BGH Urt. vom 03.03.1953 – 1 StR 5/53, BGHSt 4, 170, 172 = NJW 1953, 1972 f.; krit. NK/Kindhäuser Rn. 35; Sch/Sch/Perron Rn. 24.

²⁹⁵ S. d. NK/Kindhäuser Rn. 35; Sch/Sch/Perron Rn. 24.

²⁹⁶ Dafür LK¹⁰/Hübner Rn. 33 und wohl auch NK/Kindhäuser Rn. 35; ablehnend Sch/Sch/Perron Rn. 23.

²⁹⁷ NK/Kindhäuser Rn. 44 ff.; Maurach/Schroeder/Maiwald BT 1, § 45 Rn. 18.

²⁹⁸ S. d. BGH Urt. v. 05.07.1968 – 5 StR 262/68, BGHSt 22, 190, 191 = NJW 1968, 1938 ff.; BGH Urt. v. 23.08.1995 – 5 StR 371/95, BGHSt 41, 224 ff. = NJW 1996, 65 ff.; Fischer Rn. 35 ff.; NK/Kindhäuser Rn. 44 m. w. N.

schädigt.²⁹⁹ Ebenfalls keine für die Untreue genügende Pflichtstellung begründen allgemeine Treupflichten von Beamten³⁰⁰ und die bloße Möglichkeit des Pflichtigen zur Wahrnehmung von Dispositionsentscheidungen, ohne über tatsächliche Gestaltungsherrschaft zu verfügen.³⁰¹

3. Die Pflichtverletzung und der Vermögensnachteil

Von Bedeutung für die zu untersuchende Fragestellung sind die Restriktion der Untreuestrafbarkeit auf gravierende Pflichtverletzungen, der Schutz vermögenswerter Exspektanzen und die Problematik der unzulässigen Verschleifung beider Merkmale durch den Rückschluss vom Vermögensnachteil auf die Pflichtverletzung.

3.1. Pflichtverletzung

Untreuefähig sind nur Pflichtverletzungen, die mit der Machtstellung des Täters funktional verbunden sind, d. h., von diesem in seiner Position als Vermögensbetreuer verletzt werden. Davon ist immer dann auszugehen, wenn die interne Machtposition die Pflichtverletzung inhaltlich ermöglicht, erleichtert oder in sonstiger Weise fördert.³⁰² Als Indizien gelten erhöhte Zugriffsmöglichkeiten und fehlende Kontrolle.³⁰³

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, ist in Fällen, in denen der Pflichtige zulasten des Vermögensinhabers außerstrafrechtliche Verhaltensnormen verletzt und über einen Handlungsspielraum

²⁹⁹ Vgl. BGH Urt. v. 17.05.1971 – VII ZR 146/69, BGHZ 56, 204, 207 = NJW 1971, 1404 ff.; NK/*Kindhäuser* Rn. 44; Sch/Sch/*Perron* Rn. 23 a jeweils m. w. N.

³⁰⁰ BGH Beschl. v. 21.10.1997 – 5 StR 328/97, NStZ 1998, 91 f.; NK/*Kindhäuser* Rn. 57.

³⁰¹ NK/*Kindhäuser* Rn. 50.

³⁰² S. d. m. w. N. Sch/Sch/*Perron* Rn. 23; *Saliger* JA 2007, 326, 329.

³⁰³ *Burkhardt* NJW 1973, 2190; *Saliger* JA 2007, 329; Sch/Sch/*Perron* Rn. 36.

B. Die „Vertragsarztuntreue“ im Lichte der Gesetzes- und Rechtsprechungsänderungen

verfügt, zudem zu fragen, ob es sich um eine gravierende Pflichtverletzung handelt.³⁰⁴ Dieses zusätzliche Erfordernis erfasst Pflichtverletzungen, die evident, unvertretbar und/oder willkürlich sind und damit generell auch unter Berücksichtigung des eingeräumten Handlungsspielraums nicht mehr im Interesse des Vermögensinhabers sein können.³⁰⁵

In der Rechtsprechung hat das Merkmal der gravierenden Pflichtverletzung bislang ausschließlich in unternehmensbezogenen Fallgestaltungen unter Berücksichtigung unternehmerischer Handlungsfreiheit und materieller Unternehmensinteressen Berücksichtigung gefunden.³⁰⁶ Ob diese Kriterien auch auf andere die Anforderungen erfüllende Fallgruppen wie beispielsweise die hier zu beurteilende Konstellation Anwendung finden sollen, ist unklar; dies erscheint im Hinblick auf die Rechtsprechung des BVerfG zur Verfassungskonformität der Untreue aber durchaus erwägenswert, um die Strafbarkeit auf eindeutige – dem untreuenspezifischen Strafzweck entsprechende – Verstöße zu begrenzen.³⁰⁷

Geht man von einer Anwendbarkeit aus, hat man das Merkmal der gravierenden Pflichtverletzung als Ausprägung der asymmetrischen Akzessorietät des Strafrechts bei außerstrafrechtlichen Rechtsverletzung zu verstehen und damit einen Verstoß gegen die Verhaltensnorm der Primärmaterie als notwendige, nicht aber hinreichende Bedingung zur Erfüllung der untreuenspezifischen rechtlichen

³⁰⁴ Im Grunde st. BGH-Rspr. seit BGH-Urt. v. 06.04.2000 – 1 StR 280/99, BGHSt 46, 30 ff. = NStZ 2000, 655 ff.

³⁰⁵ I. d. S. *Hohn* wistra 2006, 161, 162; *Kubiciel* NStZ 2005, 360; *Rönnau* NStZ 2006, 214, 219; *Saliger* JA 2007, 330; *Schünemann* NStZ 2006, 196, 197 f.

³⁰⁶ Vgl. BGH-Urt. v. 06.04.2000 – 1 StR 280/99, BGHSt 46, 30 ff. = NStZ 2000, 655 ff., BGH-Urt. v. 15.11.2001 – 1 StR 185/01, BGHSt 47, 148, 152, 187, 197 = NStZ 2002, 262 ff.; BGH-Urt. v. 11.05.2006 – 3 StR 389/05 = NStZ 2006, 628 ff.

³⁰⁷ S. o. A., II., 1.1.2.

Pflichtwidrigkeit anzusehen.³⁰⁸ Erforderlich ist daher stets eine zweistufige Prüfung, die zwingend einen Rechts- bzw. Pflichtenverstoß auf der Ebene der Primärmaterie voraussetzt und nur dann das Strafrecht als Sekundärmaterie tangiert, wenn die Rechtsfolgen der Primärmaterie die Rechtsgutverletzung nicht hinreichend ausgleichen. Ausschließlich in diesen Fällen liegt ein gravierender Verstoß vor, der anhand objektiver Kriterien bestimmbar sein muss.³⁰⁹

3.2. Vermögensnachteil

Beide Untreuealternativen setzen als Konsequenz der Pflichtverletzung einen Vermögensnachteil voraus,³¹⁰ der im Wesentlichen dem Vermögensschaden des Betrugers entspricht.³¹¹ Erforderlich ist daher, dass das pflichtwidrige Verhalten des Täters zu einer nicht kompensierten Vermögensminderung führt.³¹² Dabei ist zunächst im Wege der Gesamtsaldierung zu ermitteln, ob die betroffene Position dem Vermögen des Opfers zuzuordnen ist, und im Anschluss daran festzustellen, inwieweit der Verlust durch den Gewinn einer gleichwertigen Vermögensposition ausgeglichen wurde.

³⁰⁸ I. d. S. *Lüderssen* FS Eser 2005, 166, 170 und *Geis* GesR 2006, 354, die beide den Grundsatz der asymmetrischen Akzessorietät nicht nur auf die zivilrechtliche, sondern auch auf die öffentlich-rechtliche Primärmaterie beziehen.

³⁰⁹ Die durch das Strafrecht als Sekundärrecht geschützten Rechtsgüter werden durch das Primärrecht definiert und reglementiert. Werden die definierten Regeln verletzt, bestimmt zunächst das Primärrecht die Rechtsfolgen, die durch den Verstoß ausgelöst werden. Das Strafrecht tritt erst hinzu, wenn es seiner als ultima ratio zur Wahrung des Rechtsgüterschutzes bedarf. *Dierlamm* StraFo 2005, 398.

³¹⁰ So die h. M., vgl. statt vieler *Fischer* Rn. 109; *Sch/Sch/Perron* Rn. 39; *SK/Hoyer* Rn. 93. jeweils m. w. N. A. A. *Wolf* 1998, S. 114 f., der das Erfordernis des Vermögensnachteils auf den Treubruchtatbestand beschränkt.

³¹¹ Dies hat zur Folge, dass der Streit bzgl. Inhalt und Umfang des Vermögensbegriffs für die Untreue gleichermaßen relevant ist wie für den Betrug. Neben den drei Grundpositionen der juristischen, der wirtschaftlichen und der juristisch-ökonomischen Vermögenslehre, existieren weitere Begriffsbestimmungsansätze, auf deren Darstellung hier zugunsten der Schwerpunktsetzung bewusst verzichtet wurde. Zu den einzelnen Lehren und Nachweisen s. *NK/Kindhäuser* § 263 Rn. 16 ff., 227 ff.

³¹² S. d. *NK/Kindhäuser* § 263 Rn. 248 ff. m. w. N.

Für die Ermittlung des der Saldierung zugrunde liegenden Opfervermögens ist von der wirtschaftlichen Begriffsbestimmung der Rechtsprechung und dem juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff der h. L. auszugehen.³¹³ Beiden liegt eine wirtschaftliche Betrachtungsweise zugrunde, die durch die h. L. dahingehend eingeschränkt wird, dass sie nur Positionen berücksichtigt, die nicht im Widerspruch zur Rechtsordnung stehen.³¹⁴ Dieser Sichtweise nähert sich der BGH durch die Einbeziehung rechtlicher Missbilligungsgesichtspunkte mehr und mehr an.³¹⁵

Problematisch ist, ob neben feststehenden Vermögenspositionen auch mögliche Gewinn- und Erwerbssaussichten zum geschützten Vermögen zu zählen sind.³¹⁶ Dabei wird sowohl von der Rechtsprechung als auch von der Lehre anerkannt, dass Exspektanzen als wirtschaftlich wertvolle Positionen dem Vermögensschutz unterstellt sind, wenn die Erwerbssaussicht tatsächlich besteht und derart konkretisiert ist, dass ihr nach allgemeiner Verkehrsauffassung ein messbarer wirtschaftlicher Wert zukommt.³¹⁷ Diese recht allgemeine Formel hat *Hefendehl* als Verfechter einer im Vordringen befindlichen integrierenden Vermögenslehre³¹⁸ spezifiziert. Die von ihm entwickelten Wertungspunkte beruhen auf

³¹³ Ebenfalls vertreten wird heute noch der sog. personale Vermögensbegriff, dessen Lösungen überwiegend mit der juristisch-ökonomischen Vermögensbestimmung übereinstimmen. S. d. *Otto* Jura 1993, 424 ff. Der rein juristische Vermögensbegriff gilt heute als überholt.

³¹⁴ Vgl. statt vieler LK/*Tiedemann* § 263 Rn. 126 ff.

³¹⁵ BGH Urt. v. 09.10.1953 – 2 StR 402/53, BGHSt 4, 373 ff. = NJW 1953, 1839 ff.; BGH Urt. v. 18.12.1964 – 2 StR 461/64, BGHSt 20, 136 ff. = NJW 1965, 594 ff.; BGH Urt. v. 28.01.1983 – 1 StR 820/81, BGHSt 31, 232 ff. = NJW 1983, 1807 ff.

³¹⁶ Wegweisend und ausführlich dazu *Hefendehl* 1994, S. 25 ff., 115 ff., 199 ff.; Überblick bei LK/*Tiedemann* § 263 Rn. 130 ff.

³¹⁷ Vgl. m. w. N. LK/*Tiedemann* § 263 Rn. 130 ff.

³¹⁸ *Hefendehl* 1994, S. 117.; weitergehend LK/*Schünemann* Rn. 167: Dieser setzt voraus, dass „eine durch das Zivilrecht oder das öffentliche Recht begründete Herrschaft über Objekte oder Interaktionen vorliegt, die dem Inhaber der Herrschaft die störungsfreie Möglichkeit der Entwicklung des gegenwärtigen Zustandes zur endgültigen Inhaberschaft des Vollwertes garantiert“. Zur sog. „integrierten Vermögenslehre“ s. *Rönnau* FS Kohlmann 2003, 254 f.; LK/*Schünemann* Rn. 167; LK/*Tiedemann* § 263 Rn. 132.

einem Verständnis von Vermögen als einer in Geldeswert ausdrückbaren, rechtlich konstituierten Herrschaft über Gegenstände oder soziale Interaktionen mit zivilrechtlich anerkannten Durchsetzungsmöglichkeiten, die es ermöglichen, über die Vermögensgüter frei zu verfügen und externe Störfaktoren von ihnen abzuhalten.³¹⁹ Danach wird eine Exspektanz als Vermögensposition erfasst, wenn der Inhaber die Macht hat, durch rechtlich anerkannte Möglichkeiten die Weiterentwicklung der Anwartschaft zum Vollwert zu sichern, er dieses Vorhaben nach außen manifestiert und sich derjenige, von dem die Exspektanz erlangt wird, seiner Verpflichtung nicht sanktionslos entziehen kann.³²⁰

Hat man die Bemessungsgrundlage bestimmt, ist in einem zweiten Schritt zu fragen, ob es zu einer konkreten Nachteilszufügung gekommen ist. Die Feststellung folgt den zum Betrug entwickelten Regeln und ist daher auch bei der Untreue durch den Vergleich der Vermögenslage vor und nach dem veruntreuenden Verhalten und unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Zielsetzungen und Bedürfnisse des Einzelnen³²¹ zu ermitteln.³²² Zu fragen ist, inwieweit der Verlust durch eine gleichwertige, ihrerseits als Vermögensbestandteil anerkannte Position kompensiert wurde.

³¹⁹ Hefendehl 1994, S.117.

³²⁰ Hefendehl 1994, S. 46, 117 f.

³²¹ Entscheidend ist neben der obj. rechnerischen Gleichwertigkeit also auch ein individueller Schadenseinschlag, zum Ganzen MK/Dierlamm Rn. 208 ff.

³²² Vgl. statt vieler MK/Dierlamm Rn. 205 ff.; Fischer Rn. 115 ff.; LK/Schünemann Rn. 163 ff. jeweils m. w. N.

Bereits ausreichend für die Bejahung eines Nachteils sind dabei nach der Rechtsprechung neben der „schadensgleichen“ Vermögensgefährdung³²³ auch die pflichtwidrig unterlassene Vermögensmehrung³²⁴ und die Nichtberücksichtigung oder Vereitelung eines vorteilhafteren Vertragsschlusses.³²⁵

An einem Nachteil fehlt es, wenn durch die Tathandlung Vermögenseinbuße und Kompensation gleichzeitig bewirkt werden und zwischen beiden ein innerer Zusammenhang besteht.³²⁶ Dies gilt jedoch nicht, wenn der Schadensausgleich aufgrund einer anderen rechtlich selbständigen Handlung eintritt.³²⁷ Eine Kompensationswirkung soll, anders als bei § 263 StGB, unter der Prämisse fortwährender Zahlungsbereitschaft und Zahlungsfähigkeit des Täters auch dem aus pflichtwidrigem Verhalten resultierenden Schadensersatzanspruch zukommen.³²⁸

Ergibt sich ein Nachteil, muss dieser im Fall des § 266 StGB bei demjenigen eintreten, dessen Vermögensinteressen der Täter zu betreuen hat, d. h., im Rahmen der Missbrauchsalternative zulasten des Geschäftsherren und innerhalb des Treubruchtatbestandes

³²³ Heute herrschende Auffassung s. d. NK/*Kindhäuser* Rn. 110 m. w. N. Da dies im Ansatz sehr weit geht sieht sich die h. M. schon seit langem dem Vorwurf ausgesetzt, die Untreue vom Verletzungs- zum Gefährdungsdelikt umzugestalten und die fehlende Versuchsstrafbarkeit zu unterlaufen. Vgl. *Bernsmann* GA 2007, 219, 229; *Günther* FS Weber 2004, 311, 317; *Dierlamm* NSTz 1997, 535.

³²⁴ Vgl. BGH Urt. v. 15.03.2001 – 5 StR 454/00, BGHSt 46, 310 ff. = NJW 2001, 2102, 2105; BGH Urt. v. 15.11.2001 – 1 StR 185/01, BGHSt 47, 148 ff. = NSTz 2002, 262 ff.

³²⁵ Vgl. BGH Urt. v. 21.12.1982 – 1 StR 662/82, BGHSt 31, 178 ff. = NJW 1983, 1130 ff.; BGH Beschl. v. 08.05.2003 – 4 StR 550/02, NSTz 2003, 540, 541; BGH Beschl. v. 11.05.2006 – 3 StR 389/05 = NSTz 2006, 628, 630.

³²⁶ Zum Beispiel, wenn durch die treuwidrige Handlung eine Verbindlichkeit des Geschäftsherrn getilgt wird. Vgl. BGHR § 266 Abs. 1 Missbrauch 1 und Nachteil 2, 9, 13, 46.

³²⁷ Von diesem Grundsatz ausgenommen sind Handlungen, die sich als bloßes Durchgangsstadium eines gewinnbringenden wirtschaftlichen Gesamtplans darstellen. Zum Ganzen Sch/Sch/*Perron* Rn. 41; zur nachträglichen Kompensation s. a. LK/*Schünemann* Rn. 169 m. w. N.

³²⁸ So jedenfalls BGH Urt. v. 16.12.1960 – 4 StR 401/60, BGHSt 15, 342, 345 = NJW 1961, 685 ff.; *Maurach/Schroeder/Maiwald* BT 1, § 45 Rn. 45; LK/*Schünemann* Rn. 171 m. w. N.; ablehnend *Fischer* Rn. 115 ff.; *Labsch* 1983, S. 323; Sch/Sch/*Perron* Rn. 42 m. w. N.

gegenüber demjenigen, dem der Täter treupflichtig ist.³²⁹ Grundsätzlich notwendig ist somit die Identität von geschädigtem und betreutem Vermögen, nicht erforderlich ist hingegen, dass der Geschädigte dem Täter das Vermögen selbst anvertraut hat.³³⁰

Zwischen Schädigung und Pflichtverletzung muss ein Pflichtwidrigkeitszusammenhang bestehen. Ein solcher ist zu bejahen, wenn die Vermögensminderung bei pflichtgemäßem Verhalten aller Wahrscheinlichkeit nach nicht oder aber in einem geringeren Umfang eingetreten wäre.³³¹

4. Die subjektive Tatseite

Subjektiv weist die Norm keinerlei Besonderheiten auf.³³² Der Täter muss vorsätzlich handeln. Ausreichend ist *dolus eventualis*.³³³ Es genügt daher, wenn er sich mittels Parallelwertung in der Laiensphäre bewusst ist, dass ihm eine Vermögensbetreuungspflicht obliegt und er dieser zuwiderhandelt, sowie sich dabei zumindest mit der Möglichkeit abfindet, sein Handeln könne das Vermögen des Berechtigten nachteilig beeinflussen.

Ob sich der Vorsatz im Falle einer konkreten schadensgleichen Vermögensgefährdung auch auf die Realisierung eines endgültigen Nachteils erstrecken muss, wird unterschiedlich beurteilt. Der

³²⁹ NK/*Kindhäuser* Rn. 95.

³³⁰ NK/*Kindhäuser* Rn. 95; Sch/Sch/*Perron* Rn. 47; LK/*Schünemann* Rn. 163 ff. m. w. N.

³³¹ Vgl. MK/*Dierlamm* Rn. 202; NK/*Kindhäuser* Rn. 99; *Ransiek* ZStW 116 (2004), 652.

³³² Zur subj. Tatseite der Untreue allg. *Jakobs* FS Dahs 2005, 49 ff.

³³³ Vgl. statt vieler MK/*Dierlamm* Rn. 281; *Fischer* Rn. 171; NK/*Kindhäuser* Rn. 122; Sch/Sch/*Perron* Rn. 49; SK/*Hoyer* Rn. 118; krit. *Kargl* ZStW 113 (2001), 596; *Labsch* 1983, S. 337, der im Rahmen seines Änderungsvorschlags für die Einführung von „*dolus directus*“ eintritt.

2. Strafsenat des BGH bejaht dies mit der Begründung der erforderlichen Einschränkung einer Vorverlagerung der Strafbarkeit in das straflose Versuchsstadium.³³⁴

Eine Bereicherungsabsicht ist im Gegensatz zu anderen Vermögensdelikten nicht erforderlich.³³⁵

Nimmt der Täter irrtümlich an, im Rahmen der Zweckbestimmung oder aufgrund eines Einverständnisses des Betroffenen zu handeln, schließt dies eine vorsätzliche Pflichtverletzung aus (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB). Handelt er hingegen trotz Kenntnis des entgegenstehenden Willens des Berechtigten mit der Vorstellung, in dessen Interesse tätig zu sein, entfällt der Vorsatz nicht. Gleiches gilt auch für die Vornahme von Risikogeschäften, bei denen die Hoffnung auf einen positiven Geschäftsausgang den Vorsatz grundsätzlich nicht ausschließt, wenn der Täter die mögliche Benachteiligung erkannt hat.³³⁶

Nach wie vor unklar ist, wie sich ein Irrtum bezüglich des Pflichtwidrigkeitserfordernisses auswirkt, da auch der BGH im Mannesmann-Urteil die Frage offengelassen hat, ob von einem Tatbestands- oder Verbotsirrtum auszugehen ist.³³⁷ Die Antwort auf diese Frage hat sich im Wesentlichen an der tatbestandlichen Einordnung der Pflichtwidrigkeit auszurichten. Begreift man diese als normatives Tatbestandsmerkmal, ist die Annahme eines Tatbestandsirrtums die Konsequenz. Geht man von einem Blankett oder „gesamttatbewertendem Merkmal“ aus, finden die Regeln des Verbotsirrtums Anwendung. Relevant wird die Problematik,

³³⁴ Vgl. BGH Urt. v. 18.10.2006 - 2 StR 499/05, BGHSt 51, 100, 120 = NStZ 2007, 583 ff.; BGH Beschl. v. 25.05.2007 - 2 StR 469/06 = NStZ 2007, 704 f.; anders der 1. Strafsenat, der besondere subjektive Anforderungen ablehnt BGH NJW 2008, 2451, 2452.

³³⁵ Gefordert von *Labsch* 1983, S. 337, der eine alternative Regelung vorschlägt, nach der der Täter entweder wissentlich oder mit *dolus eventualis* und Bereicherungsabsicht handeln muss.

³³⁶ BGH Beschl. v. 27.02.1975 - 4 StR 571/74 = NJW 1975, 1234, 1236; *Fischer* Rn. 173 m. w. N.; a. A. *Ransiek* NJW 2007, 1727, 1729.

³³⁷ Vgl. BGH Urt. v. 21.12.2005 - 3 StR 470/04, BGHSt 50, 331, 346 = NStZ 2006, 214 ff.

wenn der Täter in Kenntnis aller die Pflichtwidrigkeit begründenden Tatsachen und Umstände infolge einer fehlerhaften rechtlichen Gesamtbetrachtung des Vorgehens in Unkenntnis der Strafbarkeit handelt und vorträgt, dass auch die Einholung eines Rechtsrates keinen Pflichtverstoß ergeben hätte. In diesem Fall würde der Irrtum über die Pflichtwidrigkeit nicht zu einem Tatbestandsirrtum, wohl aber zu einem Verbotsirrtum führen. Letztlich ist es eine Frage des Einzelfalls, welche Umstände der Täter erkannt haben muss, um sich des Pflichtwidrigkeitsappells bewusst zu sein.

Angesichts der Bestimmtheitsproblematik unterliegt nach ständiger Rechtsprechung auch die Vorsatzprüfung strengen Maßstäben.³³⁸ Gelten soll dies insbesondere dann, wenn „lediglich bedingter Vorsatz in Betracht kommt und der Täter nicht eigensüchtig gehandelt hat“³³⁹, sowie in Fällen bloßer Vermögensgefährdung durch Unterlassen³⁴⁰. In der Literatur wird diese Forderung überwiegend als unberechtigt mit dem Hinweis darauf zurückgewiesen, dass die Reichweite des objektiven Tatbestandes der Treubruchalternative durch die restriktive Interpretation der Merkmale und nicht durch Anforderungen an den Vorsatz zu korrigieren sei.³⁴¹

³³⁸ In diesem Sinne bereits RGSt 68, 371, 374; 71, 90, 92; BGH Urt. v. 17.06.1952 – 1 StR 668/51, BGHSt St 3, 23, 25; BGH Beschl. v. 27.07.1975 – 4 StR 571/74 = NJW 1975, 1234, 1236; BGH Urt. v. 23.05.2002 – 1 StR 372/01, BGHSt 47, 295, 298 f. = NJW 2002, 2801, 2803; BGH Beschl. 26.08.2003 – 5 StR 188/03, wistra 2003, 463 f.; zust. Lackner/Kühl Rn. 19; Maurach/Schroeder/Maiwald BT 1, § 45 Rn. 51; Nack NJW 1980, 1599, 1602.

³³⁹ Vgl. m. w. N. BGH Urt. 15.11.2001 – 1 StR 185/01, BGHSt 47, 148 ff. = NSZ 2002, 262 ff.

³⁴⁰ So schon RGSt 77, 228, 229; im Kanther Urteil verlangte der Zweite Senat, dass zusätzlich zur Billigung der Gefahr auch deren Realisierung hingenommen werde. Vgl. BGH Urt. v. 18.10.2006 2 StR 499/05, BGHSt 51, 100, 120 = NSZ 2007, 583 ff.

³⁴¹ Fischer Rn. 176; SK/Hoyer Rn. 120; Matt NJW 2005, 389, 391; Sch/Sch/Peron Rn. 50; LK/Schünemann Rn. 190 jeweils m. w. N.

II. Rechtsprechung der Obergerichte und des BGH zur sog. „Vertragsarztuntreue“ und zur Bestechlichkeit des Vertragsarztes als Leistungserbringer in der GKV

Vor dem Einstieg in die Diskussion der Einzelprobleme soll zum Abschluss der allgemeinen strafrechtlichen Vorgaben noch die Auseinandersetzung mit der einschlägigen Rechtsprechung erfolgen. Von besonderer Bedeutung ist dabei neben den Entscheidungen zur sog. „Vertragsarztuntreue“ auch das Urteil des Großen Senats für Strafsachen zur Begründung einer Strafbarkeit des Vertragsarztes nach den Korruptionsdelikten. Auch die dort zugrunde gelegten rechtlichen Verhältnisse beeinflussen insbesondere die Beurteilung der Frage, ob dem Vertragsarzt eine – den herausgearbeiteten Anforderungen entsprechende – Vermögensbetreuungspflicht obliegt.

1. Die Rechtsprechung zur Vertragsarztuntreue

Die Frage, ob bei vertragsärztlichen Verordnungs- und Abrechnungsverstößen u. a. auch eine Vermögensbetreuungspflicht der Ärzte gegenüber den Krankenkassen und damit eine Strafbarkeit nach § 266 StGB in Betracht kommt, wurde bis zum Jahr 2003 ausschließlich von einigen Tatgerichten aufgegriffen und einheitlich abgelehnt.³⁴² Der BGH selbst befasste sich mit der Thematik erstmalig im Rahmen des heute als „Grundsatzentscheidung“ zu bezeichnenden *Beschlusses des 4. Strafsenats vom 25.11.2003*, in dessen Folge er bislang mit dem Argument der „tatsächlichen und rechtlichen Besonderheiten des kassenärztlichen Abrechnungs- und Sachleistungssystems“ von der Möglichkeit einer sog. „Ver-

³⁴² So z. B. LG Halle Beschl. v. 03.12.1999 – 22 Qs 31/99 = wistra 2000, 279, 280; s. a. LG Mainz Urt. v. 01.09.1999 – 3 S 85/99 = NJW RR 2001, 906 f. m. Anm. *Tholl* wistra 2001, 473 f. zum vergleichbaren Fall der Vermögensbetreuungspflicht bei Krankenhausärzten.

tragsarztuntreue“ zulasten der gesetzlichen Krankenkassen ausgeht.³⁴³ Zur Begründung der Untreuestrafbarkeit hat sich der BGH dabei stets auf die ehemals vom BSG entwickelte Vertreterkonstruktion berufen und eine Strafbarkeit des Vertragsarztes wegen Missbrauchsuntreue nach § 266 Abs. 1, 1. Alt. StGB angenommen. In den entschiedenen Fällen leitete die Rechtsprechung aus dem ehemaligen rechtsgeschäftlichen Stellvertretungskonstrukt des BSG eine Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen ab.³⁴⁴ Hierzu sind bis heute im Einzelnen die nachfolgend genannten Entscheidungen ergangen:

Den Ausgangspunkt der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Vertragsarztuntreue bildet die bereits erwähnte *Grundsatzentscheidung des Vierten Strafsenats vom 25.11.2003*.³⁴⁵

In dieser hatte der BGH über einen Fall zu befinden, in dem Übermengen an Arzneimitteln ohne medizinische Indikation verordnet wurden.

Dem Beschluss liegt ein Sachverhalt zugrunde, in dem ein Hausarzt seinem gesetzlich versicherten Patienten absprachegemäß zunächst das Doppelte und später sogar Dreifache des Bedarfs an Infusionslösungen und Kathetern zur zentralvenösen Ernährung verordnete und dabei billigend in Kauf nahm, dass der Versicherte die Sachen nach Aushändigung durch Vorlage des Rezeptes in einer Apotheke anderweitig verwendete.

³⁴³ BGH Beschl. v. 25.11.2003 – 4 StR 239/03, BGHSt 49, 17 ff. = NSStZ 2004, 266 ff.

³⁴⁴ BGH Beschl. v. 25.11.2003 – 4 StR 239/03, BGHSt 49, 17, 24 = NSStZ 2004, 266 ff.

³⁴⁵ BGH Beschl. v. 25.11.2003 – 4 StR 239/03, BGHSt 49, 17 ff. = NSStZ 2004, 266 ff.

Das LG Kaiserslautern als Vorinstanz bewertete das Verhalten des Arztes als Beihilfe zum Betrug.³⁴⁶ Es sah in der Verordnung des Vertragsarztes einen kausalen Gehilfenbeitrag zur Täuschung der Krankenkasse durch den Patienten, der durch die Vorlage der Rezepte den Eindruck erweckt habe, die Verordnungen seien medizinisch indiziert und zur Gesunderhaltung der Menge nach erforderlich gewesen. Aufgrund dieses Irrtums sei es zu einer für die Krankenkasse nachteiligen Vermögensverfügung gekommen, die den Versicherten von seiner Zahlungspflicht befreit habe.³⁴⁷

Der BGH hat die Beihilfe des Vertragsarztes zu einem Betrug des Patienten unter Hinweis auf die bereits erwähnten tatsächlichen und rechtlichen Besonderheiten des vertragsärztlichen Abrechnungssystems verneint und stattdessen eine Strafbarkeit des Arztes nach § 266 Abs. 1, 1. Alt. StGB angenommen.³⁴⁸

Zur Begründung führte er aus, dass durch den Patienten weder eine Täuschung der Krankenkasse noch ein Betrug gegenüber dem Apotheker anzunehmen sein. Ein Apotheker hätte nicht zu prüfen, ob eine verordnete Leistung notwendig i. S. d. § 12 Abs. 1 SGB V sei und könne damit mangels Vorstellung auch keinem Irrtum unterliegen. Die Krankenkasse selbst sei nicht getäuscht worden, da der Vertragsarzt als ihr Vertreter bei der Arzneimittelverordnung den Umstand der fehlenden Erforderlichkeit kannte. Ferner wäre, soweit die Krankenkasse die medizinische Erforderlichkeit der Verordnung prüfen sollte, auch keine Stoffgleichheit gegeben, da Gegenstand der Prüfung ein gegen den Arzt gerichteter Regressanspruch sei.

³⁴⁶ LG Kaiserslautern Urt. v. 31.01.2003 – 2 KLS 6112 Js 7880/01 (unveröffentlicht).

³⁴⁷ Zusammenfassend BGH Beschl. v. 25.11.2003 – 4 StR 239/03, BGHSt 49, 17 f = NStZ 2004, 266 ff.

³⁴⁸ BGH Beschl. v. 25.11.2003 – 4 StR 239/03, BGHSt 49, 17, 23 f = NStZ 2004, 266 ff.

Stattdessen hätte sich der Vertragsarzt durch das Ausstellen eines Rezeptes ohne die erforderliche Indikation der Untreue zulasten der Krankenkasse strafbar gemacht, da dieser bei der Verordnung von Arzneimitteln als Vertreter der Kassen handele, indem er an deren Stelle das Rahmenrecht des Versicherten auf medizinische Versorgung konkretisiere. Der Vertragsarzt erfülle die im Interesse der Krankenkasse liegende Aufgabe, ihre Mitglieder nach § 31 Abs. 1 SGB V mit Arzneimitteln zu versorgen, und nehme dabei deren Vermögensinteressen wahr.³⁴⁹ Mit der Verordnung eines Medikaments in dem Wissen, diese Leistung nach §§ 12 Abs. 1 u. 2, 70 Abs. 1 S. 2 SGB V nicht bewirken zu dürfen, missbrauche er die ihm vom Gesetz eingeräumten Befugnisse und verletze seine Betreuungspflicht gegenüber dem Vermögen der jeweils betroffenen Krankenkasse. Der Vertragsarzt erfülle durch seine im Außenverhältnis wirksame, aber im Verhältnis zur Krankenkasse bestimmungswidrige Befugnisausübung den Missbrauchstatbestand.³⁵⁰

Diesem Ergebnis folgend ergingen mit *Beschluss vom 27.04.2004*³⁵¹ und *Beschluss vom 22.08.2006*³⁵² zwei weitere Entscheidungen zur Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes, in denen der 1. Strafsenat die Rechtsprechung des 4. Senats auf Rückvergütungskonstellationen ausdehnte.

In den diesen Entscheidungen zugrunde liegenden Sachverhalten hatten Augenärzte von einer OHG für Praxisbedarf Augenlinsen und Medikamente für die Durchführung ambulanter Operationen zur Behandlung des Grauen Stars bezogen und dabei Barrabatte in Form von umsatzbezogenen Rückvergütungen (sog. „Kick-

³⁴⁹ BGH Beschl. v. 25.11.2003 – 4 StR 239/03, BGHSt 49, 17, 23 = NStZ 2004, 266 ff.

³⁵⁰ BGH Beschl. v. 25.11.2003 – 4 StR 239/03, BGHSt 49, 17, 24 = NStZ 2004, 266 ff.

³⁵¹ BGH Beschl. v. 27.04.2004 – 1 StR 165/03 = NStZ 2004, 568 ff.

³⁵² BGH Urt. v. 22.08.2006 – 1 StR 547/05 = NStZ 2007, 213.

back-Zahlungen“) erhalten, die sie weder – bezogen auf die Augenlinsen – bei der Quartalsabrechnung gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung noch – bezogen auf die als Praxisbedarf verordneten Medikamente – im Verordnungswege über Apotheken und Krankenkassen abzogen.

Der BGH differenzierte hier erstmalig zwischen den unterschiedlichen Abrechnungsvorgängen und sah in der vollen Abrechnung der Augenlinsen einen Betrug aufgrund der falschen konkludenten Erklärung, dass alle Kosten tatsächlich und endgültig angefallen seien, und in der Abrechnung der Medikamente eine Untreue zum Nachteil der Krankenkasse.³⁵³

Für einen Betrug bezüglich der Medikamente fehle es an einer schadensgleichen Vermögensgefährdung. Der Apotheker, der sich an die Verordnung halte, sei in seinem Vertrauen auf die Kaufpreiszahlung durch die Krankenkasse geschützt und nicht verpflichtet, zu überprüfen, ob das Rezept sachlich richtig sei.³⁵⁴ Das Verhalten der Ärzte stelle eine Untreue zum Nachteil der Krankenkasse dar. Der Vertragsarzt verletze seine Vermögensbetreuungspflicht, indem er zugunsten der zu erwartenden Rückvergütung seine Befugnisse als Stellvertreter der Krankenkasse in vermögensrechtlichen Angelegenheiten missbrauche und die Krankenkasse durch die Verordnung zur Zahlung von um den Rabattanteil überhöhten Preisen verpflichte.³⁵⁵

³⁵³ BGH Beschl. v. 27.04.2004 – 1 StR 165/03, BGHSt 49, 17 ff. = NStZ 2004, 568, 569 f.

³⁵⁴ BGH Beschl. v. 27.04.2004 – 1 StR 165/03, BGHSt 49, 17 ff. = NStZ 2004, 568 f.

³⁵⁵ BGH Beschl. v. 27.04.2004 – 1 StR 165/03, BGHSt 49, 17 ff. = NStZ 2004, 568, 569 f.

Die Frage, ob daneben auch ein Betrug in mittelbarer Täterschaft unter Einsatz des gutgläubigen Apothekers als grundloses Werkzeug anzunehmen sei, blieb offen, da es sich insoweit jedenfalls um eine mitbestrafte Nachtat handeln würde.

Diese Sichtweise hat der 1. Senat durch den *Beschluss vom 22.08.2006* bestätigt.

Die dargestellte Rechtsprechung des BGH hat das *OLG Hamm mit Urteil vom 22.12.2004* als weitere Entscheidung zur Rabattgewährung dahingehend erweitert, dass in Fällen der Nichtanzeige zugeflossener geldwerter Vorteile für eine Verordnung neben einer Strafbarkeit nach § 266 StGB auch ein Betrug durch Unterlassen verwirklicht sein könne und beide Delikte als eigenständige Tatbestände nebeneinander existierten.³⁵⁶

Auch diesem Urteil liegt eine „Kick-back-Konstellation“ zugrunde. Konkret hatte ein Vertragsarzt Röntgenkontrastmittel als Praxisbedarf zum Marktwert bezogen und von der Herstellerfirma Vergünstigungen in Form von kostenlosen Entsorgungsleistungen des Praxissondermülls erhalten, die der Krankenkasse bei der direkten Abrechnung mit dem Anbieter nicht angezeigt wurden.

Seine Ausführungen zur Untreuestrafbarkeit stützt das OLG auf die Vertreterstellung des Vertragsarztes bei der Verordnung von Arzneimitteln und die Annahme, dass die Gewährung unentgeltlicher Entsorgungsleistungen eine einer Schmiergeldzahlung ähnliche wirtschaftlich gleichwertige Leistung darstelle, für die sich aufgrund der Verpflichtung des Vertragsarztes zum wirtschaftlichen Handeln gemäß §§ 12 Abs. 1, 72 Abs. 1 SGB V und der jeweils geltenden Regelungen der Sprechstundenbedarfsvereinbarung die Pflicht ergebe, diese gegenüber der Krankenkasse

³⁵⁶ OLG Hamm Ur. v. 22.12.2004 – 3 Ss 431/04, NStZ-RR 2006, 13 ff. = MedR 2005, 236 ff. m. krit. Anm. *Steinhilper*, ablehnend auch *Bernsmann/Schoß* GesR 2005, 193 f.; *Ulsenheimer* MedR 2005, 623.

offenzulegen. Durch die Bestellung der Röntgenkontrastmittel zulasten der Krankenkasse und die daraus resultierende Zahlungsverpflichtung eines „nach der Lebenserfahrung“ um den Wert der Entsorgungsleistung überhöhten Rechnungsbetrages habe der Vertragsarzt die ihm im Abrechnungssystem gegenüber der Krankenkasse obliegende Vermögensbetreuungspflicht verletzt.³⁵⁷

Die ebenfalls bejahte Verwirklichung eines Betruges durch Unterlassen der Meldung der kostenlos ausgeführten Entsorgungsleistungen leitet das OLG aus einer Offenbarungspflicht des Vertragsarztes aufgrund des Wirtschaftlichkeitsgebotes und der Berufsordnung ab. Aus der Pflicht zum wirtschaftlichen Verordnen ergebe sich auch die Verpflichtung zur Offenlegung von Vorteilen.³⁵⁸

2. Die Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen vom 29.03.2012

Mit *Beschluss vom 29.03.2012* hat der Große Senat für Strafsachen auch über die Frage entschieden, ob Vertragsärzte als Amtsträger nach § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB den Amtsdelikten der §§ 331 ff. StGB unterfallen und als Beauftragte eines geschäftlichen Betriebes vom Anwendungsbereich des § 299 StGB erfasst werden.³⁵⁹ Der Entscheidung waren die *Vorlagebeschlüsse des 3. und des 5. Strafsenats vom 05.05.*³⁶⁰ *und 20.07.2011*³⁶¹ vorausgegangen.

Die dort zugrundeliegenden Sachverhalte beinhalten das als „Ratiopharm-Skandal“ bekannt gewordene Pharmamarketingmodell

³⁵⁷ OLG Hamm Urte. v. 22.12.2004 – 3 Ss 431/04, NStZ-RR 2006, 13, 14.

³⁵⁸ OLG Hamm Urte. v. 22.12.2004 – 3 Ss 431/04, NStZ-RR 2006, 13, 14.

³⁵⁹ BGH Beschl. v. 29.03.2012 – GStSt 2/11, BGHSt 57, 202 ff. = NStZ 2012, 505 ff. = NJW 2012, 2530 ff.

³⁶⁰ BGH Beschl. v. 05.05. 2011 – 3 StR 458/10 = NStZ 2012, 35 ff.

³⁶¹ BGH Beschl. v. 20.07. 2011 – 5 StR 115/11 = NStZ-RR 2011, 303 ff.

B. Die „Vertragsarztuntreue“ im Lichte der Gesetzes- und Rechtsprechungsänderungen

des ehemals gleichnamigen Arzneimittelherstellers und ein absatzförderndes Geschäftsmodell eines TENS-Geräteentwicklers. Für Letzteres hatte der Senat die Entscheidung zurückgestellt.

Im Fall „Ratiopharm“ hatte das Landgericht Hamburg einen Vertragsarzt und eine Pharmareferentin nach § 299 StGB verurteilt. Grundlage der Verurteilung war die Involvierung beider in ein Ordnungsmanagement, auf dessen Basis Vertragsärzte Prämienzahlungen in Höhe von fünf Prozent des Herstellerabgabepreises für die im Quartal verordneten Arzneimittel erhielten. Die Zahlung erfolgte über die Pharmareferenten in Form von Schecks, die zum Schein als Honorare für tatsächlich nicht gehaltene Vorträge ausgestellt wurden.

Die vorliegenden Strafsenate sahen die Möglichkeit der Einordnung der Vertragsärzte als Amtsträger und damit den Anwendungsbereich der §§ 331 ff. StGB als eröffnet und nahmen hilfsweise eine Beauftragteneigenschaft i. S. d. § 299 StGB an.

Der Auffassung folgte der Große Senat mit der denkbar geringsten Abstimmungs Mehrheit von sechs zu fünf Stimmen nicht und entschied, dass weder eine Tätertauglichkeit nach den §§ 331 ff. noch nach § 299 StGB gegeben sei.³⁶²

Dieses Ergebnis wird im Wesentlichen damit begründet, dass der für die vertragsärztliche Versorgung zugelassene Arzt bei der Wahrnehmung der ihm gemäß § 73 Abs. 2 SGB V übertragenen Aufgaben, insbesondere der Arzneimittelverordnung, gerade nicht dazu bestellt sei, Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen, da er als Freiberufler weder Angestellter noch Funktionsträger einer öffentlichen Behörde und damit gerade

³⁶² Zur Abstimmung äußerte sich der an der Entscheidung beteiligte Richter am BGH Dr. Raum – seinerseits Vorsitzender Richter des ebenfalls vorliegenden 1. Strafsenats – in seinem Vortrag zur Korruptionsstrafbarkeit des Vertragsarztes auf dem 3. Düsseldorfer Medizinstrafrechtstag am 08.11.2012 (unveröffentlicht) dahingehend, dass dieses Ergebnis zeige, wie kontrovers die Thematik auch innerhalb des Großen Strafsenats selbst diskutiert worden sei.

kein Amtsträger sei.³⁶³ Das Verhältnis zum Patienten, der seinen Vertragsarzt frei wählt, werde – ungeachtet der mit der Zulassung verbundenen Verpflichtung zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung – maßgeblich vom persönlichen Vertrauensverhältnis geprägt und sei insoweit den GKV-Bestimmungen weitgehend entzogen.³⁶⁴ Zwar konkretisiere die vertragsärztliche Verordnung den gesetzlichen Leistungsanspruch des Versicherten, diese sei jedoch untrennbarer Bestandteil der vom Vertrauensverhältnis geprägten ärztlichen Behandlung.³⁶⁵

Auch eine Beauftragteneigenschaft scheidet aus, da die Verordnung gerade keine Übernahme einer im Interesse der Krankenkasse als Auftraggeber erfolgenden Aufgabe darstelle.³⁶⁶ Durch die zwischengeschalteten Kassenärztlichen Vereinigungen fehle es bereits an einem unmittelbaren Rechtsverhältnis zwischen Vertragsarzt und Krankenkasse. Zudem wirken die Vertragsärzte als Leistungserbringer nach § 72 Abs. 1 S. 1 SGB V mit den gesetzlichen Krankenkassen zusammen und begegnen sich dabei nach der gesetzgeberischen Wertung auf der Ebene der Gleichordnung.³⁶⁷ Dies ergebe sich aus dem kooperativen Zusammenwirken aufgrund der kollektivvertraglichen Normensetzung und den vertraglichen Regelungen zwischen Vertragsärzten und Kassenärztlichen Vereinigungen einerseits und den Krankenkassen andererseits.³⁶⁸ Ferner habe die Krankenkasse den vom Versicherten nach § 76 SGB V gewählten Vertragsarzt zu akzeptieren und

³⁶³ BGH Beschl. v. 29.03.2012 – GSSSt 2/11, BGHSt 57, 202 ff. = NJW 2012, 2530 ff.

³⁶⁴ BGH Beschl. v. 29.03.2012 – GSSSt 2/11, BGHSt 57, 202, 208 = NJW 2012, 2530 ff.

³⁶⁵ BGH Beschl. v. 29.03.2012 – GSSSt 2/11, BGHSt 57, 202, 209 = NJW 2012, 2530 ff.

³⁶⁶ BGH Beschl. v. 29.03.2012 – GSSSt 2/11, BGHSt 57, 202, 210 f = NJW 2012, 2530 ff.

³⁶⁷ BGH Beschl. v. 29.03.2012 – GSSSt 2/11, BGHSt 57, 202, 212 = NJW 2012, 2530 ff.

³⁶⁸ BGH Beschl. v. 29.03.2012 – GSSSt 2/11, BGHSt 57, 202, 212 f = NJW 2012, 2530 ff.

wähle diesen gerade nicht selbst aus.³⁶⁹ Auch die Relevanz der Verordnungsentscheidung für die Krankenkassen rechtfertige keine andere Beurteilung. Die sachgerechte Bewertung der ärztlichen Verordnung zeige, dass vor dem Hintergrund der sozialrechtlichen Regelungen und der neueren Rechtsprechung des BSG die Konkretisierung und Ausführung des Versorgungsanspruchs nicht durch rechtsgeschäftliche Stellvertretung, sondern gemäß § 129 i. V. m. den nach Abs. 2 u. 5 S. 1 SGB V abgeschlossenen Verträgen kraft Gesetzes erfolge,³⁷⁰ sodass auch darin kein tauglicher Anknüpfungspunkt für die Eigenschaft des Vertragsarztes als Beauftragter der Krankenkassen gesehen werden könne. Nichts anderes folge aus dem Wirtschaftlichkeitsgebot, dessen Pflicht zur Beachtung den Vertragsarzt nicht automatisch zum Beauftragten mache.³⁷¹

3. Stellungnahme zur Bedeutung der Entscheidungen für das Arbeitsthema

Vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlich bedenklichen Tatbestandsweite und der daraus resultierenden Pflicht zur engen Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale der Norm wurde die Annahme einer Untreuestrafbarkeit des Vertragsarztes schon in der Vergangenheit unter mehreren Gesichtspunkten immer wieder kritisiert,³⁷² insbesondere im Hinblick auf die Übertragung der BSG-Rechtsprechung zur Vertreterstellung des Vertragsarztes bei der Arzneimittelversorgung von GKV-Patienten

³⁶⁹ BGH Beschl. v. 29.03.2012 – GSSt 2/11, BGHSt 57, 202, 213 = NJW 2012, 2530 ff.

³⁷⁰ BGH Beschl. v. 29.03.2012 – GSSt 2/11, BGHSt 57, 202, 213 f = NJW 2012, 2530 ff.

³⁷¹ BGH Beschl. v. 29.03.2012 – GSSt 2/11, BGHSt 57, 202, 216 = NJW 2012, 2530 ff.

³⁷² *Bernsmann/Schoß* GesR 2005, 193 ff.; *Brandts/Seier* FS Herzberg, 811, 819 ff.; *Geis* GesR 2006, 353 f.; *Steinhilper* MedR 2005, 238 f.; *Taschke* StV 2005, 408; *Ulsenheimer* MedR 2005, 622, 625, 626 f.; *Weidhaas* ZMRG 2005, 52, 54 f.

B. Die „Vertragsarztuntreue“ im Lichte der Gesetzes- und Rechtsprechungsänderungen

und der darauf aufbauenden BGH-Rechtsprechung zur Vermögensbetreuungspflicht.³⁷³ Ob die gesetzlichen Verpflichtungen des Vertragsarztes gegenüber den Krankenkassen dabei inhaltlich den Anforderungen einer qualifizierten Vermögensbetreuungspflicht genügen, wird zu Recht bezweifelt, da der Rückgriff auf eine zwischenzeitlich den gesetzlichen Vorgaben angepasste und damit auch vom BSG so nicht mehr vertretene Rechtsprechung als inkonsequent und unzutreffend zu werten ist.

Mit der Entscheidung des Großen Senats vom 29.03.2012 und der Verneinung einer Strafbarkeit des Vertragsarztes nach den Korruptionsdelikten hat die Thematik zusätzliche Relevanz bekommen, vor allem, da nunmehr auch der BGH nicht länger an der Zugrundelegung der ehemaligen zivilrechtlich ausgerichteten Vertreterkonzeption des BSG festhält und zudem der vertragsärztlichen Verordnung den Fremdnützigkeits- und Geschäftsbesorgungscharakter abspricht.³⁷⁴

In Konsequenz dieser Rechtsprechung und vor dem Hintergrund der Entscheidung des BVerfG vom 23.06.2010 ergeben sich die folgenden fünf konkreten Einzelprobleme, die der Annahme einer vermeintlichen Untreuestrafbarkeit potenziell entgegenstehen.

Zu fragen ist:

1. Welche Tatbestandsalternative ist einschlägig und liegen die Voraussetzungen einer, qualifizierten Anforderungen entsprechenden, Vermögensbetreuungspflicht vor?
2. Inwieweit wirkt die zugrundeliegende außerstrafrechtliche Pflichtverletzung tatsächlich tatbestandsbegründend?

³⁷³ So insb. *Brandts/Seier* FS Herzberg, 811, 821 ff.; *Steinhilper* MedR 2005, 238 f.; *Ulsenheimer* MedR 2005, 626 f.

³⁷⁴ BGH Beschl. v. 29.03.2012 – GSSt 2/11, BGHSt 57, 202, 214 = NJW 2012, 2530 ff.

3. Ist eine streng formale, sozialrechtliche Schadensbestimmung mit der im Strafrecht geltenden wirtschaftlichen Betrachtungsweise vereinbar?
4. Wann kann im Gesundheitswesen von bestimmbaren Expektanzen als Vermögenspositionen ausgegangen werden?
5. Unter welchen Umständen ist auf der subjektiven Tatseite von einem möglichen Tatbestands- beziehungsweise Verbotsirrtums auszugehen?

Der Beantwortung dieser Fragestellungen wird sind weitere Ausführungen dieser Arbeit gewidmet.

III. Fallgruppenrelevanz und Abgrenzung zum Betrug

Untreurelevant sind Konstellationen der Vorteilsgewährung als Gegenleistung für ein bestimmtes Ordnungsverhalten, sog. Kick-back-Vereinbarungen, bei denen – in Abgrenzung zu § 263 StGB – die Abrechnung über einen Apotheker bzw. die Apothekerverrechnungsstelle erfolgt.

Wesentlich in diesen Fällen ist das kollusive Verhalten zwischen Vertragsarzt und Vorteilsgeber, von dem i. d. R. weder der in die Verordnung einbezogene Apotheker noch der vom Vertragsarzt behandelte Versicherte Kenntnis erlangen. Dies hat zur Folge, dass die Kollusion nicht auf den Vergütungsanspruch des Apothekers bzw. den Leistungsanspruch des Patienten durchschlägt.

Exemplarisch für derartige Kick-back-Vereinbarungen sind die vom 1. Senat entschiedenen Fälle³⁷⁵, in denen Augenärzte umsatzbezogene Rückvergütungen für die Verordnung von Medikamenten zur Durchführung ambulanter Operationen vereinnehm-

³⁷⁵ BGH Beschl. v. 27.04.2004 – 1 StR 165/03 = NSTZ 2004, 568 ff. u. BGH Urt. v. 22.08.2006 – 1 StR 547/05 = wistra 2006, 421 ff.

ten, die Entscheidung des OLG Hamm zur kostenlosen Entsorgung medizinischen Sondermülls als Gegenleistung für den Bezug von Röntgenkontrastmitteln³⁷⁶ und das Vertriebsmodell der Firma Ratiopharm³⁷⁷.

