

**Die Strafbarkeit niedergelassener Vertragsärzte
beim Pharmamarketing de lege lata und de lege
ferenda unter besonderer Berücksichtigung der
Verordnung von Arzneimitteln**

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät
der Eberhard Karls Universität Tübingen

vorgelegt von

Kristina Kreul

aus Essen

2017

Dekan: Prof. Dr. Stefan Thomas
1. Berichterstatter: Jun.- Prof. Dr. Tillmann Bartsch
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Jörg Eisele
Tag der mündlichen Prüfung: 18. Mai 2017

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	I
Abkürzungsverzeichnis.....	IX
Teil 1: Einführung.....	1
A. Einleitung.....	1
B. Gang der Untersuchung.....	4
Teil 2 : Strafbarkeit niedergelassener Vertragsärzte beim Pharmamarketing de lege lata.....	6
1. Kapitel: Korruption im Gesundheitswesen.....	6
A. Anfälligkeit des Gesundheitssystems für Korruption.....	6
B. Pharmamarketing.....	8
I. Prämiensysteme.....	8
II. Rückvergütungen bei Arzneimitteln.....	9
III. Anwendungsbeobachtungen.....	9
2. Kapitel: Einführung in das System der gesetzlichen Krankenversicherung.....	11
A. Rechtsgeschichtliche Grundlagen des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung.....	11
B. Heutiges System der gesetzlichen Krankenversicherung.....	14
I. Beteiligte am System der gesetzlichen Krankenversicherung.....	14
II. Sachleistungsprinzip.....	15
1. Sinn und Zweck des Sachleistungsprinzips.....	16
2. Funktion des Sachleistungsprinzips.....	16
III. Zulassung von Vertragsärzten zum System der gesetzlichen Krankenversicherung.....	17
1. Zulassungsvoraussetzungen.....	18
2. Vergütung vertragsärztlicher Tätigkeit.....	18
IV. Sicherstellungsauftrag der vertragsärztlichen Versorgung.....	19
1. Sicherstellung durch Verträge.....	20
2. Sicherstellung durch gemeinsame Selbstverwaltung.....	21
3. Zusammenfassung.....	21

IV. Wirtschaftlichkeitsgebot	22
1. Merkmale des Wirtschaftlichkeitsgebots	23
2. Festbeträge.....	24
3. Richtlinien des G-BA gem. § 92 SGB V.....	24
4. Verpflichtete des Wirtschaftlichkeitsgebots.....	25
5. Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot	25
6. Folgen eines Verstoßes gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot	26
V. Stellung von Apothekern bei der Versorgung gesetzlich Versicherter mit Arzneimitteln	26
VI. Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen	27
1. Krankenkassen.....	27
2. Kassenärztliche Vereinigungen und Kassenärztliche Bundesvereinigung	28
3. Kapitel: Funktion von Vertragsärzten in der sozialgerichtlichen Rechtsprechung.....	29
A. Entscheidungsbefugnis von Vertragsärzten bei der Verordnung von Arzneimitteln	29
I. Rahmenrecht der Versicherten	29
II. Konkretisierung durch Vertragsärzte	30
III. Zustandekommen eines Kaufvertrags zwischen Krankenkassen und Apothekern durch Vertragsärzte als Vertreter der Krankenkassen.....	31
IV. Rechtsprechungsänderung.....	32
B. Zusammenfassung	33
4. Kapitel: Stellung von Vertragsärzten in der strafrechtlichen Rechtsprechung zu § 266 StGB .35	
A. Untreue von Vertragsärzten bei der Verordnung von Arzneimitteln	35
B. Kritik an der Entscheidung des BGH	37
C. Stellungnahme	39
D. Ergebnis	40
5. Kapitel: Stellung von Vertragsärzten in der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung	42
A. Freiberuflichkeit von Vertragsärzten nach Zulassung	42
B. Ergebnis	43

6. Kapitel: Strafbarkeit niedergelassener Vertragsärzte beim Pharmamarketing gem. § 299 StGB	44
A. Entstehungsgeschichte des Tatbestands.....	44
I. Entwicklung des Tatbestands zur Bekämpfung der Korruption im UWG	44
II. Aufnahme in das StGB.....	47
B. Rechtsgut des § 299 StGB	48
I. Rechtsgutskonzepte	49
1. Systemimmanentes Rechtsgutskonzept.....	50
2. Systemtranszendentes Rechtsgutskonzept	51
3. Neuere Entwicklungen der Rechtsgutskonzepte.....	52
a) Monistisches Rechtsgutskonzept	52
b) Dualistisches Rechtsgutskonzept	53
c) Kombinatorischer Ansatz.....	53
4. Stellungnahme	54
II. Überblick über den Meinungsstand	55
1. Gesetzgeber	56
2. Rechtsprechung	56
3. Literatur	57
a) Der lautere, faire und freie Wettbewerb.....	57
b) Das Vermögen.....	58
c) Die Interessen der Mitbewerber	58
d) Die Interessen des Geschäftsherrn	58
e) Die Interessen der Kunden	59
f) Das Vermögen der Mitbewerber	59
g) Die Rechtsinstitute zur Übertragung von Aufgaben im wirtschaftlichen Bereich... 59	
h) Die Nichtkäufligkeit übertragener bzw. sonst besonders fremdverantwortlicher Entscheidungen	60
i) Das Leistungsprinzip als Entscheidungsmaßstab für Bevorzugungen im wirtschaftlichen Wettbewerb	61

4.	Stellungnahme	63
a)	Das Allgemeininteresse am laueren Wettbewerb	63
b)	Wahl des Gesetzgebers	65
c)	Kritik am Rechtsgut Allgemeininteresse am laueren Wettbewerb	66
aa)	Kollektives Rechtsgut	67
bb)	Antragsbefugnis	69
cc)	Der lauerere Wettbewerb in der Kritik	70
(1)	Jacques Stellungnahme	70
(2)	Pragals Stellungnahme	72
(3)	Koepsels Stellungnahme	73
III.	Ergebnis.....	74
C.	Tatbestandsmerkmale des § 299 StGB	74
I.	Geschäftlicher Betrieb.....	75
1.	Praxis des Vertragsarztes.....	75
2.	Krankenkasse.....	76
3.	Kassenärztliche Vereinigung.....	78
4.	Zusammenfassung.....	78
II.	Angestellter	79
III.	Beauftragter.....	80
1.	Problemstellung.....	80
a)	Vergleichbarkeit der Vermögensbetreuungspflicht bzw. der Verfügungsbefugnis des § 266 StGB mit der Beauftragung des § 299 StGB	82
aa)	Tatbestandsmerkmale der Untreue.....	83
(1)	Vermögensbetreuungspflicht	84
(2)	Verfügungsbefugnis.....	85
(3)	Rechtsgut.....	86
bb)	Meinungsstand	86
b)	Grundlage der Beauftragung nach § 299 StGB	87
c)	Stellungnahme und Zwischenergebnis.....	90

aa) Vergleichbarkeit der Vermögensbetreuungspflicht bzw. der Verfügungsbefugnis des § 266 StGB mit der Beauftragung des § 299 StGB	90
(1) Verfügungsbefugnis	91
(2) Vermögensbetreuungspflicht	92
(3) Unterschiede der Tatbestände	92
bb) Grundlage der Beauftragung nach § 299 StGB.....	94
d) Stellung niedergelassener Vertragsärzte im System der gesetzlichen Krankenversicherung	96
aa) Zulassung	98
bb) Sicherstellungsauftrag	99
cc) Wirtschaftlichkeitsgebot.....	100
dd) Freiberufliche Tätigkeit.....	102
ee) Einschränkungen bei der Verordnung.....	103
ff) Koinzidenzprinzip	103
gg) Sonstiges.....	104
f) Kritik an der Entscheidung des GSSSt des BGH.....	105
g) Stellungnahme.....	106
aa) Zulassung	106
bb) Sicherstellungsauftrag	107
cc) Wirtschaftlichkeitsgebot.....	108
(1) Entscheidung der Krankenkasse	110
(2) Kompetenzzuweisung	112
(3) Verhältnis zum Patienten	113
dd) Freiberufliche Tätigkeit.....	114
ee) Einschränkungen der Verordnungsweise	115
ff) Koinzidenzprinzip	115
ee) Sonstiges.....	116
3. Ergebnis.....	117

IV. Bezug von Waren	118
V. Vorteil und Unrechtsvereinbarung	119
D. Ergebnis	120
7. Kapitel: Strafbarkeit niedergelassener Vertragsärzte beim Pharmamarketing gem. §§ 331 ff. StGB 121	
A. Problemstellung	121
B. Amtsträgereigenschaft	122
I. Meinungsstand in der Literatur	122
1. Bestellsungsakt	123
2. Typische behördliche Tätigkeit	123
3. Staatliche Steuerung	124
II. Meinungsstand in der Rechtsprechung	125
1. Auffassung Strafsenate Vorlagebeschluss	125
2. Auffassung GSt	126
C. Stellungnahme und Ergebnis	127
8. Kapitel: Strafbarkeit niedergelassener Vertragsärzte bei der Verordnung von Hilfsmitteln ... 129	
A. Entscheidung LG Stade	129
I. Verordnung von Hilfsmitteln	129
II. Rechtliche Bewertung	130
B. Stellungnahme	131
Teil 3: Strafbarkeit niedergelassener Vertragsärzte beim Pharmamarketing de lege ferenda	133
1. Kapitel: Einführung	133
A. Einleitung	133
B. Gang der Untersuchung	135
2. Kapitel: Fragmentarischer Charakter des Strafrechts und Subsidiarität	136
A. Fragmentarischer Charakter	136
B. Subsidiarität	136
I. Geeignetheit	138

II. Erforderlichkeit	138
III. Angemessenheit	139
3. Kapitel: Subsidiarität einer strafrechtlichen Regelung betreffend die Annahme von Vorteilen bei der Verordnung von Arzneimitteln durch niedergelassene Vertragsärzte.....	140
A. Berufs-, standesrechtliche und sonstige Regelungen.....	140
I. Musterberufsordnung für Ärzte.....	140
1. § 31 MBO-Ä.....	141
2. § 32 MBO-Ä.....	141
3. § 33 MBO-Ä.....	142
4. Sanktionen bei Verstoß gegen die jeweilige Berufsordnung	143
II. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb	144
III. Sozialgesetzbuch V	144
1. § 128 SGB V	144
2. § 73 SGB V	146
3. Sanktionen bei Verstoß gegen das SGB V	146
IV. Heilmittelwerbegesetz	147
V. Arzneimittelgesetz.....	147
VI. Bundesärzteordnung.....	148
VII. Zwischenergebnis	150
B. Stellungnahmen zum Antrag der SPD-Fraktion „Korruption im Gesundheitswesen wirksam bekämpfen“.....	151
I. Zweck bzw. Rechtsgut einer neuen strafrechtlichen Regelung	151
II. Fehlende hinreichende Regelung	153
III. Ausreichende bisherige Regelungen	153
C. Stellungnahmen zu einer Neuregelung im Anschluss an den Beschluss des GSSt des BGH.....	154
D. Entwurf des GKV-Spitzenverbandes	155
E. Eigene Stellungnahme	157
I. Vertrauen in das Gesundheitssystem und den Arztberuf	157

II. Lauterkeit ärztlicher Entscheidung	160
III. Gesundheit.....	163
1. Anwendungsbereich einer strafrechtlichen Neuregelung.....	163
2. Subsidiarität.....	164
a) Sanktionsmöglichkeiten	164
b) Effektivität bisheriger Regelungen	166
3. Ergebnis.....	168
IV. Vermögensschaden für die Solidargemeinschaft bzw. das Gesundheitssystem	168
V. Zusammenfassung und Ergebnis.....	171
Teil 4: Schlussbetrachtung	173
A. Wesentliche Ergebnisse	173
1. Strafbarkeit niedergelassener Vertragsärzte gem. § 299 StGB	173
2. Strafbarkeit niedergelassener Vertragsärzte gem. §§ 331 ff. StGB	176
3. Strafbarkeit niedergelassener Vertragsärzte de lege ferenda	176
B. Fazit und Ausblick	177
Literaturverzeichnis	179