Unter Berücksichtigung der Weichenstellung des 1. Senats ist zunächst ganz allgemein danach zu unterscheiden, ob der Vertragsarzt die verordnete Leistung selbst bei der Kassenärztlichen Vereinigung abrechnet, die Abrechnung direkt durch den Vorteilsgeber gegenüber den Krankenkassen oder aber über einen gutgläubigen Apotheker und die zuständige Apothekerverrechnungsstelle erfolgt. Diese Differenzierung ist maßgeblich, da im ersten Fall eine Strafbarkeit wegen Abrechnungsbetruges und in Fällen der direkten Abrechnung durch den Vorteilsgeber ein Abrechnungsbetrag in Mittäterschaft oder jedenfalls eine Beihilfe zum Abrechnungsbetrag in Betracht kommt, während im letzten Fall vorrangig an § 266 StGB und allenfalls zusätzlich an §§ 263, 13 StGB – durch die Nichtangabe erhaltener Vorteile – bzw. an §§ 263, 25 Abs. 1 StGB durch den Apotheker als undoloses Werkzeug zu denken ist.

Dies vorausgeschickt, scheidet eine Anwendung der Untreue auf die Sachverhalte der Entscheidung des OLG Hamm aus. In Betracht käme hier allein eine Bewertung nach den Regeln des Betrugs.

³⁷⁶ OLG Hamm Urteil vom 22.12.2004 – 3 Ss 431/04 = NStZ-RR 2006, 13 ff. = MedR 2005, 236 ff. m. krit. Anm. *Steinhilper*.

³⁷⁷ BGH Beschl. v. 29.03.2012 – GSSt 2/11, BGHSt 57, 202, 214 = NJW 2012, 2530 ff.

IV. Die Subsumierbarkeit unter den Untreuetatbestand

Im Folgenden wird überprüft, ob in den Fällen der Vertriebskorruption eine der beiden Tatbestandsalternativen der Untreue anwendbar ist, inwieweit die Missachtung des allgemein geltenden Wirtschaftlichkeitsgebots den Anforderungen der gravierenden Pflichtverletzung entspricht und ob die Voraussetzungen eines bezifferbaren Schadens und der subjektiven Tatseite erfüllt sind.

1. Die Bestimmung der einschlägigen Tatbestandsvariante und die Prüfung der Vermögensbetreuungspflicht

Nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH wurden die vorbezeichneten Fälle der Missbrauchsuntreue zugeordnet. Ob dieses Ergebnis zutrifft, erscheint fraglich. Unklar ist, ob von einer für § 266 Abs. 1, 1. Alt. StGB erforderlichen Befugniseinräumung auszugehen ist und inwieweit sich eine rechtlich wirksame Bindung des Vermögensinhabers ergibt.

1.1. Die Missbrauchsalternative

Die Missbrauchsvariante erfasst Fälle, in denen dem Täter die Vertretungsmacht eingeräumt ist, über fremdes Vermögen rechtswirksam zu verfügen und den Vermögensinhaber trotz Überschreitung der intern eingeräumten Befugnisse außenwirksam zur Leistung zu verpflichten.³⁷⁸

(1) Verfügungsbefugnis

Fraglich ist bereits die Annahme der rechtlichen Befugnis des Vertragsarztes, über das Vermögen der Krankenkassen zu verfügen. Eine solche kann „durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder

³⁷⁸ So bereits im Ansatz RGSt 8, 575, 578; BGH Urt. v. 16.06.1953 – 1 StR 67/53, BGHSt 5, 61, 63 = NJW 1954, 202.

Rechtsgeschäft“ eingeräumt und zivil- oder öffentlich-rechtlich begründet worden sein. Vergewärtigt man sich die im ersten Teil dargestellte Entwicklung der Rechtsprechung des BSG zur Vertreterstellung und des BGH zur Amtsträgereigenschaft des Vertragsarztes, scheidet jedenfalls eine kraft behördlichen Auftrags und Rechtsgeschäfts begründete Befugnis aus. In Betracht käme allein eine gesetzlich begründete Vertretungsmacht. Dieser Überlegung liegen die nachfolgenden rechtlichen Erwägungen zugrunde.

Als Bevollmächtigte kraft behördlichen Auftrags kommen insbesondere Amtsträger in Betracht, denen Dienstgeschäfte mit Vermögensverfügungsbefugnissen zugewiesen sind.³⁷⁹ Ob diese Stellung mit der Funktion eines Vertragsarztes im System der GKV vereinbar ist, wurde lange im Hinblick auf eine mögliche Strafbarkeit des Vertragsarztes nach den §§ 331 ff. StGB diskutiert.³⁸⁰ Insoweit wurde und wird auch vor dem Hintergrund der Beauftrageneigenschaft in § 299 StGB eine Ungleichbehandlung von niedergelassenen und in öffentlich-rechtlichen Krankenhäusern angestellten Ärzten gesehen.³⁸¹

Wie bereits geschildert, hat der Große Senat für Strafsachen mit Beschluss vom 29.03.2012 zwischenzeitlich jedoch entschieden, dass ein niedergelassener, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassener Arzt bei der Wahrnehmung der ihm übertragenen Aufgaben weder als Amtsträger gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c

³⁷⁹ NK/*Kindhäuser* Rn. 84; *Rengier* BT I, § 18 Rn. 7.

³⁸⁰ S. d. *Bernsmann/Schoß* GesR 2005, 195; *Brockhaus/Dann/Teubner/ Tsambikakis* wistra 2010, 418, 421; *Geis* GesR 2011, 641 f.; *Klötzer* NStZ 2008, 12, 14; *Reese* PharmR 2006, 97; *Sobotta* GesR 2010, 471, 474; *Taschke* StV 2005, 410.

³⁸¹ *Pragal* NStZ 2005, 133, 134.

StGB noch als Beauftragter der gesetzlichen Krankenkassen anzusehen ist.³⁸² Diese Entscheidung hat jedenfalls im Hinblick auf die Verneinung der Amtsträgereigenschaft überwiegend Zustimmung erfahren und ist ausdrücklich zu begrüßen. Zutreffend wird argumentiert, dass der Vertragsarzt zwar in das System und damit auch in die öffentliche Aufgabe der Gewährleistung der Gesundheitsversorgung der deutschen Bevölkerung eingebunden sei, dem jeweiligen Patienten im Rahmen der individuellen Einzelversorgung aber auf der Ebene vertraglicher Gleichordnung und damit gerade nicht als ausführendes, hoheitlich handelndes Organ gegenüberstehe. Seine Tätigkeit beruhe nicht auf einer in eine hierarchische Struktur integrierten Dienststellung, sondern erfolge aufgrund individueller und freier Auswahl des Versicherten. Dieser könne nach § 76 Abs. 1 S. 1 SGB V unter den zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassenen Ärzten frei wählen. Maßgeblich für das Arzt-Patienten-Verhältnis seien daher die Elemente des individuell begründeten Vertrauens und der Gestaltungsfreiheit.³⁸³ Dies gelte ebenso bei der Verordnung von Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln als untrennbarer Bestandteil des von persönlichem Vertrauen geprägten Behandlungsverhältnisses.³⁸⁴

Auch vor dem Hintergrund, dass ein niedergelassener Arzt im Gegensatz zu einem in einem öffentlich-rechtlichen Krankenhaus angestellten Arzt freiberuflich tätig wird und mit dem Patienten einen individuellen Behandlungsvertrag schließt, auf dessen Grundlage er bei einer Fehlbehandlung nach den Vorschriften des Privatrechts haftet, wird deutlich, dass die Annahme einer Amtsträgereigenschaft das Arzthaftungsrecht ad absurdum geführt

³⁸² BGH Beschl. v. 29.03.2012 – GSSt 2/11, BGHSt 57, 202, 214 = NJW 2012, 2530 ff.; allg. zum Amtsträger- und Beauftragtenbegriff des § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB *Heinrich* 2002, S. 386 ff.

³⁸³ BGH Beschl. v. 29.03.2012 – GSSt 2/11, BGHSt 57, 202, 214 = NJW 2012, 2530 ff.

³⁸⁴ BGH Beschl. v. 29.03.2012 – GSSt 2/11, BGHSt 57, 202, 214 = NJW 2012, 2530 ff.

hätte. Denn wäre der Vertragsarzt Amtsträger im eigentlichen Sinne, ergäbe sich die Konsequenz, dass die Krankenkassen nach den Vorschriften des Amtshaftungsanspruchs gemäß Art. 34 GG i. V. m. § 839 BGB in Anspruch zu nehmen wären.³⁸⁵

Da Vertragsärzte nicht dazu bestellt sind, im Auftrag der gesetzlichen Krankenkassen Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen, kann durch die Krankenkasse als sonstige Stelle der öffentlichen Verwaltung keine öffentlich-rechtlich begründete Verfügungsbefugnis gegeben sein. Eine Befugniseinräumung kraft behördlichen Auftrags scheidet somit aus.

Auch eine rechtsgeschäftlich eingeräumte Vertretungsbefugnis liegt nicht vor. Diese ergibt sich weder aufgrund einer Vollmacht nach §§ 164 ff. BGB noch durch eine entsprechende Ermächtigung gemäß § 185 BGB.³⁸⁶

Für eine rechtsgeschäftliche Befugniserteilung durch die Krankenkassen fehlt es zudem an unmittelbaren Rechtsbeziehungen zwischen den Kassen und dem Vertragsarzt. Diese bestehen im Regelfall nur zu der für den Praxissitz zuständigen Kassenärztlichen Vereinigung, die im Verhältnis zum Vertragsarzt sowohl die Interessenvertretung als auch die Disziplinargewalt wahrnimmt.³⁸⁷

Auch in der Zulassung zur vertragsarztärztlichen Versorgung liegt keine Verfügungsermächtigung. Der Vertragsarzt ist trotz der starken Einbindung in das staatliche System der gesetzlichen Krankenversicherung und den damit einhergehenden Rechten und Pflichten seinem Status nach freiberuflich tätig. Die ihn zur

³⁸⁵ Neben diesem Beispiel ließen sich eine Reihe weiterer unliebsamer Konsequenzen, insbesondere aus dem Bereich der Strafschärfung aufgrund der Amtsträgereigenschaft anführen.

³⁸⁶ Vgl. NK/*Kindhäuser* Rn. 85; Sch/Sch/*Perron* Rn. 8.

³⁸⁷ Laufs/*Kern/Steinilper* (Hrsg.) 2010, § 25 Rn. 31.

B. Die „Vertragsarztuntreue“ im Lichte der Gesetzes- und Rechtsprechungsänderungen

Teilnahme an der GKV-Versorgung berechtigende Zulassung erfolgt durch den Zulassungsausschuss, ein nach § 96 Abs. 2 S. 1 SGB V je zur Hälfte paritätisch mit Vertretern der Ärzte und Krankenkassen besetztes Gremium, das sowohl funktional als auch institutionell nicht den Krankenkassen zuzuordnen ist.³⁸⁸

Nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH zur Vertragsarztuntreue wurde die Vertretungsmacht des Vertragsarztes stets unter Zugrundelegung der vom BSG entwickelten Vertretertheorie begründet. Danach sollte der Vertragsarzt bei der Ausstellung von Verordnungen infolge gesetzlicher Verfügungsbefugnis kraft der ihm durch das Vertragsarztrecht verliehenen Kompetenzen als Vertreter der Krankenkasse handeln und mit Wirkung für und gegen diese eine Willenserklärung zum Kauf von Arzneimitteln abgeben.³⁸⁹ Dieser Ansatz wird seit langem kritisiert,³⁹⁰ da infolge sozialrechtlicher Änderungen auch das BSG selbst seine diesbezügliche Rechtsprechung aufgegeben hat.³⁹¹

Dem trägt auch der Große Senat in seinem Beschluss zur Amtsträger- und Beauftragteneigenschaft des Vertragsarztes Rechnung und stellt klar, dass den strafrechtlichen Wertungen nicht

³⁸⁸ Zu den Einzelheiten s. *Brockhaus/Dann/Teubner/Tsambikakis* wistra 2010, 420. Zudem steht den Zulassungsausschüssen nicht zu, Ärzte wirksam über diese Grenzen des Wirtschaftlichkeitsgebotes hinaus zur Verordnung zu ermächtigen. Zutreffend i. d. S. *Brandts/Seier* FS Herzberg, 811, 823; *Geis* GesR 2006, 348; *Kühl* 2013, 109 f.

³⁸⁹ Vgl. BGHSt 49, 17, 24; BGH Beschl. v. 27.04.2004 – 1 StR 165/03, BGHSt 49, 17 ff. = NStZ 2004, 568, 570 = wistra 2006, 421 f. S. d. oben unter A., II., 2.1.

³⁹⁰ Vgl. *Brandts/Seier* FS Herzberg, 821 ff.; *Detting* A&R 2005, 57; *Geis* GesR 2006, 351; *Herffs* wistra 2006, 63 f.; *Leimenstoll* 2012, Rn. 155; *Schimmelpfeng-Schütte* GesR 2006, 529, 531; *Schnapp* FS Herzberg 2008, 811, 821; *Ulsenheimer* MedR 2005, 625; s. d. auch A., I., 2.

³⁹¹ BSG Ur. v. 17.12.2009- B 3 KR 13/08 R, BSGE 105, 157 ff. = SGB 2010, 79 f.; dem folgend BSG Ur. v. 28.09.2010 – B1 KR 2/10 R = NZS 2011, 541 ff. und Ur. v. 13.09.2011 – B1 KR 23/10 R, BSGE 109, 116 = NZS 2012, 296 ff., S. d. oben unter A., I., 2.2.

länger die zivilrechtliche Vertretungskonstruktion der ehemaligen BSG Rechtsprechung zugrunde zu legen ist.³⁹² Dies ist zu begrüßen, da der Vertragsarzt, wie bereits dargestellt, bei der Behandlung der Versicherten nicht als rechtsgeschäftlicher Vertreter der Krankenkasse, sondern in originär eigenem Interesse zur Erfüllung der ihm nach dem Vertragsarztrecht obliegenden Pflichten tätig wird.³⁹³ Eine Willenserklärung des Vertragsarztes als Vertreter der Krankenkasse zum Abschluss eines Kaufvertrages mit dem Apotheker über das verordnete Arzneimittel ist schon der Sache nach nicht erforderlich, weil sich der Vergütungsanspruch des Apothekers bereits aus dem Gesetz ergibt. Nach § 129 Abs. 5 i. V. m. den nach § 129 Abs. 2 u. 5 S. 1 SGB V geschlossenen Rahmenvereinbarungen und den jeweiligen Landesverträgen ergibt sich die öffentlich-rechtliche Verpflichtung und Berechtigung der Apotheken zur Abgabe der verordneten Mittel an GKV-versicherte Personen und im Umkehrschluss daraus ein gesetzlicher Anspruch auf Vergütung gegen die Krankenkassen.³⁹⁴ Der Vertragsarzt verordnet zur Erfüllung seiner gesetzlichen Konkretisierungspflicht gegenüber dem Versicherten und gerade nicht mit einem Rechtsbindungswillen gegenüber der Apotheke als gesetzlicher Vertreter der Krankenkassen. Dies gilt sowohl für die direkte Verordnung von Medikamenten mittels Patientenrezept als auch für die Verordnung von Sprechstundenbedarf auf einem Sprechstundenbedarfsrezept.

³⁹² Vgl. BGH Beschl. v. 29.03.2012 – GSSt 2/11, BGHSt 57, 202, 214 = NJW 2012, 2530 ff.

³⁹³ S. o. A., I., 2.2.

³⁹⁴ BSG Ur. v. 17.12.2009- B 3 KR 13/08 R, BSGE 105, 157 ff. = SGB 2010, 79 f.

B. Die „Vertragsarztuntreue“ im Lichte der Gesetzes- und Rechtsprechungsänderungen

Soweit hierbei zum Teil darauf abgestellt wird, dass sich dieses Ergebnis aus der Untrennbarkeit von Behandlungs- und Verordnungstätigkeit ergebe,³⁹⁵ ist dies zu allgemein gefasst, da die Verordnung gerade nicht zwingender Bestandteil einer ärztlichen Behandlung ist und anders als diese die Erbringung von Sach- und Dienstleistungen durch andere Leistungserbringer veranlasst.³⁹⁶ Deutlich wird dies auch vor dem Hintergrund des § 73 Abs. 1 S. 1 SGB V, der beide Tätigkeiten als vertragsärztliche Versorgungsmaßnahmen separat erfasst. Allein bei der Verordnungstätigkeit kommt dem Vertragsarzt aufgrund der ihm obliegenden Rechtskonkretisierungsfunktion die im ersten Teil erläuterte Schlüsselstellung zu.³⁹⁷ Danach ist der Vertragsarzt mit der Aufgabe betraut, die medizinischen Voraussetzungen des Eintritts des Versicherungsfalls festzustellen (Diagnose) und festzulegen, welche nach Art, Zweck und Maß bestimmten Dienste oder Sachen zur Behandlung medizinisch notwendig zu erbringen sind (Therapie).³⁹⁸ Er nimmt diese Tätigkeit als eine ihm nach § 73 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 SGB V originär zugewiesene Aufgabe zur Erfüllung seiner Verpflichtung zur Konkretisierung des Rahmenrechts der Versicherten wahr und handelt dabei in eigenem Interesse. Dass die Erfüllung dieser gesetzlichen Aufgabe auch auf die Leistungspflicht der Krankenkassen durchschlägt, ist – wie nun auch der BGH³⁹⁹ richtig erkannt hat – ein bloßer „Reflex“ einer gesetzlichen Verpflichtung mit anderer Zielsetzung und damit keine einer Befugniseinräumung genügende Handlung. Rich-

³⁹⁵ So Klötzer NStZ 2008, 14; Leimenstoll 2012, Rn. 162; Schimmelpfeng-Schütte GesR 2006, 531.

³⁹⁶ Sodan/Boecken HdB Krankenversicherungsrecht § 17 Rn. 103; Schulin/Funk Hdb Sozialversicherungsrecht § 32 Rn. 48.

³⁹⁷ KassKomm/Hess § 73 Rn. 12, 19.

³⁹⁸ BSG Ur. v. 16.12.1993 – 4 RK 5/92, BSGE 73, 271, 278 = NZS 1994, 507 ff.

³⁹⁹ BGH Beschl. v. 29.03.2012 – GSSSt 2/11 Rn. 37: „[...] die sie treffende Leistungspflicht hat danach die einem Reflex vergleichbare Wirkung.“ A. A. Goetze 1989, S. 178 f. nach dem sich eine Verfügungsbefugnis unmittelbar aus dem Gesetz ergibt.

tig ist, dass die Krankenkassen ohne den medizinischen Sachverstand der Vertragsärzte die Arzneimittelversorgung der Versicherten nicht im erforderlichen Maße wahrnehmen könnten.⁴⁰⁰

Auch die Gewährleistung dieser den Krankenkassen und den Kassenärztlichen Vereinigungen obliegenden Pflicht ist jedoch nicht gesetzlich begründete Aufgabe des Vertragsarztes, sondern allenfalls Folge des Sicherstellungsauftrages.⁴⁰¹

Richtigerweise kommt dem Vertragsarzt daher keine Vertreterstellung zu, sodass die Missbrauchsvariante bereits an der fehlenden Verfügungsbefugnis scheitert.⁴⁰²

(2) Bindungswirkung

Unabhängig von diesem Zwischenergebnis ist ferner fraglich, inwieweit die Krankenkassen rechtlich an die medizinische Bewertung des Vertragsarztes gebunden sind und somit durch ein intern pflichtwidriges Verhalten auch extern zur Leistung verpflichtet werden.

In diesem Zusammenhang ist zwischen den eingangs gebildeten Fallgruppen zu differenzieren, weil eine unwirtschaftliche Verordnung nicht zwingend auch eine im Außenverhältnis erforderliche Überschreitung des im Innenverhältnis festgelegten rechtlichen Dürfens darstellt. Entspricht der externe dem internen Befugnisrahmen, liegt bereits die Grundvoraussetzung des Missbrauchstatbestandes nicht vor, denn dieser setzt gerade voraus, dass der Täter seine Befugnisse in einer dem Opfer gegenüber zivil- oder öffentlich-rechtlich wirksamen Weise überschreitet.⁴⁰³

⁴⁰⁰ Aus diesem Grund ist der Vertragsarzt auch kein Sachverständiger im eigentlichen Sinne, sondern wird bei seiner Tätigkeit in einer, einem Sachverständigen vergleichbaren Weise tätig. s. o. A., I., 2.3. Fn. 30.

⁴⁰¹ S. d. A., I., 1.1.

⁴⁰² So auch *Leimenstoll* 2012, Rn. 162.

⁴⁰³ Vgl. BGH Urt. v. 14.07.1955 – 3 StR 158/55, BGHSt 8, 149 ff. = NJW 1955, 1643 ff.; s. a. m. w. N. *Fischer* Rn. 25.

Wird der Vermögensinhaber im Außenverhältnis nicht rechtswirksam gebunden, besteht i. d. R. kein Bedürfnis für eine Strafe nach § 266 Abs. 1, 1. Alt. StGB, denn Sinn und Zweck der Tatbestandsalternative ist der Schutz des Vermögensinhabers vor der pflichtwidrigen Ausübung der externen Vertretungsmacht.⁴⁰⁴

In den Fällen einer bewusst unwirtschaftlichen Verordnung bei fehlender Indikation fehlt es auch bei Zugrundelegung der alten BSG-Rechtsprechung an der Schutzwürdigkeit des Versicherten und damit an einem entsprechenden Leistungsanspruch zu dessen Gunsten, da nach §§ 27 Abs. 1, 2 Abs. 1, 4, 31 SGB V nur ein Anspruch auf wirtschaftliche Verordnungen besteht. Unwirtschaftliche Leistungen darf der Versicherte nicht fordern, der Leistungserbringer nicht gewähren und die Krankenkasse nicht bewilligen.⁴⁰⁵ Wenn nun aber schon kein Leistungsanspruch des Versicherten besteht und der Anspruch den Rahmen des rechtlichen Könnens im Außenverhältnis widerspiegelt, geht in diesen Konstellationen bereits das rechtliche Können nicht über das rechtliche Dürfen hinaus. Dem Vertragsarzt ist hier gerade nicht der nach § 266 Abs. 1, 1. Alt. StGB erforderliche Überschuss an Rechtsmacht im Außenverhältnis eingeräumt, der zugunsten des Täters die Möglichkeit des Machtmissbrauchs zulasten des Vermögensinhabers schafft und den Strafgrund der Missbrauchsuntreue begründet. Ein Recht des Vertragsarztes, dem Versicherten einen Anspruch gegen die Krankenkasse auf Zahlung objektiv ungerechtfertigter Fremdleistungen zu verschaffen, besteht eben nicht.⁴⁰⁶ In der Verordnung unnötiger Leistungen läge daher jedenfalls die Überschreitung einer etwaigen Vertretungsmacht und

⁴⁰⁴ BGH Urt. v. 02.12.2005 – 5 StR 119/05, BGHSt 50, 299, 314 = NJW 2006, 925 ff.; *Fischer* Rn. 24; *Sch/Sch/Perron* Rn. 17 f.

⁴⁰⁵ BSG GesR 2010, 263, 266; BGH GesR 2007, 77, 81 für den vergleichbaren Fall der Verordnung eines nicht zugelassenen Arzneimittels; *Brandts/Seier* FS Herzberg 2008, 811, 823; *Hellmann/Herffs* 2006, Rn. 332; *Herffs* wistra 2006, 64; *Leimenstoll* 2012, Rn 179.

⁴⁰⁶ BSG SozR 4-2500 § 44 Nr. 7.

damit keine gegenüber den Krankenkassen rechtlich wirksame Verpflichtung vor.⁴⁰⁷

Diesem Ergebnis steht auch nicht entgegen, dass sich zugunsten des gutgläubigen Apothekers und zulasten der Krankenkassen eine Erstattungsgarantie aus § 129 Abs. 1, 2 u. 5 S. 1 SGB V i. V. m. dem Rahmenvertrag über die Arzneimittelversorgung und den Arzneimittelieferverträgen ergibt und danach auch bei nicht indizierten Verordnungen ein entsprechender Ausgleichanspruch besteht.⁴⁰⁸ Diese Garantiewirkung ist ihrer Art nach gerade keine Folge einer etwaigen Vertretungsmacht, sondern ausschließliche Konsequenz des Vertrauensschutzes gegenüber allen redlich handelnden Apothekern. Es handelt sich um eine aus Verkehrsschutzerwägungen erforderliche Einstandsverpflichtung der Krankenkassen⁴⁰⁹ als Ausgleich für die den Apotheker nach § 17 Abs. 4 ApoBetrO treffende unverzügliche Rezepteinlösungsverpflichtung bei nur geringen Prüfungskompetenzen.⁴¹⁰

Auch bei der Vereinbarung etwaiger Kick-back-Leistungen war bzw. wäre die Missbrauchsalternative mangels wirksamer Verpflichtung nicht anwendbar. Zwar fehlt es hier, anders als im Fall einer bewusst nicht indizierten Verordnung, nicht bereits an einem über das rechtliche Dürfen hinausgehenden Können im Außenverhältnis, da ja zunächst einmal Verordnungen seitens der Krankenkassen zu marktüblichen Preisen erstattet werden. Allerdings bewirkt die Vereinbarung von Provisionszahlungen oder sonstigen geldwerten Vorteilen i. d. R. die rechtsgeschäftliche Unwirksamkeit der Absprache nach §§ 134, 138 BGB und soll nach der Rechtsprechung auch auf die Zahlungsverpflichtung der

⁴⁰⁷ So zutreffend *Brandts/Seier* FS Herzberg 2008, 811, 823; *Geis* GesR 2006, 348; *Leimenstoll* 2012, Rn. 174; *Reese* PharmR 2006, 99; *Ulsenheimer* MedR 2005, 626; ähnlich *Schwerdtfeger* NZS 1998, 101.

⁴⁰⁸ A. A. *Hellmann/Herffs* 2006, Rn. 332; *Herffs* wistra 2006, 64 die aus der Einstandsgarantie die rechtliche Bindungswirkung ableiten.

⁴⁰⁹ BSG SozR 4-2500 § 132a Nr. 3.

⁴¹⁰ So bereits *Brandts/Seier* FS Herzberg 2008, 811, 823.

Krankenkassen durchschlagen. Dies wird schon deshalb angenommen, weil es sich um eine Vereinbarung mit dem Ziel der unlauteren Bevorzugung im Wettbewerb und ein bewusstes Zusammenwirken zum Nachteil der Krankenkassen handelt.⁴¹¹

Soweit die Abgabe der verordneten Mittel über einen redlichen Apotheker erfolgt, stünde auch hier ein zulasten der Krankenkassen bestehender Ausgleichanspruch der fehlenden Bindungswirkung nicht entgegen, weil sich diese nicht aus einer etwaigen Vertretungsstellung, sondern aus reinen Verkehrsschutzgründen ergibt.

Im Ergebnis wäre daher die Anwendbarkeit des Missbrauchstatbestandes selbst im Falle der heute rechtlich nicht mehr konstruierbaren Vertretungsfunktion des Vertragsarztes aufgrund fehlender Bindungswirkung zu verneinen gewesen. Richtigerweise wird daher nunmehr auch von der Rechtsprechung erkannt, dass der Zahlungsanspruch des Apothekers gegen die Krankenkassen nicht rechtsgeschäftlich begründet werden muss, weil er sich bereits kraft Gesetzes aus § 129 SGB V i. V. m. den ergänzenden Rahmenvereinbarungen und jeweiligen Landesverträgen ergibt und es hierzu keiner Vertreterstellung des Vertragsarztes bedarf. Logische Konsequenz dieser Entwicklung muss und kann nur die Unanwendbarkeit der Missbrauchsalternative sein.

Eine Strafbarkeit des Vertragsarztes wegen Untreue kann sich damit – wenn überhaupt – nur aus dem Treubruchtatbestand ergeben.⁴¹²

1.2. Die Treubruchalternative

Die Treubruchalternative findet Anwendung, wenn der Täter eine ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags oder aufgrund eines

⁴¹¹ *Brandts/Seier* FS Herzberg 2008, 811, 823.

⁴¹² So auch *Leimenstoll* 2012, Rn. 193.

faktischen Treueverhältnisses bestehende Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, einen Nachteil zufügt. Im Gegensatz zum Missbrauchstatbestand erfasst der Treuebruch damit auch rein tatsächliche und rechtsunwirksame Verpflichtungen zur Fürsorge über fremdes Vermögen. Aus der daraus folgenden Weite des Anwendungsbereichs ergibt sich ein besonders hohes Restriktivierungsgebot, dem durch das Erfordernis der qualifizierten Vermögensbetreuungspflicht Rechnung getragen wird. Da sich diese Voraussetzung nach der zutreffenden h. M. auf beide Untreuealternativen gleichermaßen erstreckt, stellen die folgenden Ausführungen konsequenterweise auch weitere Ausschlusskriterien der Missbrauchsalternative dar.

1.3. Die Vermögensbetreuungspflicht

Die Vermögensbetreuungspflicht setzt inhaltlich eine als Hauptpflicht durch Eigenverantwortlichkeit und Selbständigkeit geprägte Geschäftsbesorgung für einen anderen in einer wirtschaftlich nicht ganz unbedeutenden Angelegenheit voraus.⁴¹³ Ob die Pflicht des Vertragsarztes zum wirtschaftlichen Verordnen diesen Anforderungen gerecht wird, erscheint mehr als fraglich.

1.3.1. Geschäftsbesorgungscharakter

Wie bereits dargestellt, war Hauptkritikpunkt der Vertretertheorie die Annahme, dass der Vertragsarzt „im Auftrag“ der gesetzlichen Krankenkassen Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehme, indem er mit Wirkung für und gegen diese den Anspruch des Versicherten auf Behandlung und Arzneimittelversorgung konkretisiere. Immer wieder findet sich die Formulierung, dass dieser kraft der ihm durch das Vertragsarztrecht verliehenen

⁴¹³ So die heute h. M., s. d. statt vieler NK/*Kindhäuser* Rn. 31 ff.

Kompetenzen als Vertreter der Krankenkasse handele.⁴¹⁴ Hieraus folgerte die Rechtsprechung unter Heranziehung des allgemein geltenden Wirtschaftlichkeitsgebotes unter anderem auch die Pflicht des Vertragsarztes zur Vermögensfürsorge gegenüber den Kassen.⁴¹⁵ Diese Argumentation ist sowohl vor dem Hintergrund der zwischenzeitlich geänderten Rechtsprechung des BSG als auch aufgrund ihrer eklatanten Widersprüchlichkeit zur Entscheidung des Großen Strafsenats kaum vertretbar. Verweist doch Letzterer im Beschluss vom 23.09.2012 richtigerweise darauf, dass die Vertragsärzte gerade nicht dazu bestellt seien, für die gesetzlichen Krankenkassen Aufgaben wahrzunehmen.⁴¹⁶

Obwohl diese Feststellung dem Ausschluss der Amtsträgereigenschaft dient, ist sie auch für die generelle Verneinung des Geschäftsbesorgungscharakters der Behandlungs- und Verordnungstätigkeit von Bedeutung, weil ihr das Argument der Freiberuflichkeit und einer individuellen, von Vertrauen geprägten, Arzt-Patienten-Beziehung zugrunde liegt. Maßgeblich ist, dass der Vertragsarzt trotz seiner Zulassung nicht als Funktionsträger der Krankenkassen, sondern aufgrund der individuellen und freien Wahl des Versicherten tätig wird. Im Mittelpunkt seiner Tätigkeit steht auch nach der Rechtsprechung des BGH die auf Vertrauen und freier Arztwahl beruhende persönliche Beziehung zum Versicherten und gerade nicht eine Tätigkeit für die Krankenkassen.⁴¹⁷

1.3.2. Hauptpflicht

⁴¹⁴ Vgl. BGH Beschl. v. 25.11.2003 – 4 StR 239/03, BGHSt 49, 17 ff. = NJW 2004, 454 ff.; OLG Hamm Urt. v. 22.12.2004 – 3 Ss 431/04 = MedR 2005, 236 ff.

⁴¹⁵ BGH Beschl. v. 25.11.2003 – 4 StR 239/03, BGHSt 49, 17 ff. = NSStZ 2004, 266 ff.

⁴¹⁶ BGH Beschl. v. 29.03.2012 – GSSSt 2/11, BGHSt 57, 202, 214 = NJW 2012, 2530 ff.

⁴¹⁷ Vgl. BGH Beschl. v. 29.03.2012 – GSSSt 2/11, BGHSt 57, 202, 214 = NJW 2012, 2530 ff.

Die Pflicht zum wirtschaftlichen Verordnen müsste eine Hauptpflicht der vertragsärztlichen Tätigkeit darstellen und damit als essenzielle, geradezu typische Verpflichtung der Beziehung zwischen Vertragsarzt und Krankenkasse ihren spezifischen Gehalt geben.⁴¹⁸ Sie darf nicht nur bloße Nebenpflicht der primären Verwirklichung eigener Interessen oder anderer Pflichten bzw. Rechtsverhältnisse sein.⁴¹⁹

Fraglich ist auch hier, ob in der Wirtschaftlichkeit der Verordnung tatsächlich der Kerngedanke der vertragsärztlichen Tätigkeit zu erblicken ist und ein besonderes, maßgeblich vom Wirtschaftlichkeitsgebot geprägtes Pflichtenverhältnis des Vertragsarztes zum Vermögen der Krankenkasse besteht. Beides wäre nur zu bejahen, wenn sich aus der dem Vertragsarzt zukommenden Rechtskonkretisierungsfunktion auch die Kompetenz ergeben würde, das Recht der Versicherten gegenüber den Krankenkassen in wirtschaftlicher Hinsicht maßgeblich zu begründen. Das ist jedoch nicht der Fall.

Es fehlt bereits an einer Übertragung der Vermögensfürsorge auf den Vertragsarzt. Eine solche erfolgt weder durch die Krankenkassen selbst noch kraft Gesetzes oder faktisch aufgrund der vertragsärztlichen Rechtskonkretisierungsfunktion.

Das in §§ 12 Abs. 1, 70 Abs. 1 S. 2 SGB V normierte Wirtschaftlichkeitsgebot resultiert direkt aus dem vertragsärztlichen Versorgungssystem. Die Verpflichtung ist als allgemeines Gebot an alle GKV-Akteure gleichermaßen adressiert und keine dem Vertragsarzt durch die Krankenkassen originär zugewiesene Aufgabe. Zwar hat dieser mit der Zulassung zum Vertragsarztwesen und der damit verbundenen Zwangsmitgliedschaft in der für ihn zu-

⁴¹⁸ St. Rspr. seit RGSt 69, 58, 62.

⁴¹⁹ *Fischer* Rn. 21; *NK/Kindhäuser* Rn. 33 jeweils m. w. N.

ständigen Kassenärztlichen Vereinigung auch Vermögensnachteile von den Krankenkassen abzuhalten. Diese Verpflichtung stellt jedoch schon aufgrund der fehlenden direkten Beziehung zur Krankenkasse keine Hauptpflicht, sondern allenfalls eine allgemeine, aus dem Wirtschaftlichkeitsgebot folgende Nebenpflicht dar.⁴²⁰

Hinzu kommt, dass der vom BSG entwickelte Rechtskonkretisierungsauftrag ausschließlich innerhalb des durch die Richtlinien des G-BA nach § 92 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 SGB V vorgegebenen Rahmens erfolgt. Diese dienen der Sicherung der ärztlichen Versorgung und regeln für den Vertragsarzt verbindlich die Fragen der Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit des Versichertenanspruchs.⁴²¹ Erst innerhalb dieser Bindung hat der Vertragsarzt die spezielle Aufgabe, für den Versicherten das sich aus § 27 Abs. 1 SGB V ergebende subjektiv-öffentlich-rechtliche Rahmenrecht auf Behandlung in medizinischer Hinsicht und mit Wirkung gegenüber den Krankenkassen zu konkretisieren.⁴²² Dass es dabei um die Feststellung der medizinischen Notwendigkeit geht, zeigt bereits die rechtliche Beschaffenheit des § 27 Abs. 1 SGB V. Die Norm selbst stellt bewusst keine konkrete Anspruchsgrundlage, sondern ein subjektives öffentlich-rechtliches Rahmenrecht dar, um der wissenschaftlichen Komplexität und der Weiterentwicklung des medizinischen Erkenntnisstandes Rechnung zu tragen.⁴²³

⁴²⁰ Ähnlich auch Kühl, der die Hauptpflicht des Vertragsarztes in der „Zurverfügungstellung von medizinischen Fähigkeiten – und nicht in der Wahrung wirtschaftlicher Belange“ sieht. *Kühl* 2013, S. 133 f., 141.

⁴²¹ Zum Ganzen *Schimmelpfeng-Schütte* MedR 2002, 289; *Schwerdtfeger* NZS 1998, 98.

⁴²² So BSG Urt. v. 16.12.1993 – 4 RK 5/92, BSGE 73, 271, 281 = NZS 1994, 507 ff.; *Geis* GesR 2006, 352; *Klötzer* NStZ 2008, 15; *Schwerdtfeger* NZS 1998, 101.

⁴²³ St. Rspr. seit BSG Urt. v. 16.12.1993 – 4 RK 5/92, BSGE 73, 271, 280 = NZS 1994, 507 ff.

Auch aus der Zulassung zum Vertragsarztwesen folgt kein vermögensrechtliches Pflichtenverhältnis zu den Krankenkassen. Die Zuschreibung von Pflichten durch das vertragsärztliche Versorgungssystem begründet systematisch kein eigenständiges Berufsbild, sondern belässt die vertragsärztliche Tätigkeit im historisch gewachsenen Gefüge des freien Arztberufes. Dies hat das *BVerfG* im sogenannten „Kassenarzt-Urteil“ vom 23.03.1960 ausdrücklich klargestellt.⁴²⁴ Trotz zwischenzeitlicher Ausweitungen des Vertragsarztwesens und einer mehr und mehr erfolgenden Systemreglementierung gilt dieser Grundsatz auch heute. Um als Vertragsarzt zugelassen werden zu können, muss dem Arzt zunächst – unabhängig von den nach § 95 SGB V und in der Ärzte-ZV geregelten Anforderungen – die Approbation erteilt worden sein. Diese Grundvoraussetzung gilt ebenso wie die Ausbildungs- und Berufsausübungsregelungen für alle Ärzte gleichermaßen.⁴²⁵ Essenziell für das Bild des freien Berufes ist, dass geistige Dienste höherer Art unter persönlichem Einsatz und in eigenverantwortlicher Stellung aufgrund einer besonderen beruflichen Qualifikation oder schöpferischen Begabung erbracht werden.⁴²⁶ All dies trifft auf die vertragsärztliche Tätigkeit – wenn auch zum Teil in abgeschwächter Weise – ebenso zu, wie auf den Arztberuf im Ganzen. Die sozialrechtlichen Beschränkungen bei der Behandlung und der Verordnung von Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln ändern nichts an der Tatsache, dass der Vertragsarzt aufgrund seines Sachverstandes die medizinische Verantwortung für die Behandlung gegenüber einem ihm auf einer persönlichen Vertrauensebene begehrenden Patienten übernimmt. Auch wenn die Einbindung in das öffentlich-rechtliche GKV-System aufgrund geltender Rahmenverträge, Richtlinien und Verordnungen stark reglementiert ist, liegt darin letztlich nicht mehr und auch

⁴²⁴ So zutreffend Geis GesR 2006, 352; Weiß NZS 2005, 68.

⁴²⁵ Weiß NZS 2005, 68.

⁴²⁶ Herffs wistra 2004, 282; Weiß NZS 2005, 69 jeweils m. w. N.

B. Die „Vertragsarztuntreue“ im Lichte der Gesetzes- und Rechtsprechungsänderungen

nicht weniger als eine zulässige formelle und materielle Beschränkung der sich aus Art. 12 Abs. 1 GG ergebenden Berufswahl- und -ausübungsfreiheit.⁴²⁷ Eine öffentlich-rechtliche Organisationsgewalt oder gar dienstrechtliche Abhängigkeit folgt daraus – bislang jedenfalls – nicht.⁴²⁸ Keine Zustimmung verdienen daher die teilweise vertretenen Einordnungen als „staatlich gebundener Beruf“⁴²⁹, „Berufsbeamter“⁴³⁰ und „Beliehener“⁴³¹ oder „arbeitnehmerähnlicher Partner“⁴³².

Vergegenwärtigt man sich nun noch einmal, dass dem Vertragsarzt letztlich die ihm überantwortete Aufgabe zur Behandlung und damit zur Konkretisierung der erforderlichen Behandlungstherapie faktisch durch den Versicherten im Wege freier Arztwahl rechtsverbindlich übertragen wird, wird deutlich, warum sich dieser in erster Linie seinem Patienten gegenüber in der Pflicht sieht. Genau das entspricht seinem Berufsbild, er versteht sich als freiberuflich tätiger und vom Versicherten frei gewählter, diesem gegenüber zur Behandlung verpflichteter Dienstleister, der im Rahmen der vorgegebenen Bindungen, aber in medizinischer Hinsicht frei, nach bestem Wissen und Gewissen zugunsten des Patienten entscheidet. Das ist seine dem hippokratischen Eid entsprechende Hauptpflicht.⁴³³ Die Tatsache, dass er mit der Leistungserbringung auch eine für die Krankenkasse wirtschaftlich

⁴²⁷ BVerfG Urt. v. 14.05.1985 – 1 BvR 449/82, BVerfGE 70, 1, 30 = NJW 1986, 772 ff.; BVerfG Urt. v. 12.06.1990 – 1 BvR 355/86, BVerfGE 82, 209, 230 = NJW 1990, 2306 ff.

⁴²⁸ *Weiß* NZS 2005, 69 mit dem ausdrücklichen Hinweis, dass der Vertragsarzt „kein Instrument staatlicher Aufgabenerfüllung“ ist, da er weder zu den Kassen noch zur Kassenärztlichen Vereinigung in einem Dienstverhältnis steht.

⁴²⁹ I. d. S. *Bürck* MedR 1989, 66 ff.; *Laufs/Kern/Steinhilper* § 25 Rn. 1 m. w. N., *Triepel* FS Binding Bd. 2, S. 1, 53 ff.

⁴³⁰ So weitgehend *Neupert* NJW 2006, 2811 ff. und auch *Pragal/Apfel* A&R 2007, 10, 19.

⁴³¹ Vgl. *Schnapp/Wigge/Neumann* § 13 Rn. 17; *Schmidt-De Caluwe* VSSR 1998, 226; *Schwerdtfeger* NZS 1998, 101; wohl auch *Spellbrink* NZS 1999, 1, 2 der den Vertragsarzt als „Quasi Amtsträger“ bezeichnet.

⁴³² *Boecken* FS Maurer 2001, S. 1091 ff.

⁴³³ S. d. *Köbberling* ZaeFQ 2003, 76, 77; *Laufs/Uhlenbruck* § 4 Rn. 13 ff.

bedeutende Verpflichtung auslöst, ist ihm – schon aufgrund drohender Regressforderungen – deutlich bewusst, stellt aber dennoch einen bloßen Reflex der Konkretisierung des Rahmenrechts der Versicherten zur Erfüllung der ihm nach 73 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 SGB V zugewiesenen Aufgaben dar.⁴³⁴ Der ihn als Leistungserbringer treffende Wirtschaftlichkeitsgrundsatz entspricht in seinem Rang daher einer vertraglichen Nebenpflicht.⁴³⁵

Dieses Ergebnis bestätigt auch Sinn und Zweck des sozialrechtlichen Zuwendungsverbots nach § 128 Abs. 2 S. 1 2. Alt. i. V. m. Abs. 6 SGB V.⁴³⁶ Wie bereits im Grundlagenteil dargestellt, verfolgt der Gesetzgeber mit den in § 128 SGB V normierten Kooperationsverboten primär den Zweck, sicherzustellen, dass Vertragsärzte ihre Verordnungspraxis allein im Dienste der versicherten Patienten ohne Rücksicht auf eigene monetäre Erwägungen ausüben. Geschützt werden die konfliktfreie Behandlungs- und Verordnungsentscheidung und damit die Unabhängigkeit des ärztlichen Heilauftrages von eigenen wirtschaftlichen Vorteilen.⁴³⁷ Da der Bestimmung der strafrechtlichen Vermögensbetreuungspflicht letztlich die sozialrechtlichen Wertungskriterien zugrunde zu legen sind, ist auch unter Heranziehung des § 128 Abs. 2 S. 1, 2. Alt. SGB V die Wahrung einer nach bestem Wissen und Gewissen am Behandlungsbedarf des Patienten ausgerichteten, unabhängigen ärztlichen Entscheidung die Hauptpflicht eines jeden Vertragsarztes.

1.3.3. Selbständigkeit

⁴³⁴ BGH Beschl. v. 29.03.2012 – GSSt 2/11, BGHSt 57, 202, 214 = NJW 2012, 2530 ff.; *Geis* GesR 2006, 352.

⁴³⁵ I. d. S. auch *Leimenstoll* 2012, Rn. 382 f.; *Lüderssen* FS Kohlmann, 177, 178 f.; *Noack* MedR 2002, 76, 81.

⁴³⁶ S. d. auch Ausführungen unter A. II. 1.5.

⁴³⁷ I. d. S. BT-Drs. 16/10609, S. 73.

B. Die „Vertragsarztuntreue“ im Lichte der Gesetzes- und Rechtsprechungsänderungen

Als natürliche Folge der Abwesenheit von Kontrolle⁴³⁸ setzt die Treuepflicht auch ein gewisses Maß an Selbständigkeit bei der Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen voraus.⁴³⁹ Für die vertragsärztliche Tätigkeit ist dies allerdings zu verneinen, da es an einer vermögensrechtlichen Dispositionsbefugnis des Vertragsarztes weitestgehend fehlt.

Zwar ist der Vertragsarzt als Freiberufler auch im Rahmen seiner GKV-Tätigkeit mit einer gewissen Dispositionsmacht ausgestattet. Allerdings umfasst diese Entscheidungsfreiheit allein die Feststellung der medizinischen Anforderungen der Krankenbehandlung (Therapie), nicht hingegen die Bestimmung der Wirtschaftlichkeit der Leistungen.⁴⁴⁰ Letzteres wird bereits generell abstrakt durch die Richtlinien des G-BA auch für den Vertragsarzt bindend festgelegt. Diese regeln genau, welche Methoden, Arznei-, Heil- und Hilfsmittel zugunsten der Versicherten im Rahmen des § 27 Abs. 1 SGB V angewendet und abgegeben werden dürfen, und begrenzen damit, unabhängig von der Reichweite einer vertragsärztlichen Verordnung, auch die Erstattungsansprüche des Apothekers bzw. Hilfsmittelversorgers.⁴⁴¹

Hinzu kommt, dass sich der Vertragsarzt durch das Verlassen des Verordnungsrahmens der Möglichkeit etwaiger Wirtschaftlichkeits- und Abrechnungsprüfungen nebst Regressforderungen nach den §§ 106 f. SGB V ausgesetzt sieht.⁴⁴² Dies zeigt, dass nicht nur die Grenzen normativ vorgegeben werden, sondern im

⁴³⁸ So ausdr. *Sax* JZ 1977, 747 ff.; LK/Schünemann Rn. 21 u. *Geis* GesR 2006, 348.

⁴³⁹ NK/Kindhäuser Rn. 34.

⁴⁴⁰ So BSG Urt. v. 16.12.1993 – 4 RK 5/92, BSGE 73, 271, 281 = NZS 1994, 507 ff.; *Geis* GesR 2006, 352; *Klötzer* NSTZ 2008, 15; *Schwerdtfeger* NZS 1998, 101.

⁴⁴¹ Zur Begrenzung der Ansprüche dritter Leistungserbringer s. BSG Urt. v. 17.12.2009 – B 3 KR 13/08 R, BSGE 105, 157 ff. = SGB 2010, 79 f.

⁴⁴² Zum hohen Stellenwert der Wirtschaftlichkeitsprüfungen s. BSG Urt. v. 30.11.1994 – 6 RKa 14/93, BSGE 75, 220, 222 = SGB 1995, 402 ff.

Falle ihrer Überschreitung neben der rechtsvernichtenden Einwendung der Unwirtschaftlichkeit und den Einreden der Unzweckmäßigkeit bzw. Nichterforderlichkeit auch entsprechende Sanktionierungen drohen, die den Handlungsrahmen des Vertragsarztes erheblich beschränken.⁴⁴³ Gerade Letzteres ist heute bei jungen Ärzten immer öfter ein Grund, sich gegen die Niederlassung mit einer eigenen Vertragsarztpraxis zu entscheiden, und zeigt, dass in diesem Bereich sowohl rechtlich als auch tatsächlich massive Reglementierungen mit rechtlichen Kontrollmechanismen greifen. Von einer eigenverantwortlichen, wirtschaftlichen Herrschaft ist daher nicht auszugehen.

2. Der Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot als außerstrafrechtliche Pflichtverletzung

Ein weiteres Problem der Vertragsarztuntreue stellt der Verweis auf den Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot dar. Von einer tauglichen Pflichtverletzung ist dabei immer dann auszugehen, wenn die Machtposition des Täters die Pflichtverletzung inhaltlich ermöglicht, erleichtert oder in sonstiger Weise fördert.⁴⁴⁴ Als Indizien gelten erhöhte Zugriffsmöglichkeit und fehlende Kontrolle.⁴⁴⁵

Entsprechend ist zunächst zu fragen, ob die Stellung des Vertragsarztes im GKV-System zu einer erhöhten Zugriffsmöglichkeit auf das Vermögen der Krankenkassen führt und es an einer Kontrolle der Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebotes mangelt. Berücksichtigt man das erläuterte öffentlich-rechtliche Gesamtgefüge und die Zweistufigkeit⁴⁴⁶ des Rechtskonkretisierungsprinzips, ist die Ableitung einer strafrechtlich relevanten Pflichtver-

⁴⁴³ Vgl. *Geis* GesR 2006,352; *Kühl* 2013, S. 133 ff.; *Leimenstoll* 2012, Rn. 264.

⁴⁴⁴ S. d. m. w. N. *Saliger* JA 2007, 329; *Sch/Sch/Perron* Rn. 23 f.

⁴⁴⁵ *Burkhardt* NJW 1973, 2190; *Saliger* JA 2007, 329; *Sch/Sch/Perron* Rn. 36.

⁴⁴⁶ S. d. *Geis* GesR 2006, 352.

letzung schon unter diesem Gesichtspunkt zweifelhaft, da die exponierte Schlüsselstellung des Vertragsarztes in wirtschaftlicher Hinsicht mit erheblichen Lenkungs- und Sanktionsreglementierungen verbunden ist und dem Vertragsarzt innerhalb dieses Rahmens nur ein eingeschränkter Handlungsspielraum verbleibt.⁴⁴⁷

Des Weiteren ist fraglich, ob der Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot nicht gravierend sein muss, um als außerstrafrechtliche Verletzungshandlung von § 266 StGB erfasst zu werden. Gehalt und Reichweite einer solchen Restriktion sind seit der Mannesmann-Entscheidung des BGH unklar.⁴⁴⁸ Legt man der Überlegung jedoch die Rechtsprechung des BVerfG zur Bestimmtheit des Untreuetatbestandes zugrunde, ist es nur konsequent, bei unwirtschaftlichen vertragsärztlichen Verordnungen das Pflichtwidrigkeitsmerkmal auf gravierende Fälle zu beschränken, um schlichte Verstöße gegen außerstrafrechtliche Normen vom viel zu weiten Anwendungsbereich auszunehmen.⁴⁴⁹ Insoweit ist zu fordern, dass ein Verstoß gegen § 12 Abs. 1 SGB V einer gewissen Schwere bedarf, um eine strafrechtlich relevante Pflichtwidrigkeit darzustellen. Da mit diesem Merkmal einem besonderen Ermessensspielraum des Vermögensbetreuers Rechnung getragen werden soll, ist eine Pflichtverletzung dann gravierend, wenn sie evident unvertretbar oder willkürlich ist und auch unter Berücksichtigung des gewährten Handlungsspielraums keine im jeweils übergeordneten Interesse liegende Entscheidung mehr darstellt.⁴⁵⁰ Übertragen auf die hier zu beurtei-

⁴⁴⁷ Vgl. *Geis* GesR 2006, 352; *Leimenstoll* 2012, Rn. 264.

⁴⁴⁸ BGH Urt. v. 21.12.2005 – 3 StR 470/04, BGHSt 50, 331, 341 f. = NStZ 2006, 214 ff. In der Mannesmann-Entscheidung hatte der Dritte Senat in einem Verstoß gegen aktienrechtliche Vorschriften das Merkmal der gravierenden Pflichtverletzung in Fällen ohne Handlungsspielraum des Täters für bedeutungslos erklärt.

⁴⁴⁹ BVerfG Beschl. v. 23.06.2010 – 2 BvR 2559/08; 2 BvR 105/09; 2 BvR 491/09, BVerfGE 126, 170 = NJW 2010, 3209, 3210 ff.

⁴⁵⁰ *Matt* NJW 2005, 389; *Saliger* JA 2007, 330; *Schünemann* NStZ 2005, 473, 476.

lenden Fälle wären nur Verordnungen, die aus sachwidrigen Motiven erfolgen, als hinreichend gravierend erfasst. Gemeint sind Fälle, in denen eindeutig ohne medizinische Indikation oder aufgrund nachweisbarer Zuwendungen verordnet wurde. Wobei jedoch im zweiten Fall zu bedenken ist, dass dem Vertragsarzt bei einer innerhalb des vorgegebenen Regelungsrahmens liegenden Verordnung mit medizinischer Indikation, ein – wenn auch eingeschränkter – Wertungsspielraums zukommt, weshalb eine Verordnung innerhalb dieses Rahmens nicht pflichtwidrig ist.⁴⁵¹

3. Die Nachteilsbestimmung

Als reines Erfolgsdelikt setzt die Untreue voraus, dass eine Pflichtverletzung des Trenehmers beim Vermögensinhaber zu einem Vermögensnachteil führt. Der Begriff des Nachteils ist dabei nach h. M. inhaltlich gleichbedeutend mit dem Vermögensschaden des Betruges.⁴⁵² Entsprechend ist erforderlich, dass das pflichtwidrige Verhalten nach dem Grundsatz der Gesamtsaldierung zu einer nicht kompensierten kausalen Vermögensminderung führt. Neben allgemeinen Schadensfragen und dem nach der Rechtsprechung des BVerfG geltenden Verbots der Verschleifung des Pflichtwidrigkeitserfordernisses mit der Nachteilszufügung, ergibt sich bei der Vertragsarztuntreue in „Kick-back-Konstellationen“ das spezifische Problem der Berücksichtigung etwaiger Gewinn- und Erwerbssaussichten.