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
Ä-ZV	Zulassungsverordnung Ärzte
AktG	Aktiengesetz
AMG	Arzneimittelgesetz
Anm.	Anmerkung
A&R	Arzneimittel & Recht
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Az.	Aktenzeichen
BÄK	Bundesärztekammer
BÄO	Bundesärzteordnung
Beschl.	Beschluss
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BFH	Bundesfinanzhof
BKK	Die Betriebskrankenkasse
BMV-Ä	Bundesmantelvertrag-Ärzte
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
bspw.	beispielsweise
BT	Besonderer Teil
BT-Drucks.	Bundestagdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
Drucks.	Drucksachen
EKV	Ersatzkassenvertrag
EUR	Euro

f., ff.	_____	folgend(e)
FS	_____	Festschrift
G-BA	_____	Gemeinsamer Bundesausschuss
GenG	_____	Genossenschaftsgesetz
GesR	_____	Gesundheitsrecht
GG	_____	Grundgesetz
GKV	_____	Gesetzliche Krankenversicherung
GOÄ	_____	Gebührenordnung Ärzte
GRUR	_____	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GSt	_____	Großer Strafsenat des BGH
hrsg.	_____	herausgegeben
HRRS	_____	Online Zeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung im Strafrecht
HWG	_____	Heilmittelwerbe-gesetz
i.S.d.	_____	im Sinne des
i.V.m.	_____	in Verbindung mit
JA	_____	Juristische Arbeitsblätter
JZ	_____	Juristische Zeitschrift
KV	_____	Kassenärztliche Vereinigung
MedR	_____	Medizinrecht
MBO-Ä	_____	Musterberufsordnung Ärzte
MPR	_____	Medizin Produkte Recht
NJW	_____	Neue Juristische Wochenschrift
NRW	_____	Nordrhein-Westfalen
NStZ	_____	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NZS	_____	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
NZWiSt	_____	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht
OLG	_____	Oberlandesgericht
PharmR	_____	Pharma Recht
Rn	_____	Randnummer
Rspr.	_____	Rechtsprechung
RVO	_____	Reichsversicherungsordnung
S.	_____	Seite
SchVG	_____	Schuldverschreibungsgesetz

SGB V _____ Sozialgesetzbuch V
sog. _____ sogenannt
StGB _____ Strafgesetzbuch
StraFo _____ Strafverteidiger Forum
StV _____ Strafverteidiger
u.a. _____ unter anderem
UWG _____ Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
wistra _____ Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
ZIS _____ Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
zit. _____ zitiert
ZWH _____ Zeitschrift für Wirtschaftsstrafrecht und Haftung im
Unternehmen

Teil 1: Einführung

A. Einleitung

In den letzten Jahren häufen sich Korruptionsvorwürfe gegen zweifelhafte Kooperationen von Ärzten und Pharmaherstellern.¹ Im Fokus stehen dabei fragwürdige Vertriebsmethoden von Pharmaherstellern, welche Ärzten systematisch Vorteile für die Verordnung der von ihnen produzierten Arzneimittel gewähren.²

In der strafrechtlichen Diskussion hing die Frage der Strafbarkeit dieses Verhaltens eine Zeit lang von der Form der Berufsausübung der Ärzte ab. Berücksichtigt wurde insoweit, dass Ärzte ihren Beruf entweder niedergelassen und freiberuflich in eigener Praxis oder als Angestellte in privaten oder öffentlichen Krankenhäusern, Medizinischen Versorgungszentren oder Praxen ausüben können.

Korruptionsvorwürfe im Gesundheitswesen wurden bis zum Jahr 2005 überwiegend nur gegen in öffentlichen Krankenhäusern und Kliniken angestellte Ärzte erhoben. Nahmen diese in ihrer Eigenschaft als Amtsträger Vorteile entgegen, machten sie sich nach einhelliger Auffassung gem. §§ 331 ff. StGB³ strafbar.⁴ Waren Ärzte in privaten Kliniken angestellt und kam daher mangels Amtsträgereigenschaft keine Strafbarkeit

¹ So gegen den Pharmahersteller Trommsdorff bezogen auf Anwendungsbeobachtungen in *Neumann, Philipp*: Die seltsamen Pharma-Studien korrupter Ärzte, <http://www.welt.de/wirtschaft/article4187018/Die-seltsamen-Pharma-Studien-korrupter-Aerzte.html>, zuletzt besucht am 10.02.2013.

² *Klötzer*, NStZ 2008, 12 mit weiteren Beispielen.

³ Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt geändert wurde durch Artikel 5 des Gesetzes vom 21. Januar 2013 (BGBl. I S. 95).

⁴ *Reese*, PharmR 2006, 92.

gem. §§ 331 ff. StGB in Betracht, so war eine Strafbarkeit gem. § 299 StGB in Form der Angestelltenbestechung zu erwägen.⁵

Der niedergelassene, freiberuflich tätige Arzt stand hingegen zunächst nicht im Fokus der strafrechtlichen Diskussion. Weder wurde er als Amtsträger i.S.d. §§ 331 ff. StGB noch als Beauftragter oder Angestellter i.S.d. § 299 StGB angesehen. Dabei war es ein „offenes Geheimnis des Gesundheitswesens“⁶, dass auch niedergelassene Ärzte von Pharmaherstellern Vorteile für die Verschreibung bestimmter Medikamente annahmen.

Im Jahr 2005 nahm sich sodann der heutige Hamburger Strafverteidiger *Pragal* dieses „Bestechungsmarketings“⁷ von Pharmaherstellern bei niedergelassenen Ärzten an. Er bewertete das Handeln derjenigen niedergelassenen, freiberuflichen Ärzte neu, welche zur vertragsärztlichen Versorgung gesetzlich Krankenversicherter zugelassen sind.

Er vertrat als erster die Auffassung, dass diejenigen Vertragsärzte, welche für die Verordnung eines Arzneimittels zulasten einer gesetzlichen Krankenkasse einen Vorteil eines Pharmaherstellers entgegennehmen, als Beauftragte der Krankenkassen gem. § 299 StGB zu qualifizieren seien.⁸ Maßgeblich war insoweit die Stellung von Vertragsärzten im System der gesetzlichen Krankenversicherung bei der Verordnung von Arzneimitteln.⁹

Diese strafrechtliche Neubewertung des Handelns von niedergelassenen Vertragsärzten beim Pharmamarketing wurde in der weiteren Literatur ausführlich diskutiert und von *Pragal / Apfel* noch um die Annahme, Vertragsärzte seien auch Amtsträger i.S.d. §§ 11, 331 ff. StGB, erweitert.¹⁰

⁵ *Reese*, PharmR 2006, 92.

⁶ *Pragal*, NStZ 2005, 133 (134).

⁷ *Pragal*, NStZ 2005, 133 (134).

⁸ *Pragal*, NStZ 2005, 133 (135).

⁹ *Pragal*, NStZ 2005, 133 (134).

¹⁰ *Pragal/Apfel*, A&R 2007, 10 (16).

Dies führte schlussendlich auch zu einem Umdenken in der Strafverfolgungspraxis und der Rechtsprechung. In einem obiter dictum bejahte das OLG Braunschweig im Jahr 2010 als erstes deutsches Obergericht die Beauftragteneigenschaft von Vertragsärzten gem. § 299 StGB.¹¹

Weitere Gerichtsverfahren folgten und der Frage der Strafbarkeit von niedergelassenen Vertragsärzten beim Pharmamarketing wurde grundsätzliche Bedeutung i.S.d. § 132 Abs. 4 StPO zugesprochen. So legten der 3. und der 5. Strafsenat des BGH im Jahr 2011 schließlich dem Großen Senat des BGH für Strafsachen die Frage vor, ob niedergelassene, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassene Ärzte bei der Verordnung von Arzneimitteln bzw. der Verordnung von Hilfsmitteln als Amtsträger i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB bzw. als Beauftragte eines geschäftlichen Betriebs i.S.d. § 299 StGB handelten.¹²

Die Grundsatzentscheidung des GSSSt wurde mit großer Spannung erwartet.¹³ Dieser entschied sodann mit Beschluss vom 29.03.2012, dass niedergelassene, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassene Vertragsärzte bei der Verordnung von Arzneimitteln weder als Amtsträger i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB noch als Beauftragte i.S.d. § 299 StGB zu qualifizieren seien.¹⁴ Eine Entscheidung über die Strafbarkeit von Vertragsärzten bei der Verordnung von Hilfsmitteln steht noch aus.¹⁵

Damit ist die Diskussion um die Strafbarkeit niedergelassener Vertragsärzte beim Pharmamarketing jedoch noch nicht erschöpft. Zum einen wird dem GSSSt des BGH insoweit vorgeworfen, sich nicht mit allen in Literatur und Rechtsprechung vorgebrachten Argumenten hinreichend auseinandergesetzt

¹¹ OLG Braunschweig, Beschluss vom 23.02.2010, Az.: Ws 17/10.

¹² BGH, Vorlagebeschluss vom 05.05.2011, Az.: 3 StR 458/10; BGH, Vorlagebeschluss vom 20.07.2011, Az.: 5 StR 115/11.

¹³ *Brockhaus*, ZWH 2012, 278.

¹⁴ BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSSSt 2/11.

¹⁵ BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSSSt 2/11, Rn 5.

zu haben.¹⁶ Zum anderen wird nun diskutiert, ob ein neuer Straftatbestand geschaffen werden soll, welcher die Strafbarkeit niedergelassener Vertragsärzte beim Pharmamarketing gesondert erfasst.¹⁷ Ein erster Gesetzentwurf existiert bereits.¹⁸ Die vorliegende Arbeit beurteilt insbesondere die vertragsärztliche Tätigkeit bei der Verordnung von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln.

B. Gang der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit wird in *Teil 2* die Diskussion um die Strafbarkeit niedergelassener Vertragsärzte beim Pharmamarketing bei der Verordnung von Arzneimitteln de lege lata anhand der in der Literatur und der Rechtsprechung diskutierten Argumente darstellen und problematisieren.

Zunächst werden dazu das Problem der Korruption im Gesundheitswesen im Allgemeinen dargestellt und sodann die speziellen Erscheinungsformen des vorliegend relevanten Pharmamarketings erläutert. Im Anschluss daran werden zum besseren Verständnis der strafrechtlichen Problematik die dieser zugrundeliegenden sozialrechtlichen Grundsätze und das System der gesetzlichen Krankenversicherung erläutert. Da insbesondere die Stellung niedergelassener Vertragsärzte bei der Verordnung von Arzneimitteln für die Bewertung der Strafbarkeit von Bedeutung ist, wird diese im Kontext der sozial-, straf- und verfassungsrechtlichen Rechtsprechung näher problematisiert.

¹⁶ Sahan, ZIS 2012, 386 (389).

¹⁷ BT-Drucks. 17/3685 S. 1 beinhaltet einen Antrag der SPD-Fraktion, Regelungen zu schaffen, welche Korruption im Gesundheitswesen wirksam bekämpfen. In zahlreichen Stellungnahmen wurde bereits von verschiedenen Interessenverbänden zum Erfordernis einer neuen strafrechtlichen Regelung Stellung genommen. Auch in der Literatur wird ein solches Erfordernis bereits diskutiert, so Brockhaus, ZWH 2012, 278 (279); Kraatz, NZWiSt 2012, 273 (278); Krüger, StraFo 2012, 308 (311); Szesny/Remplik, MedR 2012, 662.

¹⁸ BT Ausschussdrucks. 17(14)0339, Position des GKV-Spitzenverbandes zu dem Expertengespräch über Konsequenzen aus dem BGH-Beschluss zur Strafbarkeit von Kassenärzten wegen Bestechlichkeit am 24.10.2012.

Schwerpunkt der strafrechtlichen Untersuchung wird vorliegend der dogmatisch interessantere Straftatbestand des § 299 StGB sein. Eine Strafbarkeit gem. §§ 331 ff. StGB wird nur in ihren zentralen Fragestellungen erörtert. Der Vollständigkeit halber wird auch kurz die Strafbarkeit niedergelassener Vertragsärzte bei der Verordnung von Hilfsmitteln erörtert, da ein solcher Sachverhalt dem weiteren Vorlagebeschluss des 3. Strafsenats zugrunde lag. Über diesen hat der GSSt bislang noch nicht entschieden.

Gegenstand von *Teil 3* der vorliegenden Arbeit wird schließlich die Strafbarkeit niedergelassener Vertragsärzte *de lege ferenda* sein. Es wird untersucht, ob eine strafrechtliche Neuregelung im Hinblick auf das *ultima-ratio* Prinzip erforderlich ist.

Nachdem zunächst das *ultima-ratio* Prinzip dargestellt wird, werden anschließend die geltenden berufs-, standesrechtlichen und sonstigen Vorschriften näher beleuchtet, welche bereits jetzt Formen unzulässiger Zusammenarbeit von Pharmaherstellern und Vertragsärzten regeln und sanktionieren.

Die weiteren Erkenntnisse zur Überprüfung der Erforderlichkeit einer neuen strafrechtlichen Regelung werden sodann aus den Stellungnahmen zu einem Antrag der SPD-Fraktion „Korruption im Gesundheitswesen wirksam bekämpfen“¹⁹, dem aktuellen Entwurf einer möglichen neuen Strafvorschrift des GKV-Spitzenverbandes sowie aus Stellungnahmen in der Literatur gewonnen.

In *Teil 4* werden schließlich alle wesentlichen Ergebnisse nochmals zusammengefasst und ein abschließendes Fazit gezogen.

¹⁹ BT-Drucks. 17/3685.

Teil 2 : Strafbarkeit niedergelassener Vertragsärzte beim Pharmamarketing de lege lata

1. Kapitel: Korruption im Gesundheitswesen

Korruption im Gesundheitswesen ist kein neues Phänomen. Bereits im 18. Jahrhundert erließ Friedrich Wilhelm, König von Preußen, eine „Verordnung wegen Abschaffung des Gebrauchs, nach welchem die Apotheker den praktizierenden Ärzten sogenannte Weihnachtsgeschenke machen“.²⁰ Bei schlichten Weihnachtsgeschenken ist es aber heutzutage nicht geblieben. Die Zuwendungen an Ärzte durch Pharmahersteller sollen heute jährlich bis zu einer Milliarde Euro verschlingen.²¹

Nachfolgend werden einige der vielfältigen Gründe dargestellt, warum der Gesundheitssektor anfällig für Korruption ist und welche Ausprägungen insbesondere das sogenannte Pharmamarketing hat.

A. Anfälligkeit des Gesundheitssystems für Korruption

Zunächst ist insoweit festzuhalten, dass der Gesundheitssektor in Deutschland einen bedeutsamen Anteil an der Volkswirtschaft hat.²² Durchschnittlich acht bis zwölf Prozent des gesamten Bruttoinlandprodukts werden in diesem Bereich jährlich ausgegeben.²³ Allein die Ausgaben der gesetzlichen Krankenversicherung im Jahr 2012 betragen schätzungsweise ca. 185 Mrd. Euro.²⁴ Darüber hinaus gehören die im Gesundheitsbereich

²⁰ Ehlers/Ebermann, Herz 2008, 389.

²¹ Badle, NJW 2008, 1028.

²² Gaßner, NZS 2012, 521.

²³ Gaßner, NZS 2012, 521.

²⁴ Gaßner, NZS 2012, 521.

tätige Pharmaindustrie und die Medizintechnik zu den wachstumsstärksten und profitabelsten Industriezweigen.²⁵

Wie hoch der Betrag ist, welcher jährlich durch Betrug und Korruption im deutschen Gesundheitswesen verlorengelassen wird, wurde bislang nur vage auf eine Milliarde Euro geschätzt.²⁶

Wesentlich für die Anfälligkeit des Gesundheitswesens für missbräuchliches Verhalten sind zum einen die oben genannten, umfangreich zur Verfügung stehenden Finanzmittel, welche zum Missbrauch verleiten.²⁷ Maßgeblich ist darüber hinaus die Intransparenz des Gesundheitssystems in vielen Bereichen.²⁸ So ermöglicht allein der fachliche Wissensvorsprung der Ärzte gegenüber den Patienten ein Ausnutzen des dadurch entstehenden Informationsgefälles.²⁹ Patienten können in den wenigsten Fällen nachvollziehen, ob die in Anspruch genommene Leistung medizinisch notwendig war. Auch bietet das komplexe Gesundheitssystem Patienten wenig Möglichkeit, nachzuvollziehen, was die in Anspruch genommenen Leistungen tatsächlich kosten und ob die abgerechneten Leistungen auch tatsächlich erbracht wurden.³⁰

Korruption im Gesundheitswesen hat verschiedene Ausprägungen. Strafrechtlich relevant sind Abrechnungsbetrug, Vorteilsnahme, Untreue und in der aktuellen, dieser Bearbeitung zugrundeliegenden Diskussion die Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr.³¹

Im Fokus der Diskussion um die Bestechlichkeit von niedergelassenen Vertragsärzten stehen die fragwürdigen Praktiken von Pharmaherstellern. Hierbei verordnet ein niedergelassener Vertragsarzt bevorzugt bestimmte

²⁵ *Gaßner*, NZS 2012, 521.

²⁶ *Badle*, NJW 2008, 1028.

²⁷ *Gaßner*, NZS 2012, 521 (523).

²⁸ *Gaßner/Klars*, PharmR 2002, 356 (357).

²⁹ *Gaßner*, NZS 2012, 521 (523).

³⁰ *Gaßner/Klars*, PharmR 2002, 356 (357).

³¹ *Gaßner*, NZS 2012, 521 (522).

Arzneimittel und erhält dafür vom Pharmahersteller geldwerte Vorteile.³² Nachfolgend werden die Praktiken des sog. „Pharmamarketings“³³ näher dargestellt.

B. Pharmamarketing

Pharmahersteller verfolgen eine Vielzahl von Strategien, um Ihre Produkte am Markt zu etablieren. Niedergelassene Vertragsärzte spielen dabei eine entscheidende Rolle, um mit dem Endverbraucher Patient in Kontakt zu treten.³⁴

Der Schwerpunkt dieser Bearbeitung liegt auf der Strafbarkeit niedergelassener Vertragsärzte wegen Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr nach § 299 StGB, welche bei der Verordnung von verschreibungspflichtigen und apothekenpflichtigen Arzneimitteln von Pharmaherstellern beeinflusst werden. Weitere fragwürdige Praktiken der Ärzte und Krankenhäuser wie z.B. die Zuweisung gegen Entgelt³⁵ werden nicht besprochen.

I. Prämiensysteme

Damit sie niedergelassene Vertragsärzte an sich binden und diese sodann bevorzugt ihre Produkte verordnen, entwickeln Pharmahersteller unter anderem Prämiensysteme, wonach Vertragsärzten für Verordnungen kleine oder auch größere Vorteile gewährt werden.³⁶ Beispiele für solche Prämien sind Dienstleistungen, wie die Entsorgung von Sondermüll für den Arzt³⁷,

³² *Krüger*, ZIS 2011, 692.

³³ *Reese*, PharmR 2006, 92 (93).

³⁴ *Schelling/Warntjen*, PharmR 2010, 509.

³⁵ Bei der Zuweisung gegen Entgelt erhält ein Vertragsarzt für die bei Verordnung einer stationären Behandlung nach § 73 Abs. 2 Nr. 7 i.V.m. Abs. 4 SGB V abgegebene Empfehlung zugunsten eines bestimmten Krankenhauses vom Krankenhausträger Vorteile.

³⁶ *Köbel*, NSTZ 2011, 195.

³⁷ OLG Hamm, Urteil vom 22.12.2004, Az.: 3 Ss 431/04.

Bargeld oder die Gewährung von Luxus- oder Alltagsgegenständen, wie Uhren oder Praxismobiliar³⁸. Auch bekannt ist die Bezuschussung des Umbaus einer Praxis mit späterem Mietzuschuss für die Verschreibung von Zytostatika³⁹.

II. Rückvergütungen bei Arzneimitteln

Eine weitere Ausprägung des Pharmamarketings sind Rückvergütungen. Pharmahersteller zahlen Vertragsärzten einen gewissen Prozentsatz des Herstellerabgabepreises, sobald letztere einen Mindest-Arzneimittelumsatz mit den von ihnen verordneten Arzneimitteln erreicht haben.⁴⁰

Vertragsärzte haben es mithin selbst in der Hand, mit ihrer Ordnungsweise die Höhe der Rückvergütungen zu beeinflussen.⁴¹ Die Pharmahersteller profitieren durch eine Steigerung ihrer Umsätze und die jeweiligen Vertragsärzte durch die Zuwendung jährlich nicht unerheblicher Beträge.⁴²

III. Anwendungsbeobachtungen

Als anfällig für korrupte Marketingmethoden der Pharmaunternehmen gelten auch die sog. Anwendungsbeobachtungen.⁴³ In § 67 Abs. 6 S. 1 AMG⁴⁴ werden diese definiert als „Untersuchungen [...], die dazu bestimmt sind,

³⁸ So beispielhaft aufgezählt bei *Brockhaus/Dann/Teubner/Tsambikakis*, wistra 2010, 418 sowie *Pragal*, NStZ 2005, 133 (134).

³⁹ So geschehen im Sachverhalt der Entscheidung des OLG Braunschweig, Beschluss vom 23.02.2010, Az.: Ws 17/10.

⁴⁰ *Grill*, Spiegel 44/2010, 85; *Kraatz*, NZWiSt 2012, 273 unter Bezug auf Urteil des AG Ulm vom 26.10.2010, Az.: 3 Cs 37 Js 9933/07.

⁴¹ *Kraatz*, NZWiSt 2012, 273.

⁴² So *Kraatz*, NZWiSt 2012, 273 unter Bezug auf Urteil des AG Ulm vom 26.10.2010, Az.: 3 Cs 37 Js 9933/07, wo die Ärzte jährlich bis zum € 20.000,- bezogen.

⁴³ Ausführlich dazu *Böse/Mölders*, MedR 2008, 585 ff.

⁴⁴ Arzneimittelgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3394), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 19. Oktober 2012 (BGBl. I S. 2192) geändert worden ist.

Erkenntnisse bei der Anwendung zugelassener oder registrierter Arzneimittel zu sammeln“. Sie unterliegen keiner arzneimittelrechtlichen Überwachung.⁴⁵

Geplant werden Anwendungsbeobachtungen von den Arzneimittelherstellern.⁴⁶ Diese beauftragen Vertragsärzte damit, im Praxisalltag ihre therapeutischen Erfahrungen bei der Anwendung eines registrierten oder zugelassenen Arzneimittels zu dokumentieren.⁴⁷ Teilnehmende Vertragsärzte bekommen für ihre Tätigkeit regelmäßig eine Vergütung seitens der Pharmahersteller. Diese reichen laut Angaben von *Transparency International* von € 100,- bis zu € 2.500,- pro Dokumentationsbogen.⁴⁸

Der Nutzen dieser Anwendungsbeobachtungen ist umstritten. Sie sind dem Vorwurf ausgesetzt, oftmals werde ein Arzneimittel nur verordnet, um Patienten in die vergütete Anwendungsbeobachtung einzubeziehen.⁴⁹ Auch wird gegen Notwendigkeit und Nutzen von Anwendungsbeobachtungen vorgebracht, dass diese ein Marketingmittel seien, welches Patienten mit höheren Beiträgen zu zahlen hätten.⁵⁰ Die Medikamente, deren Anwendung beobachtet werde, seien oftmals überteuert.⁵¹

⁴⁵ *Rehmann*, § 67 AMG Rn 6; Arzneimittelrechtliche Überwachung besteht hingegen für klinische Prüfungen. Bezüglich der Anwendungsbeobachtungen bestehen lediglich Anzeigepflichten gem. § 67 Abs. 6 AMG bei der Kassenärztlichen Vereinigung und den Spitzenverbänden der Krankenkassen.

⁴⁶ *Schneider*, HRRS 2011, 333 (336).

⁴⁷ *Kölbel*, NStZ 2011, 195 (197).

⁴⁸ Bericht vom 03.11.2010, *Transparency International Deutschland* fordert gesetzliches Verbot von „Anwendungsbeobachtungen“ in:

http://www.transparency.de/fileadmin/pdfs/Themen/Gesundheitswesen/Positionspapier_Anwendungsbeobachtungen10-11-03.pdf, zuletzt besucht am 06.01.2012.

⁴⁹ *Böse/Mölders*, MedR 2008, 585.

⁵⁰ *Rippegather, Jutta* : „Medikamentenstudien verbieten“, Interview mit Vorstand der KV Hessen, <http://www.fr-online.de/rhein-main/kv-hessen-vorstand-im-interview--medikamentenstudien-verbieten--,1472796,3299258.html>, zuletzt besucht am 16.02.2012.

⁵¹ *Rippegather, Jutta* : „Medikamentenstudien verbieten“, Interview mit Vorstand der KV Hessen, <http://www.fr-online.de/rhein-main/kv-hessen-vorstand-im-interview--medikamentenstudien-verbieten--,1472796,3299258.html>, zuletzt besucht am 16.02.2012.