3.1. Die strafrechtliche Nachteilsbewertung, das Verschleifungsverbot und die formale sozialrechtliche Schadensbestimmung

⁴⁵¹ S. d. *Taschke* StV 2005, 409.

⁴⁵² Vgl. statt vieler NK/*Kindhäuser* Rn. 94 ff.; krit. *Matt/Salinger* in: Institut für Kriminalwissenschaften 1999, S. 230 ff.

Grundsätzlich gilt, dass es bei der unwirtschaftlichen Verordnung eines im Vergleich zu anderen Arzneimitteln teureren Medikaments mit einer Festbetragsbindung nach § 35 SGB V generell an einem Nachteil der Krankenkassen fehlt, da bei jedem Arzneimittel der Festbetragsgruppe ohnehin nur der jeweilige Gruppenpreis durch die Krankenkassen zu erstatten ist.⁴⁵³ Solange die Festbetragsregelungen gelten, ist dies grundsätzlich zu beachten.

Zudem liegt in der bloßen Nichtherausgabe erhaltener Rückvergütungen noch kein Nachteil der Kassen, weil nach ständiger Rechtsprechung des BGH allein das Einbehalten von Schmiergeldzahlungen keine Treuepflichtverletzung darstellt.⁴⁵⁴ Besonders verfehlt wäre es daher, in diesen Fällen allgemein von einem vermeintlichen Schaden auf die Pflichtwidrigkeit der Handlung zu schließen oder gar das Merkmal des Vermögensnachteils in der Pflichtwidrigkeit aufgehen lassen. Beides ist nach der Rechtsprechung des BVerfG streng zu vermeiden, um bei der Feststellung des Nachteils wirtschaftliche Gesichtspunkte nicht durch eine normative Betrachtung zu verdrängen. Aus diesem Grunde wäre der Nachteil jeweils der Höhe nach zu beziffern und der Schaden rational nachvollziehbar zu ermitteln. Übertragen auf die komplizierten Abrechnungsstrukturen der Leistungserbringung in der GKV folgt daraus, dass es in jedem Einzelfall einer hinreichend sicheren Grundlage für die Feststellung eines Vermögensnachteils bedarf und Fälle auszuschließen sind, in denen von einem zahlenmäßig fassbaren Schaden gar nicht bzw. noch nicht die Rede sein kann.⁴⁵⁵

⁴⁵³ So zutreffend *Geis* GesR 2006, 355.

⁴⁵⁴ BGH Urt. v. 23.05.2002 – 1 StR 372/01, BGHSt 47, 295, 297 f. = NJW 2002, 2801 ff.; BGH Urt. v. 30.10.1985 – 2 StR 383/85 = NSTZ 1986, 361 f.; BGH Beschl. v. 13.12.1994 – 1 StR 622/94 = NSTZ 1995, 233, 234.

⁴⁵⁵ So ausdrücklich BVerfG, Beschluss vom 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08; 2 BvR 105/09; 2 BvR 491/09, BVerfGE 126, 170 ff. = NJW 2010, 3209 ff.

Schon aus diesem Grund können Leistungen, die auch bei einem ordnungsgemäßen Vorgehen von der Krankenkasse in derselben Höhe hätten gezahlt werden müssen, keinen strafbaren Vermögensschaden darstellen. Hier unterscheidet sich das Straf- vom Sozialrecht. Letzterem liegt eine rein formale Schadensbetrachtung zugrunde, bei der nach der sozialgerichtlichen Rechtsprechung keine GKV-Leistungen erstattet werden, bei deren Leistungserbringung gesetzliche oder vertragliche Bestimmungen des Leistungserbringungsrechts missachtet wurden; selbst dann, wenn es sich dabei um Verstöße gegen formelle Ordnungsvorschriften und bzw. oder Abrechnungsregelungen handle.⁴⁵⁶ Die Tatsache, dass die Krankenkasse als Leistungsträger eine GKV-Leistung erstattet, die der Versicherte auch bei Beachtung sämtlicher Vorgaben erhalten hätte, sei nicht kompensierend zu berücksichtigen, da die formale Schadensbestimmung der Kontrolle des Behandlungs- und Ordnungsverhaltens diene. Würde man diese Schadensbetrachtung ins Strafrecht übertragen, hätte dies die Konsequenz, dass die sozialrechtliche Steuerungsfunktion die Zweckbestimmung der Vermögensdelikte erweitern und sich damit in unzulässiger Weise über den Willen des Strafgesetzgebers hinwegsetzen würde. Die Bejahung eines Schadens nach formalen Kriterien kann daher allenfalls als ein Indiz für die strafrechtliche Nachteilsbestimmung herangezogen werden.⁴⁵⁷ Auch dieser Aspekt ist in den Fällen der Vertragsarztuntreue durch „Kick-back-Konstellationen“ zu berücksichtigen.

3.2. Die Berücksichtigung vermögenswerter Exspektanzen

⁴⁵⁶ BSG Urt. v. 17.03.2005 – B 3 KR 2/05 R, BSGE 94, 213, 220 = NZS 2006, 29 ff.; LSG NRW Urt. v. 30.07. – L 11 KA 116/01.

⁴⁵⁷ So zutreffend *Hellmann/Herffs* 2006, Rn. 302 f.; *Kühl* 2013, S. 145 m. w. N.

Grundsätzlich werden Exspektanzen nur als Vermögenspositionen erfasst, wenn der Vermögensinhaber die Möglichkeit hat, deren Weiterentwicklung zum Vollwert zu sichern.⁴⁵⁸ Vor diesem Hintergrund stellt sich in den Fällen des unwirtschaftlichen Verordnens als Gegenleistung für erhaltene Vorteilsgaben die Frage, ob etwaige Rückvergütungen oder geldwerte Sachleistungen auch durch die Krankenkasse selbst realisierbar wären.

Im Umgang mit „Kick-back-Konstellationen“ ist dabei auch nach der insoweit im Ansatz bereits sehr weit gehenden Rechtsprechung erforderlich, dass es sich nicht um bloße Zahlungen zur Kundenpflege⁴⁵⁹ oder um Vorteile handelt, denen die Motivation zugrunde liegt, den Empfänger für weitere Geschäftsbeziehungen geneigt zu machen⁴⁶⁰. Beides ist bei einer Kick-back-Leistung an einen Vertragsarzt i. d. R. jedoch gerade der Fall, da es sich dabei im Grunde immer um eine spezielle Marketingvariante zur Absatzförderung des vorteilsgewährenden Unternehmens bzw. Lieferanten handelt. Berücksichtigt man zudem, dass die Abgabe verordnungspflichtiger Arzneimittel, von Rabattvertragsvereinbarungen einmal abgesehen, regelmäßig nach festen Vorgaben der Arzneimittelpreisverordnung erfolgt, ist jedenfalls in Fällen wie dem vom 1. Strafsenat entschiedenen Sachverhalt die Chance der Krankenkassen auf einen günstigeren – entgegen den gesetzlichen Vorschriften gewährten – Erstattungspreis ausgeschlossen. Dies gilt im Ergebnis auch in dem grundsätzlich nicht untreuerelevanten Fall des OLG Hamm.⁴⁶¹ Auch dort ergab sich der Preis der Röntgenkontrastmittel aus der sog. „Lauer-Taxe“, einer Liste,

⁴⁵⁸ Ausführlich dazu *Hefendehl* 1994, S. 46, 117 f.

⁴⁵⁹ So BGH Urt. v. 28.01.1983 – 1 StR 820/81, BGHSt 31, 232 ff. = NJW 1983, 1807, 1809.; s. a. allg. für den Fall, dass Provisionen erkennbar nicht in die Preiskalkulation eingeflossen sind BGH Beschl. v. 11.11.2004 – 5 StR 299/03, BGHSt 43, 317 = NJW 2005, 300, 305.

⁴⁶⁰ BGH Urt. v. 15.03.2001 – 5 StR 454/00, BGHSt 46, 310 = wistra 2001, 267, 270.

⁴⁶¹ OLG Hamm Urt. v. 22.12.2004 – 3 Ss 431/04, NSStZ-RR 2006, 13 ff. = MedR 2005, 236 ff. m. Anm. *Steinhilper*.

die den abrechenbaren Preis zwischen Hersteller und Krankenkasse abschließend festsetzt, sodass ein Ersparen der Entsorgungsaufwendungen sowohl tatsächlich als auch rechtlich nicht zu Preisnachlässen gegenüber den Kassen geführt hätte.⁴⁶²

4. Die subjektive Tatseite

Abgesehen von den bereits behandelten Gesichtspunkten ist die Rechtsprechung zur Vertragsarztuntreue schließlich auch in subjektiver Hinsicht problematisch. Fraglich ist hier das Bewusstsein des Vertragsarztes bezüglich der seitens der Rechtsprechung vorgenommenen Zuweisung in das Lager der Krankenkassen und die Reflektierbarkeit eines entsprechenden Pflichtwidrigkeitsvorsatzes.

Ausgangspunkt der Bewertung ist die Parallelwertung in der Laiensphäre, wonach der Vertragsarzt sein Verhalten in der relevanten Risikodimension erfassen muss.⁴⁶³ Dies ist vor dem Hintergrund der tatbestandlichen Weite und der damit verbundenen Problematik unerwarteter Strafbarkeitsrisiken besonders sorgfältig zu prüfen, um den Tatbestand auch in subjektiver Hinsicht zu begrenzen.⁴⁶⁴ Für die Vorsatzprüfung müsste dabei schon vor der jeweiligen Einzelfallbetrachtung zwischen der Verordnung in Kenntnis der Unwirtschaftlichkeit z. B. aufgrund fehlender medizinischer Indikation und der Verordnung in Unsicherheit oder Unkenntnis der rechtlichen Zulässigkeit differenziert werden.

⁴⁶² Zum Ganzen *Bernsmann/Schoß* GesR 2005, 194.

⁴⁶³ *Jakobs* FS Dachs 2005, 49 f.

⁴⁶⁴ So bereits RGSt 76, 116 ff. BGH Urt. v. 17.06.1952 – 1 StR 668/51, BGHSt 3, 23, 24 = JZ 1952, 664 ff.; BGH Urt. v. 23.05.2002 – 1 StR 372/01, BGHSt 47, 295, 302 = NJW 2002, 2801 ff.; BGH Beschl. v. 27.02.1975 – 4 StR 571/74 = NJW 1975, 1234, 1236; BGH Urt. v. 06.12.1983 – VI ZR 117/82 = NJW 1984, 800, 801; s. a. *Steinhilper* MedR 2005, 238; *Ulsenheimer* MedR 2005, 627; krit. *SK/Hoyer* Rn. 50.

Im ersten Fall hat die Rechtsprechung den Vorsatz zutreffend unproblematisch bejaht. Der Vertragsarzt kennt den Versichertenstatus seines Patienten und weiß, ob bzw. welche Medikamente medizinisch notwendig sind. Begehrt der Patient über das nach § 12 Abs. 1 SGB V Geschuldete hinaus mehr oder etwas anderes, trifft den Arzt nach ständiger Rechtsprechung eine wirtschaftliche Unterrichtungspflicht.⁴⁶⁵ Bei einem kollusiven Zusammenwirken zur Verordnung unnötiger Medikamente ist sich der Vertragsarzt der Unzulässigkeit seines Handelns stets bewusst und weiß, dass diese Vorgehensweise gegebenenfalls einem Straftatbestand unterfallen kann.

Der Versuch⁴⁶⁶, ein solches Bewusstsein abzusprechen, wäre schon aufgrund medienwirksamer Entscheidungen zur Vertragsarztuntreue und zum Abrechnungsbetrug und deren Veröffentlichungen in medizinischen Fachzeitschriften lebensfremd. Auch wenn sich der Vertragsarzt nicht als Vertreter der Krankenkassen und Sachwalter ihrer Vermögensinteressen versteht, ändert dies nichts an einem Unrechtsbewusstsein in Kenntnis möglicher rechtlicher Wertungen. Erforderlich ist nur, dass der Vertragsarzt das Unrecht seines Verhaltens erfasst, nicht hingegen, dass er die erkannte rechtliche Bewertung auch der eigenen Sichtweise zugrunde legt. Es ist daher davon auszugehen, dass bei einem bewussten Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot sehr wohl das Wissen einer strafrechtlichen Relevanz besteht.

Anders verhält es sich in Fällen, in denen der Vertragsarzt sich trotz des Kick-backs innerhalb der geltenden Regelungen hält oder eine Verordnungsentscheidung trifft, die er selbst nicht per se für unzulässig hält. Hier wäre sorgsam zu prüfen, ob gegebenenfalls von einem Irrtum bezüglich der Pflichtwidrigkeit der

⁴⁶⁵0 BGH Urt. v. 01.02.1983 – VI ZR 104/81= NJW 1983, 2630 f.; ausf. zur wirtschaftlichen Aufklärungs- und Beratungspflicht m. w. N. *Schelling* MedR 2004, 422 ff.

⁴⁶⁶ In diesem Sinne z. B. *Steinhilper* MedR 2005, 239; *ders.* 2010, S. 499 ff.

B. Die „Vertragsarztuntreue“ im Lichte der Gesetzes- und Rechtsprechungsänderungen

Handlung auszugehen sein könnte. Letzteres hätte einem vorsatz-ausschließenden Tatbestandsirrtum nach § 16 StGB zur Folge, da es sich bei dem Erfordernis der Pflichtwidrigkeit um ein normatives Tatbestandsmerkmal handelt. Teilt man diese Auffassung nicht, wäre bei der Annahme eines gesamtatbewertenden Merkmals nach den Regeln des Verbotsirrtums zu verfahren.

In Anbetracht der zwischenzeitlichen Verwerfung der Vertretertheorie und der darauf aufbauenden Rechtsprechung des Großen Senats für Strafsachen zur Verneinung einer Strafbarkeit des Vertragsarztes nach den Korruptionsdelikten stellt sich schließlich die Frage, wie es sich auswirkt, wenn ein Arzt – unter Umständen sogar nach der Einholung eines Rechtsrates – entgegen einer anderslautenden Bewertung durch den Richter davon ausgeht, dass einer Strafbarkeit nach § 266 StGB die Grundlage entzogen sei. Auch insoweit wäre jedenfalls an die Prüfung eines Tatbestandsirrtums bzw. eines Verbotsirrtums durch die Gerichte zu denken.

Insgesamt muss daher dahingehend gemahnt werden, auch die subjektive Tatseite besonders sorgfältig zu prüfen, um Routinefehlern und Irrtümern Rechnung zu tragen.

V. Stellungnahme zur Vertragsarztuntreue

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass in den Fällen der Vertriebskorruption mittels Kick-back-Vereinbarungen die Konstruktion der „Vertragsarztuntreue“ ebenso wenig greift wie eine Verantwortlichkeit des Vertragsarztes nach den Regeln des § 299 StGB oder der §§ 331 ff. StGB.

Keine der Untreuealternativen ist einschlägig. Für eine Anwendbarkeit der Missbrauchsvariante fehlt es bereits an einer dem Vertragsarzt im Außenverhältnis zukommenden Rechtsmacht, die über die im Innenverhältnis eingeräumten Befugnisse hinausgeht. Es bleibt allein der Rückgriff auf den Treubruchtatbestand, der – wie auch die Missbrauchsvariante – eine qualifizierten Anforderungen entsprechende Vermögensbetreuungspflicht voraussetzt. Eine solche obliegt dem Vertragsarzt jedoch gerade nicht. Dieser ist weder rechtsgeschäftlicher Stellvertreter der Krankenkassen noch Verwaltungsträger oder Beliehener, sondern ein freiberuflich tätiger Mediziner, dessen Hauptaufgabe darin besteht, seine Patienten in medizinischer Hinsicht angemessen und *lege artis* zu versorgen. Bei der Konkretisierung des Rahmenrechts auf Krankenbehandlung wird er in erster Linie im Interesse des Versicherten tätig. Als Vertreter der Krankenkassen fungiert er dagegen nicht. Dies haben zwischenzeitlich sowohl das BSG als auch der Große Strafsenat erkannt.

Neben diesen grundsätzlichen Ausschlusskriterien sind die übrigen Voraussetzungen der Untreue ebenso mit erheblichen Zweifeln besetzt, da die Missachtung des allgemein geltenden Wirtschaftlichkeitsgebots nicht zwangsläufig einen hinreichenden Pflichtverstoß i. S. d. Norm darstellt und es bei Kick-back-Vereinbarungen i. d. R. an einem Vermögensnachteil fehlt. Ferner kann auch die subjektive Tatseite im Einzelfall fraglich sein.

Insgesamt ist daher auch im Hinblick auf die zu berücksichtigenden verfassungsrechtlichen Restriktivierungsgebote die Verwerfung der Rechtsprechung zur Vertragsarztuntreue zugunsten einer teilweise möglichen Reaktivierung des Betrugstatbestandes zu fordern. Dies sollte in Erwägung gezogen werden, wenn sich in dem zu beurteilenden Fall eine stoffgleiche Bereicherung durch das Abstellen auf eine mittelbar vom Vertragsarzt begangene Täuschung und den täuschungsbedingten Verzicht der Krankenkasse auf Regressforderungen bejahen lässt.⁴⁶⁷ In diesen Fällen wäre ein durch die Nichtangabe des Vorteils gegenüber der Krankenkasse begangener Betrug des Vertragsarztes in mittelbarer Täterschaft unter Einsatz des Apothekers als undoloses Werkzeug das zu prüfende Delikt (§§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 1 2. Alt., 13 Abs. 1 StGB). Die insoweit erforderliche Obhutsgarantenstellung ließe sich aus dem Wirtschaftlichkeitsgebot und der Schlüsselstellung des Vertragsarztes im GKV-System ableiten.

Es wäre sachgerecht, das Konstrukt der Vertragsarztuntreue insoweit in eine Betrugsstrafbarkeit zurückzuverlagern und die nicht von § 263 StGB erfassten Fälle über die neu geschaffenen Delikte zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen zu erfassen. Letzteres setzt selbstredend voraus, dass diese ihrerseits strafwürdig und -bedürftig sind. Ob dies der Fall ist, wird im Folgenden noch einmal hinterfragt.

⁴⁶⁷ So zutreffend *Brandts/Seier* FS Herzberg 2008, 811, 823.

C. Die Thematik im Kontext des Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen

Mit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen am 03.06.2016⁴⁶⁸ hat der Gesetzgeber in den §§ 299a und 299b StGB Tathandlungen unter Strafe gestellt, die auch in den Regelungsbereich der vermeintlichen Vertragsarztuntreue hineinreichen. Um die Relevanz der Delikte bzgl. des hier untersuchten Verhaltens und die erfolgte Weiterentwicklung der Korruptionsdelikte besser zu verstehen, soll zunächst auf die vom Gesetzgeber positiv entschiedene Frage der Notwendigkeit zusätzlicher strafrechtlicher Regelungen der hier geprüften Problemkonstellation und die Historie der Vorschriften zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen eingegangen werden. Im Anschluss daran werden die Voraussetzungen der neuen Delikte und die Subsumierbarkeit von Kick-back-Vereinbarungen unter den Tatbestand der Bestechlichkeit im Gesundheitswesen dargestellt.

I. Pönalisierungserfordernis und Gesetzeshistorie

Da die nunmehr von §§ 299a und 299b StGB erfassten Verhaltensweisen auch vor dem Inkrafttreten der Normen durch Vorschriften anderer Rechtsgebiete untersagt waren, stellte sich in Fällen wie dem vorliegenden die Frage nach der Notwendigkeit einer strafrechtlichen Sanktionierung.⁴⁶⁹

⁴⁶⁸ BGBl. I S. 1254.

⁴⁶⁹ Sie ist auch von Bedeutung, weil aufgrund des ultima-Ratio-Charakters des Strafrechts die „Subsidiarität des strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes“ zu bedenken ist. S. d. statt vieler *Roxin* AT 1 § 2 Rn. 97.

1. Die Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit des Verhaltens

Ausgangspunkt der Pönalisierung ist der Rechtsgüterschutz. Dabei ist die Frage, ob das Strafrecht dem Rechtsgüterschutz dient, streitig.⁴⁷⁰ Da die hier betroffenen Rechtsgüter essenzielle Grundwerte der staatlichen Ordnung darstellen, ist ihre Schutzwürdigkeit unbestritten. Die folgenden Ausführungen beschränken sich daher zunächst auf die Darstellung und Erläuterung des gesetzgeberischen Willens zum Rechtsgüterschutz der Delikte zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen.

1.1. Rechtsgüterschutz

Nach dem Willen des Gesetzgebers dient die Untersagung von Zuwendungen im Zusammenhang mit dem vertragsärztlichen Verordnungsverhalten

- dem Schutz vor Wettbewerbsverzerrungen infolge unlauterer Beeinflussung einzelner Marktbeteiligter und damit der Sicherung des fairen Wettbewerbs im Gesundheitswesen.⁴⁷¹
- dem Schutz der Allgemeinheit und des Einzelnen in das Vertrauen der Integrität unabhängiger heilberuflicher Entscheidungen.⁴⁷²

Damit soll der besonderen Verantwortung der im Gesundheitswesen tätigen Heilberufsgruppen Rechnung getragen und gewährleistet werden, dass Wettbewerbsvorteile nicht mithilfe unlauterer Bevorzugung, sondern durch den Preis und die Qualität eines

⁴⁷⁰ Zum Streitstand s. *Lüderssen* FS Eser 2005, 163, 165.

⁴⁷¹ Dies ergab sich bereits aus der Begründung des Regierungsentwurfs. Vgl. BT-Drs. 18/6446, S. 12 und wird in der Gesetzesbegründung aufrechterhalten BT-Drs. 18/8106, S. 15, 18.

⁴⁷² BT-Drs. 18/6446, S. 12; BT-Drs. 18/8106, S. 15, 18.

Produktes erzielt und heilberufliche Entscheidungen frei von unzulässiger Einflussnahme getroffen werden.⁴⁷³

Mittelbar wird dabei auch die Funktionsfähigkeit des gesamten Gesundheitssystems, als Teil der Daseinsvorsorge, durch die Verhinderung systemgefährdender finanzieller Mehrbelastungen geschützt.

Primär geht es um den Schutz der Lauterbarkeit und Freiheit des Wettbewerbes im Gesundheitswesen. Die Wahrung und die Stärkung der Marktgerechtigkeit stützen die Existenz des Systems und damit die Sozialstaatlichkeit als wesentliches Prinzip unserer Grundordnung (Art. 20 Abs. 1 u. Art. 79 Abs. 3 GG). Ärztliche Entscheidungen, die sich ausschließlich an medizinischen Notwendigkeiten ausrichten, führen nicht zu Verzerrungen durch wirtschaftliche Eigeninteressen und damit auch nicht zu Systemschädigungen.

Ausgangspunkt dieses Rechtsgüterschutzes sind Art. 1 Abs. 1, Art. 20 Abs. 1 GG und Art. 79 Abs. 3 GG. Sowohl die Menschenwürde als auch das Sozialstaatsprinzip stellen essenzielle Grundwerte unserer Verfassung dar. Für ihre Ausgestaltung, Konkretisierung und Wahrung trägt der Staat die Letztverantwortung.⁴⁷⁴ Ihm obliegt es, alle Bürger auch durch die Gewährleistung der Versorgung im Krankheitsfall zu schützen und dauerhaft ein menschenwürdiges Dasein zu sichern. Jeder Bürger soll darauf vertrauen können, dass er im Krankheitsfall die erforderliche Behandlung erhält und seine Gesundheit Ausgangs- und Mittelpunkt

⁴⁷³ So bereits der Regierungsentwurf BT-Drs. 18/6446, S. 10 ff.

⁴⁷⁴ Das Sozialstaatsprinzip wird aufgrund seiner Generalklauselfunktion erst durch die gesetzliche Konkretisierung rechtlich umgesetzt. Es richtet sich daher in erster Linie an den Gesetzgeber. Die Art und Weise und ggf. auch die zeitliche Begrenzung staatlichen Handelns obliegt dem gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum. BVerfG Urt. v. 12.11.1958 – 2 BvL 4/56; 2 BvL 26/56; 2 BvL 40/56; 2 BvL 1/57, 2 BvL 7/57 BVerfGE 8, 274, 329 = NJW 1959, 475 ff.; BVerfG Urt. v. 18.07.1967 – 2 BvF 3/62; 2 BvF 6/62; 2 BvF 7/62; 2 BvF 8/62; 2 BvF 139/62; 2 BvF 140/62; 2 BvF 334/62; 2 BvF 335/62, BVerfGE 22, 180, 204 = NJW 1967, 1795 ff.; s. a. *Schnapp* JuS 1998, 873 ff.

der ärztlichen Behandlung und der Therapieentscheidung ist. Aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG folgt daher auch die Pflicht der staatlichen Organe, sich schützend und fördernd vor die Rechte auf Leben und körperliche Unversehrtheit zu stellen und diese vor rechtswidrigen Eingriffen zu bewahren.⁴⁷⁵

Nicht separat geschützt wird hingegen das Vermögen der gesetzlichen Krankenkassen. Der sich diesbezüglich ergebende Schutz stellt einen bloßen Reflex des primären Rechtsgüterschutzes dar. Die Tatsache, dass die gesetzliche Krankenversicherung im Wesentlichen aus den Pflichtbeiträgen der gesetzlich Versicherten finanziert wird, begründet keine gesonderte Schutzbedürftigkeit, da der Unwertgehalt des korrupten Verhaltens davon unabhängig ist, ob es innerhalb der gesetzlichen oder privaten Krankenversicherung stattfindet. In beiden Fällen ist es im gleichen Maße geeignet, die Sachlichkeit und Unabhängigkeit der ärztlichen Therapie- und Behandlungsentscheidung infrage zu stellen und den Wettbewerb zu verzerren. Dabei ist es ohne Bedeutung, ob es sich um freiwillige Beitragszahlungen oder Pflichtbeiträge handelt.⁴⁷⁶

1.2. Strafwürdigkeit

Nach der Darstellung der schützenswerten Rechtsgüter ist in einem zweiten Schritt zu beurteilen, ob das untersuchte Verhalten strafwürdig ist. Dies wäre der Fall, wenn es sich um sozialetisch

⁴⁷⁵ BVerfG Urt. v. 25.02.1975 – 1 BvF 1/74; 1 BvF 2/74, 1 BvF 3/74; 1 BvF 4/74; 1 BvF 5/74; 1 BvF 6/74, BVerfGE 39, 1, 41 = NJW 1975, 573 ff.; BVerfG Urt. v. 16.10.1977 – 1 BvQ 5/77, BVerfGE 46/160, 164 = NJW 1977, 2255; BVerfG Beschl. v. 08.08.1978 – 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89, 142 = NJW 1979, 359 ff.; BVerfG Beschl. v. 20.12.1979 – 1 BvR 385/77, BVerfGE 53, 30, 57 = NJW 1980, 759 ff.; BVerfG Urt. v. 14.01.1981 – 1 BvR 612/72, BVerfGE 56, 54, 73 = NJW 1981, 1655 ff.; BVerfG Urt. v. 29.10.1987 – 2 BvR 624/83; 2 BvR 1080/83; 2 BvR 2029/83, BVerfGE 77, 170, 214 f. = NJW 1988, 1651 ff.; BVerfG Urt. v. 30.11.1988 – 1 BvR 1301/84, BVerfGE 79, 174, 201 f. = NJW 1989, 1271; BVerfG Urt. v. 28.05.1993 – 2 BvF 2/90; 2 BvF 4/90; 2 BvF 5/92, BVerfGE 88, 203, 251 = NJW 1993, 1751 ff.; BVerfG Urt. v. 15.02.2006 – 1 BvR 357/05, BVerfGE 115, 118, 152 = NJW 2006, 751 ff.

⁴⁷⁶ Anders der ehemalige Regierungsentwurf aus der 17. Legislaturperiode, der Fälle der Ärztekorrption im SGB V verorten wollte. Vgl. BT-Drs. 17/14184, S. 29 f. Zum Entwurf s. Teil 3 C., II., 1.

zu missbilligende Vorgehensweisen handeln würde, die sich aufgrund ihres Unrechtsgehalts und dem Maß der Sozialschädlichkeit als besonders massiv und gravierend darstellen.⁴⁷⁷

Zu differenzieren ist hier zwischen Kooperationen zur wissenschaftlichen Zusammenarbeit, Kooperationen zur Umsatzsteigerung und Mischformen aus beiden Varianten.

Erstere sind sinnvoll, weil sie zur Verbesserung der Patientenversorgung beitragen, indem sie es der Ärzteschaft z. B. ermöglichen, sich durch die Teilnahme an beruflichen Fortbildungs- und Informationsveranstaltungen oder auf Fachkongressen konstant über Entwicklungen des medizinischen Fortschritts zu informieren und Wissen und Erfahrungen auszutauschen.⁴⁷⁸ Handelt es sich ausschließlich um angemessene Leistungen, die den Ärzten die Teilnahme an wissenschaftlichen Informations- und Fortbildungsveranstaltungen ermöglichen, sind diese im Sinne der Allgemeinheit als sozialadäquat einzuordnen, wenn das vermittelte Wissen den Anforderungen neutraler Informationen entspricht und ganz klar im Vordergrund des ärztlichen Interesses steht. Anhaltspunkte hierfür geben die Empfehlungen der Bundesärztekammer für die Durchführung medizinischer Fortbildungen.⁴⁷⁹ Hiernach muss insbesondere auch gewährleistet sein, dass ein ausgewogener Überblick über den jeweiligen Wissensstand entsprechender diagnostischer und therapeutischer Alternativen vermittelt wird und eine transparente und strenge Abgrenzung zwischen fachlicher Fortbildung und wirtschaftlichen, produktbezogenen Marketingaktivitäten besteht.

⁴⁷⁷ Vgl. statt vieler *Kühl* FS Spindel S. 75, 76 ff.

⁴⁷⁸ So zutreffend *Dieners/Reese/Klümper/Oeben* Hdb PharmaR § 12 Rn. 1 ff.; *ders.* 2007, S. 48 f. Rn. 62 ff.

⁴⁷⁹ In der aktuellen 4. Auflage abrufbar unter:

http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/Fortbildung/EmpfFortb_20150424.pdf (Stand.20.11.2016).

Gleiches wird man auch für Leistungen zur Ermöglichung der Teilnahme an gemischten Veranstaltungen gelten lassen müssen, solange das Absatz- bzw. Vertriebsinteresse sowohl objektiv als auch aus Sicht des Arztes als Leistungsadressat offensichtlich keine Vorrangrolle spielt und der wissenschaftliche Teil einen neutralen Veranstaltungsmehrwert generiert. Allein die Tatsache, dass es bei vielen Veranstaltungen auch um ein Arzneimittel oder Produkt des Veranstalters bzw. Unterstützers geht, schließt den wissenschaftlichen Wert nicht automatisch aus, solange ein entsprechender Informations- und Aufklärungsbedarf besteht und der Arzt an der Veranstaltung teilnimmt, um diesen wahrzunehmen. Zu denken ist hier insbesondere an Fälle, in denen es sich um ein neu in den Markt gekommenes Produkt handelt oder an Veranstaltungen zu einem bestimmten Krankheitsbild, die bestehende Behandlungsoptionen in der gesamten medizinischen Breite produktneutral darstellen. Auch hier ist jedoch vorauszusetzen, dass der wissenschaftliche Charakter und das wissenschaftliche Interesse des Arztes klar im Vordergrund stehen.

Anders verhält es sich, wenn der Berufsbezug ausschließlich oder überwiegend der Absatzsteigerung dient. In diesen Fällen ist von einer Vertriebskorruption auszugehen. Besonders deutlich wird dies bei Veranstaltungen, die der Anbahnung und Kontaktpflege zur Verordnungsbeeinflussung dienen und bei Vereinbarungen, auf deren Grundlage Ärzte verordnungsabhängige Rückvergütungen erhalten. Die Annahme der Sozialschädlichkeit eines solchen Verhaltens steht außer Zweifel, da es in diesen Fällen – unabhängig von den nur spekulativ beurteilbaren materiellen Schäden auf der Seite der Krankenkassen – durch die Verschiebung wirtschaftlicher Kräfte zu Wettbewerbsverzerrungen und einem systemgefährdenden Ressourcenentzug kommen kann.

Zudem tangieren absatzbezogene, ein Produkt bevorzugende, Leistungen nachhaltig den Ruf der Ärzteschaft und damit massiv

das Vertrauen der Allgemeinheit in die sozial- und rechtsstaatlichen Grundstrukturen unserer Gesellschaft. Oberstes Gebot der ärztlichen Tätigkeit ist der Heilauftrag.⁴⁸⁰ Dieser dient, als Grundlage und Ausprägung des vom sachlichen Schutzbereich der Menschenwürde erfassten und verankerten Humanitätsprinzips, der Wahrung der Gesundheit des einzelnen Bürgers und seines Persönlichkeitsrechts. Geschützt werden die Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidung und deren ausschließliche Orientierung am Patientenwohl. Aufgrund des in Art. 1, 2 Abs. 2 GG garantierten Rechts auf Menschenwürde und körperliche Unversehrtheit ist jeder Patient über seine Therapie und Behandlung aufzuklären und soll darauf vertrauen können, dass ein Arzt die Untersuchungen und Behandlung ausschließlich an sachlich unabhängigen medizinischen Entscheidungen ausrichtet.⁴⁸¹ Nur dann, wenn diese Grundvoraussetzung erfüllt ist, wird der Patient in die Lage versetzt, sein Selbstbestimmungsrecht hinsichtlich der Behandlung adäquat auszuüben.

1.3. Strafbedürftigkeit

Weniger eindeutig zu beurteilen als die Frage der Sozialschädlichkeit des Verhaltens, ist die Frage der Strafbedürftigkeit. Zu bewerten ist hier, ob es eines strafrechtlichen Verbotes der Handlung zum Schutz der Gemeinschaftsordnung auch tatsächlich bedarf.⁴⁸² Da es sich bei der Kriminalstrafe um die schärfste Form der Sozialkontrolle handelt, sind strafrechtliche Regelungen als

⁴⁸⁰ Dieser richtet sich nach naturwissenschaftlich-medizinischen Standards und nach den sittlichen Ansprüchen des Berufs. Entsprechend § 2 Abs. 1 der Muster-Berufsordnung (MBO-Ä) üben Ärztinnen und Ärzte ihren Beruf nach ihrem Gewissen, den Geboten der ärztlichen Ethik und der Menschlichkeit aus. S. d. *Laufs/Kern* § 6 II. Rn. 2.

⁴⁸¹ Zu diesem Problem *Murmann* in: Duttge 2011, S. 109, 111 f.

⁴⁸² NK/*Hassemer/Neumann* Vor § 1, Rn. 72; Ausf. zum Ganzen *Bettermann/Nipperdey/Scheuner/Sax* Hdb Theorie und Praxis der Grundrechte, S. 925.

Ultima Ratio staatlicher Reaktionen auf sozialschädliches Verhalten nur gerechtfertigt, wenn die betroffenen Rechtsgüter nicht auf andere Weise wirksam geschützt werden können.⁴⁸³

Eine Strafnorm ist erst erforderlich, wenn kein gleich wirksames rechtliches Instrument mit geringerer Eingriffsintensität zur Verfügung steht.⁴⁸⁴ Bei der Beurteilung, ob eine mildere Maßnahme als wirksam genug angesehen werden kann, obliegt dem Gesetzgeber eine Einschätzungsprärogative. Nach der Rechtsprechung des BVerfG können dabei bereits berechtigte Zweifel an der Wirksamkeit außerstrafrechtlicher Alternativen klar wirkende Strafnormen rechtfertigen.⁴⁸⁵

Da die Strafbedürftigkeit die grundsätzliche Subsidiarität des Strafrechts gegenüber anderen normativen Schutzoptionen zum Ausdruck bringt, ist zu hinterfragen, inwieweit bereits bestehende Handlungsbeschränkungen anderer Rechtsgebiete greifen, ob die jeweiligen Regelungen auch dem Schutz der durch das Verhalten tangierten Rechtsgüter dienen, welche Rechtsfolgen etwaige Verstöße nach sich ziehen und ob bzw. wie diese vollzogen werden.

Vorgaben und Verbote ergeben sich hier auch aus dem ärztlichen Berufsrecht, dem Sozialversicherungsrecht, dem Wettbewerbsrecht und dem Steuerstrafrecht.

⁴⁸³ Vgl. BVerfG Urt. v. 16.03.1971 – 1 BvR 52/66; 1 BvR 665/66; 1 BvR 754/66, BVerfGE 30, 292, 316 = NJW 1971, 1255 ff.; BVerfG Urt. v. 27.01.1983 -1 BvR 1008/79; 1 BvR 322/80; 1 BvR 1091/81, BVerfGE 63, 88, 115 = NJW 1983, 1417 ff.; BVerfG Beschl. v. 20.06.1984 – 1 BvR 1494/78, BVerfGE 67, 157, 173 ff. = NJW 1985, 121 ff.; BVerfG Urt. v. 09.03.1994 – 2 BvL 43/92; 2 BvL 51/92; 2 BvL 63/92; 2 BvL 64/92; 2 BvL 70/92; 2 BvL 80/92; 2 BvR 2031/92, 90, 145, 172 = NJW 1994, 1577 ff.; LK/*Weigend* Einleitung Rn. 1.

⁴⁸⁴ BVerfG Urt. v. 16.03.1971 – 1 BvR 52/66; 1 BvR 665/66; 1 BvR 754/66, BVerfGE 30, 292, 316 = NJW 1971, 1255 ff.; BVerfG Urt. v. 27.01.1983 -1 BvR 1008/79; 1 BvR 322/80; 1 BvR 1091/81, BVerfGE 63, 88, 115 = NJW 1983, 1417 ff.; BVerfG Beschl. v. 20.06.1984 – 1 BvR 1494/78, BVerfGE 67, 157, 173 ff. = NJW 1985, 121 ff.; BVerfG Urt. v. 09.03.1994 – 2 BvL 43/92; 2 BvL 51/92; 2 BvL 63/92; 2 BvL 64/92; 2 BvL 70/92; 2 BvL 80/92; 2 BvR 2031/92, 90, 145, 172 = NJW 1994, 1577 ff.; s. a. *Deckert* ZIS 2013, 270 ff.

⁴⁸⁵ So BVerfG Beschl. v. 22.05.1963 – 1 BvR 78/56, BVerfGE 16, 147, 173 = NJW 1963, 1243; dazu *Günther* JuS 1978, 8, 12.

1.3.1. Das ärztliche Berufsrecht

Die aktuelle Musterberufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte in der Fassung des 118. Deutschen Ärztetages (MBO-Ä 2015)⁴⁸⁶ und die dieser im Wesentlichen entsprechenden Berufsordnungen der Landesärztekammern enthalten im vierten Abschnitt (§§ 30 ff. MBO-Ä) Regelungen zur Wahrung der ärztlichen Unabhängigkeit bei der Zusammenarbeit von Ärzten mit Dritten.

Hier ist in § 31 Abs. 1 MBO-Ä das allgemeine Verbot normiert, „für die Verordnung oder den Bezug von Arznei-, Hilfsmitteln oder Medizinprodukten ein Entgelt oder andere Vorteile zu fordern bzw. sich oder Dritten versprechen oder gewähren zu lassen“. Dabei wird ein Produktbezug vorausgesetzt.⁴⁸⁷ Liegt ein solcher vor, ist die Beschaffungsentscheidung rechtswidrig und berufsrechtlich sanktionierbar.⁴⁸⁸

Ferner untersagt § 32 Abs. 1 3. Alt. MBO-Ä jegliche Formen einseitiger Zuwendungen und damit auch solche der Hersteller bzw. Großhändler von und mit Arznei- und Hilfsmitteln oder Medizinprodukten. Verboten sind Zuwendungen, die den „Eindruck erwecken, dass die Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidung beeinflusst wird“. Dabei greift die Norm auch, wenn der Leistung des Arztes im Rahmen einer Austauschbeziehung nur ein scheinbarer oder nicht äquivalenter Wert zukommt.⁴⁸⁹ Verhaltenslenkende finanzielle Anreize stellen zwar eine Beeinflussung dar, sind aber dann nicht berufsrechtswidrig, wenn sie im Interesse der finanziellen Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung eine

⁴⁸⁶ Abrufbar unter: http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/MBO/MBO_02.07.2015.pdf (Stand:11.02.2016).

⁴⁸⁷ Spickhoff/Scholz § 31 MBO-Ä Rn. 3.

⁴⁸⁸ Zum ganzen Spickhoff/Scholz § 31 MBO-Ä Rn. 3, 8 m. w. N.

⁴⁸⁹ Spickhoff/Scholz § 31 MBO-Ä Rn. 8.

wirtschaftliche Mittelversorgung sichern sollen und auf ordnungsgemäßer und transparenter sozialrechtlicher Grundlage erfolgen (vgl. § 84 Abs. 1 Nr. 2 und § 128 Abs. 6 SGB V).⁴⁹⁰

Eine weitere Privilegierung enthält § 32 Abs. 2 MBO-Ä, wonach ein Arzt nicht gegen berufsrechtliche Vorschriften verstößt, wenn er ohne einen eigenen aktiven Veranstaltungsbeitrag und damit für die passive Teilnahme⁴⁹¹ an berufsbezogenen wissenschaftlichen Fortbildungsveranstaltungen einen angemessenen geldwerten Vorteil annimmt. Zulässig sind Vorteile in „angemessener Höhe“, die ausschließlich dazu dienen, dem Arzt die Teilnahme an der Fortbildung zu ermöglichen.⁴⁹² Gemäß § 32 Abs. 2 S. 2 MBO-Ä ist ein für die Teilnahme an einer wissenschaftlichen Fortbildungsveranstaltung gewährter Vorteil unangemessen, wenn er über die „notwendigen Reisekosten und Tagungsgebühren“ hinausgeht. Natürlich ist auch in diesen Fällen zwischen der zuvor dargestellten lautereren und damit standesgemäßen zulässigen Kooperation aus wissenschaftlichen Gründen und der standeswidrigen unzulässigen produkt- und umsatzbezogenen Kooperation zu unterscheiden.⁴⁹³ Letztere ist sozialschädlich und entsprechend gewährte Zuwendungen sind grundsätzlich berufsrechtswidrig. Da in der Praxis die genaue Abgrenzung in der Regel insbesondere auch für den Arzt schwierig ist, wurden von der Bundesärztekammer Empfehlungen zur ärztlichen Fortbildung verabschiedet, die auch Anforderungen an die Neutralität und Transparenz wissenschaftlicher Fortbildungen enthalten.⁴⁹⁴ Um

⁴⁹⁰ *Wollersheim* FS Steinhilper 2013, 157, 160.

⁴⁹¹ Definition passive Teilnahme.

⁴⁹² *Dieners/Reese/Klimper/Oeben* Hdb PharmaR § 12 Rn. 1 ff.; *Koyuncu/Stute* A&R 2013, 112, 113.

⁴⁹³ Zu den diesbezüglichen Anforderungen s. *Bundesärztekammer* Empfehlungen zur ärztlichen Fortbildung 2015, S. 11 f.

⁴⁹⁴ Abrufbar unter:

http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/Fortbildung/EmpfFortb_20150424.pdf (Stand:20.11.2016).

thematische Klarheit in diesem Bereich zu schaffen, hat sich die Landesärztekammer Niedersachsen strickt gegen jegliche berufsrechtliche Legitimierung der Unterstützung passiver Teilnahmen an Fortbildungsveranstaltungen durch die Industrie entschieden. Sie hat die Regelung des § 32 Abs. 2 MBO-Ä in der Landesberufsordnung nicht umgesetzt. Mit der Folge, dass in Niedersachsen die Übernahme von Kosten auch im Zusammenhang mit der passiven Teilnahme von Ärzten an Fortbildungsveranstaltungen durch Unternehmen der pharmazeutischen Industrie unzulässig ist.⁴⁹⁵ Die Ärztekammer stützt sich dabei auf die Änderung der Landesberufsordnung der Ärztekammer Niedersachsen vom 01.02.2013, bei der bewusst auf eine dem § 32 Abs. 2 MBO-Ä entsprechende Norm verzichtet wurde, um das Individualsponsoring zu verbieten.⁴⁹⁶ Allerdings werden etwaige Verstöße in der Praxis aktuell nicht verfolgt.

Dies vorausgeschickt ist festzuhalten, dass das der Entscheidung des Großen Senats zugrundeliegende Fehlverhalten berufsrechtlich als Verstoß gegen § 31 Abs. 1 MBO-Ä bzw. die entsprechenden Regelungen der Landesärztekammern zu werten wäre. In Betracht kämen folgende berufsgerichtliche Maßnahmen: Warnung, Verweis, Entziehung des passiven Berufswahlrechts, Geldbuße bis zu 50.000 € und die Feststellung der Unwürdigkeit zur Ausübung des Berufs.⁴⁹⁷ Zudem wären auf der Grundlage des § 81 Abs. 5 SGB V nach den jeweiligen Disziplinarordnungen der Kassenärztlichen Vereinigungen auch eine disziplinarrechtliche

⁴⁹⁵ Gegen die Annahme der Unzulässigkeit *Diener* MPR 2013, 13, 15; *Koyuncu/Stute* A&R 2013, 114 ff. Die eine entsprechende Verbotsnorm fordern und die bloße Nichtübernahme der MBO-Ä Privilegierung in die Landesberufsordnung für unzureichend halten. Zur Diskussion im Ganzen *Ratzel/Lippert* § 32 Rn. 3 ff.

⁴⁹⁶ Dies zeigt die klare Mitteilung der *Landesärztekammer Niedersachsen* im Niedersächsischen Ärzteblatt 1/2013, S. 35. Dort wurde für die passive Teilnahme an Fortbildungen ggü. dem Adressatenkreis klar kommuniziert, dass Ärzte von der Medizinprodukte- und Pharmaindustrie keine diesbezüglichen Zuwendungen entgegennehmen dürfen.

⁴⁹⁷ S. d. *Spickhoff/Scholz* Vorbemerkung MBO Rn. 5 f.

Ahndung und ein Sanktionierung mit folgenden Rechtsfolgen möglich gewesen: Verwarnung, Verweis, Geldbuße bis zu 10.000 € oder die Anordnung eines Ruhens der vertragsärztlichen Zulassung für maximal zwei Jahre (§ 81 Abs. 5 S. 2 u. 3 SGB V).⁴⁹⁸

Trotz dieser Möglichkeiten fehlt es häufig an einem berufsrechtlichen und disziplinarischen Einschreiten der Ärztekammern gegenüber ihren Mitgliedern. Ursächlich hierfür sind die eingeschränkten und unterschiedlich stark ausgeprägten Ermittlungsbefugnisse der Landesärztekammern. Während einige Kammern bereits bei tatsächlichen Anhaltspunkten für ein berufswidriges Handeln einen unabhängigen Untersuchungsführer mit den Ermittlungen beauftragen können, ist eine Ermittlung in anderen Bundesländern erst nach der Eröffnung eines berufsrechtlichen Verfahrens möglich. Erst dann darf ein mit umfassenden Befugnissen ausgestatteter Beauftragter zur Sachverhaltsaufklärung eingesetzt werden.⁴⁹⁹ Zudem fehlt die Möglichkeit zur Durchsetzung effektiver Ermittlungen mittels Durchsuchung und Beschlagnahme. Dies hatte bislang zur Konsequenz, dass die Landesärztekammern i. d. R. auf die Ergebnisse staatsanwaltlicher Ermittlungen angewiesen waren, um überhaupt disziplinar- und berufsrechtliche Maßnahmen ergreifen zu können.⁵⁰⁰

Auch die systembedingt bestehende Konfliktsituation der Kassenärztlichen Vereinigungen, die aus der Doppelstruktur der KVen als Interessenvertretung der Ärzteschaft einerseits und Disziplinar- und Verfolgungsorgan berufsrechtlicher Verstöße andererseits resultiert⁵⁰¹, erschwert und behindert die Ahndung.

⁴⁹⁸ Zum disziplinarrechtlichen Einschreiten bei Vergehen nach den Berufsordnungen s. Ehlers/Hesrahl 2001, Rn. 64.

⁴⁹⁹ Zum berufsrechtlichen Ermittlungsverfahren s. Scholz GuP 2013, 81.

⁵⁰⁰ BT-Drs. 17/14184, S. 32.

⁵⁰¹ Zur Doppelfunktion der Kassenärztlichen Vereinigungen und dem daraus resultierenden Interessenkonflikt s. o. Gliederungspunkt A. II. 1.2.

Aufgrund der geschilderten Ursachen, insbesondere der bestehenden Vollzugsdefizite und der seltenen berufsgerichtlichen Verfahren bei Verstößen gegen die Vorschriften der Berufsordnung, stellt das Berufsrecht bislang keine tatsächliche Alternative gegenüber einem gesetzlich normierten strafbewehrten Verbot dar.⁵⁰²

Hinzu kommt, dass das ärztliche Berufsrecht und das Disziplinarrecht andere Zwecke als das Strafrecht verfolgen. Beide dienen weder direkt noch mittelbar der Unrechtsvergeltung, da ihnen keine Sühne- sondern ausschließlich Zucht- und Ordnungsfunktionen zukommen.⁵⁰³ Berufsrechtliche Maßnahmen sollen die Ärzte zur Erfüllung ihrer Berufspflichten anhalten, um das Ansehen und die Funktionsfähigkeit des ärztlichen Berufsstands zu garantieren.⁵⁰⁴ Sie haben – ebenso wie das Disziplinarrecht als Konsequenz eines vertragsärztlichen Pflichtenverstoßes – die Aufgabe, die besondere Missbilligung des Verstoßes zum Ausdruck zu bringen, um einer Reputationsminderung der Ärzteschaft zu begegnen.⁵⁰⁵ Da der Kernzweck der Regelungen nicht darin besteht, den Verhaltensunwert einer möglichen Strafnorm zu erfassen, sondern nur darin, den berufsrechtlichen Teil der Handlung zu ahnden, ist das Berufsrecht auch nicht geeignet, eine strafrechtliche Sanktionierung zu ersetzen.

Zudem gelten berufsrechtliche Sanktionen nur für die jeweiligen Berufsträger, weshalb die Berufskammern korruptives Verhalten der Geberseite nicht verfolgen können, mit der Konsequenz, dass

⁵⁰² So auch *Ratzel/Luxenburger* § 5 Rn. 175.

⁵⁰³ Vgl. *Bayrisches Landesberufsgesetz für Heilberufe* MDR 1988, 1078 f.; *Braun MedR* 2013, 277, 280 f.; *HK-AKM/Frehse/Weimer* 872, Rn. 19 ff.

⁵⁰⁴ Dazu BVerfG Urt. v. 29.10.1969 – 2 BvR 545/68, BVerfGE 27, 180 = NJW 1970, 507 ff.; BVerwG Urt. v. 09.12.1982 – 1 D/42.82, BVerwGE 76, 43 = NJW 1983, 1440 ff.; s. a. *Braun MedR* 2013, 280 f.; *HK-AKM/Frehse/Weimer* 872, Rn. 8; *Taupitz* NJW 1986, 2851, 2852.

⁵⁰⁵ Dazu BVerfG Urt. v. 29.10.1969 – 2 BvR 545/68, BVerfGE 27, 180, 187 = NJW 1970, 507 ff.; *Braun MedR* 2013, 280 f.; *Laufs/Kern* § 4 Rn. 24.

ein Anbieten, Gewähren und Versprechen unzulässiger Vorteile durch Nicht-Berufsträger ungeahndet bleibt.

1.3.2. Das Sozialversicherungsrecht

Auch das geltende Sozialversicherungsrecht untersagt die Erbringung von Zuwendungen durch pharmazeutische Unternehmen und deren Annahme durch den Vertragsarzt.⁵⁰⁶

Hierzu verbietet § 128 Abs. 2 S. 1, 2. Alt. SGB V die Verknüpfung von Zuwendungen und Verordnungen bei Hilfsmitteln. Über die Abs. 5a und b und den Abs. 6 gilt dieses Zuwendungsverbot auch für die Erbringung von Leistungen zur Versorgung mit Arznei- und Heilmitteln und richtet sich dabei insbesondere an pharmazeutische Unternehmen und Vertragsärzte. Es soll gewährleisten, dass das ärztliche Verordnungshandeln allein im Dienst des Patienten und ohne Rücksicht auf eigene wirtschaftliche Interessen erfolgt.⁵⁰⁷

Wie schon im allgemeinen Teil dargestellt, werden als unzulässige Zuwendungen i. S. d. § 128 Abs. 1 S. 1 alle geldwerten oder sonstigen Vorteile, die sich positiv auf die Einkommens- und Wettbewerbsposition des Vertragsarztes auswirken, erfasst. Abs. 2 S. 3 benennt hierzu beispielhaft die unentgeltliche oder vergünstigte Überlassung von Geräten und Materialien, die Durchführung von Schulungsmaßnahmen, die Gestellung von Räumlichkeiten oder Personal und die Beteiligung an entsprechenden Kosten und Einkünften aus Unternehmensbeteiligungen. Dass der Begriff der „Zuwendung“ umfassend zu verstehen und über die normierten Beispiele hinaus erweiterbar ist, ergibt sich bereits

⁵⁰⁶ Ausdr. i. d. S. *Flasbarth* MedR 2009, 708, 709. Der Grund für die Einführung des § 128 SGB V nicht in der unzureichenden berufsrechtlichen Regulierung, sondern in der fehlenden Verfolgung und Sanktionierung der Verstöße sieht. Zur Normgenese s. *Hauck/Noftz/Luthe* § 128 Rn. 1.