2. Kapitel: Einführung in das System der gesetzlichen Krankenversicherung

Die Untersuchung, ob sich niedergelassene Vertragsärzte im Rahmen von Pharmamarketing nach § 299 StGB strafbar machen, erfordert zunächst eine Beleuchtung ihrer Stellung im sozialversicherungsrechtlichen System. Ihre historischen Hintergründe sowie die dazu ergangene Rechtsprechung sind Bestandteil der aktuellen Diskussion zur Bestechlichkeit von niedergelassenen Vertragsärzten. Nachfolgend werden daher die rechtsgeschichtlichen Grundlagen der Stellung niedergelassener Vertragsärzte im gesetzlichen Krankenversicherungssystem erläutert. Sodann wird die aktuelle Rechtslage anhand der geltenden gesetzlichen Bestimmungen und der dazu ergangenen Rechtsprechung dargestellt.

A. Rechtsgeschichtliche Grundlagen des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung

Die heutige Stellung von Vertragsärzten im System der gesetzlichen Krankenversicherung reicht zurück bis zum Beginn des 20. Jahrhunderts. Noch bis zum Ende des 19. Jahrhunderts waren in der Regel lediglich der Arzt und sein Patient an der Erbringung und Vergütung der ärztlichen Behandlung beteiligt, indem sie als freie Vertragspartner einen Dienstvertrag schlossen.⁵² Ein staatlich organisiertes Krankenversicherungssystem gab es damals noch nicht.

Die Anfänge privater Krankenversicherungen begründeten Solidargemeinschaften wie Zünfte, Innungen und Knappschaften, welche vom Mittelalter bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts ihre Mitglieder für den Krankheitsfall und den damit verbundenen Lohnausfall absicherten.⁵³ Mit

⁵² Schnapp/Wigge-Schnapp, § 1 Rn 1.

⁵³ Sodan-Sodan, § 1 Rn 1.

Beginn des 20. Jahrhunderts wurden zu diesem Zweck auch Gewerkvereine und Hilfskassen gegründet.⁵⁴

Die Hilfskassen erstatteten die angefallenen Kosten an ihre Mitglieder, ohne dass zwischen dem behandelnden Arzt und der Hilfskasse eine Rechtsbeziehung entstand.⁵⁵ Nur selten gab es eine Direktanstellung von Ärzten bei den vorhandenen Krankenkassen.⁵⁶ Die Haupteinnahmequelle von Ärzten blieb somit die Behandlung von Privatpatienten.⁵⁷

Mit dem 1883 erlassenen Gesetz betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter⁵⁸ wurde ein gesetzlich angeordneter Versicherungszwang für als besonders schutzbedürftig erachtete Personen eingeführt.⁵⁹ Zudem regelte das Gesetz das auch heute noch geltende Sachleistungsprinzip als wesentliches Grundprinzip der gesetzlichen Krankenversicherung.⁶⁰

Ärztliche Behandlung, Arzneimittelversorgung sowie Krankengeld wurden nun zu Leistungen der Krankenkassen.⁶¹ Die Reform des Gesundheitswesens bezweckte, Ärzte stärker in die Gesundheitsfürsorge einzubinden und die Zahl ihrer Anstellungen bei den Krankenkassen zu erhöhen.⁶² Daher schlossen die Krankenkassen zur Sicherstellung der Versorgung ihrer Mitglieder mit den Ärzten Dienstverträge.⁶³

Mit steigender wirtschaftlicher Bedeutung der Behandlung von Kassenpatienten führte das jedoch zu einer Ungleichbehandlung der Ärzte

⁵⁴ *Beske/Drabinski/Wolf*, Sicherstellungsauftrag, S. 20 f.; *Sodan-Sodan*, § 1 Rn 4.

⁵⁵ *Schnapp/Wigge-Schnapp*, § 1 Rn 1.

⁵⁶ *Schnapp/Wigge-Schnapp*, § 1 Rn 1 und Rn 4.

⁵⁷ *Schnapp/Wigge-Schnapp*, § 1 Rn 1 und Rn 4.

⁵⁸ Gesetz betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter vom 15. Juni 1883, RGBl. I 1883, 73.

⁵⁹ *Sodan-Sodan*, § 1 Rn 6: Mit dem „Krankenversicherungsgesetz“ im Jahr 1892 wurde die Pflichtversicherung auf weitere Personengruppen ausgeweitet.

⁶⁰ *Sodan-Sodan*, § 1 Rn 7.

⁶¹ *Schnapp/Wigge-Schnapp*, § 1 Rn 3.

⁶² *Beske/Drabinski/Wolf*, Sicherstellungsauftrag, S. 23.

⁶³ *Schnapp/Wigge-Schnapp*, § 1 Rn 3.

untereinander.⁶⁴ Während diejenigen profitierten, welche bei den Krankenkassen per Einzelvertrag angestellt waren, wurden gleichzeitig die Ärzte übervorteilt, die zwar zum selben Bezirk einer Krankenkasse gehörten, denen eine Anstellung aber versagt wurde.⁶⁵ Von Seiten der Ärzte wurde daher zunehmend schärfer kritisiert, dass die Krankenkassen nicht zum Abschluss eines Vertrages mit allen Ärzten ihres Bezirks verpflichtet, sondern in der Auswahl ihrer Vertragspartner frei waren.⁶⁶

Auf die Verschärfung des Konflikts zwischen Ärzten und Krankenkassen folgte im Jahr 1932 eine Neuregelung des Kassenarztwesens.⁶⁷ Aus ihr ging die Zwangsmitgliedschaft von Ärzten bei den sog. Kassenärztlichen Vereinigungen hervor. Letztere traten fortan als neue Vertragspartner der Krankenkassen auf, schlossen mit diesen Gesamtverträge und übernahmen die Honorarverteilung.⁶⁸

Zudem erfolgte die Zulassung der Ärzte nicht mehr bei den Krankenkassen in Form eines Einzelvertrags, der den Arzt zur Tätigkeit für eine Krankenkasse berechnete.⁶⁹ Vielmehr ging mit der Zulassung nun die Berechtigung einher, den Gesamtverträgen der Krankenkassen beizutreten und somit für diese in einem bestimmten Bezirk tätig zu werden.⁷⁰ Das Kassenarztrecht gehörte seit diesem Zeitpunkt dem öffentlichen Recht an.⁷¹ Seit 1932 erfolgte die Zulassung sodann nicht mehr zu einer einzelnen Krankenkasse, sondern zu allen RVO-Kassen.⁷²

⁶⁴ *Beske/Drabinski/Wolf*, Sicherstellungsauftrag, S. 23 f.; *Schnapp/Wigge-Schnapp*, § 1 Rn 4.

⁶⁵ *Beske/Drabinski/Wolf*, Sicherstellungsauftrag S. 23 f.; *Schnapp/Wigge-Schnapp*, § 1 Rn 4.

⁶⁶ *Beske/Drabinski/Wolf*, Sicherstellungsauftrag, S. 23f.; *Schnapp/Wigge-Schnapp*, § 1 Rn 5.

⁶⁷ *Beske/Drabinski/Wolf*, Sicherstellungsauftrag, S. 28f.; *Schnapp/Wigge-Schnapp*, § 1 Rn 2.

⁶⁸ *Schnapp/Wigge-Schnapp*, § 1 Rn 23.

⁶⁹ *Beske/Drabinski/Wolf*, Sicherstellungsauftrag, S. 27; *Schnapp/Wigge-Schnapp*, § 1 Rn 24.

⁷⁰ *Beske/Drabinski/Wolf*, Sicherstellungsauftrag, S. 27; *Schnapp/Wigge-Schnapp*, § 1 Rn 24.

⁷¹ *Schnapp/Wigge-Schnapp*, § 1 Rn 23.

⁷² BVerfGE 11, 30 (32); RVO-Kassen ist die Sammelbezeichnung für die Kassen der Reichsversicherungsordnung.

B. Heutiges System der gesetzlichen Krankenversicherung

Nachfolgend wird das heutige System der gesetzlichen Krankenversicherung dargestellt. Die im Rahmen der Bearbeitung dargestellten Bestandteile des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung sind Gegenstand der Diskussion um die Strafbarkeit niedergelassener Vertragsärzte beim Pharmamarketing. Soweit es im Tatbestand des § 299 StGB einer Begründung der Beauftrageneigenschaft von niedergelassenen Vertragsärzten bedarf, werden dazu die nachfolgend näher zu erläuternden Prinzipien der gesetzlichen Krankenversicherung herangezogen.

Entscheidend sind insgesamt die Stellung von niedergelassenen Vertragsärzten im Verhältnis zu Krankenkassen und Kassenärztlichen Vereinigungen sowie die Entscheidungsbefugnisse bei der Verordnung von Arzneimitteln.

I. Beteiligte am System der gesetzlichen Krankenversicherung

Bis heute ist das System der gesetzlichen Krankenversicherung einschließlich der Vorschriften zum Vertragsarztrecht⁷³ im SGB V⁷⁴ geregelt. Auch weiterhin sind Krankenkassen und Kassenärztliche Vereinigungen an diesem System maßgeblich beteiligt. Hierbei vertreten die Krankenkassen, als Träger der gesetzlichen Krankenversicherung, die gesetzlich Versicherten als ihre Mitglieder. Die Kassenärztlichen Vereinigungen, als Körperschaften des öffentlichen Rechts, sind mit ihren Mitgliedern, den Vertragsärzten, eingebunden.

⁷³ Bis zum 31.12.1992 unterschied man bei den zum System der gesetzlichen Krankenversicherung zugelassenen Ärzten zwischen Kassenärzten und Vertragsärzten. Mit Inkrafttreten des Gesundheitsstrukturgesetzes zum 01.01.1993 (BGBl. I S. 2266) spricht man einheitlich von Vertragsärzten.

⁷⁴ Fünftes Buch Sozialgesetzbuch - Gesetzliche Krankenversicherung - (Artikel 1 des Gesetzes vom 20. Dezember 1988, BGBl. I S. 2477), das durch Artikel 2 Absatz 2 des Gesetzes vom 15. Februar 2013 (BGBl. I S. 254) geändert worden ist.

Will ein gesetzlich Versicherter ärztliche Leistungen in Anspruch nehmen, können die Krankenkassen die Leistungen nicht selbst erbringen, sondern bedienen sich dazu ärztlicher Leistungserbringer. Hierdurch wird ein komplexes Beziehungs- und Regelungsgeflecht begründet, welches nun näher erläutert wird.⁷⁵ Da vorliegend nur die Rechtslage der niedergelassenen Vertragsärzte von Interesse ist, werden alle diese berührenden Regelungen dargestellt. Ist im Folgenden daher die Rede von Vertragsärzten, sind damit die niedergelassenen Vertragsärzte gemeint, soweit dies nicht anders gekennzeichnet ist.

II. Sachleistungsprinzip

Gesetzlich versicherte Patienten haben gem. § 27 SGB V einen Anspruch auf Krankenbehandlung, welcher als sog. Sachleistungsanspruch gegenüber den Krankenkassen besteht.⁷⁶ Das Sachleistungsprinzip ist ein grundlegendes Prinzip des SGB V.⁷⁷

Es besagt, dass Krankenkassen gem. § 2 Abs. 1 i.V.m. § 1 S. 3 SGB V gesetzlich Versicherten die ihnen zustehenden Leistungen, wie sächliche Mittel sowie persönliche Dienstleistungen, gegen den Nachweis einer Berechtigung - der Krankenversicherungskarte - zur Verfügung stellen.⁷⁸ Von der Sachleistung umfasst sind daher die ärztliche Behandlung gem. § 11 i.V.m. § 27 SGB V und die Versorgung mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln nach § 11 i.V.m. § 31 SGB V.

Die Versicherten müssen zur Erlangung der Leistungen nicht in Vorleistung treten.⁷⁹ Das Sachleistungsprinzip stellt demnach auch einen gewichtigen Unterschied zur privaten Krankenversicherung dar, in welcher das

⁷⁵ Sodan-Hauck, § 8 Rn 14.

⁷⁶ Schnapp/Wigge-Wigge/Wille, § 2 Rn 87.

⁷⁷ Sodan-Hauck, § 8 Rn 6 und Rn 19.

⁷⁸ Hänlein/Kruse/Schuler-Kruse, § 2 Rn 6; Schnapp/Wigge-Schmidbauer, § 3 Rn 2.

⁷⁹ Hänlein/Kruse/Schuler-Kruse, § 2 Rn 6; Schnapp/Wigge-Schmidbauer, § 3 Rn 2.

Kostenerstattungsprinzip gilt.⁸⁰ Kostenerstattung gem. § 13 SGB V bedeutet für die Versicherten, sich die Leistung selbst zu beschaffen und diese auch zunächst selbst zu vergüten.⁸¹

1. Sinn und Zweck des Sachleistungsprinzips

Sinn und Zweck des Sachleistungsprinzips soll nach dem BSG zu einem sein, sicherzustellen, dass gesetzlich versicherte Patienten hinreichend ärztlich betreut werden.⁸² Auch sollen den Versicherten stets ausreichend Leistungserbringer aller fachlichen Bereiche zur Verfügung stehen.⁸³ Daher haben gesetzlich Versicherte freien Zugang zu allen zugelassenen Leistungserbringern, was auch im Grundsatz der „freien Arztwahl“ gesetzlich in § 76 SGB V konkretisiert ist.⁸⁴

Zum anderen ermöglicht es das Sachleistungsprinzip durch die unmittelbare Einflussnahme der Krankenkassen auf die Leistungen und die diesbezüglichen Vergütungen, den finanziellen Aufwand der gesetzlichen Krankenversicherung zu steuern.⁸⁵ Für Leistungserbringer, mithin Ärzte, Hebammen etc., ist das Sachleistungsprinzip insoweit von Vorteil, als sie nicht das Liquiditätsrisiko wirtschaftlich schwacher Patienten tragen müssen.⁸⁶

2. Funktion des Sachleistungsprinzips

Die Versorgung gesetzlich Versicherter mit Arzneimitteln erfolgt unter Beteiligung von Vertragsärzten sowie Apothekern. Vom Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung umfasst sind lediglich apotheken- und

⁸⁰ Krauskopf-Krauskopf, § 2 SGB V Rn 8.

⁸¹ Hänlein/Kruse/Schuler-Kruse, § 13 Rn 2.

⁸² BSGE 42, 117 (119).

⁸³ Sodan-Hauck, § 13 Rn 3.

⁸⁴ Schnapp/Wigge-Schmidbauer, § 3 Rn 3.

⁸⁵ Sodan-Hauck, § 13 Rn 3.

⁸⁶ Sodan-Hauck, § 8 Rn 16.

verschreibungspflichtige Arzneimittel.⁸⁷ Bestimmte nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel sind von der vertragsärztlichen Versorgung der gesetzlichen Krankenversicherung gem. § 34 SGB V oder aufgrund von Richtlinien des G-BA⁸⁸ gem. § 92 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 SGB V ausgenommen.⁸⁹ Diese muss sich der gesetzlich Versicherte gem. § 34 SGB V auf eigene Kosten besorgen.

Benötigen gesetzlich Versicherte apotheken- und verschreibungspflichtige Arzneimittel, bedarf es dafür einer ärztlichen Verordnung gem. § 73 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 SGB V.⁹⁰ Der verordnende Arzt ist für die Auswahl des Arzneimittels verantwortlich und hat dabei das sog. Wirtschaftlichkeitsgebot gem. § 12 Abs. 1 S. 2 SGB V zu beachten.

Die Pflichten der Apotheker bei der Abgabe von durch Vertragsärzten verordneten Arzneimitteln ergeben sich aus § 129 SGB V in Verbindung mit den Rahmenverträgen nach § 129 Abs. 2 und Abs. 5 SGB V.⁹¹

III. Zulassung von Vertragsärzten zum System der gesetzlichen Krankenversicherung

Um als Arzt am System der gesetzlichen Krankenversicherung und damit an der Versorgung gesetzlich versicherter Patienten teilnehmen zu können, bedürfen Ärzte der Zulassung gem. § 95 SGB V.

Diese Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung ist von der Approbation zu unterscheiden, welche den berufsrechtlichen Status des Arztes betrifft. Die

⁸⁷ Sodan-Wodarz, § 27 Rn 33; Apothekenpflichtig sind all diejenigen Medikamente, welche gem. §§ 43 ff. AMG ausschließlich von Apothekern abgegeben werden dürfen.

⁸⁸ Der Gemeinsame Bundesausschuss ist das oberste Beschlussgremium der gemeinsamen Selbstverwaltung der Ärzte, Zahnärzte, Psychotherapeuten, Krankenhäuser und Krankenkassen in Deutschland.

⁸⁹ Schnapp/Wigge-Wigge, § 19 Rn 13.

⁹⁰ Zu den Wirkungen der vertragsärztlichen Versorgung sogleich auf S. 29.

⁹¹ Sodan-Wodarz, § 27 Rn 50; Darauf bezieht sich jetzt auch der BGH, Beschluss vom 29.03.2012, GSSt 2/11.

Approbation wird unabhängig von der vertragsärztlichen Zulassung von der nach jeweiligem Landesrecht zuständigen Behörde erteilt. Die ist etwa in NRW die Bezirksregierung.

1. Zulassungsvoraussetzungen

Die Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung wird vom Arzt gem. § 18 Abs. 1 S. 1 Ä-ZV⁹² beantragt. Darüber entscheidet sodann der sog. Zulassungsausschuss. Dieser wird von den Kassenärztlichen Vereinigungen und den Landesverbänden der Krankenkassen sowie den Verbänden der Ersatzkassen gem. § 96 Abs. 2 SGB V i.V.m. § 34 Abs. 1 Ä-ZV errichtet. Er ist jedoch ein rechtlich und organisatorisch selbstständiges Entscheidungsorgan der gemeinsamen Selbstverwaltung.

Mit der Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung werden Ärzte gem. § 95 Abs. 3 S. 1 SGB V zwangsweise Mitglieder in der für ihren Vertragsarztsitz zuständigen Kassenärztlichen Vereinigung. Auch wenn ein zugelassener Arzt als Vertragsarzt bezeichnet wird, liegt mit der Zulassung keine rechtsgeschäftliche Beziehung zu den Krankenkassen vor.⁹³ Die Zulassung erfolgt vielmehr i.S.d. § 31 SGB X in Gestalt eines begünstigenden Verwaltungsakts.⁹⁴

2. Vergütung vertragsärztlicher Tätigkeit

Durch die öffentlich-rechtliche Mitgliedschaft in der Kassenärztlichen Vereinigung ist ein Vertragsarzt berechtigt, die gesetzlich versicherten Patienten zu behandeln und für diese Leistung eine Vergütung zu erhalten.⁹⁵ Aufgrund seiner Mitgliedschaft in einer Kassenärztlichen Vereinigung steht

⁹² Zulassungsverordnung für Vertragsärzte in der im BGBl. Teil III, Gliederungsnummer 8230-25, veröffentlichten bereinigten Fassung, die durch Artikel 4a des Gesetzes vom 20. Februar 2013 (BGBl. I S. 277) geändert worden ist.

⁹³ Sahan, ZIS 2007, 69 (73).

⁹⁴ BSG, SozR 4-2500, § 95 Nr. 2, Rn 10, 14; Sodan-Boeken, § 17 Rn 5.

⁹⁵ Becker/Kingreen-Jousen, § 95 Rn 5.

ihm gegen diese ein Vergütungsanspruch aus § 85 Abs. 4 bis 4 f SGB V für seine erbrachten Leistungen zu.

Die Kassenärztliche Vereinigung verhandelt und schließt mit den Krankenkassen Mantelverträge.⁹⁶ Unter anderem wird in diesen die von den Krankenkassen an die Kassenärztliche Vereinigung zu zahlende Gesamtvergütung geregelt.⁹⁷ Die Kassenärztliche Vereinigung erhält sodann die Vergütung für die gesamte vertragsärztliche Versorgung gem. § 85 SGB V von den Krankenkassen und verteilt das Honorar an ihre Mitglieder. Daran wird deutlich, dass Vertragsärzte keinen Honoraranspruch gegen die Krankenkassen haben.⁹⁸

IV. Sicherstellungsauftrag der vertragsärztlichen Versorgung

Weiterer Bestandteil des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung ist die Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung. Der Sicherstellungsauftrag ist gesetzlich nicht näher definiert. Es handelt sich dabei um die Gewährleistung und Organisation der ambulanten medizinischen Versorgung durch die mit ihr betrauten Personen und Institutionen.⁹⁹

Die Verantwortung zur Sicherstellung ist gem. § 72 Abs. 1 S. 1 SGB V zunächst den Krankenkassen und Vertragsärzten zugewiesen, welche danach bei der Sicherstellung zusammenwirken.

In Ergänzung dieser Verantwortung sind die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen gem. § 75 Abs. 1 S. 1 SGB V dazu verpflichtet, die vertragsärztliche Versorgung sicherzustellen und den Krankenkassen und deren Verbänden gegenüber die Gewähr dafür zu übernehmen, dass die

⁹⁶ Sahan, ZIS 2007, 69 (71).

⁹⁷ Sahan, ZIS 2007, 69 (71).

⁹⁸ Ulsenheimer, MedR 2005, 622 (626).

⁹⁹ Sodan-Boeken, § 19 Rn 2.

vertragsärztliche Versorgung den gesetzlichen und vertraglichen Erfordernissen entspricht.¹⁰⁰

Zwar sind grundsätzlich die Krankenkassen und Vertragsärzte für die Sicherstellung verantwortlich. Die Kassenärztlichen Vereinigungen werden aber als öffentlich-rechtliche Zwangsverbände der ihnen als Pflichtmitglieder angehörenden Vertragsärzte zwangsläufig ergänzend in die Pflicht genommen.¹⁰¹ Denn das kollektivvertraglich geprägte System der gesetzlichen Krankenversicherung erfordert, dass den Krankenkassen mit den Kassenärztlichen Vereinigungen auf Seiten der Vertragsärzte ein gleichgewichtiger Vertragspartner gegenübergestellt wird.¹⁰²

Zur Ausgestaltung der vertragsärztlichen Versorgung werden daher gem. § 72 Abs. 2 SGB V die Kassenärztlichen Vereinigungen und die Verbände der Krankenkassen ermächtigt.¹⁰³ Dabei sind die Vertragspartner - Krankenkassen und Kassenärztliche Vereinigung - gem. § 72 Abs. 2 SGB V verpflichtet, die Versorgung ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich zu gestalten.

1. Sicherstellung durch Verträge

Wie sich § 72 Abs. 2 SGB V entnehmen lässt, wird der Sicherstellungsauftrag u. a. durch Verträge wahrgenommen. Im Regelfall werden zwischen Krankenkassen und Kassenärztlichen Vereinigungen Kollektivverträge - wie auf Landesebene die Gesamtverträge gem. §§ 82 Abs. 2, 83 SGB V und auf Bundesebene der Bundesmantelvertrag gem. § 82 Abs. 1 S. 1 SGB V - geschlossen.¹⁰⁴

¹⁰⁰ Sodan-Boeken, § 19 Rn 17.

¹⁰¹ Schnapp/Wigge-Hess, § 16 Rn 1; Schulin-Funk, § 32 Rn 37; Sodan-Boeken, § 17 Rn 2 und § 19 Rn 17.

¹⁰² Sodan-Boeken, § 19 Rn 17.

¹⁰³ Krauskopf-Sproll, § 72 Rn 4.

¹⁰⁴ Beske/Drabinski/Wolf, Sicherstellungsauftrag, S. 36; Sodan-Boeken, § 19 Rn 12.

Abweichend davon können Krankenkassen mit Vertragsärzten in Wahrnehmung des Sicherstellungsauftrags einzelvertragliche Vereinbarungen treffen. Dies ist bspw. in der hausarztzentrierten Versorgung¹⁰⁵ gem. § 73 b SGB oder in der besonderen ambulanten Versorgung gem. § 73 c SGB V der Fall.¹⁰⁶

Grundsätzlich ist aber der Abschluss von Einzelverträgen zwischen Vertragsärzten und Krankenkassen ausgeschlossen.¹⁰⁷

2. Sicherstellung durch gemeinsame Selbstverwaltung

Neben der Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung durch Verträge wird der Sicherstellungsauftrag auch durch die Mitwirkung in den Selbstverwaltungsgremien der gemeinsamen Selbstverwaltung durch Krankenkassen und Vertragsärzte erfüllt.¹⁰⁸

Dies kommt etwa in der gemeinsamen Beschlussfassung des einheitlichen Bewertungsmaßstabs im Bewertungsausschuss gem. § 87 Abs. 1 SGB V oder bei der von Krankenkassen und Kassenärztlichen Vereinigungen durchgeführten Wirtschaftsprüfung durch gemeinsame Prüfungsstellen und Beschwerdeausschüsse in § 106 Abs. 4 SGB V zum Ausdruck.¹⁰⁹

3. Zusammenfassung

Der Sicherstellungsauftrag vollzieht sich in der Organisation und Gewährleistung der vertragsärztlichen Versorgung. An der Sicherstellung der

¹⁰⁵ Bei der hausarztzentrierten Versorgung ist ein Arzt die zentrale Anlaufstelle für seine Patienten im Krankheitsfall und weist diese dem Krankheitsbild entsprechend den weiteren behandelnden Ärzten zu. Der Patient verpflichtet sich dabei, zuerst immer seinen Hausarzt aufzusuchen.