⁵⁰⁷ S. d. A. II. 4.; Zur gesetzlichen Intention: BT-Drs. 16/10609, S. 73; *Hauck/Noftz/Luthe* § 128 Rn. 18; *derselbe* MedR 2011, 404.

aus der gesetzlichen Formulierung „Unzulässige Zuwendungen im Sinne des Satzes 1 sind auch [...]“ und dem daraus folgenden Regelbeispielcharakter der Fallgruppen.⁵⁰⁸ Nach Art und Schwere erfasst werden dabei auch ordnungsbezogene Provisionszahlungen an Vertragsärzte i. S. d. hier untersuchten Sachverhaltskonstellation.⁵⁰⁹

Liegt ein Verstoß gegen das Verbot des § 128 Abs. 1 S. 1 i. V. m. Abs. 5a u. 6 SGB V vor, kann dieser gegenüber den Vertragsärzten nach dem geltenden Disziplinarrecht sanktioniert werden. In der Praxis findet dies jedoch nicht statt, da die Sanktionierung hauptsächlich über Vertragsstrafen erfolgt.⁵¹⁰

Auch hier mangelt es an einer adäquaten Umsetzung auf der Rechtsfolgenseite. Wie bei der Verfolgung berufsrechtlicher Verstöße fehlt es an effektiven Aufklärungs- und Verfolgungsmöglichkeiten.⁵¹¹

Ebenfalls ins Leere geht die in § 128 Abs. 3 SGB V vorgesehene Sanktion, einen gegen die Verbotsnorm verstoßenden Leistungserbringer vorübergehend von der Marktteilnahme bzw. der Versorgungsteilnahme auszuschließen. Sie greift nur, wenn die Sanktionierung zuvor vertraglich vereinbart worden ist und betrifft innerhalb der kollektivvertraglichen Regelversorgung nicht das Verhältnis zwischen Krankenkassen und Vertragsarzt, weil hier keine direkten Vertragsverhältnisse bestehen.⁵¹²

⁵⁰⁸ Vgl. BT-Drs. 16/10609, S. 73; Hauck/Noftz/Luthe § 128 Rn. 18.

⁵⁰⁹ Hauck/Noftz/Luthe § 128 Rn. 15 ff.; *derselbe* MedR 2011, 406 f.

⁵¹⁰ S. d. unter A. II. 4.; *Laufs/Kern* § 14, Rn. 28; HK-AKM/*Steinhilper* 1485, Rn. 44 ff. u. 95.

⁵¹¹ So auch BT-Drs. 17/14184, S. 32.

⁵¹² Zur Berechtigung des Vertragsarztes auf Teilnahme an der Versorgung der GKV-Versicherten vgl. Gliederungspunkt A. II. 1.2. Zu dem daraus folgenden Sanktionierungsproblem s. *Flasbarth* MedR 2009, 715.

Zudem kommt dem ärztlichen Disziplinarrecht eine bloße Zucht- und Ordnungsfunktion zu. Es dient dazu, spezial- und generalpräventiv die Ordnung und Integrität der vertragsärztlichen Versorgung aufrechtzuerhalten.⁵¹³ Einen darüber hinausgehenden Vergeltungs- und Sühnecharakter hat es nicht.⁵¹⁴

Insgesamt ist festzuhalten, dass für den sozialversicherungsrechtlichen Verstoß die effiziente Ahndungsmöglichkeit fehlt und das Disziplinarrecht dem Wesen nach einen anderen Zweck als das Strafrecht verfolgt.

1.3.3. Das Wettbewerbsrecht

Ebenfalls unzulässig sind Zuwendungen nach dem geltenden Heilmittelwerberecht. Hier verbietet § 7 Abs. 1 HWG den Fachkreisangehörigen, Zuwendungen anzunehmen, die ihnen die Hersteller von Arzneimitteln ordnungsbezogen gewähren. Zu den Fachkreisangehörigen i. S. d. § 2 HWG gehören auch die niedergelassenen Vertragsärzte.⁵¹⁵ Verstoßen sie gegen das in § 7 Abs. 1 HWG normierte Zuwendungsverbot, kann ihr Verhalten als Ordnungswidrigkeit nach § 15 Abs. 1 Nr. 4a und Abs. 3 HWG geahndet werden.

Wie alle Tatbestände des Heilmittelwerberechts setzt § 7 Abs. 1 HWG voraus, dass es sich bei den Zuwendungen um produktbezogene Absatzwerbung handelt.⁵¹⁶ Dies ist der Fall, wenn durch

⁵¹³ HK-AKM/*Steinhilper* 1485, Rn. 1; s. a. *Roxin* AT I, § 2 Rn. 136, nach dem Disziplinarmaßnahmen ausschließlich der einseitigen Spezialprävention dienen.

⁵¹⁴ S. d. BSG MedR 2001, 49 f.; *Braun* MedR 2013, 280; *Heidelmann* 2002, S. 67 ff. jeweils m. w. N.

⁵¹⁵ § 2 HWG enthält eine Aufzählung der Fachkreisangehörigen, die für die §§ 4 Abs. 3, 10 Abs. 2, 11 und 12 HWG gelten und schließt dabei auch Angehörige der Heilberufe ein. Umfasst werden selbständig wie abhängig ausgeübte Berufe, deren Tätigkeitsmerkmal darin besteht, dass unmittelbar oder assistierend, ein Dienst für die Gesundheit gegenüber Menschen oder Tieren erbracht wird. S. d. *Doepner* HWG § 2 Rn. 6.

⁵¹⁶ *Riegger* 2009, 7. Kap. Rn. 9; Zur Abgrenzung von Produkt- und allgemeiner Unternehmenswerbung BGH GRUR 2006, 949.

die Zuwendungshandlung der Absatz konkreter Produkte gefördert und nicht nur das Image des leistenden Herstellers gepflegt werden soll.⁵¹⁷ Provisionszahlungen für die Verordnung bestimmter Herstellerprodukte stellen ein Mittel der Absatzförderung dar und unterfallen als ausschlaggebendes Kriterium für die Produkt- bzw. Verordnungsentscheidung des Arztes prinzipiell der Ratio des § 7 Abs. 1 HWG.

Im Übrigen verstößt die Annahme umsatzbezogener Geldzahlungen bereits gegen das Zuwendungsverbot des § 128 Abs. 1 S. 1 SGB V und ist daher schon aufgrund der Vorrangwirkung des Sozialrechts nach § 7 Abs. 1 HWG unzulässig.⁵¹⁸ Das zu beurteilende Verhalten stellt daher auch eine Ordnungswidrigkeit gemäß § 15 Abs. 1 Nr. 4a und Abs. 3 HWG dar.

Hinzu kommen gegebenenfalls wettbewerbsrechtlichen Beseitigungs-, Unterlassungs- und unter Umständen sogar Schadensersatzansprüche nach den §§ 8 ff. i. V. m. §§ 3, 4 Nr. 1 und 11 UWG, wenn in der Annahme von Zuwendungen auch eine unlautere geschäftliche Handlung i. S. d. § 3 Abs. 1 UWG liegt.⁵¹⁹ Unlauter in diesem Sinne handelt, wer gemäß § 4 Nr. 1 UWG geschäftliche Handlungen vornimmt, die es ermöglichen, die Entscheidungsfreiheit der Marktteilnehmer zu beeinträchtigen, oder wer nach § 4 Nr. 11 UWG einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.⁵²⁰

Bei der hier zu bewertenden Vertriebskorruption liegt bereits in der Umsatzkoppelung eine unlautere Beeinflussung nach § 4 Nr. 1 UWG, die durch den festgestellten Verstoß gegen das Zuwendungsverbot des § 128 Abs. 6 i. V. m. Abs. 2 SGB V und das

⁵¹⁷ Riegger 2009, 7. Kap. Rn. 9 f.

⁵¹⁸ Vgl. Hauck/Noftz/Luthe § 128 Rn. 5; Vitt/Hartmann MTD 2012, 88, 90.

⁵¹⁹ Zum Ganzen Stumpf/Voigts MedR 2009, 205, 208 ff.

⁵²⁰ Stumpf/Voigts MedR 2009, 208 ff.

berufswidriges Verhalten nach § 31 Abs. 1 MBO-Ä zusätzlich ergänzt wird. Sowohl § 128 Abs. 6 SGB V als auch § 31 Abs. 1 MBO-Ä stellen Marktverhaltensregelungen i. S. d. § 4 Nr. 11 UWG dar.⁵²¹ Beide Normen verpflichten die Vertragsärzte, ihre Therapieentscheidung ausschließlich am Patientenwohl auszurichten und nach rein medizinischen Gesichtspunkten zu treffen.⁵²² Sie sollen der Gefahr vorbeugen, dass sich der Arzt im eigenen Interesse zum Nachteil der Patienten, der Solidargemeinschaft und des Wettbewerbs vom Heilauftrag entfernt, sich für kommerzielle Interessen gewerblicher Unternehmen verwendet und das Vertrauen der Patienten und der Solidargemeinschaft missbraucht.⁵²³ Wenn sich diese Gefahr realisiert, sind gegenüber dem Vertragsarzt wettbewerbsrechtliche Beseitigungs-, Unterlassungs- und gegebenenfalls auch Schadensersatz- und Gewinnabschöpfungsansprüche denkbar.

Im Unterschied zum ärztlichen Disziplinar- und Berufsrecht sind Sanktionierungen nach dem Ordnungswidrigkeitenrecht mit der Kriminalstrafe vergleichbar. Beide Sanktionsmöglichkeiten stehen in einem dem Ultima-Ratio-Grundsatz folgenden Stufenverhältnis zueinander, haben sowohl repressiven als auch general- und spezialpräventiven Charakter⁵²⁴ und sollen ihrer Zweckbestimmung nach den kriminellen Handlungsunwert der Tat erfassen.⁵²⁵ Versteht man das Ordnungswidrigkeitenrecht als Strafrecht im weiteren Sinne und damit die angedrohten Geldbußen als strafähnliche Sanktionen, ist die Subsidiarität der strafrechtlichen Kriminalstrafe gegenüber einer ordnungswidrigkeitenrechtlichen

⁵²¹ BGH Urt. v. 29.06.2000 – I ZR 59/98 = GRUR 2000, 1080, 1082; Köhler/Bornkamm § 4 UWG Rn. 11, 74.

⁵²² So z. B. OLG Stuttgart Urt. v. 10.05.2007 – 2 U 176/06 = MedR 2007, 543, 544.

⁵²³ OLG Koblenz Urt. v. 14.02.2006 – 4 U 1680/05 = MMR 2006, 312, 313; Stumpf/Voigts MedR 2009, 206 f.

⁵²⁴ Rebmann/Roth/Herrmann/Förster OWiG, vor § 1 Rn. 13.

⁵²⁵ KK-OWiG/Bohnert, Einleitung Rn. 84 ff.; Rebmann/Roth/Herrmann/Förster OWiG, vor § 1 Rn. 10; Mitsch OWiR, § 3 Rn. 7.

Geldbuße anzuerkennen.⁵²⁶ Entscheidend ist daher, ob der Gesetzgeber über die Ordnungswidrigkeitenregelung der §§ 7 Abs. 1 HS 1 Var. 4, 15 Abs. 1 Nr. 4a, Abs. 3 HWG gerade das hier infrage stehende ärztliche Verordnungsverhalten mit qualitativ identischem Unrechtsgehalt erfassen wollte.

Mit dem Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung⁵²⁷ hat der Gesetzgeber die Verbote des § 7 Abs. 1 HWG auf die Angehörigen der Fachkreise ausgedehnt und die Erweiterung des Adressatenkreises wie folgt begründet:

„[...] Entsprechend den Vorschriften der §§ 331 und 332 StGB zur strafbaren Vorteilsannahme und Bestechlichkeit wird nunmehr auch im Bereich des Heilmittelwerbegesetzes auf der Ebene der Ordnungswidrigkeiten geregelt, dass Empfänger einer verbotswidrigen Zuwendung, sofern es sich um Angehörige der Fachkreise im Sinne von § 2 handelt, eine Ordnungswidrigkeit begehen, die entsprechend geahndet werden kann [...]“⁵²⁸

Aus dieser Begründung ließe sich schlussfolgern, dass der Gesetzgeber bei der Ahndung korrupter Handlung über die Ausweitung der §§ 7 Abs. 1 HS 1 Var. 4, 15 Abs. 1 Nr. 4a, Abs. 3 HWG dem Ordnungswidrigkeitenrecht den Vorrang geben wollte.

Dem ist jedoch nicht so. Eine solche Annahme würde verkennen, dass ein Verstoß nach § 7 Abs. 1 HS 1 HWG – anders als die Korruptionsdelikte – keine Unrechtsvereinbarung der Beteiligten voraussetzt. Dass der Arzt die Zuwendung als „Gegenleistung“ für eine entsprechende Verordnungshandlung vornimmt, ist nicht ausschlaggebend dafür, ob das Verbot des § 7 Abs. 1 S. 1 greift. Dieses gilt auch in Fällen, in denen der Arzt Zuwendungen ohne

⁵²⁶ Dazu AG Tiergarten Urt. v. 20.11.1996 – 3 StR 469/96 = NStZ 1997, 277, 278; Mitsch OWiR, § 3 Rn. 15; Roxin AT 1, § 2 Rn. 99.

⁵²⁷ BT-Drs 15/1170 v. 16.06.2003, S. 52, 138.

⁵²⁸ BT-Drs 15/1170 v. 16.06.2003, S. 138.

bevorzugende Verordnungsleistungen annimmt und legt damit einen qualitativ anderen Unrechtsgehalt zugrunde als die Straftatbestände der Korruptionsdelikte.⁵²⁹ Da auch Zuwendungen ohne Unrechtsvereinbarung, und damit Handlungen mit geringerem Handlungsunwert, erfasst werden, kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Gesetzgeber diese bei der Ahndung als Ordnungswidrigkeit vordergründig berücksichtigt und das Verhalten mit Unrechtsvereinbarung nicht bzw. nicht abschließend bewertet hat.⁵³⁰

Zudem fehlt es für die Realisierung derartiger Ansprüche in der Realität häufig an der Durchsetzung der Marktordnung. Die Verfolgung wettbewerbswidriger Maßnahmen gegenüber Ärzten wird kaum umgesetzt, weil Wettbewerber der vertikalen Wettbewerbsebene die Vertragsärzte schon aufgrund ihrer Schlüsselstellung im Verordnungssystem und des sich daraus ergebenden Adressatenpotenzials für eigene Absatzstrategien nicht mit prozessualen Maßnahmen konfrontieren.⁵³¹

1.3.4. Das Steuerstrafrecht

Nicht außer Acht gelassen werden dürfen schließlich auch die steuerstrafrechtlichen Folgen einer Annahme umsatzbezogener Geldzahlungen für die Verordnung von Arznei- oder Hilfsmitteln. Hier ist häufig § 370 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 AO einschlägig, da solche Zuwendungen schon aufgrund des bestehenden berufsrechtlichen Verbotes i. d. R. unzutreffend deklariert und/oder nicht offen angegeben werden.

⁵²⁹ Dazu *Braun* MedR 2013, 283 f.

⁵³⁰ So jedenfalls *Braun* MedR 2013, 284, der davon ausgeht, dass der Gesetzgeber den höher liegenden Verhaltensunwert beim Hinzutreten einer Unrechtsvereinbarung nicht im Auge gehabt und deshalb für diesen auch keine Bewertung oder Einordnung im Strafsystem vorgenommen hat.

⁵³¹ *Flasbarth* MedR 2009, 709.

Wer Entgelt aus einer gewerblichen, umsatzsteuerpflichtigen Tätigkeit vorsätzlich nicht, nicht in voller Höhe oder nicht rechtzeitig offenlegt, verkürzt Steuern und erfüllt so den Tatbestand der Steuerhinterziehung. Sowohl nach der Rechtsprechung des BFH als auch des BGH handelt es sich bei als Provision geleisteten Kick-back-Zahlungen um sonstige steuerpflichtige Einkünfte i. S. d. § 22 Nr. 3 EStG.⁵³² Diese hat der Vertragsarzt im Rahmen seiner Mitwirkungspflicht nach § 90 Abs. 1 AO zur Ermittlung des steuerlichen Sachverhalts gegenüber der Finanzbehörde vollständig und wahrheitsgemäß zu erklären. Tut er dies bewusst unvollständig oder gar nicht, macht er sich gemäß § 370 Abs. 1 Nr. 1 bzw. 2 AO strafbar.⁵³³

Wusste der Vertragsarzt zunächst nicht, dass er bezüglich der Zuwendungseinnahmen steuerpflichtig ist, ist er mit Kenntnis der Unzuverlässigkeit seines Verhaltens jedenfalls nach § 153 AO zu einer unverzüglichen Berichtigung seiner Steuererklärung verpflichtet. In Fällen, in denen Zuwendungen unzutreffend z. B. als Vortrags- oder Beraterhonorar deklariert werden, besteht zusätzlich zur Strafbarkeit nach § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO die Gefahr einer doppelten Steuerbelastung. Denn durch die Ausstellung von Rechnungen mit gesondertem Umsatzsteuerausweis über nicht erbrachte Leistungen schuldet der die Rechnung ausstellende Vertragsarzt die nach § 2 Abs. 2 u. §§ 16, 18 UStG anfallende Umsatzsteuer, wenn keine Rechnungskorrektur mehr erfolgt oder erfolgen kann.⁵³⁴ Zum Schein abgerechnete Reisekosten sind dann auch nicht als getätigte Betriebsausgaben i. S. d. § 4 Abs. 4 EStG abzugsfähig. In Fällen, in denen diese dennoch systema-

⁵³² BFH BStBl. II 00, 396; BGH AO § 393 Abs. 1 Erklärungspflicht 4.; BGH Beschl. v. 11.11.2004 – 5 StR 299/03, BGHSt 49, 317 = NStZ 2005, 569 ff.

⁵³³ *Steinhilper* MedR 2010, 499, 500.

⁵³⁴ Zum ähnlich gelagerten Fall der steuerlichen Beurteilung von verdeckten Entgelten bei Zuweisungsfällen *Ratzel/Luxemburger/Michels* § 37 Rn. 391 ff.

tisch als Betriebsausgaben angegeben werden, führt dies ebenfalls zu einer Strafbarkeit nach § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO infolge unrichtiger Angaben steuerlich erheblicher Tatsachen.⁵³⁵

Erfolgt die Abrechnung umsatzbezogener Kick-back-Leistungen, wie im Ratiopharm-Fall, von den Vertragsärzten nur zum Schein als Honorar für tatsächlich nicht gehaltene Vorträge, ist der Tatbestand des § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO bereits durch die wahrheitswidrige Deklaration der Zahlungen erfüllt. Denn mit der Abrechnung der Zahlungen als Vortragshonorare ist die Offenlegung sonstiger einkommenssteuerpflichtiger Einkünfte durch den Vertragsarzt gegenüber der Finanzbehörde bewusst unterblieben und eine entsprechende Steuerverkürzung eingetreten.

Die Tat kann mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe sanktioniert werden. Auch der Versuch ist strafbar. Zusätzlich zu den strafrechtlichen Konsequenzen sind in jedem Fall auch die verkürzten Steuern nachträglich vom Vertragsarzt zu entrichten. Gerichte, Staatsanwaltschaften oder Verwaltungsbehörden haben Tatsachen, die sie dienstlich erfahren und die den Verdacht einer Tat nach § 370 AO begründen, der Finanzbehörde für Zwecke des Besteuerungsverfahrens und zur Verfolgung von Steuerstraftaten und Steuerordnungswidrigkeiten mitzuteilen.

Auch wenn davon auszugehen ist, dass Kick-back-Zahlungen gegenüber den Steuerbehörden naturgemäß eher nicht offenbart werden, ist zu berücksichtigen, dass ein bewusstes Offenlegen denkbar ist mit der Folge, dass in diesen Fällen das Steuerstrafrecht nicht greift.

⁵³⁵ Joecks/Jäger/Randt SteuerstrafR § 370 AO Rn. 132 ff.

2. Bewertung der Pönalisierungsbedürftigkeit des Verhaltens

Insgesamt ist festzuhalten, dass die bestehenden außerstrafrechtlichen Möglichkeiten, sowohl formal als auch tatsächlich betrachtet, nicht ausreichen, um korruptes vertragsärztliches Verhalten im Zusammenhang mit der Verordnung von Arzneimitteln wirksam zu sanktionieren und die Entscheidung des Gesetzgebers zur Etablierung zusätzlicher Delikte zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen zutreffend war.

Berufs-, Disziplinar- und Approbationsrecht sind weder gleich geeignet, noch genauso wirksam wie eine echte Kriminalstrafe. Sie stehen nicht in einer Steigerungs- und Stufenfolge zum Strafrecht, da sie andere Zwecke als den Ausspruch eines sozioethischen Unwerturteils über das zu untersuchende Verhalten verfolgen. Sie haben überwiegend präventiven Charakter und sind nicht in der Lage, den kriminalstrafwürdigen Unwert des ärztlichen Korruptionsverhaltens ausreichend zu erfassen.⁵³⁶

Bislang fehlte die Möglichkeit zur Sachaufklärung durch strafprozessuale Maßnahmen. In der Praxis waren die über Disziplinar- und Sanktionsgewalt verfügenden Kassenärztlichen Vereinigungen und berufsständischen Kammern daher auf die Ergebnisse staatsanwaltschaftlicher Ermittlungen angewiesen, um disziplinar- und berufsrechtliche Maßnahmen ergreifen zu können.⁵³⁷

Hierzu kommt die nach wie vor bestehende Konfliktstellung der Kassenärztlichen Vereinigungen als Interessenvertretung und Disziplinarorgan der Ärzteschaft, die eine Aufklärung und Ahndungen von Verstößen hemmt.⁵³⁸

⁵³⁶ Vgl. *Braun* MedR 2013, 280 ff.; *Murmann* in: *Duttge* 2011, S. 109 f.

⁵³⁷ S. d. BT-Drs. 17/14184, S. 32.

⁵³⁸ *Sodan/Ziermann* HdB Krankenversicherungsrecht § 20 Rn. 63, 73.

Auch die Sanktionierung als Ordnungswidrigkeit bei einem Verstoß gegen das heilmittelwerberechtliche Zuwendungsverbot steht den strafrechtlichen Regelungen nicht entgegen, da ihr der Gesetzgeber nicht den generellen Vorrang gegenüber einer strafrechtlichen Sanktionierung einräumen wollte. Dies folgt bereits daraus, dass bei der Ahndung des heilmittelwerberechtlichen Zuwendungsverbotes die Unrechtsvereinbarung und damit das hier zu bewertende korruptionsspezifische und kriminalstrafwürdige Handlungsunrecht keine Berücksichtigung finden.⁵³⁹ Darüber hinaus fehlt es auch an der gleichen Wirksamkeit, weil die Verfolgung wettbewerbswidriger Maßnahmen gegenüber Ärzten in der Realität kaum umgesetzt wird.

Richtig ist, dass bestehende Verfolgungs- oder Vollzugsdefizite die Schaffung strafrechtlicher Sanktionen nur schwerlich rechtfertigen können. Allerdings ist zu bedenken, dass in diesen Fällen eine Sanktionierung faktisch unmöglich gemacht und ein solches Problem erst durch die Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft als neutrale Stelle beseitigt wird.

Da weder das ärztliche Berufsrecht noch wettbewerbsrechtliche Sanktionsandrohungen Vertriebskorruption effizient verhindern können, war es erforderlich, die bestehende Regelungslücke im Rechtsgüterschutz durch eine strafrechtliche Neukriminalisierung zu schließen.

Hier könnte man sich auch auf den Standpunkt stellen, die Lösung der Korruptionsproblematik den beteiligten Akteuren selbst zu überlassen. Zum Beispiel, indem man auf notwendige Reformen des Berufsrechts und/oder die Möglichkeit zusätzlicher Selbstregulierungen verweist.

⁵³⁹ So *Braun MedR* 2013, 280 ff.

Zutreffend ist, dass gerade Letzteres in der pharmazeutischen Industrie heute erfolgreich umgesetzt wird.⁵⁴⁰ Dort normieren mehrere codes of conduct⁵⁴¹, von denen insbesondere der Verhaltenskodex für die Zusammenarbeit der pharmazeutischen Industrie mit Ärzten, Apothekern und anderen Angehörigen medizinischer Fachkreise (sog. FSA-Kodex Fachkreise) etabliert ist, für die Zusammenarbeit der pharmazeutischen Industrie mit Ärzten hohe ethische Standards, ohne zwischen Amtsträgern und Vertragsärzten zu differenzieren. Hierzu sichert und überwacht z. B. der Verein „Freiwillige Selbstkontrolle für die Arzneimittelindustrie e.V.“ (FSA) – dessen Mitgliedsunternehmen über 70 Prozent des deutschen Pharma-Markts repräsentieren⁵⁴² – seit dem Jahr 2004 die Zusammenarbeit zwischen pharmazeutischen Unternehmen und Angehörigen der medizinischen Fachkreise, um transparentes ethisches Verhalten und einen fairen Wettbewerb sicherzustellen. Verstöße gegen den Kodex werden mit Abmahnungen, Geldbußen, Namensnennungen und öffentlichen Rügen geahndet.⁵⁴³ Gegen kodexwidrig handelnde Nicht-Mitglieder geht der FSA als Wettbewerbsverein zivilrechtlich vor.⁵⁴⁴

Da die Kodex-Vorschriften nur die pharmazeutische Industrie, nicht aber die Fachkreise binden, entfalten sie gegenüber diesen keine unmittelbare Wirkung. Eine solche bestünde nur im Falle einer eigenständigen Regulierung durch die Fachkreise selbst. Da

⁵⁴⁰ S. d. *Dieners/Reese/Klümper/Oeben* Hdb PharmaR § 12 Rn. 21 ff., *Geiger* CCZ 2012, 172 ff.

⁵⁴¹ Gemeint sind Verhaltenskodizes zur Selbstregulierung des Branchenverhaltens. Zu nennen sind hier insbesondere: „Der Kodex zur Zusammenarbeit mit Fachkreisen – FSA – Kodex Fachkreise“ und der „FSA-Transparenzkodex“, der „AKG-Kodex“ und für Medizinprodukte der „Eigenanwendungs-IVD-Kodex“ sowie der Kodex „Medizinprodukte“. Zum Kodexrecht s. *Mand* PharmR 2014, 393, 394 ff.

⁵⁴² Vgl. Angaben des *Freiwillige Selbstkontrolle für die Arzneimittelindustrie e.V.* [http://www.fsa-pharma.de/presse/single/?tx_ttnews\[tt_news\]=15&cHash=09a1f05846179008e1b6de2f9c888667](http://www.fsa-pharma.de/presse/single/?tx_ttnews[tt_news]=15&cHash=09a1f05846179008e1b6de2f9c888667) (Stand: 28.10.2015).

⁵⁴³ *Dieners/Reese/Klümper/Oeben* Hdb PharmaR § 12 Rn. 30.

⁵⁴⁴ *Dieners/Reese/Klümper/Oeben* Hdb PharmaR § 12 Rn. 33.

diese Aufgabe bereits durch das Berufsrecht erfüllt wird, besteht aus Sicht der Stände keine weitere Notwendigkeit.

Hinzu kommt, dass der Vertragsarzt als Leistungserbringer, eines im Ganzen äußerst schwer zu durchschauenden Gesamtsystems, in Interaktion mit einer besonders großen Zahl anderer Systembeteiligten tritt und sich das Phänomen der Korruption nicht auf eine Berufsgruppe beschränkt, sondern einheitlich unter allen Beteiligten und in allen Bereichen des Gesundheitssystems zu verhindern ist. Diese rechts- und gesellschaftspolitische Aufgabe ist nicht allein von den Akteuren, sondern insbesondere dem Gesetzgeber selbst für das gesamte Gesundheitssystem ohne Unterscheidung zwischen gesetzlicher und privater Krankenversicherung auszuführen.

II. Gesetzeshistorie

Bereits in der 17. Legislaturperiode befanden sich zwei unterschiedliche Entwürfe im Gesetzgebungsverfahren: der Entwurf der ehemaligen Regierungskoalition aus CDU/CSU und FDP⁵⁴⁵, der die Ärztekorrupcion im SGB V verorten wollte und der auf den Gesetzesvorschlag der SPD-Fraktion⁵⁴⁶ zurückgehende Entwurf zur Schaffung einer Vorschrift im Strafgesetzbuch, eingebracht über den Bundesrat auf Antrag der Länder Hamburg und

⁵⁴⁵ BT-Drs. 17/13080 v. 16.04.2013 „Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Prävention“; Eingebrachter Änderungsantrag der Fraktion CDU/CSU und FDP: Ausschuss-Drs. 14(14)0416 v. 07.05.2013; Beschlussempfehlung und Bericht BT-Drs. 17/14184.

⁵⁴⁶ Ausschuss-Drs. 17(14)0420 v. 08.05.2013. Die Bundestagsfraktion der SPD hatte erstmals bereits Ende 2010 einen Antrag ins Parlament eingebracht (BT-Drs. 17/3685), der neben anderen Vorschlägen auch die Forderung enthielt, die Korruption durch und gegenüber niedergelassenen Vertragsärzten strafrechtlich zu normieren. Der Antrag wurde im Oktober 2012 mit den Stimmen der damaligen Koalition abgelehnt. Unter Verweis auf die Entscheidung des Großen Senats wurde erneut ein Antrag durch die SPD-Fraktion in den Bundestag eingebracht (BT-Drs. 17/12213). Dieser war Grundlage des über den Bundesrat erfolgten Antrages der Länder.

Mecklenburg-Vorpommern⁵⁴⁷. Beide Entwürfe sind dem Grundsatz der Diskontinuität zum Opfer gefallen.⁵⁴⁸

Nachdem man sich zu Beginn der neuen Legislaturperiode schon im Rahmen der Koalitionsverhandlungen in der Arbeitsgruppe Gesundheit auf eine Regelung im Strafgesetzbuch geeinigt hatte, legte das Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz am 04.05.2015 den Referentenentwurf und am 29.07.2015 den Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen vor.⁵⁴⁹

Dem vorausgegangen war ein am 15.01.2015 vom Freistaat Bayern in den Bundesrat eingebrachter Gesetzesantrag für ein Gesetz zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen.⁵⁵⁰

Zum besseren Verständnis der rechtspolitischen Entwicklungen, werden die einzelnen Entwürfe überblicksartig dargestellt.

1. Entwurf der ehemaligen Regierungskoalition der CDU/CSU und FDP

Nach dem Entwurf der Regierungskoalition sollte über das Präventionsgesetz durch einen novellierten § 70 Abs. 3 SGB V mit einem ebenfalls neuen § 307c SGB V ein Verbot der Bestechlichkeit und Bestechung von „Leistungserbringern“ eingeführt werden. Dabei handelte es sich um eine im SGB V als Nebenstrafrecht erfasste sanktionsbewehrte Strafnorm. Der Gesetzesentwurf

⁵⁴⁷ BR-Drs. 451/13 v. 30.05.2013 „Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen“.

⁵⁴⁸ Das Diskontinuitätsprinzip beschreibt die sachliche, personelle und organisatorische Erneuerung nach Ablauf einer Legislaturperiode, da mit deren Ende auch die Legitimationswirkung der Abgeordneten des Bundestages erlischt. Alle Gesetzesvorlagen, die vom alten Bundestag vor Neuwahlen nicht beschlossen wurden, müssen neu eingebracht und verhandelt werden (sachliche Diskontinuität).

⁵⁴⁹ BReg-Drs. 360/15 v. 14.08.2015.

⁵⁵⁰ BR-Drs. 16/15 v. 15.01.2015 „Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen“.

wurde über den Bundesrat blockiert und ist mit dem Ende der Legislaturperiode gescheitert.

Er lautete wie folgt:

„§ 307c SGB V

Strafvorschriften

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer entgegen § 70 Absatz 3 Satz 2 oder Satz 3, jeweils auch in Verbindung mit Satz 4, einen dort genannten und nicht nur geringfügigen wirtschaftlichen Vorteil annimmt oder gewährt.

(2) Mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren wird bestraft, wer in den Fällen des Absatzes 1 gewerbsmäßig handelt.

(3) Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt, es sein denn, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält. Antragsberechtigt sind der betroffene Versicherte, seine gesetzliche Krankenkasse, die Kassenärztliche Vereinigung und die berufsständische Kammer, deren Mitglied der Täter ist, und deren andere Mitglieder. Antragsberechtigt sind auch Mitbewerber des Täters sowie die in § 8 Absatz 3 Nummer 2 und 4 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb bezeichneten Verbände und Kammern.“

Der Änderungsentwurf⁵⁵¹ des § 70 Abs. 3 SGB V, auf den § 307c SGB V Bezug nimmt, hatte folgenden Wortlaut:

„§ 70

Qualität, Humanität und Wirtschaftlichkeit

(3) Die Leistungserbringer, die andere Leistungserbringer oder Dritte an der Versorgung beteiligen, haben eine am Vertrauen des Versicherten in die Unabhängigkeit medizinischer Entscheidungen und am Gebot der Wirtschaftlichkeit orientierte Zusammenarbeit unter Berücksichtigung der Anbietervielfalt zu gewährleisten. Leistungserbringer und ihre Angestellten oder Beauftragten dürfen keine Entgelte oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteile für sich oder Dritte als Gegenleistung dafür fordern, sich versprechen lassen oder annehmen, dass sie andere Leistungserbringer oder Dritte bei der Verordnung von Leistungen, der Zuweisung an Leistungserbringer, der Abgabe von Mitteln oder der sonstigen Veranlassung von Leistungen für die Untersuchung oder Behandlung von Versicherten nach diesem Buch in unangemessener unsachlicher Weise begünstigen oder bevorzugen. Ebenfalls unzulässig ist es, Leistungserbringern, ihren Angestellten oder Beauftragten solche Vorteile für diese oder Dritte anzubieten, zu versprechen oder zu gewähren. Vorteile sind auch solche nach § 128 Absatz 2 Satz 3.“

Der 307c SGB V wäre, wie die Bestechlichkeit und Bestechung, im geschäftlichen Verkehr nach § 299 StGB, als relatives Antragsdelikt – d. h. als Delikt, bei dem die Tat nur verfolgt wird, wenn ein Strafantrag des Verletzten vorliegt oder die Staatsanwaltschaft das besondere öffentliche Interesse bejaht – ausgestaltet gewesen. Wobei die Tathandlungen allerdings auf die Annahme bzw. das Gewähren des Vorteils begrenzt sein sollten. Die

⁵⁵¹ Ausschuss-Drs. 17(14)0416 v. 07.05.2013.

Qualifikation des Abs. 2 griff das Regelbeispiel der gewerbsmäßigen Begehung entsprechend der in § 300 StGB geregelten besonders schwere Fälle der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr auf.

2. Entwurf der Länder Hamburg und Mecklenburg-Vorpommern (sog. Hamburger Modell)

Der von den Ländern Hamburg und Mecklenburg-Vorpommern über den Bundesrat am 05.07.2013 eingebrachte Gesetzesantrag zur Einführung eines § 299a StGB – „Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen“ – lautete wie folgt:

„§ 299a StGB

Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen

(1) Wer als Angehöriger eines Heilberufs, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert, im Zusammenhang mit der Ausübung dieses Berufs einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei dem Bezug, der Verordnung oder der Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten oder bei der Zuweisung von Patienten oder Untersuchungsmaterial

1. einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb bevorzuge oder

2. sich in sonstiger unlauterer Weise beeinflussen lasse,

wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer einem Angehörigen eines Heilberufs im Sinne des Absatzes 1 im Zusammenhang mit dessen Berufsausübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als

Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er bei dem Bezug, der Verordnung oder der Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten oder bei der Zuweisung von Patienten oder Untersuchungsmaterial

1. ihn oder einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb bevorzuge oder

2. sich in sonstiger unlauterer Weise beeinflussen lasse.“

Im Zusammenhang mit der Einführung eines § 299a StGB sollten auch die Regelbeispiele des § 300 StGB als Strafschärfungsmöglichkeiten entsprechend anwendbar erklärt werden und die Aufnahme des § 299a StGB in den Katalog des § 100a StPO für die Telekommunikationsüberwachung erfolgen. Die Norm war als relatives Antragsdelikt ausgestaltet.

3. Gesetzesantrag des Freistaats Bayern

Der Antrag des Freistaats Bayern vom 15.01.2015 knüpfte an den zwischenzeitlich der Diskontinuität anheimgefallenen Gesetzentwurf vom 05.07.2013 an und entwickelte diesen weiter.

Er lautete wie folgt:

„§ 299a StGB

Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen

(1) Wer als Angehöriger eines Heilberufs, für den im Inland eine berufsständische Kammer eingerichtet ist, im Zusammenhang mit der Ausübung dieses Berufs einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei dem Bezug, der Verordnung, der Empfehlung, der Verabreichung oder der Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten oder bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial

1. einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge oder

2. in sonstiger Weise seine Berufsausübungspflichten verletze, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer einem Angehörigen eines Heilberufs im Sinne des Absatzes 1 im Zusammenhang mit dessen Berufsausübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er bei dem Bezug, der Verordnung, der Empfehlung, der Verabreichung oder der Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten oder bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial

1. ihn oder einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge oder

2. in sonstiger Weise seine Berufsausübungspflichten verletze.“

Zusätzlich zur Einführung eines § 299a StGB wurden über § 300 StGB auch hier die besonders schweren Fälle der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr für anwendbar erklärt sowie in § 299a StGB und in § 302 StGB, die Vorschrift zum erweiterten Verfall, integriert. Anders als noch beim Hamburger Modell sollte § 299a StGB keine Katalogtat für die Anordnung einer Telekommunikationsüberwachung nach § 100a StPO darstellen. Der bayrische Entwurf sah eine Ausgestaltung als Officialdelikt vor, so dass Verstöße seitens der Staatsanwaltschaft von Amts wegen zu verfolgen gewesen wären.

4. Referenten- und Regierungsentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV)

In Anlehnung an die anderen Entwürfe war auch im Referentenentwurf vom 04.04.2015 zunächst die Einführung eines gemeinsamen Straftatbestandes der Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen als neuer § 299a StGB in Anlehnung an § 299 StGB vorgesehen.

Die Norm lautete wie folgt:

„§ 299a StGB

Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen

(1) Wer als Angehöriger eines Heilberufs, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert, im Zusammenhang mit der Ausübung seines Berufs einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei dem Bezug, der Verordnung oder der Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten oder bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial

1. einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge oder

2. in sonstiger Weise seine Berufsausübungspflichten verletze, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer einem Angehörigen eines Heilberufs im Sinne des Absatzes 1 im Zusammenhang mit dessen Berufsausübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er bei dem Bezug, der Verordnung oder der Abgabe von Arznei-,

Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten oder bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial

1. ihn oder einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge oder

2. in sonstiger Weise seine Berufsausübungspflichten verletze.“

Hiervon ist man im Regierungsentwurf vom 29.07.2015 wieder abgerückt. Dieser sah, anders als der Referentenentwurf und die übrigen Entwürfe eines § 299a StGB, erstmals die Einführung zwei neuer Straftatbestände – den der Bestechlichkeit im Gesundheitswesen nach § 299a StGB und den der Bestechung im Gesundheitswesen nach § 299b StGB – vor.

Die Vorschriften hatten folgenden Wortlaut:

„§ 299a StGB

Bestechlichkeit im Gesundheitswesen

(1) Wer als Angehöriger eines Heilberufs, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert, im Zusammenhang mit der Ausübung seines Berufs einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei dem Bezug, der Verordnung oder der Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten oder bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial

1. einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge oder

2. seine berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit verletze, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer als Angehöriger eines Heilberufs im Sinne des Absatzes 1 einen Vorteil dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei dem Bezug von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten, die zur Abgabe an den Patienten bestimmt sind, seine berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit verletze.

§ 299b StGB

Bestechung im Gesundheitswesen

(1) Wer einem Angehörigen eines Heilberufs im Sinne des § 299a Absatz 1 im Zusammenhang mit dessen Berufsausübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er bei dem Bezug, der Verordnung oder der Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten oder bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial

1. ihn oder einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge oder

2. seine berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit verletze, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer einem Angehörigen eines Heilberufs im Sinne des Absatzes 1 im Zusammenhang mit dessen Berufsausübung einen Vorteil diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er bei dem Bezug von Arznei-, Heil-, oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten, die zur Abgabe an den Patienten bestimmt sind, seine berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit verletze.“

Vergleicht man beide BMJV-Entwürfe, wird deutlich, dass die im Regierungsentwurf enthaltene Nr. 2 des § 299a und des § 299b StGB im Referentenentwurf so noch nicht enthalten war. Dieser normierte in Abs. 1 Nr. 2 als Auffangalternative das Verbot, einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür zu fordern, sich versprechen zu lassen oder anzunehmen, dass der Heilberufsangehörige „in sonstiger Weise“ seine Berufsausübungspflichten verletzt.

Auch ein dem Absatz 2 des Regierungsentwurfs entsprechendes Verbot der Bestechlichkeit bzw. Bestechung bei heilberuflichen Bezugsentscheidungen enthielt der § 299a StGB des Referentenentwurfs nicht.

Sowohl der Referenten- als auch der Regierungsentwurf sahen eine Ausdehnung der Anwendbarkeit des § 300 StGB auf die Bestechlichkeit und die Bestechung im Gesundheitswesen vor, normierten in § 301 StGB eine relative Antragspflicht als Strafverfolgungsvoraussetzung und erstreckten die Regelungen zur Vermögensstrafe und zum erweiterten Verfall in § 302 StGB auf die vorgesehen §§ 299a und 299b StGB.

Die Normen lauten wie folgt:

„§ 300 StGB

Besonders schwere Fälle der Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen

In besonders schweren Fällen wird die Tat nach § 299 oder § 299a mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn

1. die Tat sich auf einen Vorteil großen Ausmaßes bezieht oder

2. der Täter gewerbsmäßig handelt oder als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat.

§ 301 StGB

Strafantrag

(1) Die Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr nach § 299 sowie die Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen nach § 299a werden nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.

(2) Das Recht, den Strafantrag nach Absatz 1 zu stellen, haben neben dem Verletzten

1. in Fällen nach § 299 alle in § 8 Absatz 3 Nummer 1, 2 und 4 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb bezeichneten Gewerbetreibenden, Verbände und Kammern und

2. in Fällen nach § 299a die berufsständische Kammer, in der der Täter im Zeitpunkt der Tat Mitglied war, sowie jeder rechtsfähige Berufsverband, der die Interessen von Verletzten im Wettbewerb vertritt.

§ 302 StGB

Erweiterter Verfall

In den Fällen der §§ 299 und § 299a ist § 73d anzuwenden, wenn der Täter gewerbsmäßig handelt oder als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat.“

Ebenfalls vorgesehen waren hier erstmals auch Änderungen in § 81a SGB V und § 197a SGB V, um die übergreifende Zusam-

menarbeit der Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen zu verstärken und eine Änderung des § 74c Abs. 1 Nr. 5a GVG, mit der die Zuständigkeit der Wirtschaftskammern der Landgerichte entsprechend § 299 StGB auch auf die Fälle der §§ 299a und 299b StGB erstreckt werden sollten.

5. Der Vergleich der Entwürfe

Konsequenterweise ist Ausgangspunkt aller Entwürfe die Annahme einer bestehenden Regelungslücke im Rechtsgüterschutz, die durch eine Neukriminalisierung der Handlungen geschlossen werden sollte.

Angeführt wurde hierzu insbesondere, dass die Ärztekammern zu spät von entsprechenden Verfehlungen erfahren würden, weshalb eine Ahndung mit den Mitteln des Berufsrechts aus Gründen der Verjährung meist nicht möglich sei. Dasselbe gelte für die Verfolgung der Verletzung sozialrechtlicher Normen wie § 128 SGB V. Zudem bereite die Aufklärung des Sachverhalts Schwierigkeiten, da Korruption im Verborgenen stattfinde und die Akteure ein Interesse an Geheimhaltung und Verschleierung hätten. Es sei kaum möglich, ohne hoheitliche Eingriffsbefugnisse einen Tatverdacht zu erhärten.⁵⁵²

Bezüglich der Verortung der Vorschläge und ihrer Adressatenkreise bestehen Unterschiede. So sah der Gesetzesentwurf der ehemaligen Regierungskoalition im Gegensatz zu den anderen Entwürfen die Implementierung einer Sanktionsmöglichkeit im SGB V vor und beschränkte damit den Täterkreis auf GKV-Leistungserbringer. Von der SPD, dem BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und den LINKEN wurde dies von Anfang an bemängelt, weil ein Straftatbestand im SGB V Sachverhalte ausklammere, die auf die

⁵⁵² Vgl. BR-Drs. 451/13 v. 30.05.2013, S. 9.

Behandlung von Privatpatienten bezogen seien.⁵⁵³ Darüber hinaus habe der Gesetzgeber im Zusammenhang mit dem Gesetz zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen vom 13.08.1997⁵⁵⁴ die Entscheidung getroffen, den Tatbestand der Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr in das StGB zu transferieren.⁵⁵⁵ Auch aus diesem Grund sei es inkonsequent, eine Regelung im Nebenstrafrecht vorzusehen.⁵⁵⁶ Dieser Kritik entsprechend sollte in Anlehnung an das ehemalige Hamburger Modell der Täterkreis eines neuen § 299a StGB und § 299b StGB auch nach dem Regierungsentwurf alle Angehörigen von Heilberufen erfassen, deren Berufsausübung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert. Eine der Gesetzesinitiative Bayerns entsprechende Beschränkung auf verkammerte Heilberufe erfolgte nicht.

Als Tathandlung stellten die Entwürfe – mit Ausnahme des Vorschlags von CDU/CSU, FDP, der ausschließlich die Annahme und Gewährung von Vorteilen erfasste – das Fordern/Anbieten, Annehmen/Gewähren oder Versprechen lassen/Versprechen eines Vorteils als Gegenleistung für eine Bevorzugung unter Strafe.

Dabei waren nach dem Entwurf der Regierungskoalition aus CDU/CSU und FDP ausschließlich die Bevorzugung von anderen Leistungserbringern oder Dritten bei der Verordnung von Leistungen, der Zuweisung an Leistungserbringer und der Abgabe von Mitteln oder sonstigen Veranlassungen von Leistungen für

⁵⁵³ S. d. BT Antrag der Abgeordneten Vogler und anderer und der Bundestagsfraktion DIE LINKE: „Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidungen sichern – korruptives Verhalten effektiv bekämpfen“.

⁵⁵⁴ BGBl. I. S. 2028, in Kraft getreten am 20.08.1997.

⁵⁵⁵ Vgl. Stellungnahme Prof. Dr. *Bussmann* zur Öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Gesundheit vom 17.04.2013 und den eingereichten Anträgen der SPD-Bundestagsfraktion, BT-Drs. 17/12213, Bundestagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drs. 17/12693, Bundestagsfraktion DIE LINKE, BT-Drs. 17/12451, S. 82.

⁵⁵⁶ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP, Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Prävention, BT-Drs. 17/14184 v. 26.06.2013, S. 28.

die Untersuchung oder Behandlung von GKV-Versicherten erfasst. Anders die übrigen Entwürfe, die neben einer wettbewerbsrelevanten Bevorzugung auch andere unlautere Beeinflussungen (§ 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB des sog. „Hamburger Modells“), die Verletzung von sonstigen Berufsausübungspflichten (§ 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB des bayrischen Gesetzesantrags und des Referentenentwurfs des BMJV) und von berufsrechtlichen Pflichten zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit (§ 299a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 bzw. § 299b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB) unter Strafe stellen wollten.

Besonders beachtenswert sind die unterschiedlichen Tatbestandsregelungen des Referenten- und Regierungsentwurfs, die aufgrund ihrer als verfassungsrechtlich bedenklich kritisierten Weite nicht Gesetz geworden sind. Ersterer enthielt in § 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB einen Auffangtatbestand, wonach auch die allgemeine Verletzung von Berufsausübungspflichten strafbar sein sollte, während der Regierungsentwurf darauf abstellte, ob die berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit verletzt wird und damit die Pflichtverletzung im Sinne des Rechtsgüterschutzes präzisiert. Zusätzlich dazu enthält er jeweils in Abs. 2 des Bestechungs- bzw.- Bestechlichkeitstatbestands das Verbot der Verletzung einer berufsrechtlichen Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit bei Bezugsentscheidungen. Auch diese Variante enthielt der Referentenentwurf noch nicht.

Eine Begrenzung der Strafwürdigkeit auf Handlungen, denen ein „nicht nur geringfügiger wirtschaftlicher Vorteil“ zugrunde liegt, sah allein § 307c Abs. 1 SGB V vor.⁵⁵⁷ Alle anderen Ansätze normierten keine Erheblichkeitsschwelle.

⁵⁵⁷ Diese Formulierung stieß auf Kritik, weil sich weder durch einen Verweis noch aus dem Gesetz ergab, wann Geringfügigkeit vorliegen und an Hand welchen Kriterien dies bestimmt werden sollte. Z. B. seitens der *Bundesärztekammer* vgl. die aktualisierte Stellungnahme der BÄK, S. 5.

Unterschiede bestehen ebenfalls bei den Strafschärfungsmöglichkeiten. Hier sah der Vorschlag der ehemaligen Regierungskoalition weit weniger vor als die anderen Entwürfe. Erfasst werden sollten nur Fälle des gewerbsmäßigen Handelns⁵⁵⁸ und nicht, wie in den meisten übrigen Entwürfen, sämtliche Regelbeispiele des § 300 StGB. Auch der Regierungsentwurf enthielt die Ausdehnung auf eine entsprechende Anwendung des § 300 StGB, allerdings mit der Einschränkung auf die Regelbeispiele der Nrn. 1 und 2. Die Variante der Gefahr einer erheblichen Gesundheitsschädigung wurde nicht übernommen.

Ein wesentlicher Unterschied liegt ferner in den prozessualen Voraussetzungen der Strafverfolgung. So stellt § 299a StGB nach dem Entwurf des Freistaats Bayern ein Offizialdelikt dar, bei dem die Tat grundsätzlich von Amts wegen verfolgbar gewesen wäre, während es sich nach dem Vorschlag der alten Regierungskoalition, dem sog. Hamburger Modell und den Gesetzgebungsentwürfen zum heutigen Gesetz um ein relatives Antragsdelikt handelt, das nur auf Antrag eines explizit aufgeführten Personenkreises oder im Falle eines besonderen öffentlichen Interesses verfolgbar sein sollte.

Sehr weit geht auch die Möglichkeit, in schweren Fällen des § 299a StGB Ermittlungen unter Einsatz der Telekommunikationsüberwachung durchzuführen. Sie war ausschließlich im Entwurf der Länder Hamburg und Mecklenburg-Vorpommern vorgesehen.

⁵⁵⁸ Hiergegen wandte sich die SPD-Bundestagsfraktion mit ihrem Änderungsantrag zum Präventionsgesetz, der auch die Implementierung der Regelbeispiele des § 300 StGB zum Gegenstand hatte. Ausschuss-Drs. 17(14) 0420 v. 08.05.2013 (Änderungsanträge der SPD-Bundestagsfraktion zum Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Prävention BT-Drs. 17/13080, S. 2, 6).

6. Die verfassungsrechtlichen Bedenken ggü. dem Regierungsentwurf

Da die Tatbestandsregelungen des Regierungsentwurfs Strafen vorsahen, wenn der Täter seine berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit verletzt und darin teilweise eine verfassungsrechtlich bedenkliche Bezugnahme auf außerstrafrechtliche Rechtsgebiete gesehen wurde, soll hierauf noch einmal gesondert eingegangen werden. Dies insbesondere, weil die diesbezüglich geltend gemachten Zweifel im Ergebnis nicht greifen und der Verzicht auf diese Tatbestandvarianten das Schutzniveau der gesetz gewordenen Regelungen abgesenkt hat.

Hierzu wird als Ausgangsbasis noch einmal kurz reflektiert, warum es sich bei der Verletzung von berufsrechtlichen Pflichten zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit nicht um ein normatives Tatbestands-, sondern ein Blankettmerkmal handelt und zum Vergleich auf die bei § 266 Abs. 1, 2. Alt. StGB dargestellten Abgrenzungskriterien zur Prüfung des Merkmals der Pflichtwidrigkeit zurückgegriffen.⁵⁵⁹

Da sich die berufsrechtlichen Pflichten im Regierungsentwurf erst aus den geltenden spezialgesetzlichen Regelungen des Berufs-, Sozial- und Wettbewerbsrechts ergeben hätten und die zu prüfenden Voraussetzungen des Berufsrechtsverstoßes in die Strafnorm hineingeschoben worden wären, handelt es sich um ein Blankettmerkmal.⁵⁶⁰

Eine solche mit der Flexibilisierung einhergehende Öffnung ist nicht unkritisch, weil sich dabei die vollständigen Tatbestandsvoraussetzungen erst aus der Anwendung weiterer Gesetze ergeben

⁵⁵⁹ Vgl. dazu. A. III, Punkt 1.2.2, S. 67 f.