¹⁰⁶ Becker/Kingreen-Huster, § 75 Rn 3; Sodan-Boeken, § 19 Rn 12.

¹⁰⁷ Geis, wistra 2007, 361 (362); Sahan, ZIS 2007, 69 (73).

¹⁰⁸ Beske/Drabinski/Wolf, Sicherstellungsauftrag, S. 35; Sodan-Boeken, § 19 Rn 16.

¹⁰⁹ Sodan-Boeken, § 19 Rn 16.

vertragsärztlichen Versorgung wirken Vertragsärzte und Krankenkassen zusammen. Dabei tritt für Vertragsärzte grundsätzlich die Kassenärztliche Vereinigung aufgrund ihrer Position als Verbund der Vertragsärzte auf. Primär sind daher mit der Sicherstellung gem. § 72 Abs. 2 SGB V die Krankenkassen und die Kassenärztlichen Vereinigungen befasst. Grundsätzlich schließen Krankenkassen und Vertragsärzte keine Einzelverträge.

Maßnahme zur Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung ist keine Entscheidung der Beteiligten im Einzelfall. Wie dargestellt, erfolgt die Sicherstellung durch kollektivvertragliche Regelungen oder die gemeinsame Beschlussfassung in Prüfungsgremien oder Ausschüssen. Die Sicherstellung obliegt mithin niemals einem Einzelnen und vollzieht sich auch nicht in einer einzelnen Entscheidung bzw. der Handlung eines Einzelnen.

IV. Wirtschaftlichkeitsgebot

Zentraler Bestandteil der gesetzlichen Krankenversicherung ist darüber hinaus das Gebot der Wirtschaftlichkeit gem. § 12 Abs. 1 S. 2 SGB V i. V. m. § 70 Abs. 1 S. 2 SGB V, welches den Rahmen der zu gewährenden Leistungen prägt.¹¹⁰ Dieses Gebot will mit dem Einsatz geringster Mittel zur Erreichung des Heilerfolgs ein Ausufern der Kostenbelastung im Einzelfall verhindern.¹¹¹ Es spiegelt somit die für die gesamte Sozialversicherung geltenden Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit wider.¹¹² Es sollen die finanziellen Grenzen markiert werden, innerhalb derer sich die gesetzliche Krankenversicherung aufgrund der Belastbarkeit der Beitragszahler und der begrenzten Leistungsfähigkeit der Volkswirtschaft bewegt.¹¹³

¹¹⁰ Becker/Kingreen-Scholz, § 12 Rn 1.

¹¹¹ Becker/Kingreen-Scholz, § 12 Rn 2; Schulin-Schneider, § 22 Rn 5.

¹¹² Schlegel/Voelzke-Engelhard, § 12 Rn 22.

¹¹³ BVerfG MedR 1997, 318; Becker/Kingreen-Scholz, § 12 Rn 2; Schlegel/Voelzke-Engelhard, § 12 Rn 22.

Das Wirtschaftlichkeitsgebot ist Teil des bereits oben dargestellten Leistungsanspruchs des Versicherten.¹¹⁴ Es wirkt zugleich anspruchsbegründend und anspruchsbegrenzend.¹¹⁵ Ist eine Leistung gem. § 12 Abs. 1 S. 2 SGB V nicht notwendig oder nicht wirtschaftlich, kann sie der Versicherte nicht beanspruchen, der Leistungserbringer nicht bewirken und die Krankenkasse nicht bewilligen. Das Wirtschaftlichkeitsgebot umfasst vier Merkmale.

1. Merkmale des Wirtschaftlichkeitsgebots

Die erbrachte Leistung muss gem. § 12 Abs. 1 SGB V zweckmäßig, ausreichend, medizinisch notwendig und wirtschaftlich im engeren Sinne sein. Die einzelnen Kriterien greifen ineinander, so dass eine trennscharfe Abgrenzung der Begriffe nicht immer möglich ist.¹¹⁶ Maßgeblich ist letztlich das Gesamtbild, welches sich aus dem Zusammenspiel aller Kriterien ergibt.¹¹⁷

Die Zweckmäßigkeit betrifft die Eignung des Medikaments, den angestrebten Heilerfolg zu erreichen.¹¹⁸ Ausreichend ist die Leistung, wenn sie nach Art, Umfang und Qualität hinreichende Chancen für einen Heilerfolg bietet.¹¹⁹ Medizinisch notwendig ist das Maß an Behandlung, welches zwangsläufig, unentbehrlich oder unvermeidlich ist.¹²⁰

Die Wirtschaftlichkeit im engeren Sinne stellt den Nutzen der Maßnahme in Form des Heilerfolgs zu den Kosten der Maßnahme ins Verhältnis.¹²¹ Es soll

¹¹⁴ Becker/Kingreen-Butzer, § 12 Rn 3; Schnapp/Wigge-Wigge/Wille, § 19 Rn 28; zum Sachleistungsanspruch siehe oben S. 15 ff.

¹¹⁵ Schnapp/Wigge-Wigge/Wille, § 19 Rn 28.

¹¹⁶ Prütting-Wenner, § 12 SGB V Rn 3.

¹¹⁷ Krauskopf-Wagner, § 12 SGB V Rn 4; Prütting-Wenner, § 12 SGB V Rn 3; Sodan-von Langsdorff, § 9 Rn 2.

¹¹⁸ BSG NJW 1989, 2349; Sodan-von Langsdorff, § 9 Rn 3.

¹¹⁹ BSGE 55, 188 (194); Becker/Kingreen-Scholz, § 12 Rn 7.

¹²⁰ BSG, SozR 2200 § 182 b Nr. 26; NK Medizinrecht-Steinmeyer/Grötschel, § 12 Rn 12.

¹²¹ Laufs/Kern-Genzel/Degener-Hencke, § 83 Rn 56; Sodan-von Langsdorff, § 9 Rn 11.

das günstigste Verhältnis zwischen Aufwand und Wirkung gewählt werden.¹²²

2. Festbeträge

Bezüglich einiger Arzneimittel regelt der G-BA in Richtlinien nach § 92 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 SGB V Festbeträge. Aus § 12 Abs. 2 SGB V ergibt sich sodann, dass eine Leistungspflicht der Krankenkasse über diesen Betrag hinaus nicht besteht. Der Versicherte muss die Mehrkosten eines solchen Arzneimittels selbst tragen. Die Kriterien des Wirtschaftlichkeitsgebots sind in diesen Fällen schon im Rahmen der Festlegung der Festbeträge geprüft worden, so dass es einer weiteren Prüfung der Wirtschaftlichkeit nicht bedarf.¹²³

3. Richtlinien des G-BA gem. § 92 SGB V

Der G-BA erlässt darüber hinaus gem. § 92 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 SGB V Richtlinien über die Verordnung von Arzneimitteln. Mit der sog. Preisvergleichsliste erstellt er gem. § 92 Abs. 2 SGB V eine Liste für Arznei- und Hilfsmittel, welche dem Arzt einen Preisvergleich und die Auswahl therapiegerechter Verordnungsmengen ermöglicht.¹²⁴

In der Liste finden sich zu den einzelnen Indikationsgebieten Hinweise. Aus diesen ergeben sich für Arzneimittel mit vergleichbaren Wirkstoffen und vergleichbarer Wirkung auch Bewertungen des therapeutischen Nutzens zum Apothekenabgabepreis und damit zur Wirtschaftlichkeit der Verordnung.¹²⁵

¹²² NK Medizinrecht-*Steinmeyer/Grötschel*, § 12 Rn 11.

¹²³ Kasseler Kommentar-*Höfler*, § 12 SGB V Rn 41.

¹²⁴ Becker/Kingreen-*Schmidt-De Caluwe*, § 92 Rn 20; Schnapp/Wigge-*Wigge/Wille*, § 19 Rn 36.

¹²⁵ Schnapp/Wigge-*Wigge/Wille*, § 19 Rn 36.

Der G-BA kann gem. § 92 Abs. 2 SGB V in der Richtlinie auch die Arzneimittel ausweisen, deren Verordnung unzweckmäßig ist.¹²⁶

4. Verpflichtete des Wirtschaftlichkeitsgebots

§ 12 Abs. 1 S. 2 SGB V stellt klar, dass eine nicht notwendige oder unwirtschaftliche Leistung von Versicherten nicht beansprucht, von Leistungserbringern nicht bewirkt und von den Krankenkassen nicht bewilligt werden darf.

Während sich für gesetzlich Versicherte daraus ergibt, dass sie Leistungen, welche gegen dieses Gebot verstoßen, nicht zu fordern berechtigt sind, ist nicht klar erkennbar, was daraus für Vertragsärzte und Krankenkassen folgt.

Bezüglich der vorliegenden Bearbeitung ist insbesondere von Interesse, welche Entscheidungsbefugnisse sich konkret für die einzelnen Beteiligten aus dem Wirtschaftlichkeitsgebot herleiten lassen. Dazu wird im Rahmen des Tatbestands des § 299 StGB näher Stellung bezogen.

5. Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot

Das BSG hat bereits definiert, wann ein Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot vorliegt: „Sind für einen bestimmten therapeutischen Ansatz bzw. eine bestimmte medikamentöse Therapie zugelassene Arzneimittel mit entsprechender Indikation verfügbar, haben diese aber unterschiedliche Preise, gebietet das Wirtschaftlichkeitsgebot (§§ 12 Abs. 1, 70 Abs. 1 S. 2 SGB V) zumindest, dass der Vertragsarzt sich die unterschiedlichen Kosten vergegenwärtigt und einzelfallbezogen abwägt, ob der Einsatz des preiswerteren Arzneimittels vertretbar ist. (...) Der routinemäßige Einsatz des teureren Arzneimittels gegenüber preiswerteren in

¹²⁶ Sodan-von Langsdorf, § 9 Rn 9.

Betracht kommenden stellt sich als typischer Verdacht gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot dar.¹²⁷

6. Folgen eines Verstoßes gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot

Verstoßen Vertragsärzte bei der Verordnung von Arzneimitteln gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot, kann das weitreichende Folgen für sie haben. Bekannt wird ein solcher Verstoß regelmäßig im Rahmen einer Wirtschaftlichkeitsprüfung gem. § 106 Abs. 1 SGB V. Überprüft wird die Einhaltung des Wirtschaftlichkeitsgebots von Prüfstellen, welche von den Krankenkassen und den Kassenärztlichen Vereinigungen besetzt werden. Die Prüfstellen treffen ihre Entscheidungen gem. § 106 Abs. 4 SGB V jedoch eigenverantwortlich. Die Einhaltung des Wirtschaftlichkeitsgebots können die Krankenkassen somit nicht selbst überprüfen.

Wird ein Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot festgestellt, so müssen Vertragsärzte nach § 72 SGB V mit Honorarkürzungen oder Honorarregressen rechnen.¹²⁸

V. Stellung von Apothekern bei der Versorgung gesetzlich Versicherter mit Arzneimitteln

Der Apotheker ist insoweit an der Arzneimittelversorgung der Versicherten beteiligt, als er ihnen aufgrund des vorgelegten Rezepts die verordneten Arzneimittel aushändigt.

In bestimmten Fällen sind Apotheker verpflichtet, entgegen der Verordnung von Vertragsärzten das dort angegebene Arzneimittel durch ein anderes zu ersetzen.¹²⁹ Haben Vertragsärzte gem. § 129 Abs. 1 SGB V ein Arzneimittel

¹²⁷ BSG SozR 4-2500, § 106 Nr. 6, 44, 53 f.

¹²⁸ Hänlein/Kruse/Schuler-Murawski § 106 Rn 95; *Steinhilper*, MedR 2005, 236 (238).

¹²⁹ *Reese*, PharmR 2006, 92 (94).

nur unter seiner Wirkstoffbezeichnung verordnet oder aber auf der Verordnung nicht die Ersetzung durch ein wirkstoffgleiches Arzneimittel ausgeschlossen, haben Apotheker das verordnete Arzneimittel durch ein wirkungsgleiches und günstigeres Präparat zu ersetzen.¹³⁰ Dieses Präparat muss die Krankenkasse sodann auch vergüten.¹³¹

Der Apotheker kann daher mit der ihm eingeräumten, sog. Aut-idem Befugnis gestaltend Einfluss auf die Wahl des Arzneimittels nehmen.¹³²

VI. Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen

1. Krankenkassen

Mit dem GKV-Modernisierungsgesetz¹³³ wurde § 197 a zum 01.01.2004 in das SGB V eingeführt. Dieser regelt die Verpflichtung der Krankenkassen sowie des Spitzenverbands der Krankenkassen, falls erforderlich auch der Landesverbände, innerhalb ihrer Organisation Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen einzurichten.