⁵⁶⁰ Für die Annahme eines Blanketts bei der ursprünglichen Formulierung des Referentenentwurfs auch: *Schneider* Rechtsgutachten zu dem „Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen“ des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz; S. 20.

und daher besonders hohe Anforderungen an die Erfüllung des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes zu stellen sind.⁵⁶¹ Dabei lässt der Verweis auf das Berufsrecht Bedenken an der Bestimmtheit aufkommen, weil die unterschiedlichen Landesregelungen zu Unsicherheiten bei der Auslegung und entsprechenden Ungleichbehandlungen gleichartiger Sachverhalte führen können. Hinzu kommt, dass durch die Einbeziehung unbestimmter Rechtsbegriffe der Ausfüllungsnormen Wertungsspielräume eröffnet werden, die für die Adressaten der Strafnorm schwer einschätzbar sind und dass die Normsetzung als Akt der berufsständischen Selbstverwaltung mit fraglicher Legitimation erfolgt.

Für die Frage nach der Bestimmtheit wäre zunächst vorauszusetzen, dass für die Verletzung von Berufsausübungspflichten zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit auf Normen und Wertungen außerstrafrechtlicher Rechtsgebiete Bezug genommen wurde.⁵⁶² Dies ist bei § 299a Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 StGB-RegE zu bejahen. Anknüpfungspunkte der Tatbestandsmerkmale sind – im Gegensatz zur Pflichtwidrigkeit des § 266 Abs. 1 S. 2 StGB – nicht außerstrafrechtliche Regelungsergebnisse (normatives Tatbestandsmerkmal), sondern spezifische berufsrechtliche Pflichten als Voraussetzungen anderer Gesetze. Da der vollständige Inhalt des jeweiligen Straftatbestandes erst aus der Verbindung der strafrechtlichen Sanktionsnorm mit der externen Ausfüllungsnorm resultiert, handelt es sich um ein echtes Blankettgesetz.⁵⁶³

⁵⁶¹ So das BVerfG Beschluss v. 18.05.1988 – 2 BvR 579/84, BVerfGE 78, 205 = NJW 1988, 2593 ff.; Beschluss v. 08.05.1974 – 2 BvR 636/72, BVerfGE 37, 201 = NJW 1974, 1860 ff.

⁵⁶² S. d. *Puppe* GA 1990, 162 ff.; *Rönnau* ZStW 119 (2007), 905.

⁵⁶³ Zur Abgrenzung und Einordnung von normativen Tatbestandsmerkmalen und sog. echten und unechten Blankettgesetzen s. a. *Otto* Jura 2005, 538.

Aufgrund dieser Tatsache sind die aus dem Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG folgende Entscheidungszuständigkeit des Gesetzgebers und die verfassungsrechtlichen Anforderungen an das nach Art. 103 Abs. 2 GG geltende Bestimmtheitsgebot genauer zu prüfen.⁵⁶⁴ Dabei stellen sich für den zu bewertenden § 299a StGB-RegE drei Fragen: Die Frage nach der ausreichenden Legitimation der Strafnorm⁵⁶⁵, wenn ein wesentlicher Teil der Regelung infolge des Blankettcharakters der Norm der funktionalen Selbstverwaltung entstammt, die Frage der Vorhersehbarkeit des Strafbarkeitsrisikos für die Adressaten⁵⁶⁶ und die Frage der Zulässigkeit eines möglichen Gleichheitsdefizits durch die Bezugnahme auf heterogene berufsrechtliche Normen.⁵⁶⁷

6.1. Wesentlichkeitsgrundsatz

Grundsätzlich gilt, dass sich die Voraussetzungen für die Strafbarkeit der Handlung und die Art der Strafe für den Normadressaten aus einem förmlichen Gesetz ergeben müssen. Dabei ist es ausreichend, dass der Tatbestand einer Blankettnorm durch ein anderes förmliches Gesetz ausgefüllt wird.⁵⁶⁸ Auch die Bezugnahme auf Regelungen einer Rechtsverordnung oder Satzung ist zulässig, solange es sich um eine Präzisierung bzw. Spezifizierung des Tatbestandes oder eines Tatbestandsmerkmals handelt und der Gesetzgeber selbst abstrakt-generell die Strafbarkeit bestimmt.⁵⁶⁹ Dieser Grundsatz beansprucht umso mehr Geltung,

⁵⁶⁴ So auch *Otto* Jura 2005, 538.

⁵⁶⁵ Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG fordert, dass jede Ausübung von Staatsgewalt unter dem Grundgesetz hinreichend demokratisch legitimiert ist. Vgl. Rspr. des BVerfG Beschluss v. 31.10.1990 – 2 BvF 3/89, BVerfGE 83, 60, 71 f. = NJW 1991, 159; Urteil v. 24.05.1995 – 2 BvF 1/92, BVerfGE 93, 37, 67 = DVBl 1995, 1291; Beschluss v. 05.12.2002 – 2 BvL 5/98, BVerfGE 107, 59, 64 ff.

⁵⁶⁶ Allgemein dazu *Calliess* NJW 1985, 1512; KK-OWiG/Rogall § 3 Rn. 30.

⁵⁶⁷ Zur Frage der Gleichheit im materiellen Strafrecht s. *Heger* ZIS 2011, 402 ff.

⁵⁶⁸ S. d. *Otto* Jura 2005, 538 f.

⁵⁶⁹ BVerfG Urteil v. 06.05.1987 – 2 BvL 11/85, BVerfGE 75, 329 = NJW 1987, 3175.

C. Die Thematik im Kontext des Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen

wenn – wie im Fall der ärztlichen Berufsordnungen – die ausführende Norm der Gesetzgebung einer funktionalen Selbstverwaltungseinrichtung entstammt.

Insoweit wurde kritisiert, dass die Bezugnahme auf die Normen der Selbstverwaltungsgremien die Adressaten zu Normgebern qualifiziere und diesen damit die Hoheit zukäme, über die Grenzen des Straftatbestandes selbst zu entscheiden. Dies sei problematisch, weil das der Selbstverwaltung zugrunde liegende Normgebungsverfahren nicht den gleichen Kontrollmechanismen unterliege wie ein formelles Gesetz.⁵⁷⁰

Die Landesberufsordnungen stellen rechtsverbindliche, durch die zuständigen Landesärztekammern in Selbstverwaltungsautonomie geschaffene, Satzungenormen zur Regelung der ärztlichen Berufspflichten dar.⁵⁷¹ Für die Kammern ergibt sich die Beschlussberechtigung aus dem jeweiligen Kammergesetz des Bundeslandes.⁵⁷² Dass diese Delegation der Normsetzung von Berufspflichten an berufsständische Kammern zulässig ist, hat das BVerfG in der Vergangenheit entschieden und ist daher hier nicht zu beanstanden.⁵⁷³

Fraglich ist jedoch, ob der Normgeber mit den §§ 299a ff. StGB-RegE auch die abstrakt-generelle Entscheidung über die Strafbarkeit der Handlungen trifft und den berufsrechtlichen Regelungen dabei eine nur präzisierende Funktion zukommt oder den Landesärztekammern durch die teilweise Ausgestaltung der Nor-

⁵⁷⁰ *Schneider* Rechtsgutachten zu dem „Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen“ des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, S. 19; i. d. S. auch *Steenbreker* MedR 2015, 662 f.

⁵⁷¹ BVerfG Beschl. v. 09.05.1972 – 1 BvR 518/62 u. 1 BvR 308/64, BVerfGE 33, 125, 155 = NJW 1972, 1504 ff.

⁵⁷² Zum Ganzen *Sodan* NZS 2001, 169, 170; *Sodan/Boecken/Bristle* Hdb-Krankenversicherungsrecht § 17 Rn. 80.

⁵⁷³ BVerfG Beschl. v. 21.06.1977 – 2 BvL 2/76, BVerfGE 45, 346, 351 = NJW 1978, 101 ff.; a. A. *GG/Jarass/Pieroth* Art. 103 Rn. 56.

men als Blankettregelung nicht bereits ein strafbarkeitsbegründender und damit unzulässiger Einfluss auf die Ausübung der Staatsgewalt ermöglicht wird, der gegen den Wesentlichkeitsgrundsatz verstößt.⁵⁷⁴

Für § 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB-RegE ist dies zu verneinen. Nach dem dort geregelten Verbot wurde die Bevorzugung bei der Abgabe oder Verordnung von Arznei-, Heil-, Hilfsmitteln oder Medizinprodukten mittels Verletzung einer berufsrechtlichen Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit bestraft. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass nach dem Willen des Gesetzgebers nicht jede allgemeine Berufsrechtsverletzung strafbar sein sollte, sondern nur die Verletzungen spezifischer Pflichten, die der Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit dienen. Durch den Verweis auf die Vorschriften der Berufsordnungen wurde die Bevorzugungshandlung dem Rechtsgüterschutz des Delikts entsprechend präzisiert und damit durch den Gesetzgeber selbst die generelle Entscheidung getroffen, dass die Verletzung einer berufsrechtlichen Pflicht zur heilberuflichen Unabhängigkeit strafbewehrt sein soll.

Gleiches gilt für § 299a Abs. 2 StGB-RegE. Die normierte Tat unterscheidet sich von der in § 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB-RegE geregelten Tatbestandsvariante allein darin, dass die Vorteilsannahme nicht im Zusammenhang mit der generellen „Verordnung oder Abgabe“, sondern mit dem „Bezug“ von Arznei-, Heil-, Hilfsmitteln oder Medizinprodukten erfolgen sollte, die „zur Abgabe an den Patienten“ bestimmt sind. Es ist daher nur konsequent, dass auch hier die Verletzung auf Berufspflichten beschränkt wurde, die der Wahrung der heilberuflichen Unabhän-

⁵⁷⁴ Zum Verbot des privilegierten Einflusses auf die Staatsgewalt *Kluth* 1997, S. 16 ff.; *ders.* in: Schnapp (Hrsg.) Bochumer Schriften zum Sozialrecht Bd. 8, 2001, S. 17 ff.

gigkeit dienen und so die abstrakt generelle Entscheidung getroffen wurde, dass bei Berufspflichtverletzungen ausschließlich die Tangierung dieser Pflichten strafbewehrt sein sollte.

Darüber hinaus ist zu beachten, dass eine Spezifizierung über das Berufsrecht der funktionalen Selbstverwaltung nur innerhalb der in Bezug genommenen Berufsgruppe Wirkung entfalten darf und es anderenfalls an einer ausreichenden Legitimation fehlen kann.⁵⁷⁵

Bei § 299a StGB-RegE war diese Anforderung erfüllt, da sich die Berufspflichten der Vertragsärzte aus den verbindlichen Berufsordnungen der Landesärztekammern ergeben und damit jedenfalls keine an der Normsetzung Unbeteiligten getroffen hätten.⁵⁷⁶

6.2. Bestimmtheitsgrundsatz

Zu fragen wäre schließlich, ob die Tatbestände für den im Mittelpunkt dieser Arbeit stehenden Adressatenkreis der Vertragsärzte die kriminalisierten Handlungen hinreichend bestimmt gewesen wären. Problematisch ist dabei, neben der Bestimmtheit der entsprechenden Ausfüllungsnorm, auch die daraus resultierende Frage nach der Vorhersehbarkeit der Strafe für die Adressaten. Vorauszusetzen ist, dass der infrage stehende Anwendungsbereich der Norm durch Auslegung ermittelbar ist und unterschiedliche Rechtslagen zur Bewertung eines Sachverhalts nicht zu Orientierungslosigkeit der Adressaten führen.⁵⁷⁷

⁵⁷⁵ Ausführlich dazu und zu den Grundzügen und Grundproblemen der demokratischen Legitimation in der funktionalen Selbstverwaltung *Kluth* in: Schnapp (Hrsg.) Bochumer Schriften zum Sozialrecht Bd. 8, 2001, S. 17 ff.

⁵⁷⁶ Anders verhielt es sich bei § 299b StGB-E, der als Spiegelnorm auch die strafrechtliche Verantwortlichkeit der außerhalb der Selbstverwaltung stehenden Industrie regelte und in dessen Rahmen über die spezifizierende Bezugnahme auf die Berufsordnungen der Landesärztekammern oder das Berufsrecht anderer Heilberufsangehöriger, mit hoher Intensität in die Rechte unbeteiligter Dritter eingriffen worden wäre.

⁵⁷⁷ Vgl. statt vieler Sch/Sch/Eser/Hecker § 1 Rn. 16; KK-OWiG/Rogall § 3 Rn. 30 jeweils m. w. N.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG muss bei einem Blankettmerkmal dabei auch die zur Tatbestandsvervollständigung heranzuziehende Ausfüllungsnorm den Anforderungen des § 103 Abs. 2 GG genügen.⁵⁷⁸ Nur wenn diese Voraussetzung erfüllt wird, ist es dem Adressaten möglich, das Risiko der Strafbarkeit zu erkennen und sein Verhalten danach auszurichten.⁵⁷⁹

Entsprechend den Ausführungen zur Strafwürdigkeit und -bedürftigkeit, des infrage stehenden Verhaltens, müssten folgende Normen den Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG genügen: Die Vorschrift des § 128 Abs. 2 S. 1, Abs. 6 SGB V, die wettbewerbsrechtlichen Regelungen des § 7 Abs. 1 HWG und der §§ 3, 4 Nrn. 1 u. 11 UWG sowie aus der Berufsordnung der Ärzte § 31 Abs. 1 2. Alt. MBO-Ä und der § 32 Abs. 1 u. Abs. 2 MBO-Ä bzw. deren Entsprechungen in den Landesberufsordnungen.

Nach Art. 103 Abs. 2 GG ist es Aufgabe des Gesetzgebers, sowohl die kriminalisierte Tat als auch deren Folgen so zu umschreiben, dass der Adressatenkreis der Norm aufgrund der Fassung bzw. Auslegung des Gesetzes vorhersehen kann, was strafrechtlich verboten ist und welche Sanktionen im Falle einer Verletzung zu erwarten sind (sog. verhaltensdeterminierende Wirkung des Strafrechts).⁵⁸⁰

Hinsichtlich der in § 128 Abs. 2 S. 1, Abs. 6 SGB V, § 7 Abs. 1 S. 1 HWG und §§ 3, 4 Nrn. 1 u. 11 UWG normierten Verbote

⁵⁷⁸ BVerfG Beschl. v. 18.05.1988 – 2 BvR 579/84, BVerfGE 78, 205 f. = NJW 1988, 2593 ff.; BVerfG Beschl. v. 21.06.1977 – 2 BvR 308/77, BVerfGE 45, 363 ff. = NJW 1977, 1815; Beschl. v. 08.05.1974 – 2 BvR 636/72, BVerfGE 37, 201 f. = NJW 1974, 1860 f.

⁵⁷⁹ Vgl. BVerfG Beschl. v. 21.06.1977 – 2 BvR 308/77, BVerfGE 45, 363, 371 f. = NJW 1977, 1815.

⁵⁸⁰ S. d. statt vieler Sch/Sch/Eser/Hecker § 1 Rn. 16; Rogall KK-OWiG § 3 Rn. 28 ff. jeweils m. w. N.

bestehen keine Bestimmtheitsbedenken. Es handelt sich um formelle Parlamentsgesetze mit einem hinreichend klaren und durch die Rechtsprechung gefestigten Regelungsinhalt.

Dabei geht § 128 Abs. 2 S. 1, Abs. 6 SGB V von einem weit gefassten Zuwendungsverbot aus und erfasst im Verhältnis des Vertragsarztes zur Industrie nicht nur verordnungsbezogene Provisionszahlungen, sondern auch sämtliche Umgehungsstellationen.⁵⁸¹ Nicht verboten sind Zuwendungen, die ausdrücklich oder konkludent nach anderen Gesetzen zulässig sind.⁵⁸² Hierzu zählen z. B. solche, die für berufsbezogene wissenschaftliche Fortbildungsveranstaltungen im Einklang mit den Landesberufsordnungen erfolgen.⁵⁸³

Nach § 7 Abs. 1 S. 1 HWG sind produktbezogene Zuwendungen im Zusammenhang mit der Verordnung von Arzneimitteln und dem Vertrieb von Medizinprodukten verboten. Die Norm spezifiziert die Unzulässigkeit von Zuwendungen oder Werbegaben für Arzneimittel, wenn sie entgegen den Preisvorschriften gewährt werden, die aufgrund des Arzneimittelgesetzes gelten. Klar vom Verbot ausgenommen sind Gegenstände von geringem Wert und geringwertige Kleinigkeiten, weil ihnen bereits das Beeinflussungspotenzial fehlt, sowie Zuwendungen im Rahmen ausschließlich berufsbezogener wissenschaftlicher Fortbildungsveranstaltungen, sofern diese einen vertretbaren Rahmen nicht überschreiten und in Bezug auf den wissenschaftlichen Zweck der Veranstaltung von untergeordneter Bedeutung sind, § 7 Abs. 2 HWG.

⁵⁸¹ A. A. Kaufmann/Voland NZS 2011, 281, 284, die Bedenken an der Verfassungsmäßigkeit des § 128 Abs. 6 SGB V damit begründen, dass die Einbeziehung aller im Arzneimittelbereich tätigen Akteure vor dem Hintergrund des Gleichheitsgrundsatzes und des Berufsrechts verfassungsrechtlich unverhältnismäßig sei, da von ihnen nicht die gleiche Korruptionsgefahr wie von Vertragsärzten und Apothekern ausgehe.

⁵⁸² So der Wortlaut der Norm: „Soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist“.

⁵⁸³ Vgl. Klümper PharmR 2009, 591, 595.

Bei den geringwertigen Gegenständen und Kleinigkeiten nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 HWG handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe, für deren Verwendung die Rechtsprechung voraussetzt, dass mithilfe der üblichen Auslegungsmethoden, insbesondere durch Heranziehen anderer Vorschriften desselben Gesetzes, mittels Berücksichtigung des Normenzusammenhangs oder aufgrund einer gefestigten Rechtsprechung eine zuverlässige Konkretisierung der Norm ermöglicht wird, anhand derer die Adressaten den durch die Strafnorm geschützten Wert und das daraus resultierende Verbot bestimmter Verhaltensweisen einschließlich der drohenden Sanktionen erkennen können.⁵⁸⁴

Dies ist vorliegend der Fall. Die Anforderungen der Geringwertigkeitsgrenze sind durch die Rechtsprechung auch ohne feste normative Grenzen inhaltlich klar genug bestimmt. Maßgeblich ist der Wert, den die Zuwendung für den Empfänger hat.⁵⁸⁵ Wertmindernd zu berücksichtigen sind dabei Werbekennzeichnungen.⁵⁸⁶ Gegenstände und Kleinigkeiten ohne Werbeaufdruck sind nur zulässig, wenn sie einen völlig zu vernachlässigenden geringen Wert haben,⁵⁸⁷ wobei die Grenze hier zwischen fünfzig Cent und einem Euro liegt,⁵⁸⁸ und zwar auch dann, wenn die Zuwendung aus mehreren einzelnen Gegenständen besteht. Entscheidend ist immer deren Gesamtwert.⁵⁸⁹ Bei der Weitergabe der Zuwendung an Dritte zählt die Kostenersparnis.⁵⁹⁰

⁵⁸⁴ BVerfG Beschl. v. 19.03.2007 – 2 BvR 2273/06, BVerfGE 10, 442 = NJW 2007, 1666 ff.; BVerfG Beschl. v. 01.09.2008 – 2 BvR 2238/07 BVerfGE 14, 177 = NJW 2008, 3627 ff. und Sch/Sch/Eser/Hecker § 1 Rn. 20 m. w. N.

⁵⁸⁵ BGH Urt. v. 25.04.2012 – I ZR 105/10 = GRUR 2012, 1279 ff.

⁵⁸⁶ BGH Urt. v. 15.06.1956 – I ZR 105/54, BGHZ 21, 85 ff. = NJW 1956, 1559, 1561.

⁵⁸⁷ OLG Oldenburg Urt. v. 24.03.2006 – 1 U 12/06 = WRP 2006, 913, 915; Spickhoff/Fritsche § 7 HWG Rn. 18.

⁵⁸⁸ S. d. BGH Urt. v. 08.05.2013 – I ZR 98/12 = GRUR 2013, 1264 m. w. N.

⁵⁸⁹ BGH Urt. v. 25.04.2012 – I ZR 105/10 = GRUR 2012, 1279 ff.

⁵⁹⁰ BGH Urt. v. 25.04.2012 – I ZR 105/10 = GRUR 2012, 1279 ff.

Gemäß §§ 3, 4 Nr. 1 und Nr. 11 UWG verhält sich unlauter, wer geschäftliche Handlungen vornimmt, die es ermöglichen, die Entscheidungsfreiheit der Marktteilnehmer zu beeinträchtigen, oder einer Norm zuwiderhandelt, die dazu bestimmt ist, das Marktverhalten im Interesse der Marktteilnehmer zu regeln. Dass ein Kopplungsgeschäft diese Anforderungen erfüllt und in einem Verstoß nach § 128 Abs. 2 S. 1, Abs. 6 SGB V oder dem Berufsrecht auch eine wettbewerbsrelevante Handlung liegen kann, ist für die Adressaten auch hier klar erkennbar.

Ob die §§ 299a ff. StGB-RegE auch in den Fällen der Bezugnahme auf berufsrechtliche Regelungen hinreichend bestimmt gewesen wären, wurde teilweise bezweifelt, weil durch den Verweis auf eine Vielzahl landesrechtlicher Berufsordnungen und die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, in den Regelungen selbst, keine ausreichend klare Orientierung daran möglich sei, was erlaubt oder verboten sein soll.⁵⁹¹

Zu prüfen wären hier die Vorschriften des § 31 Abs. 1 3. Alt. MBO-Ä und des § 32 Abs. 1 MBO-Ä bzw. deren Entsprechungen in den einzelnen Landesberufsordnungen.

Der gegenwärtige § 31 Abs. 1 3. Alt. MBO-Ä regelt das allgemeine Verbot, für die Verordnung oder den Bezug von Arznei- oder Hilfsmitteln und Medizinprodukten ein Entgelt oder andere Vorteile zu fordern, sich oder Dritten versprechen oder gewähren zu lassen oder selbst zu versprechen oder zu gewähren.

⁵⁹¹ So *Brettel/Duttge/Schuhr* JZ 2015, 929, 931 f.; Bundesärztekammer Stellungnahme vom 20.11.2015, S. 9 ff.; *Diener* PharmR 2015, 529, 531; *Verband Forschender Pharmaunternehmen (vfa)* Stellungnahme vom 21.11.2015, S. 5 f.; *Bundesrechtsanwaltskammer* Stellungnahme 40/2015, S. 9; *Schneider/Ebermann A&R* 2015, 207; *Steenbreker* MedR 2015, 664 f. Zur Kritik an dem formulierungstechnisch noch weiter gefassten Referentenentwurf s. *Schneider* Rechtsgutachten zu dem „Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen“ des BMJV, S. 21 und bzgl. des Bayrischen Entwurfs noch *Kubiciel* KPzKP 5/2014, S. 2, 9 ff.; *Kubiciel/Tsambikakis medstra* 2014, 11 ff.

Da der Wortlaut keine unbestimmten Rechtsbegriffe und damit auch keine Wertungsspielräume enthält, sondern klar und deutlich ein Verhaltensverbot vorgibt, das sich in allen Landesberufsordnungen wiederfindet und der Ärzteschaft als Adressatenkreis hinlänglich bekannt sein sollte, bestehen keine Bestimmtheitsbedenken.

Anders verhält es sich im Fall des Zuwendungsverbotes nach § 32 Abs. 1 MBO-Ä, bei den ergänzenden Regelungen der Abs. 2 und 3 bzw. den jeweiligen Regelungen der Landesberufsordnungen. Sie enthalten unbestimmte Rechtsbegriffe und sind daher erheblich weniger wertungsfrei als § 31 Abs. 1 MBO-Ä.

Nach § 32 Abs. 1 MBO-Ä ist es Ärztinnen und Ärzten untersagt, von Patienten und anderen Personen Geschenke oder sonstige Vorteile für sich oder Dritte zu fordern bzw. sich oder Dritten versprechen zu lassen oder anzunehmen. Diese Norm gilt, wenn durch die Vorteilsgabe der „Eindruck erweckt wird, dass die Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidung beeinflusst werden soll“ (Abs. 1) und beschränkt die zulässige Annahme geldwerter Zuwendungen für die Teilnahme an einer wissenschaftlichen Fortbildungsveranstaltung auf Vorteile in „angemessener Höhe“, die über die „notwendigen Reise- und Tagungsgebühren“ nicht hinausgehen dürfen (Abs. 2). Bei diesen Formulierungen handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe, deren Verwendung die Vorhersehbarkeit des Strafbarkeitsrisikos einschränkt.

Sinn und Zweck der Blankettgesetzgebung ist die Flexibilisierung des Rechts, um eine schnelle Anpassung an sich stetig ändernde Verhältnisse zu ermöglichen.⁵⁹² Zugunsten dieser Eigenschaft ist auch der Rückgriff auf Normen mit unbestimmten Rechtsbegriffen zulässig, wenn der Gesetzgeber mangels Alternativen nicht in

⁵⁹² Vgl. Sch/Sch/Eser/Hecker Vor § 1 Rn. 3; Hohmann ZIS 2007, 38, 42 f.; Lange JZ 1956, 73, 76; Otto Jura 2005, 538 f.; Lenckner JuS 1968, 249, 305 ff.; Seel 1965, S.114, 125 ff.

der Lage ist, das Gesetz so weit zu präzisieren, dass sich die Strafbarkeitsanforderungen gänzlich aus der Norm selbst ergeben, ohne ihren Anwendungsbereich unflexibel werden zu lassen.⁵⁹³ Dabei ist die Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen unbedenklich, solange eine zuverlässige Auslegung der Norm möglich ist, mit deren Hilfe der Verbotsbereich und die Sanktionierung erkennbar sind.⁵⁹⁴

Es stellt sich daher neben der Frage der Erforderlichkeit auch die der Möglichkeit einer weiteren Spezifizierung durch den Gesetzgeber.

Nach der Begründung des Entwurfes sollte § 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB-RegE als Auffangtatbestand fungieren, der im Bereich der „Verordnung und Abgabe“ von Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln die Fälle erfasst, bei denen es wegen einer Monopolstellung an einer Wettbewerbslage fehlt oder es um die Verordnung nicht indizierter Leistungen geht.⁵⁹⁵ Darüber hinaus hätte diese Tatbestandsalternative dem Gesetzgeber auch ermöglicht, bislang unklare Fälle mit vergleichbarem Unrechtsgehalt zu sanktionieren. Gerade dies ist von besonderer Bedeutung, um systemimmanente wandelbare Unrechtskonstellationen, die dem Rechtsgüterschutz der Norm entsprechen, langfristig zu erfassen. Da es jedoch aufgrund der unvorhersehbaren Kooperationskreativität der Akteure nahezu unmöglich sein dürfte, alle denkbaren Verbotshandlungen zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit allgemeingültig zu definieren, war der Verweis auf die Verletzung entsprechender

⁵⁹³ BGH Urt. v. 08.12.1981 – 1 StR 706/81, BGHSt 30, 285, 287 f. = NJW 1982, 775 ff.; Löwer JZ 1979, 625; Kohlmann, Der Begriff des Staatsgeheimnisses und das verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit von Tatbeständen 1969, S. 253 ff.

⁵⁹⁴ BVerfG Beschl. v. 19.03.2007 – 2 BvR 2273/06, BVerfGE 10, 442 = NJW 2007, 1666 ff.; BVerfG Beschl. v. 01.09.2008 – 2 BvR 2238/07, BVerfGE 14, 177 = NJW 2008, 3627 ff. und Sch/Sch/Eser/Hecker § 1 Rn. 20 m. w. N.

⁵⁹⁵ S. Regierungsentwurf BT-Drs. 18/6446, S. 20 f. unter Verweis auf Sch/Sch/Heine/Eisele § 299 Rn. 6.

berufsrechtlicher Pflichten nicht nur verfassungsrechtlich zulässig, sondern auch tatsächlich notwendig. Die ursprüngliche Nummer Zwei hätte die Anpassungsfähigkeit der Norm an die sich stetig ändernden Verhältnisse des Gesundheitssystems gewährleistet.

Ähnlich verhält es sich bei § 299a Abs. 2 StGB-RegE, der ebenfalls eine Vorteilsannahme als Gegenleistung dafür voraussetzt, dass der Adressat eine berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit verletzt. Die Variante bezweckte die Erfassung von Sachverhalten aus dem Bereich des Bezugs von Arznei-, Heil-, Hilfsmitteln und Medizinprodukten, die zur Abgabe an Patienten bestimmt sind. Sie sollte für die Fälle gelten, in denen eine durch Vorteile beeinflusste Bezugsentscheidung bei der Abgabe fortwirkt.⁵⁹⁶ Auch hier war es aus Sicht des Rechtsgüterschutzes und zugunsten der Patienten geboten, alle dem System entspringenden Konstellationen erfassen zu können und der Norm die dafür erforderliche Flexibilität zu geben.

Zweifel an der hinreichenden Bestimmtheit könnten sich daher allenfalls dann ergeben, wenn die in den Bezugsnormen verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe für den Adressatenkreis nicht – d. h. auch nicht im Wege der Auslegung – ermittelbar gewesen wären.⁵⁹⁷

Aufgrund seiner systembedingten Schlüsselstellung innerhalb des GKV-Systems steht der Vertragsarzt im Mittelpunkt der Einflussnahme Dritter. Um den damit einhergehenden Zweifeln an der ärztlichen Integrität zu begegnen, regelt § 32 MBO-Ä das allgemeine Verbot der Entgegennahme einseitiger Zuwendungen (Abs. 1 S. 1), wenn hierdurch der Eindruck erweckt wird, dass die

⁵⁹⁶ Regierungsentwurf BT-Drs. 18/6446, S. 20 f.

⁵⁹⁷ BVerfG Beschl. v. 19.03.2007 – 2 BvR 2273/06, BVerfGE 10, 442 = NJW 2007, 1666 ff.; BVerfG Beschl. v. 01.09.2008 – 2 BvR 2238/07, BVerfGE 14, 177 = NJW 2008, 3627 ff. und Sch/Sch/Eser/Hecker § 1 Rn. 20 m. w. N.

Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidung beeinflusst wird,⁵⁹⁸ und als eine Privilegierung dazu die Möglichkeit geldwerter „Vorteile in angemessener Höhe“ für die sogenannte passive Teilnahme an wissenschaftlichen Fortbildungen gewährt wird, wenn diese über die „notwendigen Reise- und Tagungsgebühren“ nicht hinausgehen (Abs. 2).

Fraglich ist, ob diese Vorgaben dem Adressatenkreis als Orientierung ausreichen, um einordnen zu können, ab welcher Erheblichkeitsschwelle eine Zuwendung „den Eindruck erweckt, dass die Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidung beeinflusst wird“, und wann es sich um „Vorteile in angemessener Höhe“ im Sinne von „notwendigen Reisekosten und Tagungsgebühren“ für die passive Teilnahme an wissenschaftlichen Fortbildungsveranstaltungen handelt.

Hierbei sind insbesondere Schutzzweck und Schutzgut der Norm, der Zusammenhang mit Vorschriften zur Konkretisierung der Regelungsinhalte und bereits ergangene Rechtsprechung zu berücksichtigen.

§ 32 MBO-Ä schützt das allgemeine Vertrauen in die Freiheit und die Unabhängigkeit ärztlicher Entscheidungen.⁵⁹⁹ Daran sollen nach der Ansicht des BVerfG bereits dann Zweifel erlaubt sein, wenn der „böse Schein“ besteht, dass eine Zuwendung die ärztliche Entscheidung beeinflusst haben könnte.⁶⁰⁰

⁵⁹⁸ A. A. *Koyuncu/Stute* A&R 2013, 115, nach deren Auffassung die Absicht der Landesärztekammer Niedersachsen, die passive Fortbildungsteilnahme als berufswidrig einzustufen, in der Landesberufsordnung unzureichend umgesetzt wurde, weil § 32 Abs. 1 gerade kein allgemeines Verbot der Annahme von Vorteilen durch Ärzte enthalte.

⁵⁹⁹ Vgl. *Ärztegerichtshof Saarland* MedR 2011, 752, 753 f. und *Spickhoff/Scholz* § 32 MBO-Ä Rn. 1.

⁶⁰⁰ BVerfG Beschl. v. 01.06.2011 – 1 BvR 233/10; 1 BvR 235/10 = NJW 2011, 2636, 2637.

Aus Sicht der Adressaten ist daher bei § 32 Abs. 1 MBO-Ä von einem generellen Zuwendungsverbot materieller und immaterieller Art auszugehen, das nach § 32 Abs. 2 MBO-Ä nur zugunsten wissenschaftlicher Fortbildungen gelockert werden kann. Selbige dürfen aufgrund der wissenschaftlich-informativen Zielsetzung als Vorteil gewährt und die Teilnahme daran in angemessener Höhe unterstützt werden.⁶⁰¹ Da diese Privilegierung aus dem Wissenschaftscharakter resultiert, ist es zwingend erforderlich, dass eine kostenlose Teilnahme und die Übernahme damit verbundener Kosten ausschließlich bei Veranstaltungen erfolgt, die den Anforderungen der Landesärztekammern und den Empfehlungen der Bundesärztekammer für die Akkreditierung neutraler wissenschaftlicher Fortbildungen entsprechen.⁶⁰² Dabei ist unerheblich, ob es sich um eine von der Industrie gemäß § 32 Abs. 3 MBO-Ä unterstützte Drittveranstaltung (sog. externe Fortbildungsveranstaltung) oder eine unternehmenseigene Veranstaltung (sog. interne Fortbildungsveranstaltung) handelt, solange die Veranstaltung selbst die Neutralitätskriterien für die Akkreditierung erfüllt.⁶⁰³ Eine Orientierung anhand dieses übergeordneten Kriteriums ist der Ärzteschaft nicht nur allgemein zumutbar und möglich, sondern auch hinlänglich bekannt.

Handelt es sich um eine wissenschaftliche Fortbildung, liegt eine nach § 32 Abs. 2 MBO-Ä zulässige Annahme angemessener geldwerter Vorteile vor, wenn der Vorteil ausschließlich der Teilnahme an einer berufsbezogenen Fortbildung dient und auch nur dementsprechend verwendet wird. Das Angemessenheitserfordernis nach § 32 Abs. 2 S. 1 MBO-Ä wird über die Regelung in S. 2 dahingehend präzisiert, dass der für die Teilnahme an einer

⁶⁰¹ Spickhoff/Scholz § 32 MBO-Ä Rn. 8 ff.;

⁶⁰² S. d. *Bundesärztekammer* Empfehlungen zur ärztlichen Fortbildung 2015, S. 11 f. und zu den Anforderungen der Akkreditierung im vertragsärztlichen Bereich *Balzer* NJW 2003, 3325 f., *Geiger* GesR 2014, 577 ff.; *Scholze/Finkeiß* MedR 2004, 141 ff.

⁶⁰³ S. a. C. I. 3. (1.3.1).

wissenschaftlichen Fortbildungsveranstaltung gewährte Vorteil notwendige Reisekosten und Tagungsgebühren nicht überschreiten darf. Zu klären ist daher, was zu den notwendigen Tagungsgebühren und Reisekosten zählt und ob dies für den Vertragsarzt als Adressaten der MBO-Ä und des § 299a StGB-RegE hinreichend erkennbar ist.

Mit dem Begriff der Tagungsgebühr werden veranschlagte bzw. verauslagte Teilnahmebeiträge für die Fortbildungsveranstaltung und als Reisekosten entsprechend § 1 Bundesreisekostengesetz (BRKG) die Fahrt- und Flugkosten, Wegstreckenentschädigungen und Hotelkosten erfasst.⁶⁰⁴ Notwendig sind nach Auffassung der Berufsordnungsgremien der Bundesärztekammer dabei nur das Reisen in der Economy-Class und die Übernachtung in einem Hotel der gehobenen Mittelklasse.⁶⁰⁵ Darüber hinausgehende Zuwendungen sind aufgrund des Potenzials zur Gefährdung der heilberuflichen Unabhängigkeit berufsrechtswidrig und können damit auch strafrechtlich relevant sein. Dass dies insbesondere für Kostenübernahmen bei Verlängerungstagen und Begleitpersonen gilt, steht ebenso außer Frage wie die Tatsache, dass bei einer Teilnahme ohne eine Veranstaltungsleistung des Arztes auch keine Aufwandsvergütung für die Reisezeit erfolgen darf. Geschieht dies dennoch, ist ein Anhaltspunkt für den vom BVerfG propagierten „bösen Schein“ der Beeinflussung bzw. Beeinflussbarkeit gegeben.⁶⁰⁶ Konsequenterweise muss dies auch für die passive Teilnahme von Vertragsärzten an Kongressen im inner- und außereuropäischen Ausland gelten, wenn dabei Kostenübernahmen erfolgen, die den von der Bundesärztekammer begrenzten Rahmen klar übersteigen. Auch in diesen Fällen ist nach der

⁶⁰⁴ Vgl. Spickhoff/Scholz § 32 MBO-Ä Rn. 10 unter Verweis auf § 1 Abs. 2 Bundesreisekostengesetz in der Fassung vom 20.01.2013, BGBl. I S. 285.

⁶⁰⁵ So die Ausführungen der Berufsordnungsgremien der *Bundesärztekammer* DÄBl. 2004, A- 296, 297.

⁶⁰⁶ In diesem Sinne auch Spickhoff/Scholz § 32 MBO-Ä Rn. 8 ff.

Rechtsprechung des BVerfG bereits der „böse Schein“ geeignet, Zweifel an der Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidung zu wecken.

Handelt es sich um eine Veranstaltung, die den Neutralitätskriterien nicht entspricht, weil sie teilweise, sogar überwiegend oder gänzlich der Absatzförderung dient, scheidet eine Legitimierung nach § 32 Abs. 2 MBO-Ä aus. Die Zulässigkeit von Zuwendungen dieser Art richtet sich dann ausschließlich nach den Vorgaben des § 7 Abs. 1 und 2 HWG.⁶⁰⁷

Grundvoraussetzung für die Anwendbarkeit der Norm ist eine produktbezogene Absatzwerbung. Diese liegt vor, wenn ein Arzneimittel oder Medizinprodukt so eindeutig beschrieben oder angepriesen wird, dass es für den Adressaten individualisierbar ist und dieser zur Entscheidung für eine Behandlung mit dem Mittel oder Produkt verleitet werden kann.⁶⁰⁸ Nicht erfasst sind Fälle bloßer Unternehmens- bzw. Imagewerbung, da es hier an einem Produktbezug fehlt.

In Fällen, bei denen neben der Berufsbezogenheit und Wissenschaftlichkeit der Veranstaltung auch ein Produktbezug vorliegt, sind nach § 7 Abs. 2 HWG Zuwendungen an Ärzte zulässig, wenn sie einen „vertretbaren Rahmen“ nicht überschreiten, und in Bezug auf den wissenschaftlichen Zweck der Veranstaltung eine untergeordnete Bedeutung einnehmen.⁶⁰⁹ Dies entspricht den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen des Art. 95 RL 2001/83/EG, wonach der Repräsentationsaufwand „immer streng

⁶⁰⁷ S. d. oben C. I. 3. (1.3.3.) und *Diener* 2007, Kap. 2 Rn. 63 f.; *Spickhoff/Scholz* § 32 MBO-Ä Rn. 10.

⁶⁰⁸ Vgl. BVerfG NJW-RR 2007, 1680, 1681, BGH Urt. v. 15.12.1994 – I ZR 154/92 = NJW 1995, 1617 ff.; BGH Urt. v. 17.6.1992 – I ZR 221/90 = WRP 93, 473 f.

⁶⁰⁹ Die Zuwendung darf nicht der eigentliche Grund des Besuchs sein. *Doepner* § 7 HWG Rn. 76, *Gröning/Reinhart* § 7 HWG Rn. 24, 56.

auf den wissenschaftlichen Hauptzweck der Veranstaltung begrenzt“ sein muss. Art. 95 RL 2001/83/EG betrifft das „Sponsern wissenschaftlicher Kongresse“, insbesondere die Übernahme der Reise- und Aufenthaltskosten, wie in Art. 86 Abs. 1 RL 2001/83/EG bestimmt. Dieses Sponsern wissenschaftlicher Kongresse ist abzugrenzen von der Unterstützung und Durchführung einer Absatzförderungsveranstaltung. Letztere ist in Art. 94 Abs. 2 RL 2001/83/EG geregelt. Da in das deutsche Recht nur die Vorgaben des Art. 95 RL 2001/83/EG, nicht aber die des Art. 94 Abs. 2 RL 2001/83/EG umgesetzt wurden,⁶¹⁰ ließe sich schlussfolgern, dass nur Mischveranstaltungen, bei denen der wissenschaftliche Charakter den kommerziellen Produktbezug überwiegt, vom Anwendungsbereich des § 7 Abs. 2 HWG erfasst sein sollen, reine und überwiegende Produktveranstaltungen hingegen nicht. In Fällen, in denen der produktbezogene Absatzcharakter vorrangig ist, wäre bei einer passiven Teilnahme des Arztes dann die Übernahme der Reise- und der Aufenthaltskosten bzw. die Gewährung sonstiger nicht nach § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 HWG erlaubter Zuwendungen unzulässig. Da jedoch der Gemeinschaftskodex für Humanarzneimittel für den Bereich der Arzneimittelwerbung nach der Rechtsprechung des EUGH⁶¹¹ einen Höchststandard für die Harmonisierung setzt, darf der nationale Gesetzgeber nicht von dem verbindlichen Standard der Richtlinienvorgaben abweichen.⁶¹² Vor diesem Hintergrund ist § 7 Abs. 2 HWG trotz der fehlenden Umsetzung des Art. 94 Abs. 2 RL 2001/83/EG dahingehend richtlinienkonform auszulegen, dass die passive Teil-

⁶¹⁰ Zum Ganzen *Bülow/Ring* § 7 HWG Rn. 41; *Doepner* § 7 HWG Rn. 76, *Gröning/Reinhart* § 7 HWG Rn. 54.

⁶¹¹ EuGH Urt. v. 08.11.2007 – C-374/05 = WRP 2008, 205 ff.; EuGH Urt. v. 20.09.2007 - C-84/06 = EuZW 2007, 647.

⁶¹² S. a. OLG Hamburg Urt. v.10.04.2008 – 3 U 182/07 = NJOZ 2008, 3794, 3801.

nahme an „auch wissenschaftlichen“ Veranstaltungen, die überwiegend der Absatzförderung dienen, durch Zuwendungen unterstützt werden kann.⁶¹³

Dieses Ergebnis steht im Widerspruch zu den berufsrechtlichen Regelungen und hätte zu zwei unterschiedlichen strafrechtlichen Bezugsergebnissen in § 299a Abs. 1 Nr.2 und Abs. 2 StGB-RegE geführt, wenn beide Normen gleichberechtigt nebeneinanderstünden. Dies ist jedoch nicht der Fall.

Die §§ 299a ff. StGB-RegE verfolgten den Zweck, eine vorteilsbedingte Produktwahl zur Sicherung des fairen Wettbewerbes und zum Schutz des Vertrauens der Patienten in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen zu verhindern.⁶¹⁴ Da das Risiko der Verletzung des daraus folgenden Neutralitätsgebotes mit einem bestehenden und gegebenenfalls sogar überwiegenden Produktbezug steigt, ist dem aus der Strafnorm folgenden Verbot unter Bezugnahme auf das Berufsrecht Vorrang vor dem Wettbewerbsrecht zu gewähren. Hinzu kommt, dass die Privilegierung aus dem Wissenschaftlichkeitscharakter resultiert und auch in den Fällen des § 7 Abs. 2 HWG unter der Prämisse erfolgt, dass die Zuwendung der Veranstaltung selbst und die damit verbundene Kostenübernahme nicht vorrangige oder gar eigentliche Gründe für die Teilnahme des Adressaten sein dürfen.

Dass die Annahme von Zuwendungen für die Teilnahme an wissenschaftlichen Veranstaltungen berufsrechtlich unzulässig ist, wenn sie nicht frei von wirtschaftlichen Interessen erfolgt, ist Ärzten bewusst. Dementsprechend ist auch eine wettbewerbsrechtlich zulässige Annahme individueller Zuwendungen zur Unterstützung einer passiven Teilnahme an produktbezogenen Veranstaltungen aus Sicht der Ärzte als kritisch zu bewerten. Die

⁶¹³ So Gröning/*Reinhart* § 7 HWG Rn. 54.

⁶¹⁴ Doppelter Rechtsgüterschutz BT-Drs. 18/6446, S. 12.

Möglichkeit, dass die Annahme von Zuwendungen für die Teilnahme an wissenschaftlichen Veranstaltungen berufsrechtlich unzulässig ist und damit das Risiko strafrechtlicher Konsequenzen birgt, ist für die Vertragsärzte dabei auch aufgrund der medialen Präsenz der Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen hinreichend erkennbar.⁶¹⁵ Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich bei der Fortbildung um eine nicht akkreditierte Veranstaltung handelt.⁶¹⁶

Insgesamt ist daher davon auszugehen, dass der Anwendungsbereich der Strafnorm des Regierungsentwurfs auch unter Bezugnahme auf die in § 32 Abs. 1 u. 2 MBO-Ä und/oder § 7 Abs. 2 HWG enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe für einen Vertragsarzt vorhersehbar war und nicht gegen das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot verstößt.

6.3. Gleichheitsgrundsatz

Bezüglich der Anknüpfung des Verstoßes gegen Pflichten zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit der jeweils geltenden Landesberufsordnungen wurde schließlich kritisiert, dass es dadurch zu einem regulatorischen „Flickenteppich“ komme, der zu einem Gleichheitsdefizit aufgrund der unterschiedlichen berufsrechtlichen Regelungen führe.⁶¹⁷

⁶¹⁵ Nach der Rspr. des BVerfG ist es für die Erfüllung des Bestimmtheitserfordernisses ausreichend, dass der Adressatenkreis „wenigstens das Risiko einer Bestrafung“ erkennen kann. S. d. auch Sch/Sch/Eser/Hecker § 1 Rn. 20.

⁶¹⁶ Nach der mit dem GKV-Modernisierungsgesetz zum 01.01.2004 in Kraft getretenen Regelung des § 95d Abs. 1 S. 3 SGB V müssen Fortbildungsveranstaltungen frei von wirtschaftlichen Interessen sein, um akkreditierungsfähig zu sein und damit im Rahmen der vertragsärztlichen Fortbildungsverpflichtung angerechnet werden zu können. Zum Ganzen *Diener* 2007, Kap. 2 Rn. 65 f.

⁶¹⁷ *Aldenhoff/Valluet* medstra 2015, 195, 197; *BÄK* Stellungnahme vom 21.10.2015, S. 10 f.; *Diener* PharmR 2015, 529, 531; *Gaede* medstra 2015, 263, 266; *Pragal/Handel* medstra 2015, 337, 342; *Taschke/Zapf* medstra 2015, 332, 336; *yfa* Stellungnahme vom 21.11.2015, S. 5; i. d. S. noch zum Referententwurf auch *Schneider* Rechtsgutachten zu dem „Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen“ des BMJV, S. 19.

Dieser Kritik widerspricht die Realität, in der gravierende Unterschiede der einzelnen Landesberufsordnungen die Ausnahme sind und i. d. R. entsprechende Konvergenzverfahren zur Vereinheitlichung durchgeführt werden. Beides ist Ärzten auch bewusst, da gerade Abweichungen von den Regelungen der Musterberufsordnungen mit Nachdruck kommuniziert werden. Hinzu kommt die vergleichende Betrachtung mit den §§ 331 ff. StGB, die nicht nur auf Bundesländerebene, sondern teilweise sogar universitäts- oder behördenabhängig auf unterschiedliche rechtfertigende Genehmigungsanforderungen Bezug nehmen.

Unabhängig davon ist es grundlegende Voraussetzung und Pflicht eines jeden Arztes, sein Berufsrecht zu kennen und sich entsprechend zu informieren, um die adäquate Berufsausübung zu gewährleisten. Hierbei unterstützt ihn auch seine Selbstverwaltung.⁶¹⁸

7. Die Tatbestände der Vorschriften zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen

Seit dem 04.06.2016 gilt in Deutschland das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen.⁶¹⁹

Kern des Gesetzes sind die folgenden Normen:

„§ 299a StGB

Bestechlichkeit im Gesundheitswesen

Wer als Angehöriger eines Heilberufs, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert, im Zusammenhang mit der

⁶¹⁸ Zutreffend i. d. S. *Kubiciel* Stellungnahme vom 02.12.2015, S. 11 und WiJ 2016, 1, 4 ff.

⁶¹⁹ BGBl. I S. 1254.

Ausübung seines Berufs einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er

1. bei der Verordnung von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten,

2. bei dem Bezug von Arznei- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten, die jeweils zur unmittelbaren Anwendung durch den Heilberufsangehörigen oder einen seiner Berufshelfer bestimmt sind, oder

3. bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial

einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

§ 299b StGB

Bestechung im Gesundheitswesen

Wer einem Angehörigen eines Heilberufs im Sinne des § 299a im Zusammenhang mit dessen Berufsausübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er

1. bei der Verordnung von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten,

2. bei dem Bezug von Arznei- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten, die jeweils zur unmittelbaren Anwendung durch den Heilberufsangehörigen oder einen seiner Berufshelfer bestimmt sind, oder

3. bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial

ihn oder einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzugen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

Anders als der Regierungsentwurf sehen die verabschiedeten §§ 299a und 299b StGB keine Strafe für die Verletzung der Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit vor und erfassen auch keine Abgabeentscheidungen. Beide Tatvarianten wurden in der Endphase des Gesetzgebungsverfahrens gestrichen.

Ebenfalls entfallen ist die Ausgestaltung als relatives Antragsdelikt.

Umgesetzt wurden die Anwendbarkeit der Regelbeispiele des § 300 StGB und die Erstreckung der Regelungen des § 302 StGB auf die Vermögensstrafe und dem erweiterten Verfall.

„§ 300 StGB

Besonders schwere Fälle der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr und im Gesundheitswesen

In besonders schweren Fällen wird die Tat nach § 299, §§ 299a und 299b mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn

- 1. die Tat sich auf einen Vorteil großen Ausmaßes bezieht oder***
- 2. der Täter gewerbsmäßig handelt oder als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat.***

§ 302 StGB

Erweiterter Verfall

In den Fällen der §§ 299, 299a und § 299b ist § 73d anzuwenden, wenn der Täter gewerbsmäßig handelt oder als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat.“

Darüber hinaus sind die bereits im Regierungsentwurf vorgesehenen Änderungen in § 81a SGB V und § 197a SGB V, zur Stärkung der übergreifenden Zusammenarbeit der Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen Gesetz geworden. Vorgeschrieben werden ein Erfahrungsaustausch und eine erweiterte Berichterstattungspflicht der Kassenärztlichen Vereinigungen an die Kassenärztliche Bundesvereinigung; die Kassenärztliche Bundesvereinigung soll einen organisatorischen Rahmen schaffen, innerhalb dessen die Vertreter der beteiligten Stellen ihre Erfahrungen bei regelmäßigen Tagungen austauschen können. Der Erfahrungsaustausch hat mit Krankenkassenvertretern, deren Landesverbänden, dem Spitzenverband, den berufsständischen Kammern und der Staatsanwaltschaft zu erfolgen.

Eingang ins Gesetz gefunden hat auch die Änderung des § 74c Abs. 1 Nr. 5a GVG, womit die Zuständigkeit der Wirtschaftskammern der Landgerichte auf die Fälle der neuen §§ 299a und 299b StGB erstreckt wird.

Bevor die Auswirkung des Gesetzes auf die hier zu bewertende Konstellation der Vertriebskorruption beurteilt wird, soll zunächst noch einmal genauer auf die Delikte eingegangen werden.

7.1. Deliktscharakter, Schutzgut und Täterkreis

Der Vergleich des Gesetzes mit den vorhergehenden Entwürfen zeigt, dass es viele Punkte der anderen Ansätze aufnimmt und

sich stark an dem auf die SPD-Fraktion zurückgehenden Gesetzentwurf der Länder Hamburg und Mecklenburg-Vorpommern orientiert.

In Anlehnung an § 299 StGB sind die §§ 299a und 299b StGB als abstrakte Gefährdungsdelikte ausgestaltet. Folglich ist die Erfüllung des Tatbestandes nicht vom Eintritt des Taterfolgs abhängig, sondern bereits die Tathandlung als solche aufgrund ihrer Eignung zur unsachgemäßen Beeinflussung der allein am Patientenwohl auszurichten Behandlungsentscheidung mit Strafe bedroht. Die Bevorzugung oder gar Schädigung eines Mitbewerbers muss nicht tatsächlich erfolgen. Es genügt, dass sie zum Gegenstand einer zumindest angestrebten Unrechtsvereinbarung gemacht wird.⁶²⁰ Die Umsetzung als abstraktes Gefährnungsdelikt entspricht dem, der Diskontinuität anheimgefallenen Hamburger Modell und der Bundesratsinitiative des Freistaates Bayern.

Nach dem Willen des Gesetzgebers verfolgen die Straftatbestände einen doppelten Rechtsgüterschutz. Schutzgüter sollen die Sicherung des fairen Wettbewerbs im Gesundheitswesen und das Vertrauen der Patienten in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen sein.⁶²¹

Da es sich bei den Normen, der Systematik des Gesetzes entsprechend, um „Straftaten gegen den Wettbewerb“ handelt, könnte man annehmen, dass ein darüberhinausgehendes Schutzgut hiermit unvereinbar sei. Dies wird teilweise auch vertreten und damit begründet, dass durch die Streichung der Pflicht zur Wahrung der

⁶²⁰ Zur vergleichbaren Situation bei § 299 StGB *Fischer* § 299 Rn. 2 b; *MK/Krick* § 299 Rn. 2; *NK/Dannecker* § 299 Rn. 11; *SK/Rogall* § 299 Rn. 15; *Rönnau/Golombek* ZRP 2007, 193, 194.

⁶²¹ So die Begründung des Gesetzgebers zur Zielsetzung der Regelungen. Vgl. Regierungsentwurf BT-Drs. 18/6446, S. 12 und Gesetzesbegründung BT-Drs. 18/8106, S. 15, 18.

heilberuflichen Unabhängigkeit und der daran anknüpfenden Bezugsentscheidung, die Grundlage für einen pluralistischen Rechtsgüterschutz entfallen sei.⁶²²

Richtig ist, dass nach der Streichung der beiden Tatvarianten in den §§ 299a, b StGB ein Verstoß gegen berufsrechtliche Pflichten zur Wahrung der Unabhängigkeit heilberuflicher Entscheidungen nur dann tatbestandsmäßig sein kann, wenn dieser dazu geeignet ist, den Wettbewerb zu beeinträchtigen. Dementsprechend müssen durch dieselbe Handlung sowohl das Vertrauen der Patienten in die Integrität der heilberuflichen Entscheidung, als auch der faire Wettbewerb im Gesundheitswesen gefährdet sein. Allerdings hat diese Koppelung nicht zur Konsequenz, dass dem Interesse der Patienten an einer unabhängigen und an ihrem Wohl ausgerichteten Behandlungsentscheidung nur ein mittelbarer Schutz zukommt, da sich der Gesetzgeber bewusst entschieden hat, beide Rechtsgüter dem Schutz des Strafrechts zu unterstellen.⁶²³ Hinzu kommt, dass der Unwertgehalt gegenüber einer ausschließlich wettbewerbsverzerrenden Pflichtverletzung höher ist, wenn die Handlung geeignet ist, beide Rechtsgüter zu gefährden.

Auf der Geberseite ist der Täterkreis völlig offen. Hier kommt jedermann, und damit insbesondere auch jeder Mitarbeiter eines pharmazeutischen Unternehmens in Betracht. Auf der Nehmerseite handelt es sich um ein, durch die besondere Pflichtenstellung des Adressatenkreises begründetes, Sonderdelikt, bei dem die Tätereigenschaft ein strafbegründendes besonderes persönliches Merkmal i. S. d. § 28 Abs. 1 StGB darstellt. Als Adressaten des Tatbestands werden dabei neben Angehörigen von akademischen Heilberufen, deren Ausübung eine durch Gesetz oder Approbationsverordnung geregelte Ausbildung voraussetzt (wie

⁶²² I. d. S. *Tsambikakis medstra* 2016, 131, 132, der dafür plädiert, den Rechtsgüterschutz auf die Sicherung des fairen Wettbewerbs im Gesundheitswesen zu beschränken. Zustimmend *Kubiciel ZMGR* 2016, 289, 290.

⁶²³ So aber *Kubiciel ZMGR* 2016, 289, 290 *Tsambikakis medstra* 2016, 131, 132.

Ärzte, Psychotherapeuten, Apotheker), auch Angehörige von Gesundheitsfachberufen, deren Ausbildung ebenfalls staatlich geregelt ist (wie etwa Gesundheits- und Krankenpfleger, Logopäden, Ergo- und Physiotherapeuten, Hebammen, psychologische Psychotherapeuten etc.), erfasst.⁶²⁴ Eingeschlossen werden nicht nur niedergelassene Ärzte, sondern auch Honorarärzte und angestellte Ärzte, dies unabhängig davon, ob sie Leistungen innerhalb der GKV oder PKV, in einer Praxis, an einem öffentlichen oder privaten Krankenhaus oder in einem medizinischen Versorgungszentrum erbringen. Durch diesen Adressatenkreis geht der Entwurf über eine bloße Schließung der vom BGH aufgezeigten Regelungslücke hinaus und kann so in einigen Konstellationen zu Überschneidungen mit den §§ 331 ff. StGB – angestellte Ärzte in öffentlich-rechtlichen Institutionen – oder § 299 StGB – angestellte Ärzte in privatrechtlichen Institutionen – führen.⁶²⁵

Im Gegensatz zur Gesetzesinitiative Bayerns, die ausschließlich verkammerte Heilberufe einbezieht, entspricht das Gesetz auch hier dem ehemaligen Hamburger Modell.

Zum Teil wird die Weite des Adressatenkreises kritisiert, weil nicht alle von der Norm erfassten Personengruppen eine Schlüsselstellung bei dem Bezug, der Verordnung und der Abgabe von Leistungen oder der Zuweisung von Patienten innehaben und es ohne diese Machtstellung an der für ein abstraktes Gefährdungsdelikt charakteristischen potenziellen Gefahr fehle. Hierin wird ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz gesehen.⁶²⁶

⁶²⁴ BT-Drs. 18/6446, S. 16. Mangels staatlicher Ausbildung nicht erfasst sind Heilpraktiker.

⁶²⁵ *Jary PharmR* 2015, 99, 101.

⁶²⁶ *BÄK Stellungnahme* vom 20.11.2015, S. 12; *BRAK Stellungnahme* 40/2015, S. 9; *Brettell/Duttge/Schuhr JZ* 2015, 929, 934; *Gaede/Lindemann/Tsambikakis medstra* 2015, 142, 148 f.; *Schröder NZWiSt* 2015, 361, 363; *Steenbreker MedR* 2015, 660, 662 der eine „extensive Definition“ des Täterkreises im Rahmen des § 299a StGB-E für nicht erforderlich hält, weil bei Angehörigen nicht akademischer Heilberufe eher eine Tatbegehung aus der Perspektive des Vorteilsgebers in Betracht komme.

Diese Kritik ist unbegründet. Nach der Rechtsprechung des BVerfG hat der Gesetzgeber in einem weiten Umfang die freie Befugnis zu einer differenzierten Tatbestandsgestaltung,⁶²⁷ zumal die schon beschriebene Leistungsdelegation zusammen mit bestehenden Leistungsbeziehungen und Abhängigkeitsverhältnissen der Berufsgruppen untereinander sehr wohl geeignet ist, eine abstrakte Gefährdung zu verursachen.⁶²⁸ Sie wirkt zudem der Annahme entgegen, dass korruptive Einflussnahmen ausschließlich bzw. vorrangig im Bereich verkammerter Heilberufe vorkommen und bei nicht akademischen Heilberufsgruppen weniger strafwürdig seien. Beides ist nicht der Fall.⁶²⁹ Auch wenn nicht akademische Heilberufsgruppen aufgrund der fehlenden Schlüsselstellung im Gesundheitssystem nicht dieselbe wirtschaftliche Bedeutung wie die Vertragsärzte haben, ist vor dem Hintergrund zunehmender Leistungsdelegationen eine Ausweitung erforderlich, da es durch die Delegation zu einer Einbeziehung dieser Berufsgruppen in Schlüsselstellungsfunktionen kommen kann. Bei einer Nichterfassung bestünde der Anreiz zur Schaffung möglicher Umgehungsstrukturen im Rahmen von Kooperationsmodellen. Dies gilt umso mehr, wenn man bedenkt, dass auch nichtärztliche Heilberufsgruppen und Hersteller von Medizinprodukten letztlich davon abhängig sind, dass die Vertragsärzte sie an der Versichertenbehandlung beteiligen. Schon deshalb, weil auch die Erstattungsfähigkeit nichtärztlicher Leistungen i. d. R. eine ärztliche Verordnung voraussetzt.⁶³⁰

Unabhängig davon ist jedes korruptive Verhalten mit vergleichbarem Unwertgehalt auch in gleichem Maße strafwürdig, zumal

⁶²⁷ So ausdrücklich BVerfG Beschl. v. 26.02.2008 – 2BvR 392/07, BVerfGE 120, 224, 253 = NJW 208, 1137 ff.

⁶²⁸ I. d. S. die Begründung zum Gesetzentwurf des Freistaats Bayern BR-Drs. 16/15, S. 17 f.

⁶²⁹ Dieser Täterkreis war bereits im Strafrechtsänderungsgesetz vorgesehen. Vgl. BR-Drs. 16/15, S. 17 f.

⁶³⁰ Zutreffend i. d. S. auch der Regierungsentwurf BT-Drs. 18/6446, S. 10.

die Leistungen für die Patienten insgesamt wichtig und notwendig sind und diese in die Integrität einer allein an ihrem Wohl orientierten heilberuflichen Behandlungsentscheidung vertrauen.⁶³¹ Zu bedenken ist dabei auch, dass sich Unterschiede bezüglich der beim Adressaten bestehenden Machtposition auch im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigen lassen. Da allerdings die Stärke und das Ausmaßes des zu sanktionierenden korruptionstypischen Machtmissbrauches und nicht die durch die berufliche Stellung begründete Position über das Unrecht entscheiden, ist die Weite des Adressatenkreises zur Verhinderung der Sozial-schädlichkeit durch Umgehungskonstellationen sachgerecht.

Umso bedenklicher ist es, dass durch die Streichung der noch im Regierungsentwurf enthaltenen Abgabeentscheidung die vom Täterkreis formal erfassten Apotheker auf der Nehmerseite faktisch nahezu vollständig als taugliche Täter ausscheiden. Nach den Ausführungen der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, soll die gesonderte Erfassung von Abgabeentscheidungen nicht erforderlich sein, weil bereits beim Bezug nur solche Produkte erfasst werden, die zur unmittelbaren Anwendung durch einen Heilberufsangehörigen und nicht nur zur Abgabe bestimmt sind. Da sich die Anwendungsbereiche überschneiden, wirke das Unrecht einer unlauteren Bezugsentscheidung in der Abgabeentscheidung nur fort und habe keine eigene, darüber hinausgehende Bedeutung.⁶³²

Dem kann nicht gefolgt werden, da durch die Begrenzung der Bezugsentscheidung auf Fälle der unmittelbaren Anwendung am Pa-

⁶³¹ BT-Drs. 18/6446, S. 16.

⁶³² BT-Drs. 18/8106, S. 15 f.

tienten nicht zwingend ist, dass der Abgabeentscheidung kein eigenständiger Anwendungsbereich verbleibt⁶³³, sondern sich dieser ebenfalls beim Apotheker eröffnet, der sowohl Bezugs- als auch Abgabeentscheidungen ohne unmittelbare Anwendung am Patienten trifft.⁶³⁴ Auch wenn es sich hierbei aufgrund der geltenden sozial- und berufsrechtlichen Regelungen um weniger beeinflussbare Entscheidungen handeln dürfte, ist zu berücksichtigen, dass sich um eine kaufmännisch tätig werdende Berufsgruppe handelt, die sich hier anzuwendende Rechtsgebiete ständig ändern und die grds. Weite des Täterkreises ihre Rechtfertigung insb. im Ausschluss von Umgehungs-konstellationen findet. Letzteres wird durch die faktische Lücke des Täterkreises auf der Nehmerseite geradezu konterkariert, da die Herausnahme der Berufsgruppe auch im Verhältnis der Apotheker zur Industrie Handlungsspielräume eröffnet, die dadurch entstehen, dass eine straflose Unrechtsvereinbarung bzgl. des Abgabeverhaltens auch zur Straflosigkeit der Tat auf der Industrieseite führt.⁶³⁵

Neben den erläuterten kritischen Fragestellungen zum Täterkreis der Delikte wurden auch die ungerechtfertigte Diskriminierung der Normadressaten gegenüber anderen Angehörigen freier Berufe ohne vergleichbare Strafnorm⁶³⁶ und die Beschränkung auf Heilberufe mit staatlich geregelter Ausbildung⁶³⁷ kritisiert sowie

⁶³³ I. d. S. *Tsambikakis medstra* 2016, 131, 132. Im Ergebnis weitergehend *Geiger medstra* 2016, 9, 13, der in der Bezugsentscheidung eine straflose Vorfeldhandlung sieht, der ggü. der Abgabeentscheidung kein eigener strafwürdiger Unwertgehalt zukomme.

⁶³⁴ So zutreffend *Tsambikakis medstra* 2016, 131, 132.

⁶³⁵ *Kubiciel ZMGR* 2016, 289, 290; *Tsambikakis medstra* 2016, 131, 132 unter Hinweis darauf, dass diese Annahme gilt, soweit der Amtsträgerbegriff nicht gilt.

⁶³⁶ So *Schneider HRRS* 2013, 473 ff., *ders.* Rechtsgutachten zu dem „Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen“ des BMJV, S. 17.

⁶³⁷ Ebenfalls *Schneider* Rechtsgutachten zu dem „Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen“ des BMJV, S. 18. Unter Hinweis darauf, dass sich ein Gleichheitsdefizit auch deshalb ergebe, weil nicht alle Heilberufe über Berufsordnungen verfügen, die strafrechtliche Fallstricke enthalten können.

die Auffassung vertreten, dass es sich bei den §§ 299a ff. StGB aufgrund des Täterkreises letztlich um verfassungsrechtlich unzulässige „Professionsdelikte“ handele⁶³⁸. Auch diese Einwände tragen nicht, da der Gesetzgeber im Strafrecht anlassbezogen handeln darf⁶³⁹ und den dementsprechenden Normen der fragmentarische Charakter des Strafrechts bereits immanent ist.⁶⁴⁰ Es ist daher auch verfassungsrechtlich zulässig, einem bestimmten Adressatenkreis spezifische Pflichten aufzuerlegen. Dass nicht alle Heilberufsgruppen erfasst werden, kann und muss dabei zugunsten der rechtsstaatlichen Zielsetzung hingenommen werden, ohne dass zwingend das Gleichbehandlungsgebot zu wahren ist.⁶⁴¹

7.2. Regelungsinhalt

7.2.1. Tathandlung

Abweichend vom Regierungsentwurf wurden im verabschiedeten Gesetz heilberufliche Abgabeentscheidungen gestrichen und Bezugsentscheidungen auf die zur unmittelbaren Anwendung durch einen Arzt oder einen anderen Heilberufsangehörigen bzw. dessen Berufshelfer bestimmte Arzneimittel, Hilfsmittel und Medizinprodukte beschränkt.

Für die Bezugsentscheidung gelten die gleichen Tatbestandsvoraussetzungen wie für die Verordnungs- und Zuführungsentscheidungen. Alle drei Alternativen werden als neue Nummern 1 bis 3 in Absatz 1 der §§ 299a ff. StGB erfasst. Hierzu normiert der Gesetzgeber die Strafbarkeit des Forderns, Sichversprechenlassens

⁶³⁸ Saliger FS Kargl 2015, 493, 503.

⁶³⁹ Im Einzelnen ist dies höchst streitig. S. d. Hillenkamp FS Kirchhoff 2013, 1349, 1358 f.

⁶⁴⁰ Ausführlich zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts Hefendehl JA 2011, 401 ff.; Kulhanek ZIS 2014, 674 ff.

⁶⁴¹ I. d. S. Kulhanek ZIS 2014, 674 der darauf hinweist, dass sich ohne die Inkaufnahme eines gewissen Fragmentcharakters ein hinreichend bestimmter Rechtsgüterschutz, der seinerseits positiv integrativ sowie negativ abschreckend präventiv wirkt, gar nicht realisieren ließe.

oder Annehmens eines Vorteils als Gegenleistung für eine unlautere Bevorzugung im Wettbewerb durch

- die Verordnung von Arznei-, Heil-, Hilfsmitteln oder Medizinprodukten,
- den Bezug von Arznei-, oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten, die zur unmittelbaren Anwendung durch den Heilberufsangehörigen oder seinen Berufshelfer bestimmt sind, oder
- die Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial.

Der Begriff des Forderns meint jede Erklärung des Täters, mit der dieser ausdrücklich oder konkludent eine unlautere Bevorzugung im Wettbewerb zum Ausdruck bringt. Da es sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handelt, kommt es nicht darauf an, dass die Forderung auch tatsächlich erfolgreich ist. Für die Vollendung ist allein entscheidend, ob die Forderung dem möglichen Geber zugeht und von diesem zur Kenntnis genommen wird. Von einem Annehmen spricht man, wenn der Vorteil durch den Täter selbst oder mit dessen Einverständnis durch einen Dritten tatsächlich entgegengenommen wird und sich Geber und Nehmer über den Gegenstand und den Zweck der Zuwendung einig sind. Ähnlich verhält es sich beim Sichversprechenlassen, auch hier ist die Einigung über den Zuwendungsgegenstand und -zweck erforderlich. Vorausgesetzt wird eine Einigung mittels zwei korrespondierender Willenserklärungen und damit eine Mitwirkungshandlung des Vorteilsgebers. Ob es tatsächlich zu einem Leistungsaustausch kommt, ist auch hier unerheblich.⁶⁴²

⁶⁴² Zu den Begrifflichkeiten der Tathandlungen s. NK/*Dannecker* § 299 Rn. 32 f. m. w. N. Da diese denen des § 299 StGB entsprechen, kann auf die hierzu bestehenden Definitionen zurückgegriffen werden.

7.2.2. Vorteilsbegriff

Der Vorteil i. S. d. Norm ist als Eigen- oder Drittverteil möglich. Er entspricht dem Vorteilsbegriff der §§ 299 ff. StGB und der §§ 331 ff. StGB. Erfasst wird demzufolge jede Zuwendung, auf die der Täter keinen Rechtsanspruch hat und die seine oder die wirtschaftliche, rechtliche oder persönliche Lage eines Dritten, dem der Vorteil zugewendet werden soll, objektiv verbessert.⁶⁴³ Durch diese sehr weiten Vorgaben werden sowohl materielle als auch immaterielle Zuwendungen als Vorteil erfasst.⁶⁴⁴ Zu nennen sind hier u. a. Einladungen zu Kongressen, Gewinnbeteiligungen, die vergütete Durchführung einer Anwendungsbeobachtung, die Teilnahme an gesponserten Fortbildungen⁶⁴⁵, die Übernahme damit verbundener Reise- und Übernachtungskosten sowie Maßnahmen zur Patientenbindung und Renommeesteigerung.⁶⁴⁶ Insgesamt entspricht das Tatbestandsmerkmal damit nach dem Willen des Gesetzgebers im Wesentlichen auch dem Vorteilsbegriff der §§ 31, 32 MBO-Ä und geht darüber sogar noch hinaus, weil es auch immaterielle Vorteile einbezieht.⁶⁴⁷

Da der weite Vorteilsbegriff auch zulässige Kooperationsformen erfasst und eine Restriktion i. d. R. erst über die konkrete Bewertung im Rahmen der Unrechtsvereinbarung erfolgt, besteht ein erhöhtes abstraktes Strafbarkeitsrisiko.⁶⁴⁸ Ob dies auch für univer-

⁶⁴³ BGH Urt. v. 11.04.2001 – 3 StR 503/00 = NJW 2001, 2558 ff. = NStZ 2001, 425 ff.; s. a. Regierungsentwurf BT-Drs. 18/6446, S. 16 f.

⁶⁴⁴ Regierungsentwurf BT-Drs. 18/6446, S. 16 f.

⁶⁴⁵ Zur Übernahme von Fortbildungskosten bei den Amtsträgerdelikten BGH Urt. v. 23.10.2002 – 1 StR 541/01, BGHSt 48, 44 ff. = NJW 2003, 763 ff.

⁶⁴⁶ BT-Drs. 18/6446, S. 17; *Jary PharmR* 2015, 99, 101; für weitere Beispiele s. *Kubiciel ZMGR* 2016, 289, 290 f.; *Tsambikakis medstra* 2016, 131, 134.

⁶⁴⁷ Vgl. Regierungsentwurf BT-Drs. 18/6446, S. 17; *Spickhoff/ Scholz MedR*, § 31 MBO Rn. 5; § 32 MBO Rn. 2; krit. *Wigge NZS* 2015, 447, 449.

⁶⁴⁸ So zutreffend *Aldenhoff/Valluet medstra* 2015, 195, 199; *Badle medstra* 2015, 2, 3 u. *medstra* 2015, 139; *Jary PharmR* 2015, 99, 101; *Kubiciel ZMGR* 2016, 289, 291; *Pragall/Handel medstra* 2015, 337, 340 ff.; *Tsambikakis medstra* 2016, 131, 134, *Wissing/ Cierniak NZWiSt* 2016, 41, 43.

sitäre Drittmittel gilt, wird sich zeigen. Entscheidend ist, inwieweit die zu den §§ 331 ff. StGB existierende Rechtsprechung zur Verneinung des Vorteils bei Beachtung des geltenden Drittmittelrechts übertragen werden kann und wird.⁶⁴⁹

Mit der Ausgestaltung als Eigen- oder Drittverteil unter Verweis auf den Vorteilsbegriff in § 299 StGB und § 331 StGB kommt eine Strafbarkeit selbst dann in Betracht, wenn nicht ersichtlich ist, dass der Täter von der Zuwendung an Dritte auch einen wenigstens mittelbaren Vorteil hat.⁶⁵⁰ Gegen die Erstreckung dieses Grundsatzes aus § 331 StGB auf § 299 StGB und nun auch die §§ 299a, 299b StGB wird bereits im Rahmen der Kommentierungen und Äußerungen zu § 299 zutreffend eingewendet, dass eine für den nach der Norm zu schützenden Personenkreis vorteilhafte Zuwendung, und sogar eine damit einhergehende Unrechtsvereinbarung, im Ergebnis keine Strafbarkeit nach sich ziehen kann. Unter Heranziehung der teleologischen Reduktion muss dies methodisch auch im Rahmen der §§ 299a ff. StGB gelten. Im Ergebnis kann daher ein Vorteil, der transparent und zugunsten des Patienten erfolgt, nicht tatbestandsmäßig sein, solange es an einem Interessenwiderstreit fehlt.

Da der Vorteil im Zusammenhang mit der Ausübung des Berufes des Heilberufsangehörigen erfolgen muss, unterfallen rein private Handlungen nicht dem Tatbestand des § 299a StGB.⁶⁵¹ Ebenfalls nicht erfasst sein sollen sozialadäquate Zuwendungen, die objektiv nicht geeignet sind, heilberufliche Entscheidungen zu beeinflussen. Hierzu führt die Begründung aus, dass damit allgemein

⁶⁴⁹ Eine Übertragung wäre sinnvoll, um die Systematik der §§ 331 ff. StGB nicht zu konterkarieren.

⁶⁵⁰ So u. a. NK/Dannecker § 299 Rn. 41, Fischer § 299 Rn 11a; Lackner/Kühl § 299 Rn. 5; SK/Rogall § 299 Rn. 49 f. jeweils m. w. N.; Erb FS Geppert, S. 97, 100 ff.; Greeve 2005, Rn. 441; Kindhäuser ZIS 2011, 461, 467 f.; Odenthal wistra 2005, 170, 172; Samson FS Sootak, 225, 237 f.; Walter Jura 2010, 511, 518; Winkelbauer FS Weber, 385, 391 ff., 393 ff.

⁶⁵¹ Zutreffend Jary PharmR 2015, 101.

übliche und geringfügige Vorteilsgaben ausgeschlossen werden sollen.⁶⁵² Eine dementsprechende explizite Beschränkung auf nicht geringfügige wirtschaftliche Vorteile ist dem Wortlaut allerdings – anders als beim Vorschlag der ehemaligen Regierungskoalition aus CDU/CSU – nicht zu entnehmen. Damit wird deutlich, dass der Gesetzgeber aufgrund des weiten Kriteriums der Sozialadäquanz keine Notwendigkeit für einen expliziten Ausschluss geringwertiger Vorteile sah und die Norm in diesem Punkt den Regelungsmechanismen des § 299 StGB und der §§ 331 ff. StGB angepasst hat.⁶⁵³ Grundsätzlich nicht sozialadäquat sollen Vorteile sein, deren Annahme den Eindruck erwecken, dass durch sie die Unabhängigkeit ärztlicher Entscheidungen beeinflusst wird und die bereits aus diesem Grund beruflich unzulässig sind. Entscheidend ist die objektive Eignung zur Willensbeeinflussung.⁶⁵⁴

Da die Geringwertigkeit über das ärztliche Berufsrecht und auch der § 7 HWG im Rahmen der §§ 299a ff. StGB mittelbar Anwendung finden und das Verbot der Bestechung und Bestechlichkeit im Gesundheitswesen für alle zum Täterkreis gehörenden Berufsgruppen gilt, stellt sich die Frage, ob hier gegebenenfalls eine dem Gleichheitsgrundsatz entsprechende Anwendung über den Tatbestand gewährleistet werden müsste. Da jedoch das Gleichheitsgebot im Strafrecht nicht zwingend gewahrt werden muss, wäre der allgemeine Ausschluss geringwertiger Vorteile kein obligatorisches, sondern allenfalls ein wünschenswertes zusätzliches Kriterium. Für eine solche Ergänzung des Tatbestandes sprächen der breite Täterkreis, die Weite des Vorteilsbegriffs und die mit einer äquivalenten Beschränkung einhergehende Erhöhung der Anlassgerechtigkeit. Dabei wäre zu bedenken, dass die Sozialadäquanz

⁶⁵² BT-Drs. 18/6446, S. 17 unter Verweis auf MK/Krick § 299 Rn. 29 und Achenbach/Ransiek/Rönnau Hdb Wirtschaftsstrafrecht, S. 307 f.

⁶⁵³ S. d. BT-Drs. 18/6446, S. 17.

⁶⁵⁴ So ausdrücklich der Regierungsentwurf BT-Drs. 18/6446, S. 17.

gerade nicht betragsbezogen ist und sich damit per se flexibler als die Geringwertigkeit darstellt, weshalb eine Bagatellgrenze zwar als weiteres Ausschlusskriterium, aber keinesfalls als Alternative zur Sozialadäquanz fungieren könnte.

7.2.3. Unrechtsvereinbarung

Für die Verwirklichung des Tatbestands muss der Vorteil aus der subjektivierten Täterperspektive als Gegenleistung für eine unlautere Bevorzugung im Wettbewerb erfolgen und sich die jeweilige Tathandlung auf eine solche Unrechtsvereinbarung beziehen.

Kern des Tatbestands ist in allen Konstellationen diese inhaltliche Verknüpfung zwischen Vorteil und Pflichtverletzung. Sie soll nur dann gegeben sein, wenn der Vorteil als Gegenleistung für eine – intendierte – unlautere Bevorzugung im inländischen oder ausländischen Wettbewerb mittels Verordnung, Bezug oder Zuführung nach § 299a Nr. 1 bis 3 StGB erfolgt.⁶⁵⁵

Unter der in § 299a Nr. 1 StGB geregelten Verordnung versteht man das Verschreiben von Arznei-, Heil-, Hilfsmitteln und Medizinprodukten zugunsten von Patienten. Ihr unterfällt jede Tätigkeit, bei der ein enger Zusammenhang mit der Verschreibung besteht.⁶⁵⁶

Als Bezugsentscheidung im Sinne des § 299a Nr. 2 StGB wird jede Form des Sich-Verschaffens erfasst.⁶⁵⁷ Nach dem Regierungsentwurf sollen Bezugsentscheidungen, die wegen ihres Verstoßes gegen Preis- und Rabattvorschriften eine unlautere Bevorzugung darstellen können, von der Strafbarkeit ausgenommen

⁶⁵⁵ Zur vergleichbaren Voraussetzung des § 299 StGB *Busch* NJW 2006, 1100 f.; *NK/Dannecker* § 299 Rn. 42 ff.

⁶⁵⁶ So bereits der Regierungsentwurf BT-Drs. 18/6446, S. 19 f.

⁶⁵⁷ I. d. S. schon der Regierungsentwurf BT-Drs. 18/6446, S. 22.

sein. Begründet wird dies damit, dass es in diesen Fällen am korruptionsspezifischen Unrechtsgehalt fehle.⁶⁵⁸ Da die Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit dem Schutz des Patienten dient, werden Vorteile, die diesem zugutekommen – wie z. B. gezielt weiterzureichende Preisnachlässe – nicht erfasst.⁶⁵⁹ Ebenfalls nicht erfasst sein sollen auch Bezugsentscheidungen, bei denen der taugliche Täter einem normalen Geschäftstätigen gleichgestellt ist, wie z. B. dann, wenn es um den Bezug von Gegenständen für den eigenen Bedarf, von Praxismöbeln oder -geräten geht, welche die Patienteninteressen nicht tangieren. In diesen Fällen wird eine unlautere Bevorzugung ausschließlich im Rahmen der §§ 299 ff. StGB relevant.⁶⁶⁰ Unklar ist, ob auch der Bezug von Praxis- und Sprechstundenbedarf unter § 299a Nr. 2 StGB fallen kann. Da beides i. d. R. auch direkt für die Patienten bezogen wird bzw. bezogen werden kann, sollte dies bejaht werden.⁶⁶¹

Dem Zuführungsbegriff des § 299a Nr. 3 StGB unterfallen Handlungen, die als Zuweisungen von § 73 Abs. 7 SGB V und § 31 MBO-Ä erfasst werden.⁶⁶² Dies sind alle Einwirkungen auf Patienten, mit dem Ziel, die Auswahlentscheidung hinsichtlich der Arzt- oder sonstigen Leistungserbringerwahl zu beeinflussen. Dabei soll auch eine mündliche oder unverbindliche Empfehlung tatbestandsmäßig sein.⁶⁶³

Die Verknüpfung des Vorteils mit der Bevorzugung bringt der Gesetzentwurf durch die Formulierung „dafür“ zum Ausdruck.

⁶⁵⁸ BT-Drs. 18/6446, S. 22.

⁶⁵⁹ BT-Drs. 18/6446, S. 22.

⁶⁶⁰ BT-Drs. 18/6446, S. 22.

⁶⁶¹ A. A. wohl *Pragal/Handel* medstra 2016, 22, 26, die diese Konstellationen eher dem unternehmerischen Bereich zuordnen.

⁶⁶² BT-Drs. 18/6446, S. 20.

⁶⁶³ BT-Drs. 18/6446, S. 20.

Vorausgesetzt wird, dass die Gegenleistung für die Vorteilsgewährung als produktbezogene und zumindest ungefähr bestimmbare, zukünftige konkrete Wettbewerbsbevorzugung erfolgt.⁶⁶⁴ Es wird eine Art synallagmatische Austauschbeziehung zwischen der Vorteilsgewährung und der Bevorzugung bei der Verordnung oder dem Bezug von Arznei-, Heil-, Hilfsmitteln und Medizinprodukten bzw. der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial begründet.

Nicht vom Tatbestand erfasst werden daher Fälle, bei denen mit der Vorteilsgabe eine in der Vergangenheit erbrachte Gegenleistung nachträglich belohnt wird, es sei denn, die Zuwendung war dieser bereits vorausgegangen. Ebenfalls nicht erfasst sind Konstellationen, in denen die Vorteilsgabe dem bloßen Anfüttern und/oder der imagefördernden Kontaktpflege dienen soll. In all diesen Fällen liegt, im Gegensatz zu den §§ 331 ff. StGB, keine zukünftige produktbezogene Unrechtsvereinbarung vor.⁶⁶⁵

Ferner setzt eine Bevorzugung bereits sachlogisch voraus, dass mindestens zwei Wettbewerber existieren und keine Monopolstellung gegeben ist.⁶⁶⁶ Einen expliziten Schutz vor Korruption im Gesundheitswesen in Monopolsituationen gibt es dementsprechend nicht. Hierzu führt der Gesetzgeber aus, dass es im Gesundheitswesen kaum zu echten Monopolsituationen komme. In der Regel seien selbst unter Patentschutz stehende Medikamente dem preislichen Wettbewerb mit Re- oder Parallelimporten ausgesetzt und häufig auch andere Arzneimittel oder Produkte als Therapiealternative zu berücksichtigen. Zudem können auch Vorteilsgewährungen durch einen Monopolisten wettbewerbsrelevant sein,

⁶⁶⁴ BT-Drs. 18/6446, S. 17.

⁶⁶⁵ So ausdrücklich der Regierungsentwurf BT-Drs. 18/6446, S. 17, der die Unrechtsvereinbarung der Bestechung und Bestechlichkeit im Gesundheitswesen ausdrücklich von der Unrechtsvereinbarung i. S. d. §§ 331 ff. StGB abgrenzt.

⁶⁶⁶ *Jary PharmR* 2015, 101 unter Bezugnahme auf die Kommentierung zu § 299 StGB in NK/*Dannecker* Rn. 55a.

wenn sie dazu dienen, künftige Wettbewerber schlechter zu stellen.⁶⁶⁷

Letzteres verkennt, dass eine solche Annahme auf einer Rechtsprechung zu § 299 StGB beruht, die auf eine extensive Interpretation des Wettbewerbsbegriffs zurückzuführen ist, der mit der Neuausrichtung des § 299 StGB am Geschäftsherrenmodell die Grundlage entzogen sein dürfte.⁶⁶⁸ Im Rahmen einer Monopolstellung von wettbewerbsrelevanten Handlungen auszugehen, ist systematisch verfehlt.

Hinzu kommt, dass diese Argumentation dem Gesetzgeber selbst eine gewisse Inkonsequenz bescheinigt, weil sie vor allem darauf zurückzuführen sein dürfte, dass man die noch im Regierungsentwurf enthaltene Auffangalternative des § 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB-RegE aufgrund verfassungsrechtlicher Bedenken gestrichen hat. Die Vorschrift sollte, in Fällen, in denen es an einem wirtschaftlichen Konkurrenzverhältnis fehlt und/oder es um die Verordnung nicht indizierter Leistungen geht, als Auffangtatbestand fungieren und damit nach dem ursprünglichen Willen des Gesetzgebers insb. Schutzlücken in diesen beiden Bereichen schließen.⁶⁶⁹ Nunmehr geht die Begründung des Gesetzes davon aus, dass § 299a StGB auch in diesen Konstellationen Anwendung findet und damit die zuvor angenommenen Schutzlücken nicht bestehen.⁶⁷⁰ Diese Annahme ist unzutreffend und erweckt den Eindruck einer ergebnisorientierten Schlussfolgerung. Nach der hier vertretenen Auffassung wäre es systematisch korrekt und i. S. e. langfristig flexibleren Anwendung der Norm gewesen, eine verfassungskonforme Auffangregelung zu normieren.

⁶⁶⁷ BT-Drs. 18/8106, S. 16 f.

⁶⁶⁸ So zutreffend *Hoven* NSTZ 2015, 553, 556. Im Ergebnis wohl auch *Tsambikakis medstra* 2016, 131, 136.

⁶⁶⁹ Vgl. Regierungsentwurf BT-Drs. 18/6446, S. 20, 23, s. d. *Schneider/Ebermann* A&R 2015, 202, 205; *Wissing/Cierniak* NZWiSt 2016, 529, 530 f.

⁶⁷⁰ BT-Drs. 18/8106, S. 16 f.

Die Sinnhaftigkeit einer solchen Regelung zeigt sich auch die Tatsache, dass z. B. neue innovative Arzneimittel mit einem Indikationsbereich, in dem es lange Zeit keine therapeutischen Weiterentwicklungen gab, sehr wohl eine vorübergehende Monopolstellung einnehmen können und dabei nicht zwingend im Wettbewerb mit Re- oder Parallelimporten stehen, wenn der Hersteller die Warenströme entsprechend steuert. Zudem fehlt es an der wirtschaftlichen Grundlage für einen Parallelimport, wenn der Markt oder die Marge aus Sicht des Importeurs nicht lukrativ genug sind. Ähnlich verhält es sich in Konstellationen seltener Erkrankungen, wenn nur ein Arzneimittel zur Behandlung zugelassen ist und mangels Patientenzahl und Preisstruktur kein Anreiz für Importe und Neuentwicklungen besteht.

Ebenfalls nicht erfasst werden Fälle, in denen die Vorteilsgabe zur Generierung einer Verordnung ohne medizinische Indikation erfolgen soll, wie z. B. bei Konstellationen, in denen ein Arzt seinem Patienten zwar ein für die Behandlung der Erkrankung zugelassenes Arzneimittel verordnet, dies aber in einem Umfang tut, der nicht für den Eintritt des Behandlungserfolges, sondern für die seinen Vorteil begründenden Verordnungszahl erforderlich ist. Hier führt bereits die Rechtswidrigkeit der Verordnung dazu, dass sich diese außerhalb des geschützten Wettbewerbs befindet.⁶⁷¹

Bedenkt man, dass die im Regierungsentwurf konkretisierte Aufgangsalternative, neben den hier beispielhaft aufgezeigten Konstellationen, auch bislang unbekannte Fälle mit vergleichbarem Unwertgehalt erfasste, wird die Bedeutung der Schutzlücken deutlich, die der Gesetzgeber ohne Not in Kauf nimmt. Dies ist

⁶⁷¹ S. d. *Fischer* § 299 Rn. 5; *Tsambikakis medstra* 2016, 131, 137; a. A. BT-Drs. 18/806, S. 16 f. mit der Begründung, dass strafbare Korruption auch vorliegen könne, wenn nur die einzelne Handlung, nicht aber das gesamte Geschäftsmodell illegal sei.

vor allem deshalb bedauerlich, weil vor dem Hintergrund der unvorhersehbaren Kooperationskreativität der Akteure nicht auszuschließen ist, dass es Fälle geben kann und wird, in denen es ausschließlich um den Schutz von Patienten- und Allgemeinwohlintereessen geht. Gerade diese sollten dem Schutz der Norm unterfallen, wenn man – dem Willen des Gesetzgebers entsprechend – einen doppelten Rechtsgüterschutz zugrunde legt.

Ob es durch die Handlungen tatsächlich zu einer Bevorzugung im Wettbewerb kommt, ist unerheblich. Diese muss lediglich Gegenstand der Unrechtsvereinbarung sein, da es sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handelt.⁶⁷²

Im Übrigen dürfte sich der Nachweis der Unrechtsvereinbarung generell eher schwierig gestalten, weil es überwiegend an einer prozesstauglichen, schriftlich dokumentierten Übereinkunft fehlen wird und häufig auch der Nachweis einer konkludenten oder stillschweigenden Unrechtsvereinbarung nicht zu erbringen sein wird. Dies gilt vor allem dann, wenn nicht dargelegt werden kann, dass die Vorteilsgaben als Gegenleistung für die Vornahme bestimmter Bevorzugungshandlungen erfolgten. Es ist daher davon auszugehen, dass der Nachweis der Unrechtsvereinbarung künftig hauptsächlich auf der Grundlage von Indizienbeweisen geführt werden muss. Hierbei stellt sich die Frage, ob eine langfristige oder permanente Zusammenarbeit als Anlass für die Annahme einer Unrechtsvereinbarung genügt. Dies sollte verneint werden, solange keine weiteren besonderen Umstände – wie z. B. Scheinverträge oder nicht äquivalente Leistungsverhältnisse – vorliegen.

Die konkrete Bevorzugung im Wettbewerb muss darüber hinaus auch unlauter sein. Unlauter ist eine Bevorzugung, wenn sie gegen die Grundsätze des redlichen Geschäftsverkehrs verstößt,

⁶⁷² *Tsambikakis medstra* 2016, 131, 136; *Wissing/Cierniak NZWiSt* 2016, 41, 43.

weil sie geeignet ist, Mitbewerber durch die Umgehung von Wettbewerbsregelungen und die Ausschaltung der Konkurrenz zu schädigen.⁶⁷³ Zu bejahen ist dies, wenn die beabsichtigte Besserstellung, gemessen an den Grundsätzen eines fairen Wettbewerbs, nicht ausschließlich auf sachlichen Erwägungen, sondern gerade auch auf der Vorteilsgewährung beruht.⁶⁷⁴ In Anbetracht dieses Inhalts stellt sich die Frage nach der eigenständigen Bedeutung des Merkmals, weil eine ausschließlich am Wohl des Patienten orientierte und aus sachlichen Motiven getroffene Entscheidung i. d. R. bereits durch das Vorliegen der Unrechtsvereinbarung ausgeschlossen sein wird.⁶⁷⁵ Da es jedoch auch Fälle branchenüblich sozialadäquater oder gesetzlich erlaubter und sogar erwünschter Zuwendungen gibt, denen eine sachwidrige Entscheidung gerade nicht immanent ist, ist zusätzlich zur allgemeinen Unrechtsvereinbarung eine weitere eigenständige Spezifizierungen notwendig, um den Besonderheiten des Gesundheitswesens und den dort herrschenden Regelungs- und Regulierungsmechanismen gerecht zu werden. Es ist geradezu erforderlich, über zusätzliche Kriterien gesetzlich erlaubte und branchenüblich sozialadäquate Zuwendungen von einer entsprechenden Indizwirkung zu befreien, um Fälle gesellschaftlich erwünschter Zusammenarbeit von der Strafbewährung widerspruchsfrei ausnehmen zu können.⁶⁷⁶ Dies entspricht auch der Rechtsprechung des

⁶⁷³ I. d. S. *Fischer* § 299, Rn. 16.

⁶⁷⁴ So die h. M. zu § 299: BGH Urt. v. 13.05.1952 – 1 StR 670/51, BGHSt 2, 396, 401 f. = NJW 1952, 898 ff.; Urt. v. 18.06.2003 – 5 StR 489/02 = NJW 2003, 2996, 2997; NK/*Dannecker* § 299 Rn. 53, MK/*Krick* § 299 Rn. 19 *Fischer* § 299 Rn. 16; Sch/Sch/*Heine/Eisele* § 299 Rn. 19; LK/*Tiedemann* § 299 Rn. 42 jeweils m. w. N.

⁶⁷⁵ Vgl. NK/*Dannecker* § 299 Rn. 53, der die Unlauterkeit als eigenes Tatbestandsmerkmal für überflüssig hält. Ebenso MK/*Krick* § 299 Rn. 19; *Fischer* § 299 Rn. 16; LK/*Tiedemann* § 299 Rn. 42.

⁶⁷⁶ S. Regierungsentwurf BT-Drs. 18/6446, S. 20 f.

BVerfG zur Auslegung von Strafgesetzen und dem dabei zu beachtenden Verschleifungsverbot.⁶⁷⁷ Dieses im Rahmen der Untreue zum Verhältnis von Pflichtwidrigkeit und Schaden entwickelte allgemeine Prinzip⁶⁷⁸ ist Ausdruck der Lehre vom Vorrang des Gesetzes und damit Folge der allgemein geltenden verfassungsrechtlichen Grundsätze des Art. 20 Abs. 3 GG. In Anlehnung daran verbietet sich auch im Fall der Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen der regelhafte Rückschluss von einer Unrechtsvereinbarung auf die Unlauterkeit der Zuwendung. Ein solcher entspräche nicht der Intention des Gesetzgebers, wonach der Unlauterkeit im Verhältnis zur Unrechtsvereinbarung eine konkretisierende strafbarkeitsbegrenzende und damit eigenständige Funktion zukommt.⁶⁷⁹

Für die konkretisierende Bewertung, ob die Bevorzugung gesetzlich erlaubt und branchenüblich sozialadäquat ist, sollen die berufs-, sozial- und wettbewerbsrechtlichen Regelungen für den Austausch von Waren und Dienstleistungen und die Zusammenarbeit mit Dritten im Gesundheitswesen entscheidend sein.⁶⁸⁰ Diese Anknüpfung an Begriffsbildungen anderer Rechtsgebiete, ohne dabei den Inhalt der einzelnen Vorschriften zu einer neuen eigenständigen Strafnorm werden zu lassen, macht die Voraussetzung der Unlauterkeit systematisch zu einem normativen Tatbestandsmerkmal⁶⁸¹, das nach dem Willen des Gesetzgebers

⁶⁷⁷ BVerfG, Beschluss vom 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08; 2 BvR 105/09; 2 BvR 491/09, BVerfGE 126, 170 ff. = NJW 2010, 3209 ff.

⁶⁷⁸ Zu dem im Rahmen der Untreue zwischen Pflichtwidrigkeit und Schaden bestehenden verfassungsrechtlichen Verschleifungsverbot s. a. B. 3.1.

⁶⁷⁹ I. d. S. zur Unlauterkeit bei § 299 StGB SK/Rogall § 299 Rn. 69; Tiedemann BT Rn. 208; ders. FS Rissing van Saan 2011, S. 685, 690 ff. jeweils m. w. N.

⁶⁸⁰ BT-Drs. 18/6446, S 17.

⁶⁸¹ A. A. SK/Rogall § 299 Rn. 69, der in der Unlauterkeit des § 299 StGB ein sog. „teilspektbewertendes Merkmal“ sieht und bzgl. des Charakters des Merkmals auf SK/Rudolphi/Stein § 16 Rn. 17 und damit die Ausführungen zur Einordnung als Blankettkennzeichen verweist.

Raum für Berufs- bzw. sozialrechtliche Kooperationen und Zuwendungen schaffen und lassen soll.⁶⁸² Im Fall der §§ 299a ff. StGB bedeutet dies, dass der Vorteilsgewährung nur dann die für die Tatbestandsmäßigkeit erforderliche abstrakte Gefahr einer unsachlich motivierten Entscheidung innewohnt, wenn sie auf einem berufs-, sozial- oder wettbewerbsrechtlich verbotenen Verhalten beruht, das als feststehender Regelungseffekt und damit als eine Art Zwischenergebnis für die wertende Auslegung und damit die Bestimmung der Strafbarkeit übernommen werden kann.⁶⁸³

Nicht vom Tatbestand erfasst werden berufs- und sozialrechtlich zulässige Formen der Zusammenarbeit der Leistungserbringer mit der Industrie und der Leistungserbringer untereinander. Hierzu zählen z. B. die Teilnahme an ethischen Anwendungsbeobachtungen,⁶⁸⁴ solange diese nach den Vorgaben des § 67 Abs. 6 AMG und mit angemessener Vergütung erfolgt, die berufs- und sozialrechtsrechtskonforme Teilnahme an berufsrechts- und kodexkonformen industriegesponsorten Fortbildungsveranstaltungen gemäß § 32 Abs. 2 MBO-Ä und an Modellen der integrierten Versorgung nach § 140a SGB V sowie die Annahme regulärer, d. h. nach den Vorgaben des § 47 Abs. 4 S. 1 AMG abgegebener Arzneimittelmuster.⁶⁸⁵ Für die Zulässigkeit der Teilnahme an Fortbildungsveranstaltungen ist weiterhin eine

⁶⁸² Vgl. BReg-Drs. 360/15 v. 14.08.2015, S. 17 f.

⁶⁸³ Zur Abgrenzung von normativen Merkmalen und Blankettmerkmalen s. *Otto* Jura 2005, 538; *Puppe* GA 1990, 162 ff.

⁶⁸⁴ Eine Anwendungsbeobachtung (sog. AWB) ist eine Beobachtungsstudie, die dazu bestimmt ist, Erkenntnisse bei der Anwendung zugelassener oder registrierter Arzneimittel zu sammeln. Ziel ist die Beobachtung von Behandlungsmaßnahmen in der routinemäßigen Anwendung durch Arzt und Patient. Sie sind eine Untergruppe der nichtinterventionellen Prüfungen im Sinne von § 4 Abs. 23 S. 3 Arzneimittelgesetz (AMG). S. d. Definition des BfArM und PEI unter: <http://www.pei.de/DE/infos/pu/genuehmigung-klinische-pruefung/anwendungsbeobachtungen/anwendungsbeobachtungen-node.html> (Stand: 11.02.2016).

⁶⁸⁵ Als Beispiel aus dem Arzneimittelbereich führt der Entwurf in der Begründung zur Einordnung der viel kritisierten Anwendungsbeobachtungen aus, dass diese als „forschungs- und gesundheitspolitisch wünschenswert“ angesehen werden, solange sie nicht „dem reinen Marketing“ dienen.

Ausnahme bei der Zusammenarbeit mit Ärzten aus Niedersachsen zu machen, weil diese berufsrechtlich keine dem § 32 Abs. 2 MBO-Ä entsprechende Regelung in ihre Berufsordnung übernommen haben. Da jedoch die Grenzziehung zwischen erlaubten und verbotenen Verhaltensweisen nach dem geltenden Berufs- und Sozialrecht häufig schwierig ist, wird die weitere Entwicklung dieser Gesetze auf die Ausstrahlungswirkung der geplanten Strafnorm erheblichen Einfluss haben. Gerade dies ist jedoch problematisch, wenn die Interessenvertretungen der Normadressaten und damit im Grunde die Vertragsärzte selbst über die Kassenärztlichen Vereinigungen letztlich die Voraussetzungen und Grenzen des Straftatbestandes mitbestimmen.⁶⁸⁶

Ebenfalls nicht tatbestandsmäßig sind grundsätzlich auch Handlungen im reinen Privatbereich, da sie nicht im Zusammenhang mit der Ausübung des Berufs erfolgen.⁶⁸⁷ Gleiches gilt für Vorteilsgaben ohne eine zumindest gewollte Produktbevorzugung. Ihnen fehlt sowohl die Unrechtsvereinbarung als auch die Unlauterkeit.

Hierzu wurde bereits in der Begründung des Regierungsentwurfs pauschalisierend klargestellt, dass sozialrechtlich zulässige Vorteilsgewährungen der Krankenkassen an Ärzte sinnvolle Steuerungsmechanismen und damit keine unzulässigen Gegenleistungen für ein bestimmtes Ordnungsverhalten darstellen. Begründet wird dies mit dem Argument, dass sie der Sicherung der Wirtschaftlichkeit dienen.⁶⁸⁸ Da sich selbst bei Konstellationen ohne Erfüllung dieser Anforderungen die Frage einer Strafbarkeit des Verhaltens nur stellt, wenn es nicht um eine nach § 128 Abs. 6 SGB V und/oder nach § 84 Abs. 4 SGB V zulässige Handlung

⁶⁸⁶ So zutreffend bereits *Schneider*, Rechtsgutachten zu dem „Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen“ des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, S. 19.

⁶⁸⁷ Explizit i. d. S. BT-Drs. 18/6446, S. 20.

⁶⁸⁸ So BT-Drs. 18/6446, S. 19.

geht, sind Verordnungsbeeinflussungen durch die Krankenkassen in der Praxis zulässig, solange sie mit entsprechenden Lenkungs- und Steuerungsinteressen verbunden sind. Dieses Ergebnis ist unbefriedigend, da ein genereller Ausschluss der Tatbestandsmäßigkeit durch ein Lenkungs- und Steuerungsinteresse eine realitätsferne einseitige Besserstellung der gesetzlichen Krankenkassen begründet. Auch wenn Bonuszahlungen auf sozialrechtlicher Grundlage dem wirtschaftlichen Wettbewerb dienen, sind sie nicht zwangsläufig immer auch im Interesse der Patienten. Gerade im Bereich der Arzneimittelversorgung werden über die Ziele in den Arzneimittelvereinbarungen nach § 84 Abs. 1 Nr. 2 SGB V häufig auch Anreize zur Verordnung kostengünstiger Arzneimittel gesetzt, die nicht der optimalen Behandlung entsprechen. Verordnungsanreize dieser Art verletzen auch das aus dem Arzt-Patienten-Verhältnis entspringende Vertrauen in eine allein am Patientenwohl ausgerichtete medizinische Behandlungs- und Verordnungsentscheidung des Arztes und damit die Pflicht zur heilberuflichen Unabhängigkeit.

In subjektiver Hinsicht bestehen keine Besonderheiten. Vorausgesetzt wird, dass der Täter zumindest mit *dolus eventualis* bezüglich der objektiven Tatbestandsmerkmale handelt. Dabei muss sich der Vorsatz im Rahmen der Nr. 1 insbesondere auch auf die Eignung des Vorteils als Gegenleistung für eine Bevorzugung im Wettbewerb und die Unlauterkeit erstrecken.

Erforderlich ist, dass der Täter die tatsächlichen Voraussetzungen der Unlauterkeit kennt und eine Parallelwertung in der Laiensphäre vornimmt, die nicht zwingend zu einer zutreffenden Subsumtion führen muss. Ein entsprechender Irrtum über die Abgrenzung von lauterer und unlauterer Bevorzugung kann ein Tatbestandsirrtum nach § 16 Abs. 1 StGB darstellen und den Vorsatz

entfallen lassen.⁶⁸⁹ Dabei stellt sich die berechnete Frage, ob bzw. wann das Bewusstsein der Unlauterkeit zum Vorsatz gehört, weil die Unlauterkeit selbst als Tatbestandsmerkmal zwar vom Vorsatz erfasst sein muss, sich ihr Inhalt aber an Hand externer Ausfüllungsnormen bestimmt und damit auch einer Wertung unterliegt. Für eine zutreffende Bewertung ist eine, an den allgemeinen Grundsätzen ausgerichtete, Einzelfallbetrachtung vorzunehmen, bei der von einem Tatbestandsirrtum i. S. d. § 16 StGB auszugehen ist, wenn sich der Täter über einzelne Voraussetzungen der außerstrafrechtlich geregelten Pflichten irrt. Handelt er hingegen in Unkenntnis des Bestehens einer Ge- oder Verbotsnorm, liegt ein nach § 17 StGB zu behandelnder Verbotsirrtum vor. Dies gilt auch, wenn er sich in Kenntnis aller Umstände über die Grenzen einschlägiger berufs-, sozial- wettbewerbsrechtlicher Regelungen irrt, da die Grenzziehung regelmäßig eine wertende Beurteilung voraussetzen wird.⁶⁹⁰

Die Tathandlung des Forderns setzt subjektiv voraus, dass der Täter die angebotene Unrechtsvereinbarung anstrebt und er mit der Möglichkeit rechnet, dass der Vorteilsgeber diese erkennt, während es für ein Sichversprechenlassen und Annehmen genügt, dass sich der Täter der Unrechtsvereinbarung bewusst ist und weiß, dass der Vorteilsgeber in Kenntnis ihrer Tragweite zugestimmt hat.⁶⁹¹

⁶⁸⁹ Zur insoweit vergleichbaren subj. Tatseite des § 299 s. Sch/Sch/Heine § 299 Rn. 29; LK/Tiedemann § 299 Rn. 51.