Diese Korruptionsbekämpfungsstellen sollen u.a. allen Hinweisen auf eine rechtswidrige oder zweckwidrige Nutzung der Finanzmittel der Krankenkassen nachgehen. Es sollen damit „Selbstreinigungskräfte innerhalb des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung“¹³⁴ in Gang gesetzt werden. Darüber hinaus dienen die Stellen der Verfolgung von Bestechungsdelikten, Abrechnungsbetrug und anderen strafrechtlich relevanten Tatbeständen.¹³⁵ § 197 a SGB V soll die Grundlage für eine konsequente Strafverfolgung bilden.¹³⁶

¹³⁰ Reese, PharmR 2006, 92 (94).

¹³¹ Reese, PharmR 2006, 92 (94).

¹³² Reese, PharmR 2006, 92 (94).

¹³³ BGBl. I 2003, 2190.

¹³⁴ BT-Drucks. 15/1525, 99.

¹³⁵ Hänlein/Kruse/Schuler-Hänlein, § 197 a Rn 1.

¹³⁶ Schlegel/Voelzke-Schneider-Danwitz, § 197 a Rn 22.

Die Krankenkassen sollen gem. § 197 a Abs. 4 SGB V bei dem Anfangsverdacht einer Straftat unverzüglich die Staatsanwaltschaften zu unterrichten, soweit die in Frage kommende Straftat nicht nur geringfügige Bedeutung für die gesetzliche Krankenversicherung hat.

2. Kassenärztliche Vereinigungen und Kassenärztliche Bundesvereinigung

Auch den Kassenärztlichen Vereinigungen und der Kassenärztlichen Bundesvereinigung obliegt gem. § 81 a SGB V die Verpflichtung, Korruptionsbekämpfungsstellen einzurichten und Unregelmäßigkeiten zulasten ihrer Organisation nachzugehen. Auch sie sollen im Falle eines Anfangsverdachts einer Straftat die Staatsanwaltschaften einschalten.

3. Kapitel: Funktion von Vertragsärzten in der sozialgerichtlichen Rechtsprechung

Wichtiger Bestandteil zur Beurteilung medizinstrafrechtlicher Fragen ist die Rechtsprechung der Sozialgerichte. Im Folgenden wird daher die sozialgerichtliche Rechtsprechung dargestellt, welche auch im Rahmen der Diskussion um die Strafbarkeit von Vertragsärzten beim Pharmamarketing relevant ist.

Maßgeblich ist, mit welchen Entscheidungsbefugnissen Vertragsärzte bei der Verordnung von Arzneimitteln ausgestattet sind. Dies steht in direktem Zusammenhang mit der Frage, auf welcher rechtlichen Grundlage bei der Verordnung von Arzneimitteln ein Vergütungsanspruch des Apothekers gegenüber der Krankenkasse entsteht.

A. Entscheidungsbefugnis von Vertragsärzten bei der Verordnung von Arzneimitteln

Rechtliche Grundlage für die Verordnung eines Arzneimittels ist zunächst § 27 SGB V, der dem Versicherten einen Anspruch auf Sach- bzw. Naturalleistungen gewährt. Dieser Anspruch ist jedoch im SGB V nur generell formuliert und nicht auf eine im Einzelfall indizierte Leistung ausgerichtet.

I. Rahmenrecht der Versicherten

Nach der Rechtsprechung des BSG enthält § 27 SGB V ein subjektiv öffentlich-rechtliches Rahmenrecht, aus welchem erst im Zusammenspiel mit anderen Normen des SGB V ein konkreter Anspruch auf eine Leistung der

Krankenkasse entsteht.¹³⁷ Der Sachleistungsanspruch ist demnach nur ein Anspruch dem Grunde nach, welcher die Rahmenbedingungen für die Entstehung konkreter Ansprüche festlegt.¹³⁸ Vor allem aufgrund der medizinischen Komplexität der Regelungsmaterie soll es einer weiteren Konkretisierung und Ausgestaltung durch den verordnenden Arzt bedürfen.¹³⁹

II. Konkretisierung durch Vertragsärzte

Dem SGB V soll somit ein Rechtskonkretisierungskonzept zugrunde liegen.¹⁴⁰ Für die Entstehung eines Anspruchs sei im Einzelfall entscheidend, dass ein an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmender Arzt das Vorliegen einer Krankheit feststellt und eine medizinisch nach Art und Zweck bestimmte Leistung verordnet.¹⁴¹ Erst durch eine solche Handlung des Vertragsarztes werde das dem Versicherten gegenüber der Krankenkasse zustehende Rahmenrecht auf ärztliche Behandlung konkretisiert.¹⁴²

Das BSG hat insoweit entschieden, dass Vertragsärzte mit der öffentlich-rechtlichen Rechtsmacht beliehen seien, die medizinischen Voraussetzungen des Eintritts des Versicherungsfalls der Krankheit für den Versicherten und die Krankenkasse im Leistungsverhältnis zum Versicherten verbindlich festzustellen.¹⁴³ Vertragsärzten komme die „Schlüsselrolle“ bei der Ausgestaltung des Sachleistungsanspruchs des Versicherten zu.¹⁴⁴

Vertragsärzte konkretisierten „(nur) in medizinischer Hinsicht verbindlich“ das Rahmenrecht der Versicherten.¹⁴⁵ Die notwendige Entscheidung, welche

¹³⁷ BSGE 73, 271 (280).

¹³⁸ BSGE 73, 271 (280).

¹³⁹ BSGE 73, 271 (280).

¹⁴⁰ BSGE 73, 271 (281).

¹⁴¹ BSGE 73, 271 (281).

¹⁴² BSGE 73, 271 (281).

¹⁴³ BSGE 73, 271 (278).

¹⁴⁴ BSGE 73, 271 (283).

¹⁴⁵ BSGE 73, 271 (281).

Behandlung erforderlich sei, könne aufgrund ihrer medizinisch-wissenschaftlichen Komplexität weder einem Bestimmungsrecht des Versicherten noch der hoheitlichen Entscheidung der Krankenkasse, sondern allein dem Vertragsarzt überantwortet werden.¹⁴⁶

Hat der Vertragsarzt eine Krankheit diagnostiziert und eine Versorgung des gesetzlich versicherten Patienten verordnet, darf die Krankenkasse dem Patienten die verordnete Leistung nicht mit der Begründung versagen, die Diagnose sei falsch oder die Leistung entspreche nicht dem Wirtschaftlichkeitsgebot gem. § 12 SGB V.¹⁴⁷

Die Krankenkasse sei auch daran gehindert, in das Vertrauensverhältnis zwischen Vertragsarzt und Kassenpatient einzugreifen, da sie an die medizinische Erkenntnis des Vertragsarztes gebunden sei.¹⁴⁸

III. Zustandekommen eines Kaufvertrags zwischen Krankenkassen und Apothekern durch Vertragsärzte als Vertreter der Krankenkassen

In einer späteren Entscheidung griff das BSG die Stellung des Vertragsarztes als „Schlüsselfigur der Arzneimittelversorgung“ auf. Mit der Verordnung eines konkreten Arzneimittels gem. § 73 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 SGB V gebe der Vertragsarzt im Einzelfall als Vertreter der Krankenkasse mit Wirkung für und gegen diese eine Willenserklärung ab.¹⁴⁹ Wenn der Patient die Verordnung dem Apotheker vorlege, werde letzterem ein Kaufvertragsangebot der Krankenkasse angetragen, welches der Apotheker durch die Übergabe der Arzneimittel an den Patienten annehme.¹⁵⁰ Durch die Annahme des Angebots werde schließlich ein Anspruch des Apothekers auf Vergütung seiner Leistung gegenüber der Krankenkasse begründet.¹⁵¹

¹⁴⁶ BSGE 73, 271 (281).

¹⁴⁷ BSGE 77, 194.

¹⁴⁸ BSGE 73, 271 (282).

¹⁴⁹ BSGE 77, 194 (200).

¹⁵⁰ BSGE 77, 194 (200).

¹⁵¹ BSGE 77, 194 (199 f).

In einer weiteren Entscheidung des BSG wird der Inhalt der Entscheidungsbefugnisse des Vertragsarztes bei der Verordnung von Arzneimitteln näher bestimmt. Die Einstandspflicht der Krankenkasse beruhe nicht auf der Rechtsentscheidung des Vertragsarztes über die Leistungspflicht der Krankenkasse, sondern vielmehr darauf, dass die Krankenkasse die Behandlungsentscheidungen des Vertragsarztes gegen sich gelten lassen müsse.¹⁵²

IV. Rechtsprechungsänderung

Mit Urteil vom 17.12.2009 vollzog das BSG schließlich eine Änderung seiner bisherigen Rechtsprechung.¹⁵³ Nach dieser Rechtsprechung des BSG ist die Rechtsgrundlage für den Vergütungsanspruch des Apothekers gegenüber der Krankenkasse nicht länger ein Kaufvertrag gem. § 433 Abs. 2 i.V.m. § 69 SGB V mit der Krankenkasse, sondern vielmehr § 129 SGB V in Verbindung mit den zu dieser Vorschrift bestehenden ergänzenden Vereinbarungen.¹⁵⁴ Ergänzt wird § 129 SGB V durch Rahmenverträge zwischen den Spitzenverbänden der Krankenkassen und Apothekern auf Bundesebene gem. § 129 Abs. 2 SGB V und auf Landesebene gem. § 129 Abs. 5 S. 1 SGB V.

Das BSG betont in dieser Entscheidung, dass an der rechtlichen Konstruktion des Vertragsarztes als Vertreter der Krankenkasse nicht mehr festgehalten werde.¹⁵⁵ Der Vergütungsanspruch des Apothekers sei vielmehr unmittelbar aus dem öffentlichen Recht herzuleiten.¹⁵⁶ Dies folge bereits aus § 69 SGB V, wonach für Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern der gesetzlichen Krankenversicherung nur dann die

¹⁵² BSGE 82, 158 (162).

¹⁵³ BSGE 105, 157; *Manthey*, GesR 2010, 601 (602) spricht insoweit davon, dass dem Vertragsarzt die Schlüssel aus der Hand genommen wurden.

¹⁵⁴ BSGE 105, 157 (160).

¹⁵⁵ BSGE 105, 157 (162).

¹⁵⁶ BSGE 105, 157 (162).

Vorschriften des Bürgerlichen Rechts anzuwenden seien, wenn das SGB V keine hinreichende Regelung enthalte.¹⁵⁷

Eine solche hinreichende Regelung finde sich aber in § 129 SGB V.¹⁵⁸ § 129 SGB V statuiere die Verpflichtung und Berechtigung des Apothekers, die vom Vertragsarzt verordnete Leistung an den gesetzlich Versicherten abzugeben und dafür von der Krankenkasse eine Vergütung zu beanspruchen.¹⁵⁹ Ziehe man somit § 129 SGB V mit seinen ergänzenden Vorschriften heran, sei die bisherige Konstruktion eines Kaufvertrags zwischen Apotheker und Krankenkasse unter Einbeziehung des Vertragsarztes als Vertreter der Krankenkasse entbehrlich.¹⁶⁰

Das BSG stellt in seiner Entscheidung sodann nochmals klar, dass die vertragsärztliche Verordnung das entscheidende Element der Arzneimittelversorgung der gesetzlich Versicherten sei.¹⁶¹ Die Verordnung dokumentiere, dass das Medikament an den Versicherten auf Kosten der Krankenkasse abgegeben werde.¹⁶²

Auch der Vergütungsanspruch des Apothekers werde durch die Verordnung dokumentiert, so dass auch aus diesem Grund ein Kaufvertrag zwischen Apotheker und Krankenkasse als Grundlage des Vergütungsanspruchs überflüssig sei.¹⁶³

B. Zusammenfassung

Die Funktion des Vertragsarztes bei der Verordnung von Arzneimitteln unterlag in der Rechtsprechung des BSG in den letzten Jahren einem Wandel.

¹⁵⁷ BSGE 105, 157 (161).

¹⁵⁸ BSGE 105, 157 (160 f).

¹⁵⁹ BSGE 105, 157 (161).