⁶⁹⁰ Ausführlich zum Vorsatzinhalt bei normativen Tatbestandsmerkmalen *Frister* AT, 11. Kap. Rn 33 ff.

⁶⁹¹ Bzgl. der subj. Anforderungen der entsprechenden einzelnen Tathandlungen des § 299 s. NK/Dannecker § 299 Rn. 57 f.

7.3. Rechtsfolgen, Strafschärfungen, Konkurrenzen und Strafverfolgung

In Anlehnung an die §§ 299, 331 Abs. 1, 333 Abs. 1 StGB soll eine Tat nach § 299a u. § 299b StGB mit Geld- und Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bedroht sein.

In § 300 S. 2 StGB werden die für § 299 StGB geltenden besonders schweren Fälle auf die Bestechung und Bestechlichkeit im Gesundheitswesen erstreckt. Die dort normierten Regelbeispiele sind mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bedroht und greifen bei dem Vorliegen eines Vorteils großen Ausmaßes (Nr. 1) und gewerbsmäßigem Handeln (Nr. 2, 1. Alt.) sowie der bandenmäßigen Begehung (Nr. 2, 2. Alt.). Gerade ein gewerbsmäßiges Handeln dürfte auch bei Vertragsärzten schnell erfüllt sein. Insoweit erscheint es zumindest fraglich, ob es sich dabei nicht um Konstellationen handeln könnte, bei denen von einer typischen Erhöhung des Schuldgehaltes auszugehen wäre. Auf der Geberseite wird dies aufgrund der unternehmerischen Tätigkeit i. d. R. nicht nur bei der Gewerbsmäßigkeit, sondern auch bei den anderen Regelbeispielen der Fall sein.

Nicht als Strafgrund enthalten ist der Fall, dass der Täter einen anderen Menschen in die Gefahr einer erheblichen Gesundheitsschädigung bringt. Dies sah allein die Bundesratsinitiative Bayerns vor. Da die Strafschärfung über Strafzumessungsregeln erfolgt, sind die im Gesetz aufgezählten Beispiele exemplarisch und nicht abschließend, so dass grundsätzlich Raum für die Ahndung weiterer vergleichbarer unbenannter schwerer Fälle bleibt. Denkbar wäre daher auch, dass Fälle einer korruptionsbedingten Gesundheitsgefährdung oder Gesundheitsschädigung erfasst werden können und es sich strafschärfend auswirkt, wenn der Patient durch die Unrechtsvereinbarung in die Gefahr einer erheblichen Gesundheitsgefährdung gebracht wird oder es sogar zum Eintritt einer Gesundheitsschädigung kommt.

Da die Integrität heilberuflicher Entscheidungen gerade auch der Unabhängigkeit einer allein am Patientenwohl orientierten Behandlung dient, schützt das Gesetz als weiteres Rechtsgut auch explizit die Gesundheit des Patienten und stärkt so das Vertrauen der Bürger in die Durchsetzbarkeit einer Behandlung, bei der allein ihre Gesundheit im Mittelpunkt steht. Allerdings wird die Gesundheit der Patienten bereits vollumfänglich vom Rechtsgüterschutz der Körperverletzungsdelikte erfasst. Eines weiteren inhaltlich identischen Schutzes über die §§ 299a und § 299b StGB bedarf es daher nicht.⁶⁹²

Strafschärfend wirkt es, wenn ein Täter die Tat gewerbsmäßig, unter Vorliegen eines Vorteils großen Ausmaßes oder als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, begeht. Insoweit ist sicherzustellen, dass die Tatbegehung als besonders schwerer Fall in der Praxis nicht zum Regelfall avanciert, zumal in diesen Fällen über § 302 StGB das rechtswidrig erlangte Vermögen abzuschöpfen wäre, und zwar auch dann, wenn dessen Herkunft aus einer konkreten, abgeurteilten Straftat nicht festgestellt werden kann.

Ein Vorteil großen Ausmaßes liegt vor, wenn sich die Zuwendung in deutlichem Maße vom Durchschnitt der wettbewerbswidrigen Zuwendungen abhebt. Eine konkrete Wertbemessungsgrenze existiert nicht, da der BGH bezogen auf §§ 299, 300 Nr. 1 StGB bislang offengelassen hat, ob die Bestimmung einer Untergrenze tatsächlich notwendig ist.⁶⁹³

⁶⁹² So auch *Gädigk* medstra 2015, 268, 271 mit dem Hinweis, dass eine schwere Gesundheitsschädigung durch die Tathandlungen selten eintreten dürfte. Zustimmung *Tsambikakis* medstra 2016, 131, 139 unter Verweis auf den zweifelhaften doppelten Rechtsgüterschutz.

⁶⁹³ BGH Beschl. v. 03.09.2015 – 1 StR 235/14 = NStZ-RR 2015, 278, 280.

Bezüglich der inhaltlichen Anforderungen an die Gewerbsmäßigkeit und die Eigenschaften einer Bande ergeben sich keine Besonderheiten. Es gelten die hierzu entwickelten Grundsätze einschließlich der insoweit bestehenden Problemfragen.

Bei der Bestimmung der Konkurrenzen im Verhältnis zu anderen Korruptionstatbeständen ist zu differenzieren. Zur Vorschrift des § 299 StGB soll nach der Begründung des Regierungsentwurfs regelmäßig Tateinheit bestehen, weil die Schutzrichtungen der Normen gerade nicht vollständig identisch sind.⁶⁹⁴ Vergegenwärtigt man sich, dass die §§ 299a ff. StGB von einem pluralistischen Rechtsgüterschutz ausgehen, der auch das Vertrauen der Patienten in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen schützt, ist dem zuzustimmen. Allerdings – und hier gilt es zu differenzieren – lässt sich diese Bewertung nicht auf die Bereiche übertragen, in denen Rechtsgüter betroffen sind, deren Schutz nur mittelbar über §§ 299a u. b StGB erfolgt. In diesen Fällen ist von der Spezialität ggü. § 299 StGB auszugehen.⁶⁹⁵

Für die Feststellung der Konkurrenzen im Verhältnis zu den §§ 331 ff. StGB soll es auf die zu den §§ 299, 331 ff. StGB bestehenden Grundsätze ankommen.⁶⁹⁶ Auch dies ist nicht unproblematisch, weil streitig ist, ob die §§ 331 ff. grds. die spezielleren Normen darstellen oder auch in Tateinheit zu § 299 StGB stehen können.⁶⁹⁷ Da die Delikte der Amtsträgerbestechung das bedeutendere Rechtsgut schützen, die §§ 299a ff. aber die spezifischeren tatbestandtauglichen Handlungen für einen speziellen Täterkreis normieren, wird es letztlich auf die Zielrichtung der Handlung ankommen. In Fällen, in denen der Handlungsfokus im Bereich der Beeinträchtigung der Lauterbarkeit des öffentlichen

⁶⁹⁴ Vgl. BT-Drs. 18/6446, S. 16.

⁶⁹⁵ So zutreffend *Tsambikakis medstra* 2016, 131, 139.

⁶⁹⁶ Regierungsentwurf BT-Drs. 18/6446; S. 16.

⁶⁹⁷ Zum Ganzen m. w. N. NK/*Dannecker* § 299 Rn. 90.

Dienstes liegt, liegt es nahe, die §§ 331 ff. StGB als *lex specialis* zu werten, in den übrigen Fällen die §§ 299a ff. StGB. Auf diese Weise besteht auch nicht die Gefahr einer Benachteiligung von „Amtsträger-Heilberufsangehörigen“, da in Fällen, in denen eine Dienstherrengenehmigung i. S. d. § 331 Abs. 3 StGB vorliegt, der Amtsträger im Vertrauen auf das Vorliegen der Genehmigung handeln kann, ohne sich Gedanken über deren Anwendbarkeit machen zu müssen.⁶⁹⁸

Hinsichtlich des Konkurrenzverhältnisses zu korruptionsfremden oder spezifischen Begleitdelikten, ist mit dem Regierungsentwurf die Annahme von Tateinheit vorgesehen.⁶⁹⁹

Eine Unterstützung der Strafverfolgung mittels Ergänzung des § 100a Abs. 2 Nr.1 Litr. r StPO um Fälle der §§ 299a ff. StGB sieht das Gesetz nicht vor. Sie war ausschließlich im Vorschlag der Länder Hamburg und Mecklenburg-Vorpommern enthalten. Danach sollte die Telekommunikationsüberwachung auch für besonders schwere Fälle der Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen möglich sein. Dies entsprach der bestehenden Regelung zu den §§ 299, 300 StGB und war vorgesehen, um den Nachweis der Unrechtsvereinbarung zu erleichtern, die typischerweise durch heimliche und verschleierte Absprachen getroffen wird.

Anders als noch im Regierungsentwurf⁷⁰⁰ sind die Delikte als Offizial-, und nicht als relative Antragsdelikte ausgestaltet. Hierzu führt die Gesetzesbegründung aus, dass die Integrität heilberuflicher Entscheidungen ein überindividuelles Rechtsgut von großer Bedeutung darstelle, dessen Verletzung i. d. R. die Allgemeinheit

⁶⁹⁸ Diesbezügliche Bedenken äußert *Tsambikakis medstra* 2016, 131, 139f. Er sieht eine mögliche Lösung darin, bei einer Genehmigung, eine unlautere Bevorzugung grds. zu verneinen.

⁶⁹⁹ Vgl. BT-Drs. 18/6446; S. 16.

⁷⁰⁰ Zur ursprünglich geplanten Änderung des § 301 StGB: BT-Drs. 18/6446; S. 7.

berühre und sich nicht über die Ahndung eines Strafantragserfordernisses rechtfertigen lasse.⁷⁰¹

Diese Begründung verfährt nicht. Zwar waren die §§ 299a ff. StGB-E entsprechend ihrer Eigenschaft als relative Antragsdelikte nur bei einem Strafantrag der Antragsberechtigten oder einem vorliegenden öffentlichen Interesse verfolgbar, allerdings mit einem weit gefassten Kreis der Antragsberechtigten. Hierzu zählten gemäß § 301 StGB-E die Verletzten (Mitbewerber und Patienten), berufsständische Kammern, rechtsfähige Berufsverbände, gesetzliche Kranken- und Pflegekassen sowie private Kranken- und Pflegeversicherungsunternehmen des Verletzten.⁷⁰²

Gegen die Ausgestaltung als Officialdelikt spricht auch der Vergleich mit § 299 StGB, der ebenfalls ein relatives Antragsdelikt darstellt. Es ist kein Grund ersichtlich, der die ohnehin weit über den Regelungsrahmen des § 299 StGB hinausgehenden §§ 299a ff. StGB zwingend als Officialdelikte qualifiziert, zumal die einzelfallbezogene Prüfung eines besonderen öffentlichen Interesses in der Praxis letztlich nichts anderes als eine bloße bejahende Feststellung der Staatsanwaltschaft voraussetzt, die keiner gerichtlichen Überprüfungsmöglichkeit unterliegt.⁷⁰³ Selbst die Einbeziehung des Patientenwohls in den Rechtsgüterschutz führt nicht zwangsläufig zu einer Ausgestaltung als Officialdelikt, da es häufig gerade an einer zumindest mit bedingtem Vorsatz vorgenommenen Gesundheitsschädigung des Patienten fehlen wird und sich damit im Grunde auch aus dem Vergleich mit den

⁷⁰¹ So ausdr. BT-Drs. 18/8106; S. 17 f.

⁷⁰² Zu kritisieren war allein, dass auch die Krankenkassen – ohne selbst Verletzte i. S. d. Norm zu sein – einbezogen wurden, dies aber nicht gleichermaßen auch für Beihilfeträger sowie private Kranken- und Pflegeversicherungen galt. Hier hätte angepasst werden müssen.

⁷⁰³ So zutreffend *Jary PharmR* 2015, 104 unter Verweis auf BVerfG Urt. v. 08.05.1979 – 2 BvR 782/78, BVerfGE 51, 176; BGHSt 16, 225 = NJW 1979, 1591 ff. zum Gegenstand der fehlenden gerichtlichen Überprüfung.

§§ 229, 230 StGB eine Einordnung als relatives Antragsdelikt ergeben würde.

Da jedoch gerade seitens der Krankenkassen vorgetragen wurde, dass ein relatives Antragsdelikt der Bedeutung der Thematik nicht ausreichend gerecht wird, dürfte der Hauptgrund für die Normierung als Officialdelikt vor allem darin liegen, dass die Kassen nach dem Entwurf des BMJV zwar strafantragberechtigt, nicht aber Verletzte i. S. d. § 301 StGB-E waren und damit im Falle einer Einstellung durch die Staatsanwaltschaft nicht die Möglichkeit gehabt hätten eine öffentliche Klage zu erzwingen.⁷⁰⁴

Im Übrigen wäre eine Ausweitung auch deshalb nicht erforderlich, weil die Krankenkassen bereits mit den Erweiterungen des § 81a SGB V und des § 197a SGB V vermehrt Ermittlungen initiieren können.

Gerade die Kombination der Etablierung einer neuen Strafnorm mit unterstützenden Änderungen in § 81a SGB V und § 197a SGB V ist als Besonderheit von überragender Bedeutung, da hierdurch der Austausch und die Zusammenführung relevanter Informationen bei der Staatsanwaltschaft ganz erheblich gesteigert werden kann. Zum besseren Verständnis soll auf diese Neuerungen daher noch einmal kurz eingegangen werden.

Die §§ 81a u. 197a SGB V regeln die Aufgaben der Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen bei den Kassenärztlichen Vereinigungen und der Kassenärztlichen Bundesvereinigung (§ 81a SGB V) bzw. den Krankenkassen und dem

⁷⁰⁴ Vor dem Hintergrund des mit der Norm bezweckten Rechtsgüterschutzes, wonach das Vermögen der Krankenkassen gerade nicht separat, sondern allenfalls mittelbar vom Schutzbereich erfasst wird, war dies konsequent. Hinzu kommt, dass das Kassenvermögen bereits durch die Vermögensschutzdelikte des Betruges und – entgegen der hier vertretenen Auffassung – der Untreue geschützt wird bzw. geschützt sein kann. Beide Delikte gehören zum weiten Kreis der Korruptionsdelikte, weshalb es auch keiner darüberhinausgehenden Erstreckung des Rechtsgüterschutzes auf das Vermögen der Krankenkassen bedarf.

GKV-Spitzenverband (§ 197a SGB V). Mit der Neuregelung durch das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen wurde eine Pflicht zum Erfahrungsaustausch etabliert, den die Kassenärztliche Bundesvereinigung mit den Kassenärztlichen Vereinigungen der Länder zu organisieren hat und an dem Vertreter der Kassen und gegebenenfalls der Landesverbände, des GKV-Spitzenverbandes, der berufsständischen Kammern und der Staatsanwaltschaft zu beteiligen sind. Ziel der Regelung ist eine Intensivierung und Vereinheitlichung der Zusammenarbeit zugunsten eines fachlichen Austausches und gemeinsamen Vorgehens bei streitigen oder unklaren Fragestellungen.⁷⁰⁵ Um das Ausmaß etwaigen Fehlverhaltens bestimmen zu können, wurde darüber hinaus auch die Berichtspflicht der Kassenärztlichen Vereinigungen an die Kassenärztliche Bundesvereinigung ergänzt und inhaltlich dahingehend konkretisiert, dass die Anzahl der Mitglieder, bei denen Pflichtverletzungen vermutet oder nachgewiesen wurden, die Art und Schwere des Fehlverhaltens und die diesbezüglich getroffenen Maßnahmen sowie der verhinderte und entstandene Schaden anzugeben sind. Mithilfe dieser Informationen ist die Möglichkeit geschaffen worden, künftiges Fehlverhalten besser zu ahnden und zu verhindern.⁷⁰⁶ Um gewährleisten zu können, dass die Bekämpfung von Fehlverhalten bundesweit nach einheitlichen Maßstäben erfolgt, wurde zudem die Kassenärztliche Bundesvereinigung verpflichtet, verbindliche Bestimmungen für alle Kassenärztlichen Vereinigungen zu erlassen.⁷⁰⁷

Schaut man sich die Rechtsfolgende an, wird schnell klar, dass hier gravierende Konsequenzen drohen. Gemeint sind damit nicht nur die als Geld- und Freiheitsstrafe drohenden Sanktionen der

⁷⁰⁵ Vgl. Regierungsentwurf BT-Drs. 18/6446, S. 25.

⁷⁰⁶ BT-Drs. 18/6446, S. 25.

⁷⁰⁷ BT-Drs. 18/6446, S. 25.

Normen selbst, sondern insbesondere auch die darüberhinausgehenden Konsequenzen der strafrechtlichen Anordnung eines Berufsverbotes gemäß § 70 StGB und des Verfalls des Vorteils nach den §§ 73 ff. StGB. Letzterer folgt als Maßnahme eigener Art dem Bruttoprinzip und führt daher dazu, dass unabhängig von sämtlichen getätigten eigenen Aufwendungen alles für verfallen erklärt wird, was für die oder aus der Tat erlangt wurde.⁷⁰⁸

Hinzu kommt eine Vielzahl weiter Rechtsfolgen im Zusammenspiel mit den Normen anderer Gesetze, beispielsweise der Verlust der Vertragsarztzulassung gemäß § 95 Abs. 6 SGB V, das Ruhen oder gar der Entzug der Approbation nach §§ 3, 5 Abs. 2 BOÄ, gegebenenfalls Ersatzansprüche geschädigter Wettbewerber und kaum wieder zu beseitigende Reputationsschäden und Vertrauensverluste infolge von Durchsuchungen, Sicherstellung oder Beschlagnahme und bei Vorliegen eines Haftgrundes gegebenenfalls sogar der eigenen Verhaftung in den Praxisräumen.

III. Die Subsumierbarkeit der Kick-back-Vereinbarung als ein Fall der Vertriebskorruption unter den Tatbestand der Bestechlichkeit im Gesundheitswesen

Wie dargestellt wurde, liegen der hier behandelten Vertriebskorruption mittels Kick-back-Vereinbarung verallgemeinert Sachverhalte zugrunde, in denen ein Arzt finanzielle, materielle oder immaterielle geldwerte Vorteile der Industrie als Gegenleistung für die Wettbewerbsbevorzugung bestimmter Arzneimittel erhält und annimmt.

Ein solches Verhalten wäre im Fall der bevorzugten Verordnung von der Tatbestandsalternative des § 299a Nr. 1 StGB und im Fall

⁷⁰⁸ BGH Urt. v. 21.08.2002 – 1 StR 115/02, BGHSt 47, 369, 370 ff. = NStZ 2003, 37 ff. Zum Ganzen *Theile* ZJS 2011, 333, 337 f.

des bevorzugten Bezugs von Arzneimitteln, die zur unmittelbaren Anwendung bestimmt sind, nach § 299a Nr. 2 StGB erfasst.

In Konstellationen, in denen der Bezug infolge einer Verordnung, wie z. B. bei der ambulanten Verabreichung von Zytostatikazubereitungen, erfolgt, ergibt sich die Strafbarkeit nach dem Willen des Gesetzgebers nicht aus beiden Varianten, sondern allein aus § 299a Nr. 1 StGB.⁷⁰⁹

Vergegenwärtigt man sich noch einmal, dass den geprüften Kickback-Vereinbarungen exemplarisch das vom Großen Strafsenat behandelte Ratiopharm-Vertriebsmodell⁷¹⁰ und der vom 1. Senat entschiedene Fall, in dem Augenärzte umsatzbezogene Rückvergütungen für die Verordnung von Medikamenten zur Durchführung ambulanter Operationen vereinnahmten⁷¹¹ zugrunde liegen, wird deutlich, dass diese Konstellationen von § 299a Nr. 1 StGB erfasst wären.

In beiden Fällen stellt die umsatzbezogene Rückvergütung einen unlauteren Vorteil i. S. d. § 299a StGB dar, dessen Annahme, Versprechenlassen oder Forderung als Gegenleistung für eine Bevorzugung im Wettbewerb erfolgt und gegen die berufsrechtlichen Verbote des § 128 Abs. 2 S. 1, Abs. 6 SGB V und § 31 Abs. 1, 2. Alt. MBO-Ä bzw. die entsprechenden Landesvorschriften verstößt. Auch die erforderliche Unrechtsvereinbarung ist gegeben, da der Vorteil als verordnungsbezogene Gegenleistung für eine Bevorzugung im Wettbewerb gewährt wird.

⁷⁰⁹ So BT-Drs. 18/8106, S. 15 f.

⁷¹⁰ BGH Beschl. v. 29.03.2012 – GSSSt 2/11, BGHSt 57, 202, 214 = NJW 2012, 2530 ff.

⁷¹¹ BGH Beschl. v. 27.04.2004 – 1 StR 165/03, BGHSt 49, 17 ff. = NStZ 2004, 568 ff. u. BGH Urt. v. 22.08.2006 – 1 StR 547/05 = wistra 2006, 421 ff.

IV. Schutzlücken - §§ 299a ff. StGB de lege ferenda?

Die bereits im Rahmen der Unlauterkeit relevanten berufsrechtlichen Verstöße gegen die Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit begründen darüber hinaus auch eine Strafbarkeit nach § 299 Abs. 1 Nr. 2 StGB. Diese ist im Falle einer Wettbewerbsbevorzugung gegenüber § 299a Abs. 1 Nr. 1 StGB subsidiär, wenn man die Regelung der Nr. 2 – wohl dem Willen des Gesetzgebers entsprechend – systematisch als Auffangtatbestand einordnet. Erfolgt eine umsatzbezogene Rückvergütung für die Verordnung oder Abgabe eines Arzneimittels mit Monopolstellung oder bei fehlender medizinischer Indikation, kommt allein eine Strafbarkeit nach § 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB in Betracht.

Erfolgt eine Kick-back-Vereinbarung im Zusammenhang mit ärztlichen Entscheidungen über den Bezug von Arzneimitteln, die zur Weitergabe an Patienten bestimmt sind, wäre ein entsprechendes Koppelungsgeschäft nach § 299a Abs. 2 strafbar.

Insgesamt ist daher festzuhalten, dass auch in Anbetracht der eingeführten Vorschriften zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen keine Notwendigkeit mehr für die Aufrechterhaltung der BGH-Rechtsprechung zur Vertragsarztuntreue besteht.

Abschließend soll noch einmal hinterfragt werden, ob die vormalige Kritik am Regierungsentwurf zur Unbestimmtheit der Normen durch die Bezugnahme auf berufsrechtliche Regelungen in Abs. 1 Nr. 2 und in Abs. 2 Anhaltspunkte für praxistaugliche Verbesserungen bietet.

Denkbar wäre hier insbesondere die Ersetzung des Erfordernisses der Verletzung einer berufsrechtlichen Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit durch den allgemeinen Wortlaut des § 31 MBO-Ä. Dieser verbietet in Abs. 1, für die Zuweisung von Patientinnen und Patienten und Untersuchungsmaterial oder

für die Verordnung oder den Bezug von Arznei- bzw. Hilfsmitteln oder Medizinprodukten ein Entgelt oder andere Vorteile zu fordern, sich oder Dritten versprechen oder gewähren zu lassen oder selbst zu versprechen oder zu gewähren.

Da jedoch auf diesem Wege gerade nicht alle vom Regierungsentwurf potenziell erfassten Fälle implementiert wären und es sich dann um ein allgemeines Verbot ohne Rücksicht auf berufsgruppenbezogene Besonderheiten, z. B. die in § 32 Abs. 2 MBO-Ä enthaltene Privilegierung wissenschaftlicher Fortbildungsveranstaltungen, handeln würde, wäre eine solche Norm wesentlich unflexibler und weniger praxistauglich. Da der Übergang zwischen zulässiger Kooperation und unzulässiger Korruption im stetig wandelbaren Gesundheitswesen häufig fließend ist und nicht von einer in allen Berufsgruppen gleichermaßen geltenden rechtswidrigen Vorteilsnahme ausgegangen werden kann, muss sich die Strafbarkeit unter Bezugnahme auf zeitlich veränderbare Verbote ergeben, damit die Normen auch in Zukunft ihren Sinn und Zweck erfüllen können. Will man dies zugunsten eines möglichst effizienten Rechtsgüterschutzes gewährleisten, sollte es bei der Weite der Formulierung durch das Erfordernis der Verletzung einer berufsrechtlichen Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit bleiben. Nur die Bezugnahme auf das Berufsrecht lässt den notwendigen Raum, auch künftige dem Unrechtsgehalt der Verbotshandlungen entsprechende berufsbedingte Handlungsformen zu erfassen. Von einer Streichung der Auffangalternative sollte daher ausdrücklich abgesehen werden.

Dass die Weite der Tatbestände mit einer geringeren Bestimmtheit einhergeht, lässt sich zugunsten der Flexibilität der Norm nicht völlig vermeiden. Ihre zunehmende Konturierung, insbesondere durch die Bildung von Fallgruppen und die Heranziehung branchenspezifischer Wertungskriterien, muss und wird daher die Aufgabe der Rechtsprechung sein. Zur Begrenzung der

tatbestandlichen Weite sollte – in Anlehnung an die Ausführungen zur Untreue – auch hier die Verletzung berufrechtlicher Pflichten auf gravierende Pflichtverstöße in Form von eindeutig unsachlichen und/oder unwirtschaftlichen Entscheidungen beschränkt werden.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist der Regierungsentwurf daher im Wesentlichen als gelungen zu bewerten. Abgesehen von dem zu beseitigenden ausnahmslosen Verweis auf die für § 299 StGB geltenden besonders schweren Fälle und der Korrektur der redaktionellen Versehen besteht kein notwendiger Änderungsbedarf.

Fazit und Ausblick der Arbeit

Die Beschäftigung mit dem gewählten Arbeitsthema zeigt, wie wesentlich die Auseinandersetzung mit einem speziellen Rechtsgebiet ist, wenn dieses als Grundlage strafrechtlicher Wertungen dient. Dies gilt umso mehr, wenn – wie bei der vorliegenden Thematik – mit sozial- und bzw. oder berufsrechtlichen Verstößen mögliche strafrechtliche Konsequenzen einhergehen und damit die fehlerhafte Anwendung der einschlägigen Rechtsnormen zwangsläufig auch zu falschen strafrechtlichen Schlussfolgerungen führen kann.

Wie aufgezeigt wurde, muss sich diesem Vorwurf auch die Rechtsprechung des BGH zur sog. Vertragsarztuntreue aussetzen. Auch hier wurden die Besonderheiten des Sozialversicherungsrechts nicht mit der notwendigen Sorgfalt eruiert und stattdessen eine seit mehreren Jahren nicht mehr vertretene Rechtsprechung des BSG zur Grundlage der rechtlichen Bewertungen gemacht. Dass dieses Ergebnis weder den Anforderungen des BVerfG entspricht, noch mit den sozial- und strafrechtlichen Vorgaben vereinbar ist, zeigen die Ausführungen und Ergebnisse der Arbeit.

Hier gilt es anzusetzen. Die veraltete Rechtsprechung des BGH muss den sozialrechtlichen Gegebenheiten und der Rechtsprechung des Großen Strafsenats angepasst werden, um weitere Fehlbewertungen zu vermeiden. Hierzu sollte das missliche Konstrukt der Vertragsarztuntreue soweit wie möglich in eine etwaige Betrugsstrafbarkeit zurückzuverlagert und die nicht § 263 StGB unterfallenden Konstellationen ausschließlich von den Regelungen des Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen erfasst werden.

Seit Inkrafttreten der neuen §§ 299a ff. StGB ist die hier geprüfte Kick-back-Vereinbarung als strafbare Korruption erfasst und so die bis dahin bestehende Regelungslücke geschlossen. Entgegen

einer teilweise anderslautenden Auffassung ergeben sich dabei hinsichtlich der für die Vertragsärzte relevanten Strafnorm des § 299a StGB keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken, sodass auch aus diesem Grund kein Bedarf für die Aufrechterhaltung der Rechtsprechung zur Vertragsarztuntreue besteht.

Anlass für einen kritischen Ausblick gibt die Tatsache, dass auch die Krankenkassen massiven Einfluss auf die Auswahl verordnungspflichtiger Arzneimittel nehmen, indem sie die Vertragsärzte über Zielvereinbarungen nach § 84 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB V und Anreize zur Erschließung von Wirtschaftlichkeitsreserven gemäß § 128 Abs. 6 S. 2 SGB V oder auch über vertraglich vereinbarte Ersparnisbeteiligungen zur Verordnung bestimmter Arzneimittel anhalten.

In diesen Kontext gehören spezifische Steuerungen zur Förderung biosimilarer Nachfolgepräparate (sog. Biosimilars) durch Rabattverträge im Open-House-Verfahren. Mangels Wirkstoffgleichheit gilt bei diesen – anders als im Generikabereich – nicht die Vorschrift des § 129 Abs. 1 S. 1 SGB, weshalb bislang mit dem Vertragsschluss keine automatische Substitution in der Apotheke verbunden ist. Eine ähnliche Steuerung erfolgt in Konstellationen, in denen die Krankenkassen Einfluss auf die Auswahl verordnungspflichtiger Biosimilars nehmen, indem sie die Ärzte durch individualvertraglich vereinbarte Ersparnisbeteiligungen und entsprechende Ein- bzw. Umstellungspauschalen nach § 84 Abs. 1 S. 5 SGB V, dazu anhalten, ihre gemäß § 84 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB V vereinbarten Verordnungsquoten zu erfüllen.

Ein Beispiel für eine solche Einflussnahme durch die Krankenkassen ist ein Selektivvertrag einer Krankenkasse zur Förderung des Einsatzes von biosimilaren Arzneimitteln, bei dem teilnahmeberechtigte Ärzte Patienten mit chronisch entzündlichen Darmer-

krankungen vorrangig mit biosimilaren Arzneimitteln zum Original-Biologikum behandeln sollen. Hierzu sieht der Vertrag bei Neueinstellungen die Verordnung eines Biosimilars vor und fordert bei den bereits auf das Originalprodukt eingestellten Patienten die Prüfung der Umstellungsmöglichkeit. Für die Betreuung der Patienten erhalten die Ärzte pro Patient und Quartal extrabudgetär eine „Strukturzulage“ in der Höhe von 20 Euro. Zudem wird für einen Zeitraum von jeweils vier Quartalen ermittelt, wie groß das Einsparvolumen gegenüber einer Verordnung mit dem Originalwirkstoff war und die Hälfte dieses Betrags dem teilnehmenden Arzt über seine Kassenärztliche Vereinigung erstattet. Eine Teilnahmeerklärung des Patienten ist nicht erforderlich. Dieser weiß i. d. R. nichts von der gesonderten Vergütung seines Arztes und dem monetären Bezug zur Wahl des ihm verordneten Arzneimittels.

Obwohl solchen Vereinbarungen die klare Verknüpfung von Vorteil und Verordnung zugrunde liegt, würde es an der Unrechtsvereinbarung fehlen, solange die Koppelung der Erschließung vermeintlicher Wirtschaftlichkeitsreserven dient. Dies wäre jedoch nicht der Fall, wenn für das Indikationsgebiet z. B. eine Rabattvereinbarung nach § 130a Abs. 8 SGB V im Open-House-Verfahren vorliegt und dieser auch der Hersteller des Originalprodukts mit gleichem Preisnachlass beigetreten ist. Die Vergütung der bevorzugten Verordnung von biosimilaren Arzneimitteln durch die Krankenkasse wäre unter diesen Voraussetzungen eine unlautere Bevorzugung im Wettbewerb, und damit aus Sicht des Vertragsarztes, nach § 299a Abs. 1 Nr. 1 StGB und bezüglich der Krankenkassen spiegelbildlich gemäß § 299b Abs. 1 Nr. 1 StGB strafrechtlich relevant.

Das gilt umso mehr, wenn die Bevorzugung mit einer potentiellen Gesundheitsgefährdung des Patienten verbunden sein kann. Denkbar wären Konstellationen, in denen eine Umstellung eines gut eingestellten Patienten von einem Originalarzneimittel auf ein

ähnliches, aber eben nicht vollständig identisches biosimilares Arzneimittel erfolgt und unerwünschte Ereignisse und Nebenwirkungen hervorruft.

Die Konstellation macht deutlich, dass auch die monetäre Einflussnahme der Krankenkassen auf das Ordnungsverhalten der Vertragsärzte wettbewerbsverzerrende Wirkungen haben und eine Gefahr für die Gesundheit der Patienten bedeuten kann. Von einer generellen Straffreiheit der Bonusvereinbarungen mit den Krankenkassen kann und darf daher im Patienteninteresse nicht regelhaft ausgegangen werden.

Insgesamt sollte daher auch in Fällen, in denen Bonuszahlungen auf sozialrechtlicher Grundlage der Etablierung eines wirtschaftlichen Wettbewerbs und der Hebung monetärer Einsparpotentiale dienen, der vom Gesetz verfolgte Schutz der Patienten vor sachwidrigen medizinischen Entscheidungen immer vorrangig sein.

Primärer Sinn und Zweck der §§ 299a ff. StGB ist und muss es sein, Patienten vor medizinisch sachwidrigen Therapieentscheidungen zu bewahren. Jeder Bürger soll darauf vertrauen können, dass seine Gesundheit und sein Wohlergehen Ausgangs- und Mittelpunkt der zu treffenden medizinischen Entscheidungen des Arztes und der daraus resultierenden Behandlung sind. Dies folgt auch daraus, dass der Vertragsarzt bei der Konkretisierung des Rahmenrechts auf Krankenbehandlung in erster Linie im Interesse des Versicherten tätig wird und gerade nicht als Vertreter der Krankenkassen und Hüter des Wirtschaftlichkeitsgebotes fungiert. Vor diesem Hintergrund sollten den Krankenkassen neben den ohnehin bestehenden umfassenden Steuerungsinstrumenten zur Wirtschaftlichkeit keine weiteren strafrechtsrelevanten Ausnahmeregelungen zur Beeinflussung der Neutralität medizinischer Ordnungsentscheidungen eingeräumt werden.

Vergegenwärtigt man sich abschließend noch einmal, dass die hier dargestellte Problematik ihren spezifischen Kern in der sozialversicherungsrechtlich begründeten Sonderstellung des Vertragsarztes und der dazu im Widerspruch stehenden, historisch begründeten Freiheit des Arztberufes hat, käme zumindest in dieser Berufsgruppe die Unterstützung der Korruptionsbekämpfung auch mittels eines sozial- und rechtspolitischen Lösungsansatzes in Betracht. Insoweit bestünde die theoretische Möglichkeit der Integration und Etablierung des Vertragsarztbildes als eigenständige GKV-Berufsgruppe, die einem Arzt neben seinem allgemeinen Freiberuflichkeitsstatus eröffnet wird. Allerdings würden sich dann auch die Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer Einschränkung der Freiberuflichkeit, insbesondere im Vergleich zu anderen freiberuflich tätigen Heilberufsangehörigen und diverse Folgeprobleme, wie z. B. die Neuregelung der Vergütungssystematik stellen. In der Praxis stünden einem solchen grundsätzlichen Ansatz daher wohl massive Interessen und Umsetzungsschwierigkeiten entgegen.

Literaturverzeichnis

- Achenbach, Hans/Ransiek, Andreas* (Hrsg.) Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Auflage 2015 (zitiert: Achenbach/Ransiek/Bearbeiter Hdb Wirtschaftsstrafrecht).
- Ahlf, Ernst-Heinrich* Zum Korruptionsbegriff – Versuch einer Annäherung, *Kriminalistik* 1996, S. 154–157.
- Aldenhoff, Hans-Hermann/Valluet, Susanne* Entwurf des BMJV zur Korruption im Gesundheitswesen (§ 299a StGB), *medstra* 2015, S. 142–199.
- Arzt, Gunther* Zur Untreue durch befugtes Handeln, in: Wolfgang Frisch, Werner Schmid (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag*, 1978, S. 365–383.
- Axer, Peter* Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung. Ein Beitrag zu den Voraussetzungen und Grenzen untergesetzlicher Normsetzung im Staat des Grundgesetzes, 2000.
- Badle, Alexander* Betrug und Korruption im Gesundheitswesen – Ein Erfahrungsbericht aus der staatsanwaltschaftlichen Praxis, *NJW* 2008, S. 1028–1033.
- Ders.* Übertriebene Erwartungen an einen Straftatbestand der Bestechungs- und Bestechlichkeit im Gesundheitswesen, *medstra* 2015, S. 2–4.
- Ders.* § 299a StGB – Eine Prognose aus Sicht der Strafverfolgung, *medstra* 2015, S. 139–
- Baltzer, Johannes* Einführung in das Sozialrecht, *JuS* 1982, S. 566–572.
- Balzer, Miriam* Industriesponsoring und ärztliche Fortbildung – ein Auslaufmodell?, *NJW* 2003, S. 3325–3326.
- Bannenberg, Britta* Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle, 2002.
- Bannenberg, Britta/Schaupensteiner, Wolfgang* Korruption in Deutschland – Portrait einer Wachstumsbranche, 2004.
- Beckemper, Katharina* Zur Verfassungsmäßigkeit der Untreue, *ZJS* 2011, S. 88–92.
- Becker, Ulrich* Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Krankenversicherung der Rentner – zur Bedeutung des Gleichheitssatzes bei der Bemessung von Sozialversicherungsbeiträgen, *NZS* 2001, S. 281–336.
- Becker, Ulrich/Kingreen Thorsten* (Hrsg.) SGB V Gesetzliche Krankenversicherung – Kommentar, 4. Auflage 2014 (zitiert: Becker/Kingreen/Bearbeiter).
- Bernsmann, Klaus/Schoß, Christian* Kick-back zu wettbewerbswidrigen Zwecken keine Untreue, *StV* 2005, S. 576–578.
- Bernsmann, Klaus* Alles Untreue?, *GA* 2007, S. 219–237.
- Bernsmann, Klaus/Schoß, Christian* Vertragsarzt und „kick-back“ – zugleich Anmerkung zu OLG Hamm, Urteil vom 22.12.2004, *GesR* 2005, S. 193–195.
- Biehl, Stephan/Ortwein Heinz* Sind Außenseitermethoden Maßnahmen außerhalb des Leistungskatalogs der gesetzlichen Krankenversicherung?, *SGB* 1991, S. 529–544.

- Biehler/Ortwein* Sind Außenseitermethoden außerhalb des Leistungskataloges der gesetzlichen Krankenversicherung?, SGB 1991, S. 529–536.
- Binding, Karl* Lehrbuch des Allgemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Erster Band, 2. Auflage, 1902 (zitiert: Binding BT Bd. 1).
- Birnbaum, Günter* Stichwort „Churning“, wistra 1991, S. 253–256.
- Bockelmann, Paul* Strafrecht Besonderer Teil 1, 2. Auflage 1982 (zitiert: Bockelmann BT 1).
- Boecken, Winfried* Der Status des Vertragsarztes – Freiberufler oder arbeitnehmerähnlicher Partner im System der gesetzlichen Krankenversicherung, in: Max-Emanuel Geis, Dieter Lorenz (Hrsg.), Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag: Staat-Kirche-Verwaltung, 2001, S. 1091–1109.
- Bollmann, Dieter/Sydow, Udo* Abrechnung vertragsärztlicher Leistungen – Fremdkassenzahlungsausgleich und Honorarverteilung, KBV Fortbildungshefte, Heft 12, 2008.
- Brandts, Ricarda/Seier, Jürgen* Zur Untreue des Vertragsarztes, in: Holm Putzke, Bernhard Hardtung, Tatjana Hörnle, Reinhard Merkel, Jörg Scheinfeld, Horst Schlehofer, Jürgen Seier (Hrsg.), Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum 70. Geburtstag – Strafrecht zwischen System und Telos, 2008, S. 811–826.
- Braun, Julian* Ärztekorrption und Strafrecht – Steht das ultima-ratio-Prinzip der Schaffung eines neuen Strafrechtstatbestandes entgegen?, MedR 2013, S. 277–284.
- Brettel, Hauke/Duttge, Gunnar/Schuhr, Jan* Kritische Analyse des Entwurfs eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen, JZ 2015, S. 929–935.
- Bringewat, Peter* Scheckkartenmißbrauch und nullum crimen sine lege, GA 1973, S. 353–366.
- Ders.* Zum Mißbrauchstatbestand des StGB § 266 bei der missbräuchlichen Verwendung von Kreditkarten, NStZ 1983, S. 457–459.
- Ders.* Der Mißbrauch von Kreditkarten – straflose oder strafbare Vermögensschädigung, JA 1984, S. 347–354.
- Ders.* Der Kreditkartenmissbrauch eine Vermögensstraftat, NStZ 1985, S. 535–537.
- Brockhaus, Matthias/Dann, Matthias/Teubner, Patrick/Tsambikakis, Michael* Im Auftrag der Krankenkasse – Der Vertragsarzt im Wettbewerb?, wistra 2010, S. 418–422.
- Buchner, Reimar/Jäckel, Christian* Off-Label-Use von Arzneimitteln in der gesetzlichen Krankenversicherung – neue Regelungen durch das GKV-Modernisierungsgesetz, PharmR 2003, S. 433–438.
- Bülow, Peter/Ring, Gerhard/Arzt, Markus/Brixius, Kerstin* (Hrsg.) Heilmittelwerbegesetz – Kommentar, 5. Auflage 2015 (zitiert: Bülow/Ring).
- Bürck, Harald* Verfassungsrechtliche Probleme der Zulassung als Kassenarzt, MedR 1989, S. 63–71.

- Bundesärztekammer* Empfehlungen zur ärztlichen Fortbildung 2015.
- Burk, Enno* Zum Anwendungsbereich der Zuwendungs- und Beteiligungsverbote in § 128 Abs. 2 und 6 SGB V – Leitlinien für Pharmazeutische Unternehmer und Hilfsmittelanbieter, PharmR 2010, S. 89–94.
- Burkhardt, Björn* Zu einer restriktiven Interpretation der Treubruchshandlung, NJW 1973, S. 2190–2191.
- Busch, Ralf* Kostenloser Computer für eine Schulfotoaktion – Erlaubtes „Schulsponsoring“ oder strafbare Korruption?, NJW 2006, S. 1100–1103.
- Bussmann, Kai* Unzulässige Zusammenarbeit im Gesundheitswesen durch „Zuweisung gegen Entgelt“ – Zusammenfassung der Wesentlichen Ergebnisse einer empirischen Studie im Auftrag des GKV Spitzenverbandes, 2012.
- Callies, Rolf-Peter* Der strafrechtliche Nötigungstatbestand und das verfassungsrechtliche Gebot der Tatbestimmtheit, NJW 1985, S. 1506–1513.
- Dannecker, Gerhard/Schröder, Thomas* Neuregelung der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr, ZRP 2015, S. 48–51.
- Deckert, Antje* Zum Strafwürdigkeitsbegriff im Kontext legislativer Kriminalisierungsentscheidungen im Verfassungsrecht, ZIS 2013, S. 266–275.
- Deiters, Mark* Organuntreue durch Spenden und prospektiv kompensationslose Anerkennung, ZIS 2006, S. 152–160.
- Dettling, Heinz-Uwe* Zum Rechtsverhältnis bei der Abgabe von Arzneimitteln zwischen Apotheken und gesetzlich Versicherten, A & R 2005, S. 51–60.
- Dieners, Peter* Die neuen Tatbestände zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen, PharmR 2015, S. 529–533.
- Ders.* Zusammenarbeit der Pharmaindustrie mit Ärzten. Rechtliches Umfeld, Steuern und Compliance Governance, 2. Auflage 2007.
- Ders.* Niedergelassene Vertragsärzte als „Beauftragte der Krankenkassen“? – Von der Überdehnung eines Straftatbestandes, PharmR 2010, S. 613–618.
- Dieners, Peter/Reese, Ulrich* Handbuch des Pharmarechts, 2010 (zitiert: Dieners/Reese/Bearbeiter Hdb PharmaR).
- Ders.* Fortbildungssponsoring in Niedersachsen – berufsrechtlich verboten?, MPR 2013, S. 12–17.
- Dierlamm, Alfred* Untreue – ein Auffangtatbestand?, NStZ 1997, S. 534–536.
- Ders.* Neue Entwicklungen bei der Untreue – Loslösung des Tatbestandes von zivilrechtlichen Kategorien?, StraFo 2005, S. 397–404.
- Doepner, Ulf* (Hrsg.) Heilmittelwerbegesetz – Kommentar, 2. Auflage 2000 (zitiert: Doepner).
- Dreier, Horst* Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat: Genese, aktuelle Bedeutung und funktionelle Grenzen des Bauprinzips der Exekutive, 1991.

- Dunkel, Wolfgang* Erfordernis und Ausgestaltung des Merkmals „Vermögensbetreuungspflicht“ im Rahmen des Mißbrauchstatbestandes der Untreue (§ 266 I, 1. Alternative StGB), 1976.
- Ders.* Nochmals – Der Scheckkartenmißbrauch in strafrechtlicher Sicht, GA 1977, S. 329–340.
- Duttge, Gunnar* Tatort Gesundheitsmarkt Rechtswirklichkeit – Strafwürdigkeit – Prävention, 2011.
- Ebsen, Ingwer* Rechtliche Instrumente der Freiheitssicherung und Steuerung bei der Leistungserbringung im Gesundheitswesen, in: Freiheit und Bindung der Leistungserbringung im Gesundheitswesen, SDSRV 1994, S. 7–26.
- Ehrlicher, Verena* Der Bankautomatenmissbrauch – seine Erscheinungsformen und seine Bekämpfung, 1989.
- Engelmann Klaus* Untergesetzliche Normsetzung im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung durch Verträge und Richtlinien (Teil 1), NZS 2000, S. 1–8.
- Erb, Volker* Ungereimtheiten bei der Anwendung von § 299 StGB, in: Claudius Geisler, Erik Kraatz, Joachim Kretschmer, Hartmut Schneider, Christoph Sowada (Hrsg.), Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag, 2011, S. 97–112.
- Fabricius, Dirk* Strafbarkeit der Untreue im Öffentlichen Dienst, NStZ 1993, S. 414–419.
- Filtrop, Jens/Rieser, Sabine* Zuweiserpauschalen: Der Wettbewerb setzt auch falsche Anreize, DÄBl. 2009, A 1819 ff.
- Filler, Gert* Die Neugestaltung der Wirtschaftlichkeitsprüfung der vertragsärztlichen Versorgung durch das GMG ab dem 1.1.2004, GesR 2004, S. 502–504.
- Fischer, Thomas* Strafgesetzbuch und Nebengesetze – Kommentar, 62. Auflage 2015 (zitiert: Fischer).
- Fischer, Giesela* Der Gemeinsame Bundesausschuss als „zentrale korporative Superorganisation“ – Fragen zur Allokation von Ressourcen im Gesundheitswesen aus Sicht des Sachverständigenrates zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen, MedR 2006, S. 509–512
- Flasbarth, Roland* Höhe der Vergütung für an Arztpraxen gelieferten Sprechstundenbedarf (hier: Verbandmaterial), MedR 2011, S. 611–614.
- Ders.* Vertriebsbeschränkungen im Hilfsmittelsektor – Inhalt und Grenzen des § 128 SGB V als Marktordnungsregelung, MedR 2009, S. 708–716.
- Franke, Robert* Die regulatorischen Strukturen der Arzneimittelversorgung nach den SGB V, MedR 2006, S. 683–697.
- Frister, Helmut* Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage 2015 (zitiert: Frister AT).
- Frister, Helmut/Lindemann, Michael/Peters, Alexander* Arztstrafrecht, 2011 (zitiert: Frister/Lindemann/Peters ArztStR)
- Fulda, Christian* Alter Wein oder alles Essig? Zur Erstreckung von § 128 SGB V auf die Arzneimittelversorgung in der GKV, PharmR 2010, S. 94–97.

- Gaede, Karsten* Patientenschutz und Indizienmanagement – Der Regierungsentwurf zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen, *medstra* 2015, S. 261–266.
- Gaede, Karsten/Lindemann, Michael/Tsambikakis, Michael* Licht und Schatten – Die materiellrechtlichen Vorschriften des Referentenentwurfs des BMJV zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen, *medstra* 2015, S. 142–154.
- Gädigk, Cornelia* Kein Sonderrecht für Ärzte – ein Einwurf aus Sicht der Ermittlungspraxis, *medstra* 2015, S. 268–273.
- Geiger, Daniel* High Noon im Gesundheitswesen: Niedergelassene Vertragsärzte sind keine tauglichen Täter der Korruptionsdelikte, *CCZ* 2012, S. 172–180.
- Ders.* Die Anerkennung industriefinanzierter Fortbildungsveranstaltungen durch die Landesärztekammern, *GesR* 2014, S. 577–585.
- Ders.* Rabatte im Arzneimittelhandel – erwünschter Preiswettbewerb oder verbotene Korruption?, *medstra* 2016, S. 9–16.
- Geis, Mark* Tatbestandsüberschreitungen im Arztstrafrecht am Beispiel der „Beauftragtenbestechung“ des Kassenarztes nach § 299 StGB, *wistra* 2005, S. 369–371.
- Ders.* Das sozialrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot – kriminalstrafbewehrtes Treuegesetz des Kassenarztes?, *GesR* 2006, S. 345–356.
- Ders.* (Vertrags-) Arztbild des BGH versus Publikumswahrnehmung, *GesR* 2011, S. 641–648.
- Gemeinschaftskommentar zum Sozialgesetzbuch Gesetzliche Krankenversicherung* Bernd von Maydell (Hrsg.) Ergänzungslieferung März 2001 (zitiert: GK/Bearbeiter).
- Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* Siegfried Hermann, Werner Roth, Kurt Rebmann (Hrsg.), 21. Ergänzungslieferung 2015 (zitiert: Rebmann/Roth/Hermann/Bearbeiter OWiG).
- Goetze, Erik* Arzthaftungsrecht und kassenärztliches Wirtschaftlichkeitsgebot, 1989.
- Greeve, Gina* Korruptionsdelikte in der Praxis, 2005.
- Greiner, Stephan/Benedix, Mathias* Struktur und System des Wirtschaftlichkeitsgebotes im SGB V, *SGb* 2013, S. 1–6.
- Grimm, Jacob/Grimm, Wilhelm* Deutsches Wörterbuch, Band 13, 1984.
- dies.* Deutsches Wörterbuch, Band 1, 1984.
- Gröning, Jochen/Weihe-Gröning, Claudia/Mand, Elmar/Reinhart, Andreas* (Hrsg.) Heilmittelwerberecht –Kommentar, Band I 5. Aktualisierungslieferung 2015 (zitiert: Gröning HWG).
- Günther, Hans-Ludwig* Die Genese eines Straftatbestandes, *JuS* 1978, S. 8–14.
- Ders.* Die Untreue im Wirtschaftsrecht, in: Bernd Heinrich, Eric Hilgendorf, Wolfgang Mitsch, Detlev Sternberg-Lieben (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag*, 2004, S. 311–318.
- Ders.* Die Genese eines Straftatbestandes – Eine Einführung in Fragen der Strafgesetzgebungslehre, *JuS* 1978, S. 8–14.

- Gummer, Hans/Meier, Mareike* Beteiligung Dritter an den wirtschaftlichen Ergebnissen ärztlicher Tätigkeit, MedR 2007, S. 75–85.
- Haas, Günter* Die Untreue (§ 266 StGB) Vorschläge de lege ferenda und geltendes Recht, 1997.
- Haas, Jan* Korruption: Einflussfaktoren, Auswirkungen, Prävention, 2005.
- Hähnlein, Andreas* Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht: System und Legitimation untergesetzlicher Rechtsquellen des deutschen Sozialversicherungsrechts, 2001.
- Ders.* Erfordernis und Ausgestaltung des Merkmals „Vermögensbetreuungspflicht“ im Rahmen des Mißbrauchstatbestandes der Untreue (§ 266 I, 1. Alternative StGB), 1976.
- Haft, Fritjof/Hilgendorf, Eric* Strafrecht Besonderer Teil I Vermögensdelikte, 9. Auflage 2009 (zitiert: Haft/Hilgendorf BT I).
- Hancock, Heike* Abrechnungsbetrug durch Vertragsärzte, 2006.
- Hauck, Ernst* Gestaltung des Leistungsrechts der gesetzlichen Krankenversicherung durch das Grundgesetz? Auswirkungen des Beschlusses des BVerfG vom 06.12.2005, NJW 2007, S. 1320–1325.
- Hauck, Karl/Noftz, Wolfgang* (Hrsg.) Sozialgesetzbuch V, Gesetzliche Krankenversicherung – Kommentar, 2015 (zitiert: Hauck/Noftz/Bearbeiter).
- Hefendehl, Roland* Der fragmentarische Charakter des Strafrechts, JA 2011, S. 401–406.
- Ders.* Vermögensgefährdung und Exspektanzen: das von Zivilrecht konstituierte und vom Bilanzrecht konkretisierte Herrschaftsprinzip als Grundlage des strafrechtlichen Vermögensbegriffs, 1994.
- Heger, Martin* Gleichheit und materielles Strafrecht ZIS 2011, S. 402–415.
- Heidelberger Kommentar Arztrecht, Krankenhausrecht, Medizinrecht* Hans-Jürgen Rieger, Josef Dahm, Christian Katzenmeier, Gernot Steinhilper (Hrsg.), 60. Ergänzungslieferung 2015 (zitiert: HK-AKM/Bearbeiter).
- Heidelmann, Ulrike* Das Disziplinarrecht der Vertragsärzte 2002.
- Heimann-Trosien, Georg* Zur strafrechtlichen Beurteilung des Scheckkartenmißbrauchs, insbesondere zur Frage der Untreue, JZ 1976, 549–552.
- Heinrich, Bernd* Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht – Auslegungsrichtlinien unter besonderer Berücksichtigung des Rechtsguts der Amtsdelikte, 2000.
- Hellmann, Uwe/Herffs, Harro* Der ärztliche Abrechnungsbetrug, 2006.
- Herberer, Thomas* Korruption in China: Analyse eines politischen, ökonomischen und sozialen Problems, 1991.
- Herffs, Harro* Ärztlicher Abrechnungsbetrug bei Beschäftigung von Strohpartnern?, wistra 2004, S. 281–288.
- Herzberg, Rolf Dietrich* Wann ist Strafbarkeit „gesetzlich bestimmt“ (Art. 103 Abs. 2 GG) in: Roland Hefendehl (Hrsg.),

- Empirische und Dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus, Symposium für Bernd Schönemann zum 60. Geburtstag, 2005, S. 31–70.
- Hesrahl, Harald* in: Alexander P. F. Ehlers (Hrsg.), Disziplinarrecht für Ärzte und Zahnärzte, 2. Auflage 2013 (zitiert: Ehlers/Bearbeiter).
- Hillenkamp, Thomas* Tatbestandlichkeit in: Hanno Kube, Rudolf Mellinshoff, Gerd Morgenthaler, Ulrich Palm, Thomas Puhl, Christian Seiler (Hrsg.), Leitgedanken des Rechts Band II, Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag, 2013, S. 1349–1361.
- Ders.* Risikogeschäft und Untreue, NStZ 1981, S. 161–168.
- Höffling, Christian* Korruption als soziale Beziehung, 2002.
- Hörnemann, Gerd* Kassenarzt als Freier Beruf, 1994.
- Hohmann, Olaf* Gedanken zur Akzessorietät des Strafrechts, ZIS 2007, S. 38–48.
- Hohn, Kristian* Die „äußersten“ Grenzen des erlaubten Risikos bei Entscheidungen über die Verwendung von Gesellschaftsvermögen – Anmerkung zum Urteil des BGH im sog. Mannesmann-Verfahren, wistra 2006, S. 161–164.
- Holzmann, Thomas* Bauträgeruntreue und Strafrecht, Das „Schneeballsystem“ des Immobilienmarktes, 1981.
- Homann, Denise* Betrug in der Gesetzlichen Krankenversicherung – Eine empirische Untersuchung über vermögensschädigendes Fehlverhalten zu Lasten der Solidargemeinschaft, 2009.
- Hoven, Elisa* Aktuelle rechtspolitische Entwicklungen im Korruptionsstrafrecht – Bemerkungen zu den neuen Strafvorschriften über Mandatsträgerbestechung und Bestechung im geschäftlichen Verkehr, NStZ 2015, S. 553–560.
- Hübner, Engelbert* Scheckkartenmissbrauch und Untreue, JZ 1973, S. 407–412.
- Isensee, Josef* Diskussionsbeitrag zur Privatisierung von Verwaltungsaufgaben auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Halle/Saale vom 5. bis 8. Oktober 1994, VVDStRL (54) 1995, S. 303–307.
- Jakobs, Günther* Bemerkungen zur Subjektiven Tatseite der Untreue, in: Heiko Lesch, Bernd Müssig, Rochus Wallau, Gunter Widmaier, Rainer Zaczyc (Hrsg.), Festschrift für Hans Dachs, 2005, S. 49–64.
- Jäckel, Christian* Rechtliche Einstufung von Desinfektionsmitteln im Gesundheitswesen – ein Update, PharmR 2013, S. 261–269.
- Jarass, Hans/Pieroth, Bodo* Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 13. Auflage 2014 (zitiert: GG/Jarass/Pieroth).
- Jary, Kathrin* Anti-Korruption – Neue Gesetzesvorhaben zur Korruptionsbekämpfung im Gesundheitswesen und im internationalen Umfeld, PharmR 2015, S. 99–108.
- Kargl, Walter* Die Mißbrauchskonzeption der Untreue (§ 266 StGB) – Vorschlag de lege ferenda, ZStW 113 (2001), S. 565–596.

- Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* Lothar Senge (Hrsg.) 4. Auflage 2014 (zitiert: KK OWiG/Bearbeiter).
- Kasseler Kommentar zur Sozialversicherungsrecht* Anne Körner, Stephan Leitherer, Bernd Mutschler (Hrsg.), 87. EL 2015 (zitiert: KassKom/Bearbeiter).
- Kaufmann, Marcel/Voland, Thomas* „Ich war noch niemals in New York ...“ – Die Auswirkungen des § 128 Abs. 5 SGB V auf das Angebot von Schulungsmaßnahmen und sonstigen Leistungen durch die pharmazeutische Industrie, NZS 2011, S. 281–285.
- Kerner, Hans-Jürgen/Rixen, Stephan* Ist Korruption ein Strafrechtsproblem? Zur Tauglichkeit strafgesetzlicher Vorschriften gegen die Korruption, GA 1996, S. 355–396.
- Kindhäuser*, Voraussetzungen strafbarer Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft, ZIS 2011, S. 461–469.
- Ders.*, Urs Strafrecht Besonderer Teil I. Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft, 8. Auflage 2014 (zitiert: Kindhäuser BT I).
- Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ulrich* (Hrsg.) Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2: §§ 146–358, 4. Auflage 2013 (zitiert: NK/Bearbeiter).
- Kingreen, Thorsten* Legitimation und Partizipation im Gesundheitswesen – Verfassungsrechtliche Kritik und Reform des gemeinsamen Bundesausschusses, NZS 2007, S. 113–120.
- Klötzer, Antje* Ist der niedergelassene Vertragsarzt tatsächlich tauglicher Täter der §§ 299, 331 StGB?, NStZ 2008, S. 12–16.
- Klümper, Mathias* Die Neuerungen in § 128 SGB V durch die 15. AMG-Novelle – Alter Wein in neuen Schläuchen!, PharmR 2009, S. 591–596.
- Kluth, Wilfried* Demokratische Legitimation in der funktionalen Selbstverwaltung – Grundzüge und Probleme, in: Friedrich Schnapp (Hrsg.) Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip – am Beispiel der Sozialversicherung, Bochumer Schriften zum Sozialrecht Bd. 8, 2001, S. 17–40.
- Kluge, Friedrich* Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 24. Auflage 2002.
- Kluth, Wienfried* Funktionale Selbstverwaltung: verfassungsrechtlicher Status – verfassungsrechtlicher Schutz, 1997.
- Ders.* Kassenärztliche Vereinigungen – Körperschaften des öffentlichen Rechts, MedR 2003, S. 123–128.
- Knauth, Alfons* Die Verwendung einer nicht gedeckten Kreditkarte als Straftat, NJW 1983, S. 1287–1291.
- Knieps, Franz/Leber, Christian* Die Neuordnung der vertragsärztlichen Vergütung – Darstellung und Zielsetzung der gesetzlichen Regelungen, VSSR 2008, S. 177–186.
- Knopp, Henning* Die Honorierung vertragsärztlicher Leistungen unter besonderer Berücksichtigung des Honorarbescheids, 2009.

- Kohlmann, Günter* Der Begriff des Staatsgeheimnisses und das verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit von Tatbeständen, 1969.
- Ders.* Wider die Furcht vor § 266 StGB – Hinweise zur Bearbeitung des Untreue-Tatbestandes, JA 1980, S. 228–235.
- Köbberling, Johannes* Charta der ärztlichen Berufsethik, ZaeFQ 2003, S. 76–79.
- Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim* Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb UWG mit PAngV, UKlaG, DL-InfoV, 33. Auflage 2015 (zitiert: Köhler/Bornkamm).
- Köhler Karl Friedrich* Korruptionsprävention im öffentlichen Gesundheitswesen unter besonderer Berücksichtigung der §§ 81a, 197a SGB V, VerwArch 2009, S. 391–431.
- Korte, Matthias* Kampfansage an die Korruption, NJW 1997, S. 2556–2558.
- Koyuncu, Adem/Stute, Sabine* Fortbildungssponsoring durch Arzneimittel- und Medizinproduktehersteller, A&R 2013, S. 112–117.
- Krafczyk, Wolfgang/Lietz, Franziska* Fangprämien, Kopfpauschalen und Kick-Backs, ZMGR 2010, S. 24–31.
- Krahl, Matthias* Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht, 1986.
- Krause, Peter* Die Rechtsbeziehungen zwischen Kassenarzt und Kassenpatient, SGB 1982, S. 425–432.
- Krauskopf, Clemens* Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 89. Auflage, 2015 (zitiert: Krauskopf/Bearbeiter).
- Krey, Volker/Hellmann, Uwe* Strafrecht Besonderer Band 2: Vermögensdelikte, 17. Auflage 2015 (zitiert: Krey/Hellmann BT 2).
- Krug, Sabine* Korruption in verschiedenen Wirtschaftssystemen, 1997.
- Kubica, Johann* Korruption in nationaler und internationaler Dimension, Kriminalistik 2002, S. 589–599.
- Kubiciel, Michael* Die Straftatbestände gegen die Korruption im Gesundheitswesen: verfassungskonform, kriminalpolitisch angemessen und effektiv?, WiJ 2016, S. 1–11.
- Ders.* Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen (299a StGB). Stellungnahme zum Entwurf des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz, KPzKP 4/2015, S. 1–13.
- Ders.* Gesellschaftsrechtliche Pflichtwidrigkeit und Untreuestrafbarkeit, NStZ 2005, S. 353–361.
- Ders.* Die Tatbestände gegen Korruption im Gesundheitswesen und ihre Folgen in der Praxis, ZMGR 2016, S. 289–293.
- Kubiciel, Michael/Tsambikakis, Michael* Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen (§ 299a StGB) – Stellungnahme zum Entwurf des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz, medstra 2015, S. 11–15.
- Kügel, Wilfried/Müller, Rolf-Georg/Hoffman, Hans-Peter* (Hrsg.) Arzneimittelgesetz, 2. Auflage 2016 (zitiert: Kügel/Müller/Hoffmann)

- Kühl, Christian* Naturrechtliche Grenzen strafwürdigen Verhaltens, in Manfred Seebode (Hrsg.), Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag, 1992, S. 75–98.
- Kühl, Ingo* Wirtschaftlichkeitsgebot und Vertragsarzt im Strafrecht – Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Arzneimittelversorgung, 2014.
- Kulhanek, Tobias Oliver* Der fragmentarische Charakter des Strafrechts als Argumentationsfigur – Exemplifiziert an der Frage nach einem Deliktskatalog für eine Verbandsstrafbarkeit, ZIS 2014, S. 674–678.
- Kurek, Hans-Werner* Die Untreue im Verhältnis zur Unterschlagung, 1942.
- Labsch, Karl Heinz* Untreue (§ 266) Grenzen und Möglichkeiten einer neuen Deutung, 1983.
- Ders.* Der Kreditkartenmissbrauch und das Untreuestrafrecht, NJW 1986, S. 104–110.
- Ders.* Grundprobleme des Mißbrauchstatbestands der Untreue (I), Jura 1987, S. 343–352.
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian* Strafgesetzbuch und Erläuterungen – Kommentar, 28. Auflage 2014 (zitiert: Lackner/Kühl).
- Landesärztekammer Niedersachsen* Mitteilung zur ärztlichen Fortbildung, Niedersächsisches Ärzteblatt 1/2013.
- Lange, Richard* Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre, JZ 1956, S. 73–79
- Laufs, Adolf* Berufsfreiheit und Persönlichkeitsrecht im Arztrecht, 1982.
- Ders.* Zur Freiheit des Arztberufes in: Hans-Jürgen Ahrens, Christian von Bar, Gerfried Fischer, Andreas Spickhoff, Jochen Taupitz (Hrsg.), Festschrift für Erwin Deutsch: Zum 70. Geburtstag, 1999, S. 625–633.
- Laufs, Adolf/Kern, Bernd* (Hrsg.) Handbuch des Arztrechts, 4. Auflage 2010 (zitiert: Laufs/Kern/Bearbeiter).
- Laufs, Adolf/Uhlenbruck, Wilhelm* (Hrsg.) Handbuch des Arztrechts, 3. Auflage 2002 (zitiert: Laufs/Uhlenbruck/Bearbeiter)
- Lazzioli, Constante/ Nemi, Giuseppe* Wörterbuch der deutschen und italienischen Sprache, 3. Auflage 1962.
- Leimenstoll, Ulrich* Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes?, 2012.
- Leipziger Kommentar zum StGB* Hans Heinrich Jescheck, Wolfgang Ruß, Günther Willms (Hrsg.), 10. Auflage 1977, (zitiert LK¹⁰/Bearbeiter).
- Leipziger Kommentar zum StGB* Heinrich Wilhelm Laufhütte, Ruth Rissing-van Saan, Klaus Tiedemann (Hrsg.), Bd. 1, 12. Auflage 2007, Bd. 7/1, 11. Auflage 1998, Bd. 9, 12. Auflage 2010, Bd. 10, 12. Auflage 2008, (zitiert LK/Bearbeiter).
- Lenckner, Theodor* Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz „nullum crimen sine lege“, JuS 1968, S. 249–310.
- Lesch, Heiko* § 266 StGB – Tatbestand ist schlechthin unbestimmt, DRiZ 2004, S. 135.

- Lindemann, Michael* Die strafrechtliche Relevanz von Kopfprämien in: Lindemann Michael, Ratzel Rudolf (Hrsg.), Brennpunkte des Wirtschaftsstrafrechts im Gesundheitswesen 2010, S. 9–36.
- Löwer, Wolfgang* Rechtspolitische und verfassungsrechtliche Bedenken gegenüber dem Ersten Wirtschaftskriminalitätsgesetz, JZ 1979, S. 621–631.
- Lüderssen, Klaus* Zur Konkretisierung der Vermögensbetreuungspflicht in § 266 Strafgesetzbuch durch § 87 Abs. 1 Satz 1 Aktiengesetz – Das Problem akzessorischer Bindung strafrechtlicher Normen an kontrovers interpretierte Normen anderer Rechtsgebiete, in: Andreas Hoyer, Henning Ernst Müller, Michael Pawlik, Jürgen Wolter (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2005, S. 569–578.
- Ders.* Primäre oder sekundäre Zuständigkeit des Strafrechts?, in: Jörg Arnold, Björn Burkhardt, Walter Gropp, Günter Heine, Hans-Georg Koch, Otto Lagodny, Walter Perron, Susanne Walter (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht: Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 163–179.
- Luthe, Ernst Wilhelm* Das Depot und Zuwendungsverbot des § 128 V SGB V, MedR 2011, S. 404–411.
- Maaß, Rainald* Die Entwicklung des Vertragsarztrechts in den Jahren 2004 und 2005, NZS 2006, S. 63–72.
- Mand, Elmar* Healthcare Compliance, Teil 2: Zuwendungsbeschränkungen im Berufs- und Kodexrecht und Compliance-Organisation im Pharmasektor, PharmR 2014, 393–403.
- Manthey, Christina* Der Vertragsarzt als „Schlüsselfigur“ der Arzneimittelversorgung, GesR 2010, S. 601–604.
- Matt, Holger* Missverständnisse zur Untreue – Eine Betrachtung auch zum Verhältnis von (Straf-)Recht und Moral, NJW 2005, S. 389–392.
- Matt, Holger/Saliger, Frank* Strafflosigkeit der versuchten Untreue – Über die Richtigkeit dieser Entscheidung des Gesetzgebers und dogmatische Konsequenzen, in: Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M. (Hrsg.), Irrwege der Strafgesetzgebung, 1999, S. 217–240.
- Maurach, Reinhart/Schroeder, Friedrich/Maiwald, Manfred* Strafrecht, Besonderer Teil, Teilband 1, 10. Auflage 2009 (zitiert: Maurach/Schroeder/Maiwald BT 1).
- Mayer, Hellmuth* Die Untreue. Materialien zur Strafrechtsreform Band 1, 1954.
- Meier, Bernd-Dieter/Homann, Denise* Die Verfolgungspraxen der Staatsanwaltschaften und Gerichte bei Vermögensstrafaten im System der gesetzlichen Krankenversicherung, Msch-Krim 92 (2009), S. 359–375.
- Merten, Detlef* Die Selbstverwaltung im Krankenversicherungsrecht: unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsaufsicht über Kassenärztliche Vereinigungen, 1995.
- Meyer Wolfgang* Noch einmal – Wahrheitsbegriff und Rechtswissenschaft, JuS 1973, S. 202–204.
- Mitsch, Wolfgang* Recht der Ordnungswidrigkeiten, 2. Auflage 2005 (zitiert: Mitsch OWiR).

- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* Wolfgang Joecks, Klaus Miebach (Hrsg.), Bd. 5, 2. Auflage 2014 (zitiert: MK/Bearbeiter).
- Murmann, Uwe* Einige Bemerkungen zur Korruption im Gesundheitswesen, in: Duttge (Hrsg.) *Tatort Gesundheitsmarkt Rechtswirklichkeit – Strafwürdigkeit – Prävention*, 2011, S. 109–114
- Nack, Armin* Untreue im Bankbereich durch Vergabe von Großkrediten, NJW 1980, 1599–1602.
- Natter, Eberhard* Der Arztvertrag mit dem sozialversicherten Patienten – Zugleich ein Beitrag zum Naturalleistungsprinzip in der Gesetzlichen Krankenversicherung, 1987.
- Neckel, Sighard* Der unmoralische Tausch, in: Michel Karl Markus, Spengler, Tilman (Hrsg.), *Kursbuch Korruption* 120, S. 9–16.
- Nelles, Ursula* Untreue zum Nachteil von Gesellschaften – Zugleich ein Beitrag zur Struktur des Vermögensbegriffs als Beziehungsbegriff, 1991.
- Nestler, Phänomenologie der Wirtschaftskriminalität im Gesundheitswesen*, JZ 2009, S. 984–989
- Neumann, Volker* Solidarische Wettbewerbsordnung statt Vertragsarztrecht, NZS 2002, S. 561–566.
- Neugebauer, Gabriele* Das Wirtschaftlichkeitsgebot in der gesetzlichen Krankenversicherung: Normierung – Inhalt – Konkretisierung, 1996.
- Neupert, Michael* Risiken und Nebenwirkungen: Sind niedergelassene Vertragsärzte Amtsträger im strafrechtlichen Sinne?, NJW 2006, S. 2811–2814.
- Ders.* Primäre oder sekundäre Zuständigkeit des Strafrechts?, in: Jörg Arnold, Björn Burkhardt, Walter Gropp (Hrsg.), *Menschengerechtes Strafrecht: Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, 2005, S. 163–179.
- Noak, Paul* Korruption – Die andere Seite der Macht, 1985.
- Noak, Torsten* Betrugstäterschaft bzw. -teilnahme von Ärzten beim Bezug von Röntgenkontrastmitteln?, MedR 2002, S. 76–83.
- Nomos Kommentar Strafgesetzbuch* Ulf Neumann, Urs Kindhäuser, Hans-Ulrich Paeffgen (Hrsg.), Bd. 1 und 2, 4. Auflage 2013 (zitiert NK/Bearbeiter).
- Odenthal, Hans-Jörg* Der „geschäftliche Betrieb“ als Leistungsempfänger nach § 299 StGB, wistra 2005, S. 170–172.
- Offermann, Susanne* Strafrecht BT – Mißbräuchliche Verwendung von Kreditkarten, JA 1985, S. 601–605.
- Dies.* Nachruf auf einen Meinungsstreit zur strafrechtlichen Erfassung des Scheck- und Kreditkartenmissbrauchs, wistra 1986, S. 50–58.
- Otto, Harro* Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte, 7. Auflage 2005 (zitiert: Otto BT).
- Ders.* Die Auslegung von Blankettstraftatbeständen, Jura 2005, S. 538–539.
- Ders.* Betrug bei rechts- und sittenwidrigen Rechtsgeschäften, Jura 1993, S. 424–429.

- Ders.* Zur Untreue und zur Rechtsbeugung bei Verfehlungen des Rechtspflegers als Nachlaßrichter, JZ 1988, S. 883–884.
- Ders.* Zur Weitergabe von Falschgeld an einen Eingeweihten als Inverkehrbringen als echt im Sinne des StGB § 147, JR 1981, S. 82–86.
- Paeffgen, Hans-Ulrich* Strafrecht und Verfassungsrecht, StraFo 2007, S. 442–447.
- Pitschas, Rainer* Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Kassen und Vertragsarztrecht, in: Gerhard Wissing, Dieter Umbach (Hrsg.), 40 Jahre Landessozialgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz, 1994, S. 217–238.
- Pfalzgraf, Heinrich* Liegt in der Vereinbarung umsatzabhängiger Mieten, Pachten oder Nutzungsentgelte ein Verstoß gegen § 20 Abs. 2 Ärzte-ZV? – Zugleich eine Erörterung der Kriterien, die das Wesen der Tätigkeit des Vertragsarztes am Vertragssitz ausmachen, MedR 2000, S. 257–261.
- Philipp, Albrecht* Arzneimittellisten und Grundrechte, 1995.
- PONS* Großwörterbuch Englisch: Englisch-Deutsch/Deutsch-Englisch, 2008.
- Pragal, Oliver* Das Pharma-Marketing um die niedergelassenen Kassenärzte: Beauftragtenbestechung gemäß § 299 StGB!, NStZ 2005, S. 133–136.
- Pragal, Oliver/Apfel, Oliver* Bestechlichkeit und Bestechung von Leistungserbringern im Gesundheitswesen, A&R 2007, S. 10–20.
- Pragal, Oliver/Handel, Timo* Der Regierungsentwurf zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen – ein großer Wurf mit kleinen Schwächen (Teil 2), medstra 2016, S. 22–27.
- Ders./Handel, Timo* Der Regierungsentwurf zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen – ein großer Wurf mit kleinen Schwächen (Teil 1), medstra 2015, S. 337–344.
- Puppe, Ingeborg* Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum, GA 1990, S. 145–182.
- Dies.* Vom Umgang mit Definitionen in der Jurisprudenz, in: Gerhard Dornseifer, Eckhard Horn, Georg Schilling, Wolfgang Schöne, Eberhard Struensee, Diethart Zielinski (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 15–33.
- Quaas, Michael* Zur Berufsfreiheit des Freiberuflers, insbesondere der Ärzte, MedR 2001, S. 34–37.
- Quaas, Michael/Zuck, Rüdiger* Medizinrecht – Öffentliches Medizinrecht, Haftpflichtrecht, Arztstrafrecht, 3. Auflage 2014.
- Ranft, Otfried* Der Kreditkartenmißbrauch (§ 266b Alt. 2 StGB), JuS 1988, S. 673–681.
- Ransiek, Andreas* Verstecktes Parteivermögen und Untreue, NJW 2007, S. 1727–1730.
- Ders.* Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil bei der Untreue, in: ZStW 116 (2004), S. 634–679.
- Ratzel, Rudolf/Hans-Dieter Lippert* (Hrsg.) Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (MBO), 6. Auflage 2015 (zitiert: Ratzel/Lippert).

- Ratzel, Rudolf/Luxenburger, Bernd* (Hrsg.) Handbuch Medizinrecht, 3. Auflage 2015 (zitiert: Ratzel/Luxenburger/Bearbeiter).
- Reese, Ulrich* Vertragsärzte und Apotheker als Straftäter? – eine strafrechtliche Bewertung des Pharma-Marketings, PharmR 2006, S. 92–100.
- Rengier, Rudolf* Strafrecht Besonderer Teil II. Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit, 16. Auflage 2015 (zitiert: Rengier BT II).
- Rentrop, Kathrin* Untreue und Unterschlagung (§§ 266 und 246 StGB) Reformdiskussion und Gesetzgebung seit dem 19. Jahrhundert, 2007.
- Rieger, Hans-Jürgen/Dahm, Franz-Josef/Steinhilper, Gernot* (Hrsg.) Heidelberger Kommentar: Arztrecht, Krankenhausrecht, Medizinrecht, 33. Aktualisierung 2010 (zitiert: Rieger/Dahm/Steinhilper).
- Riegger, Hans-Georg* Heilmittelwerberecht – Werbung im Gesundheitssektor, 2009.
- Rönnau, Thomas* „Kick-backs“: Provisionsvereinbarungen als strafbare Untreue – Eine kritische Bestandsaufnahme, in: Hans Joachim Hirsch, Jürgen Wolter, Uwe Brauns (Hrsg.), Festschrift für Günter Kohlmann, 2003, S. 239–261.
- Ders.* Untreue als Wirtschaftsdelikt, ZStW 119 (2007), S. 887–926.
- Ders.* Anmerkung zur Entscheidung des BGH im Fall Mannesmann, NStZ 2006, S. 218–221.
- Rönnau, Thomas/Golombeck, Tine* Die Aufnahme des „Geschäftsherrenmodells“ in den § 299 – ein Systembruch im deutschen StGB, ZRP 2007, S. 193–195.
- Rönnau, Thomas/Hohn, Christian* Der praktische Fall – Strafrecht: Forscherdrang. JuS 2003, S. 998–1003.
- Roxin, Claus/Schroth, Ulrich* (Hrsg.) Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Auflage 2010 (zitiert: Roxin/Schroth).
- Roxin, Claus* Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage 2006 (zitiert: Roxin AT).
- Saliger, Frank* Das Unrecht der Korruption in: Peter-Alexis Albrecht, Stefan Kirsch, Ulfrid Neumann, Stefan Sinner (Hrsg.), Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag, 2015, S. 493–506.
- Ders.* Rechtsprobleme des Untreuetatbestandes, JA 2007, S. 326–334.
- Samson, Günther* Angestelltenbestechung. Vom Niedergang deutscher Gesetzgebungskunst, in: Andreas Parmas, Peep Pruks (Hrsg.), Festschrift für Jaan Sootak zum 60. Geburtstag, 2008, S. 225–241.
- Sannwald, Heinz Joachim* Der gemeinsame Rechtsgedanke von Mißbrauchs- und Treubruchtatbestand des § 266 n. F. StGB, 1953.
- Sax, Walter* Grundsätze der Strafrechtspflege, in: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, 2. Halbband 1959 (zitiert: Bettermann/Nipperdey/Scheuner/Bearbeiter Hdb Theorie und Praxis Grundrechte6).

- Ders.* Überlegungen zum Treubruchstatbestand des § 266 StGB, JZ 1977, S. 663–667.
- Schäfer, Ernst* Das Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26.05.1933, DJZ 1933, S. 789–795.
- Schelling, Philip* Die Pflicht des Arztes zur wirtschaftlichen Aufklärung im Lichte zunehmender ökonomischer Zwänge im Gesundheitswesen, MedR 2004, S. 422–429.
- Schimmelpfeng-Schütte, Ruth* Ansprüche gesetzlicher Krankenkassen gegen Leistungserbringer wegen Fehlverhaltens, GesR 2006, S. 529–537.
- dies.* Die Arzneimittelversorgung im Spannungsfeld der Interessen der gesetzlichen Krankenversicherung und der Pharmaindustrie, GesR 2006, S. 12–15.
- dies.* Die Zeit ist reif für mehr Demokratie in der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV), MedR 2006, S. 21–25.
- dies.* Demokratische und Rechtsstaatliche Defizite der Gesetzlichen Krankenversicherung, MedR 2006, S. 519–521.
- Schlegel, Rainer* Gerichtliche Kontrolle von Kriterien und Verfahren, MedR 2008, S. 30–34.
- Schlüchter, Ellen* Zur unvollkommenen Kongruenz zwischen Kredit- und Scheckkartenmißbrauch – OLG Hamm, NJW 1984, 1633, JuS 1984, S. 675–680.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard* Verfassungsfragen der Gesundheitsreform, NJW 2004, S. 1689–1695.
- Schmidt-De Caluwe, Reimund* Das Behandlungsverhältnis zwischen Vertragsarzt und sozialversichertem Patienten, VSSR 1998, S. 207–232.
- Schmidt, Jürgen* Wirtschaftlichkeit in der öffentlichen Verwaltung, 7. Auflage 2006.
- Schmidt Kurt,* Zur Ökonomik der Korruption, in: Schmollers Jahrbuch für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Vol. 89, 1969.
- Schnapp, Friedrich* Der Vertragsarzt – Sachwalter der gesetzlichen Krankenkassen?, in: Holm Putzke, Bernhard Hardtung, Tanja Hörnle, Reinhard Merkel, Jörg Scheinfeld, Horst Schlehofer, Jürgen Seier (Hrsg.) Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum 70. Geburtstag – Strafrecht zwischen System und Telos, 2008, S. 795–809.
- Ders.* Untergesetzliche Rechtsquellen im Vertragsarztrecht – am Beispiel der Richtlinien, in: Matthias von Wulffen, Otto Ernst Krasney (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, 2004, S. 497–515.
- Schnapp, Friedrich E.* Was können wir über das Sozialstaatsprinzip wissen, JuS 1998, S. 873–877.
- Schnapp, Friedrich E./Wigge, Peter (Hrsg.)* Handbuch des Vertragsarztrechts, 2. Auflage 2006.
- Schneider, Hendrik* Rechtsgutachten zu dem „Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen“ des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, 2015.
- Ders.* Sonderstrafrecht für Ärzte?, HRRS 2013, S. 219–224.

- Ders.* Zur Frage der Auslegung des Beauftragtenbegriffs gem. § 299 StGB, StV 2010, S. 366–368.
- Schneider, Hendrik/Ebermann Thorsten* Der Regierungsentwurf zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen, A&R 2015, S. 202–207.
- Schneider, Hendrik/Grau, Kevin/Kißling, Christin* Der Schock von Berlin saß tief, CCZ 2013, S. 48–54.
- Schneider, Hendrik/Gottschaldt, Peter* Zuweisungspauschale – Lukratives Geschäft oder Straftat? – Zur Strafbarkeit niedergelassener Ärzte wegen Forderns einer Vergütung für die Überweisung eines Patienten zur stationären Behandlung, wistra 2009, S. 133–137.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst* Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Auflage 2014 (zitiert: Sch/Sch/Bearbeiter).
- Scholz, Karsten* Ermittlungsbefugnisse von Ärztekammern, GuP 2013, S. 81–87.
- Scholze, Bettina D./Finkeißen, Ekkehard* Ärztliche Fortbildungspflicht in Deutschland, MedR 2004, S. 141–149.
- Schreiber, Hans-Ludwig/Beulke, Werner* Untreue durch Verwendung von Vereinsgeldern zu Bestechungszwecken – BGH, NJW 1975, 1234, JuS 1977, S. 656–661.
- Schröder, Thomas* Korruptionsbekämpfung im Gesundheitswesen durch Kriminalisierung von Verstößen gegen berufsrechtliche Pflichten zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit: Fünf Thesen zu den §§ 299a, 299b StGB des Regierungsentwurfs vom 29.7.2015 – Teil 1, NZWiSt 2015, S. 321–350.
- Ders.* Korruptionsbekämpfung im Gesundheitswesen durch Kriminalisierung von Verstößen gegen berufsrechtliche Pflichten zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit: Fünf Thesen zu den §§ 299a, 299b StGB des Regierungsentwurfs vom 29.7.2015 – Teil 2, NZWiSt 2015, S. 361–366.
- Schünemann, Bernd* Wieder verbreitete Irrlehren zum Untreuetatbestand, in: Lorenz Schulz, Michael Reinhart, Oliver Sahan (Hrsg.), Festschrift für Imme Roxin, 2012, S. 341–358.
- Ders.* Der Bundesgerichtshof im Gestrüpp des Untreuetatbestandes, NStZ 2006, S. 196–203.
- Ders.* Die gravierende Pflichtverletzung bei der Untreue: dogmatischer Zauberhut oder taube Nuss?, NStZ 2005, S. 473–476.
- Ders.* Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff in: Thomas Weigend, Georg Küpper (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11.04.1999, S. 363–378.
- Ders.* Zum Verhältnis von Norm und Sachverhalt bei der Rechtsanwendung von Ober- und Untersatz im Justizsyllogismus und von Rechts- und Tatfrage im Prozessrecht, in: Fritjof Haft, Winfried Hassemer, Ulfrid Neumann, Wolfgang Schild, Ulrich Schroth (Hrsg.) Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, S. 299–320.
- Ders.* Nulla poena sine lege? – Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht, 1978.
- Schulin, Bertram* Handbuch des Sozialversicherungsrechts, 1994

- (zitiert: Schulin/Bearbeiter HdB Sozialversicherungsrecht).
- Schwerdtfeger, Gunther* Die Leistungsansprüche der Versicherten im Rechtskonkretisierungskonzept des SGB (Teil II), NZS 1998, S. 97–103.
- Schwinge, Erich/Siebert, Wolfgang* Das neue Untreuestrafrecht in strafrechtlicher und zivilrechtlicher Beleuchtung, 1933.
- Seel, Dieter* Unbestimmte und normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht und der Grundsatz nullum crimen sine lege (Art. 103 II GG), 1965.
- Seelmann, Kurt* Grundfälle zu den Straftaten gegen das Vermögen als Ganzes, 3. Teil - Erpressung (§ 253 StGB) und räuberische Erpressung (§ 255 StGB), JuS 1982, S. 914–918.
- Seidel, Bernd* Nimmt die Korruption zu? Überlegungen zu einer effektiveren Strafverfolgung. Kriminalistik 1993, S. 2–9.
- Seier, Jürgen* Die Untreue (§ 266 StGB) in der Rechtspraxis, in: Klaus Bernsmann, Klaus Ulsenheimer (Hrsg.), Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen – Vorträge anlässlich des Symposiums zum 70. Geburtstag von Gerd Geilen am 12./ 13.10.2001, 2003, S. 145–156.
- Seier, Jürgen/Martin, Susanne* Die Untreue (§ 266 StGB), JuS 2001, S. 874–878.
- Sieber, Gerhard* Computerkriminalität und Strafrecht, 1977.
- Simon Michael* Das Gesundheitssystem in Deutschland: Eine Einführung in Struktur und Funktionsweise, 4. Auflage, 2013.
- Sobotta, Daniel* Der Vertragsarzt – tatsächlich Beauftragter der Krankenkassen? – Betrachtungen zum Beschluss des OLG Braunschweig vom 23.2.2010 und zugleich Replik auf Dannecker, GesR 2010, S. 471–474.
- Sodan, Helge* Freie Berufe als Leistungserbringer im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung: Ein verfassungs- und verwaltungsrechtlicher Beitrag zum Umbau des Sozialstaates, 1997.
- Ders.* Verfassungsrechtliche Anforderungen an Regelungen gemeinschaftlicher Berufsausübung von Vertragsärzten – Zum Spannungsverhältnis von Berufs- und Sozialversicherungsrecht, NZS 2001, S. 169–177.
- Ders.* Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 2. Auflage 2014 (zitiert: Sodan/Bearbeiter HdB Krankenversicherungsrecht).
- Spellbrink, Wolfgang* Die Rechtsstellung des Psychotherapeuten nach dem Psychotherapeutengesetz – zugleich eine Einführung in das Psychotherapeutengesetz, NZS 1999, S. 1–9.
- Spickhoff, Andreas* (Hrsg.) Medizinrecht, 2. Auflage 2014 (zitiert: Spickhoff/Bearbeiter)
- Ders.* Die Entwicklung des Arztrechts 2003/2004, NJW 2004, S. 1710–1720.
- Steenbreker, Thomas* Korruptionsbekämpfung in sonstiger Weise: § 299a E-StGB und Strafgesetzgebung im Gesundheitswesen, MedR 2015, S. 660–665.
- Steffen, Erich* Die Arzthaftung im Spannungsfeld zu den Anspruchsbegrenzungen des Sozialrechts für den Kassenpatienten, in: Brandtner Hans Erich, Hagen Horst, Stürner Rolf

- (Hrsg.), Festschrift für Karlmann Geiß zum 65. Geburtstag, 2000, S. 487–502.
- Steinhilper, Gernot* Ist der Vertragsarzt Beauftragter der Krankenkassen im Sinne des § 299 Abs. 1 StGB?, *MedR* 2010, S. 499–502.
- Ders.* Anmerkung zu OLG Hamm, Urteil vom 22.12.2004 - 3 Ss 431/04, *MedR* 2005, S. 238–240.
- Steinhilper, Udo* Die mißbräuchliche Verwendung von Eurocheckkarten in strafrechtlicher Sicht, *Jura* 1983, S. 401–416.
- Steuerstrafrecht mit Zoll- und Verbrauchssteuerstrafrecht Kommentar §§ 369–412 AO, § 32 ZollVG* Wolfgang Joecks, Markus Jäger, Carsten Randt (Hrsg.), 8. Auflage 2015 (zitiert: Joecks/Jäger/Randt SteuerstrafR).
- Stumpf, Christoph A./Voigts, Helge-Marten* Gesundheitsmarkt zwischen Kooperation und Korruption, *MedR* 2009, S. 205–210.
- Systematischer Kommentar zum StGB* Jürgen Wolter (Hrsg.), Band 1 Ergänzungslieferung 125 2010, Band 5 Ergänzungslieferung 131 2012 (zitiert: SK/Bearbeiter).
- Szebrowski, Nickel* Kick-Back, 2005.
- Taschke, Jürgen* Die Strafbarkeit des Vertragsarztes bei der Verordnung von Rezepten, *StV* 2005, S. 406–411.
- Taschke, Jürgen/Zapf Daniel* §§ 299a, 299b StGB-E – Folgen für die Kooperation zwischen Pharmaunternehmen und Medizinprodukteherstellern mit niedergelassenen Ärzten, *medstra* 2015, S. 332–337.
- Taupitz, Jochen* Die Standesordnungen der freien Berufe: geschichtliche Entwicklung, Funktionen, Stellung im Rechtssystem, 1991.
- Ders.* Rechtliche Bindungen des Arztes, *NJW* 1986, S. 2851–2861.
- Tholl, Frank* Untreue durch Bezug medizinischer Produkte und Hilfsmittel zu überhöhten Preisen, *wistra* 2001, S. 473–474.
- Tiedemann, Klaus* Verfassungsrecht und Strafrecht, 1991.
- Ders.* Wirtschaftsstrafrecht Besonderer Teil, 3. Auflage 2011 (zitiert: Tiedemann BT).
- Ders.* Generalklauseln im Wirtschaftsstrafrecht – am Beispiel der Unlauterkeit im Wettbewerbsstrafrecht, in: Klaus Bernsmann, Thomas Fischer (Hrsg.), Festschrift für Ruth Rissing-van Saan zum 65. Geburtstag, 2011, S. 685–700.
- Tiemann, Burkhard/Tiemann, Susanne* Kassenarztrecht im Wandel, 1983.
- Transparency International e.V.* Transparenzmängel, Korruption und Betrug im deutschen Gesundheitssystem. Kontrolle und Prävention als gesellschaftliche Aufgabe, Grundsatzpapier von Transparency Deutschland, 2005.
- Triepel, Heinrich* Staatsdienst und staatlich gebundener Beruf, in: Riha Ortrun (Hrsg.), Festschrift für Karl Bindung zum 4. Juni 1911 (Bd. 2), 1911, S. 1–85.
- Ders.* Der Vertragsarzt als Sachwalter der Vermögensinteressen der gesetzlichen Krankenkassen?, *MedR* 2005, S. 622–628.

- Tsambikakis, Michael* Kommentierung des Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen, *medstra* 2016, S. 131-141.
- Vahlenkamp, Werner/Knauß, Ina* Korruption – hinnehmen oder handeln? BKA Forschungsreihe Bd. 33, 1995.
- Vitt, Anna/Hartmann, Peter* BGH-Urteil ist kein Freibrief für Bestechung, *MTD* 2012, S. 88–90.
- Walther, Felix* Das Korruptionsstrafrecht des StGB, *Jura* 2010, S. 511–520.
- Waßmer, Martin Paul* Untreue bei Risikogeschäften, 1997.
- Weidhaas, Rüdiger* Der Kassenarzt zwischen Betrug und Untreue, *ZMRG* 2005, S. 52–55.
- Wegenast, Martin* Missbrauch und Treubruch – Zum Verhältnis der Tatbestände in § 266 StGB, 1994.
- Ders.* Der Vertragsarzt zwischen Freiheit und Bindung, *NZS* 2005, S. 67–74.
- Weinrich, Christoph/Reuter, Benjamin* Kontrolle von untergesetzlichen Rechtsnormen im deutschen Gesundheitswesen, *GesR* 2015, S. 144–149.
- Weiß, Wolfgang* Privatisierung und Staatsaufgaben, 2002.
- Wessels, Johannes/Hillenkamp, Thomas* Strafrecht Besonderer Teil 2 – Straftaten gegen Vermögenswerte, 38. Auflage 2015 (zitiert: Wessels/Hillenkamp BT 2).
- Wigge, Peter* Arzneimittelversorgung durch niedergelassene Apotheker in der gesetzlichen Krankenversicherung, *NZS* 1999, S. 584–589.
- Ders.* Integrierte Versorgung und Vertragsarztrecht (Teil 1), *NZS* 2001, S. 1–56.
- Ders.* Integrierte Versorgung und Vertragsarztrecht (Teil 1), *NZS* 2001, S. 57–112.
- Ders.* Grenzen der Zusammenarbeit im Gesundheitswesen – der Gesetzentwurf zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen, *NZS* 2015, S. 447-453.
- Wille, Marion* Die Neuordnung der Vertragsärztlichen Vergütung nach dem Vertragsrechtsänderungsgesetz und dem GKV-WSG, *SdL* 2008, S. 58–103.
- Windthorst, Kay* Die integrierte Versorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung – Gefahr oder Chance für die Gesundheitsversorgung?, 2002.
- Winkelbauer, Wolfgang* Ketzerische Gedanken zum Tatbestand der Angestelltenbestechlichkeit (§ 299 Abs. 1 StGB), in: Bernd Heinrich, Eric Hilgendorf, Wolfgang Mitsch, Detlev Sternberg-Lieben, *Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag*, 2004, S. 385–394.
- Wissing, Volker / Cierniak, Jürgen* Strafbarkeitsrisiken des Arztes und von Betriebsinhabern nach dem Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen, *NZWiSt* 2016, S. 41–47.
- Wolf, Gerhard* Die Strafbarkeit der rechtswidrigen Verwendung öffentlicher Mittel, 1998.

Wollersheim, Ulrike Zuweisung gegen Entgelt im Berufsrecht der Ärzte und im SGB V, in: Herbert Schiller, Michael Tsambikakis (Hrsg.), Kriminologie und Medizinrecht. Festschrift für Gernot Steinhilper, 2013, S. 157–167.

Zalewski, Thomas Gesamtverträge und Gesamtvergütung, KBV Fortbildungshefte, Heft 6, 2008.

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Rechtsverhältnisse 30

Zusammenfassung

Korruption ist Realität, im nationalen und internationalen Geschäftsverkehr weit verbreitet und ein Mitverursachungsfaktor der Gefährdung des sozialstaatlichen Versorgungssystems. Täterkreise und Erscheinungsformen sind vielfältig. Sie reichen vom privaten Bereich über die Verwaltung, die Politik und den Bau-sektor bis hin zum Gesundheitswesen. Hierher gehört auch das immer wieder kritisierte Beziehungsgeflecht zwischen der Industrie und Ärzteschaft.

Während die Bestechung und Bestechlichkeit von, in öffentlichen Krankenhäusern angestellten Ärzten, als Folge des „Herzklappenskandals“ und der darauf beruhenden Reform des Korruptionsstrafrechts bereits seit 1997¹ nach den §§ 331 ff. StGB strafbar sind, unterfielen niedergelassene Vertragsärzte auch nach der Rechtsprechung des Großen Strafsenats² bis zum Inkrafttreten der §§ 299a ff. StGB am 04.06.2016³ nicht den Korruptionsdelikten. Damit verbunden war und ist immer wieder auch die Frage, ob Vorteilsgewährungspraktiken in diesem Bereich vom Tatbestand der Untreue erfasst sein könnten. Ihrer Beantwortung dient der erste Teil und zweite Teil der Arbeit. Der dritte Teil gewährt einen Überblick über die Relevanz der Korruptionsvorschriften für das gewählte Arbeitsthema. Die Einbettung der Gesamthematik in den Kontext der Korruptionsdelikte soll die Ausgangsbetrachtungen zur Untreue fortführen und durch eine Bewertung nach den neuen Gesetzesregelungen ergänzen. Hierzu wird die aktuelle Gesetzeslage einschließlich des vorangegangenen Gesetzgebungsverfahrens dargestellt.

¹ Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 13.08.1997, in Kraft getreten am 01.04.1998, BGBl. I. S. 2038.

² BGH Beschl. v. 29.03.2012 – GStSt 2/11, BGHSt 57, 202 ff. = NStZ 2012, 505 ff.

³ Gesetz zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen vom 03.06.2016, BGBl. I. S. 1254.

Das gewählte Arbeitsthema zeigt, wie wesentlich die Beschäftigung mit den relevanten Normen des Rechts der Gesetzlichen Krankenversicherung für die strafrechtlichen Bewertungen in diesem Bereich ist. Dies gilt umso mehr, wenn mit sozial- und bzw. oder berufsrechtlichen Verstößen strafrechtliche Konsequenzen einhergehen und damit die fehlerhafte Anwendung der einschlägigen Rechtsnormen zwangsläufig auch zu falschen strafrechtlichen Schlussfolgerungen führt.

Dieser Kritik sieht sich auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur sog. Vertragsarztuntreue ausgesetzt. Auch hier wurden die Besonderheiten des Sozialversicherungsrechts nicht mit der notwendigen Sorgfalt eruiert und stattdessen eine seit mehreren Jahren nicht mehr vertretene Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zur Grundlage der rechtlichen Bewertungen gemacht. Dass dies im Ergebnis weder den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts entspricht, noch mit den sozial- und strafrechtlichen Vorgaben vereinbar ist, zeigen die Ausführungen der Arbeit, die im Ergebnis die Annahme einer Vertragsarztuntreue verneint. Es wird vorgeschlagen, die Rechtsprechung des BGH den sozialrechtlichen Gegebenheiten und der Rechtsprechung des Großen Strafsenats anzupassen. Das Konstrukt der Vertragsarztuntreue soweit wie möglich in eine Betrugsstrafbarkeit zurückzuverlagern und die nicht § 263 StGB unterfallenden Konstellationen ausschließlich von den Neuregelungen der §§ 299a ff. StGB des Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen zu erfassen, insbesondere auch, die geprüfte Kick-back-Vereinbarung. Sie wird als strafbare Korruption erfasst und die bis dahin bestehende Regelungslücke geschlossen.

In der Form eines kritischen Ausblicks werden abschließend, die Grenzen zulässiger ordnungsbezogener Vergütungen durch die Krankenkassen selbst aufgezeigt und deren strafrechtliche Relevanz eingeordnet. Letzteres erfolgt am Beispiel eines Selektivvertragmodells zur Förderung sog. Biosimilarer Arzneimitteln

durch die Rückvergütung einer prozentualen Ersparnisbeteiligung als Gegenleistung für deren bevorzugte Verordnung.

Die Konstellation verdeutlicht, dass auch die monetäre Einflussnahme der Krankenkassen auf das Ordnungsverhalten der Vertragsärzte strafrechtsrelevante Wirkung aben kann, wenn sie zu Wettbewerbsverzerrungen und beziehungsweise oder einer Gefahr für die Gesundheit der Patienten führen kann.

Insgesamt sollte daher auch in Fällen, in denen Bonuszahlungen nach § 128 Abs. 6 S. 2 SGB V der Etablierung eines wirtschaftlichen Wettbewerbs und der Hebung monetärer Einsparpotentiale dienen, der vom Gesetz verfolgte Schutz der Patienten vor sachwidrigen medizinischen Entscheidungen immer vorrangig sein.

Sinn und Zweck der §§ 299a ff. StGB ist es auch, Patienten vor medizinisch sachwidrigen Therapieentscheidungen zu bewahren. Jeder Bürger sollte darauf vertrauen können, dass seine Gesundheit und sein Wohlergehen Ausgangs- und Mittelpunkt der zu treffenden medizinischen Entscheidungen des Arztes und der daraus resultierenden Behandlung sind. Dies folgt auch daraus, dass der Vertragsarzt bei der Konkretisierung des Rahmenrechts auf Krankenbehandlung in erster Linie im Interesse des Versicherten tätig wird und gerade nicht als Vertreter der Krankenkassen und Hüter des Wirtschaftlichkeitsgebotes fungiert. Vor diesem Hintergrund sollten auch den Krankenkassen neben den ohnehin bestehenden umfassenden Steuerungsinstrumenten zur Wirtschaftlichkeit keine weiteren strafrechtsrelevanten Ausnahmeregelungen zur Beeinflussung der Neutralität medizinischer Ordnungsentscheidungen eingeräumt werden.

Abstract

Corruption is a fact of life. It is rife in national and international business dealings, and it is one of the factors that pose a threat to the care system of our welfare state. There are many different types of offenders and forms of corruption. Corruption occurs in the private sector, in public administration, in the political sphere, in the construction industry, and within the health care system. The interdependent relationship between the healthcare industry and the medical profession also belongs on this list, a relationship that has come in for repeated criticism.

As a consequence of the so-called “heart valve scandal”, and the reform of the German criminal law on corruption that followed in the wake of the scandal, it has been a criminal offence under sections 331 et seqq. of the German Criminal Code [*Strafgesetzbuch – StGB*] since 1997¹ to give bribes to medical practitioners employed in public hospitals, or for such medical practitioners to take bribes. However, until sections 299a et seqq. StGB entered into force on 4 June 2016², acts committed by medical practitioners in private practices were not deemed to be corruption offences under the Criminal Code. This was also affirmed by the case-law of the Grand Criminal Panel of the German Federal Court of Justice³ [*Großer Senat für Strafsachen*]. A topic that has been repeatedly discussed in connection with the aforementioned issue is whether the practice of granting benefits in healthcare might constitute an offence of embezzlement. The first part of this dissertation provides an answer to that question. The second part of

¹ German Anti-Corruption Law [*Gesetz zur Bekämpfung der Korruption*] of 13 August 1997, entered into force on 1 April 1998, *Federal Law Gazette [Bundesgesetzblatt]*, Vol. I, p. 2038.

² German Act on Fighting Corruption in the Health Care System [*Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen*] of 3 June 2016, *Federal Law Gazette [Bundesgesetzblatt]*, Vol. I, p. 1254.

³ Decision of the German Federal Court of Justice [*Bundesgerichtshof – BGH*] of 29 March 2012 – GSSt 2/11, BGHSt 57, p. 202 et seqq. = NStZ 2012, p. 505 et seqq.

this dissertation focuses on the significance that corruption provisions have for the topic discussed herein. Following the initial analysis of the issue of embezzlement mentioned, this issue is expanded by a discussion of the overall topic in the context of corruption offences, supplemented by an assessment of the topic in the light of new legislation introduced.

An analysis of the topic chosen for this dissertation shows how important it is to study the relevant legal provisions of the law on statutory health insurance in order to be able to carry out an assessment of the topic from the perspective of criminal law. This applies all the more so in cases where a breach of social law and/or the law of professional rules and regulations might have consequences under criminal law, and the faulty application of applicable legal rules from legal areas outside criminal law would inevitably also lead to wrong conclusions being drawn on the basis of criminal law.

The case-law of the German Federal Court of Justice [*Bundesgerichtshof*] on so-called “embezzlement by medical practitioners in private practice” [*Vertragsarztuntreue*] has been criticised in this respect. The Federal Court of Justice did not take account of the specifics of German social security law in a sufficiently diligent manner, and instead used outdated case-law of the German Federal Social Court [*Bundessozialgericht*] as a basis for its criminal-law assessment—precedents that were overruled by the Federal Social Court itself many years ago. This dissertation shows that this does not meet the requirements of the German Federal Constitutional Court [*Bundesverfassungsgericht*] and that such an approach is incompatible with requirements under social and criminal law. Ultimately, this dissertation rejects the assumption that an offence of “embezzlement by medical practitioners in private practice” actually exists. We suggest revising the case-law of the Federal Court of Justice to reflect the case-law of the Grand Criminal Panel of the German Federal Court of

Justice [*Großer Senat für Strafsachen*] and the facts of social legislation. As a consequence, this dissertation argues that the legal construct of “embezzlement by medical practitioners in private practice” should be shifted back into the realm of the criminal offence of “fraud” as far as possible. Any circumstances that are not covered by section 263 StGB should then exclusively be covered by sections 299a et seqq. StGB, which would have to be revised for this purpose; this particularly applies to the type of kickback agreement analysed in this dissertation. Such kickback agreements would then count as a criminal offence of corruption, and the regulatory gap that has hitherto existed would thereby be closed.

Finally, the limits of admissible prescription-related remuneration by health insurances are discussed and demonstrated from a critical, future-oriented perspective, together with the significance these limits have from a criminal law perspective. The significance of such limits is discussed using as an example a selective-agreement model designed to promote so-called “biosimilar medicines” by paying medical practitioners a percentage of the savings achieved in return for practitioners prescribing such medicines rather than more expensive ones.

The circumstances discussed illustrate that the monetary influence that health insurances exert over the way in which medical practitioners in private practice prescribe such things as medicines may have consequences under criminal law if such influence may lead to competition being distorted and/or to a patient’s health being put in jeopardy.

In cases where bonus payments in accordance with the second sentence of section 128(6) of the Fifth Book of the German Social Security Code [*Sozialgesetzbuch*] are used to establish economic competition and to exploit potential monetary savings, the conclusion therefore is that the protection the law affords companies

and people against distortions of competition and against improper medical decision-making should, on balance, take precedence over any other consideration. Members of the public should be able to feel confident that their health and well-being are the starting point and focal point of any decision a medical practitioner has to take, including the resulting therapy. This also follows from the fact that whenever the legal framework for the treatment of patients is put into practice, medical practitioners in private practice primarily act in the interest of the insured person; they emphatically do not act as representatives of health insurances, or as guardians of the efficiency principle. In the light of the above, health insurances should not be provided with additional criminal-law-related exceptional provisions that would enable them to exert further influence over the neutrality of decision-making in the area of medical prescriptions; such influence should be restricted to the comprehensive tools for steering efficiency that already exist.