¹⁶⁰ BSGE 105, 157 (161 f).

¹⁶¹ BSGE 105, 157 (162 f); *Manthey*, GesR 2010, 601 (602).

¹⁶² BSGE 105, 157 (162 f).

¹⁶³ BSGE 105, 157 (162 f); *Manthey*, GesR 2010, 601 (602).

Zunächst wurde dem Vertragsarzt in der sozialgerichtlichen Rechtsprechung bei der Verordnung von Arzneimitteln die Funktion eines Vertreters beim Abschluss eines Kaufvertrags zugesprochen. Als Vertreter der Krankenkassen sollte dieser deren Kaufvertragsangebot formulieren, welches dem Apotheker mit der Verordnung angetragen wurde.

In der neueren Rechtsprechung des BSG wird Vertragsärzten diese Vertreterstellung wieder abgesprochen. Sie soll danach überflüssig sein, da aufgrund bereits vorhandener sozialrechtlicher Regelungen, insbesondere aufgrund der Rahmenverträge gem. § 129 SGB V zwischen Krankenkassen und Apothekern, die Abgabe der Arzneimittel und die Vergütung der Apotheker mit den Krankenkassen hinreichend geregelt sei.

Mit der Änderung der Rechtsprechung wurde aber nicht das dem SGB V zugrunde liegende Rechtskonkretisierungskonzept in Frage gestellt.¹⁶⁴ Es bleibt dabei, dass dem Vertragsarzt bei der Verordnung eines Arzneimittels eine wichtige Funktion zukommt. Aufgrund seiner fachlichen Kenntnisse bleibt es auch weiterhin ihm allein vorbehalten, in medizinischer Hinsicht das Rahmenrecht des Versicherten mit der Verordnung des im Einzelfall indizierten Arzneimittels zu konkretisieren.

Auch findet sich kein Anhaltspunkt dafür, dass das BSG nicht länger davon ausgeht, Krankenkassen seien daran gehindert, in das Vertrauensverhältnis zwischen Vertragsarzt und Kassenpatient einzugreifen. Schließlich sind die Krankenkassen an die medizinische Erkenntnis des Vertragsarztes gebunden.

¹⁶⁴ *Manthey*, GesR 2010, 601 (603).

4. Kapitel: Stellung von Vertragsärzten in der strafrechtlichen Rechtsprechung zu § 266 StGB

Aufgrund der Stellung, welche das BSG Vertragsärzten bei der Verordnung von Arzneimitteln in dem System der gesetzlichen Krankenversicherung zugeordnet hat,¹⁶⁵ nahm der BGH erstmals im Jahr 2003 die Vermögensbetreuungspflicht von Vertragsärzten an und bejahte die Strafbarkeit wegen Untreue gem. § 266 StGB.¹⁶⁶

Die Tendenz, im Wirtschaftsstrafrecht verstärkt Vertragsärzte in den Fokus zu nehmen, setzt sich nun in der Diskussion um eine Strafbarkeit des Vertragsarztes gem. §§ 299, 331 ff. StGB fort. So gesehen überrascht es zunächst nicht, dass sich die Erwägungen des BGH zur Strafbarkeit des Vertragsarztes in Bezug auf § 266 StGB auch in der Beurteilung der Strafbarkeit des Vertragsarztes gem. § 299 StGB niedergeschlagen haben.¹⁶⁷

Im Folgenden wird daher die Rechtsprechung des BGH zu § 266 StGB dargestellt, auf welche in der dieser Bearbeitung zugrundeliegenden Diskussion Bezug genommen wird. Es wird kurz die maßgebliche Kritik an der Rechtsprechung des BGH wiedergegeben, welche auch im Rahmen der Beurteilung der Strafbarkeit des Vertragsarztes gem. § 299 StGB Berücksichtigung findet. Sodann wird abschließend Stellung genommen.

A. Untreue von Vertragsärzten bei der Verordnung von Arzneimitteln

Der Entscheidung des BGH lag der nachfolgende Sachverhalt zugrunde: Der angeklagte Vertragsarzt verordnete dem ebenfalls angeklagten Patienten auf dessen Drängen hin das Dreifache an parentaler Ernährung¹⁶⁸ als medizinisch

¹⁶⁵ *Steinhilper*, MedR 2010, 499 (500).

¹⁶⁶ BGH wistra 2004, 143.

¹⁶⁷ *Pragal*, NStZ 2005, 133 (135); welcher als erster von der Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes auf dessen Beauftrageneigenschaft schloss.

¹⁶⁸ Künstliche intravenöse Ernährung.

indiziert gewesen wäre.¹⁶⁹ Der Patient wurde vom LG Kaiserslautern wegen Betrugs gem. § 263 StGB in 16 Fällen und der Vertragsarzt wegen Beihilfe gem. § 27 StGB hierzu schuldig gesprochen.¹⁷⁰

Der BGH entschied im Rahmen der Revision, dass die Schuldsprüche bezüglich des Betrugs aufzuheben seien. Es habe weder eine Täuschung der Krankenkasse noch des Apothekers vorgelegen.¹⁷¹

Der BGH bejahte bezüglich des Vertragsarztes den Missbrauchstatbestand gem. § 266 StGB, da dieser seine Befugnis zur Vermögensverfügung im Außenverhältnis wirksam, aber im Innenverhältnis zum Geschäftsherrn bestimmungswidrig ausgeübt habe.¹⁷² Dabei stützt sich der BGH auf die sich aus dem System der gesetzlichen Krankenversicherung ergebenden Verpflichtungen des Vertragsarztes. Ausdrücklich nimmt er Bezug auf die Entscheidungen des BSG zur Vertreterstellung des Vertragsarztes bei der Arzneimittelversorgung und seiner diesbezüglichen „Schlüsselrolle“.¹⁷³

Als Vertreter der Krankenkasse konkretisierte der Vertragsarzt an deren Stelle das Rahmenrecht des Versicherten.¹⁷⁴ Insoweit dürfe er den formellen und materiellen Rahmen der kassenärztlichen Verordnung nicht verlassen.¹⁷⁵

Der BGH bezieht sich infolge dessen auf das in §§ 12, 70 SGB V verankerte Wirtschaftlichkeitsgebot und stellt insoweit klar, dass der Vertragsarzt Leistungen nicht verordnen dürfe, die „jenseits der Bandbreite offener Wertungen nach den Regeln der ärztlichen Kunst eindeutig nicht notwendig, nicht ausreichend oder unzweckmäßig sind“¹⁷⁶. Bei der Verordnung von Leistungen, hier der Verschreibung von Arzneimitteln, sei er verpflichtet, das

¹⁶⁹ BGH wistra 2004, 143.

¹⁷⁰ BGH wistra 2004, 143.

¹⁷¹ BGH wistra 2004, 143.

¹⁷² Püttner-Tsambikakis, § 266 StGB Rn 7.

¹⁷³ BGH wistra 2004, 143 (144) nimmt Bezug auf BSGE 73, 271 (278 f) und BSGE 77, 194 (199).

¹⁷⁴ BGH wistra 2004, 143 (145).

¹⁷⁵ BGH wistra 2004, 143 (145).

¹⁷⁶ BGH wistra 2004, 143 (145).

Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 SGB V zu beachten, worin „eine Vermögensbetreuungspflicht zum Ausdruck“ komme.¹⁷⁷

Der Vertragsarzt missbrauche diese Pflicht, wenn er aufgrund seiner Vertreterstellung im Rahmen seines rechtlichen Könnens im Außenverhältnis eine Leistung entgegen § 12 SGB V verordne.¹⁷⁸

Diese Rechtsprechung wurde vom BGH mehrere Monate später, anlässlich einer missbräuchlichen Verordnung von Medikamenten, als strafbare Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes nochmals bestätigt.¹⁷⁹

B. Kritik an der Entscheidung des BGH

Dass der BGH eine Vermögensbetreuungspflicht der Vertragsärzte aus dem Wirtschaftlichkeitsgebot gem. § 12 SGB V herleitet, wird in der Literatur kritisiert.

Es wird bemängelt, die den Vertragsärzten im Rahmen des § 12 SGB V übertragene Pflicht zur Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots erfülle nicht die Anforderungen einer Hauptpflicht i.S.d. § 266 StGB.¹⁸⁰ Weder finde sich in der Rechtsprechung des BGH noch in der einschlägigen Literatur zur Krankenversicherung ein Hinweis darauf, dass im Verhältnis zwischen Vertragsarzt und Krankenkasse die Vermögensfürsorge charakteristisches Merkmal sei.¹⁸¹ § 12 SGB V soll mithin keine eigenständige Hauptpflicht des Vertragsarztes darstellen, sondern vielmehr eine „Sekundärpflicht im

¹⁷⁷ BGH wistra 2004, 143 (145).

¹⁷⁸ BGH wistra 2004, 143 (145).

¹⁷⁹ BGH NStZ 2004, 568.

¹⁸⁰ *Geis*, GesR 2006, 345 (349); er bezieht sich dabei insbesondere auf ein Urteil des LG Halle, wistra 2000, 279 (280); *Ulsenheimer*, MedR 2005, 622 (627); allgemein zum Erfordernis der Hauptpflicht *Lackner/Kühl*, § 266 Rn 4.

¹⁸¹ *Ulsenheimer*, MedR 2005, 622 (627).

Rahmen des primären Auftrags der medizinischen Versorgung der Versicherten¹⁸².

Des Weiteren wird aus dem Wortlaut des § 70 SGB V gefolgert, dass nicht nur der Vertragsarzt vom Wirtschaftlichkeitsgebot des §§ 12, 70 SGB V erfasst sei, sondern auch die Krankenkassen.¹⁸³ Daher sei eine eindeutige Kompetenzzuweisung zwischen den Beteiligten nicht möglich.¹⁸⁴

Das hier bereits dargestellte Rechtskonkretisierungskonzept der gesetzlichen Krankenversicherung¹⁸⁵ weise den einzelnen Beteiligten einen unterschiedlichen Entscheidungsspielraum zu, der auch verschiedene Merkmale des Wirtschaftlichkeitsgebots berühre.¹⁸⁶

Während dem Vertragsarzt allein die medizinische Konkretisierung vorbehalten sei, erfolge die wirtschaftlich wirkende Konkretisierung bereits durch Richtlinien des G-BA.¹⁸⁷ Insoweit sei auch die bereits oben genannte Richtlinienkompetenz des G-BA gem. § 92 SGB V maßgeblich.¹⁸⁸

Auch das LG Halle war vor der Entscheidung des BGH davon ausgegangen, dass die Befugnis des Vertragsarztes zur Konkretisierung des Sachleistungsanspruchs in erster Linie dazu diene, eine medizinisch korrekte Entscheidung zu treffen.¹⁸⁹ Eine Hauptpflicht zur Betreuung des Vermögens könne man mithin nicht aus dem Wirtschaftlichkeitsgebot ableiten, selbst wenn dadurch auch mittelbar das Vermögen der Krankenkasse berührt werde.¹⁹⁰ Das LG Halle stellte klar, dass der Vertragsarzt zwar einen weiten medizinischen Entscheidungsspielraum habe, aufgrund der genauen Modalitäten der Abrechnung der gesetzlichen Krankenversicherung verfüge

¹⁸² Reese, PharmR 2006, 92 (100).

¹⁸³ Geis, GesR 2006, 345 (350).

¹⁸⁴ Geis, GesR 2006, 345 (350).

¹⁸⁵ Siehe S. 30.

¹⁸⁶ Geis, GesR 2006, 345 (350).

¹⁸⁷ Geis, GesR 2006, 345 (350).

¹⁸⁸ Siehe oben auf S. 24.

¹⁸⁹ LG Halle, wistra 2000, 279 (280).

¹⁹⁰ Geis, GesR 2006, 345 (349).

er aber nicht über einen vermögensrechtlichen Entscheidungsspielraum im Sinne des § 266 StGB.¹⁹¹

In der Literatur wird zudem festgestellt, dass der BGH bei seiner Entscheidung zur Untreue nur die ersten drei Merkmale des Wirtschaftlichkeitsgebots benannt habe.¹⁹² Hingegen hat er in seine Entscheidung gerade nicht das eigentliche, für die Kosten-Nutzen Abwägung entscheidende Merkmal der Wirtschaftlichkeit im engeren Sinne einbezogen.¹⁹³ Damit sei anzunehmen, dass zumindest nicht jeder Verstoß gegen das Verbot wirtschaftlicher Verordnung auch nach § 266 StGB strafbar sein soll.¹⁹⁴

C. Stellungnahme

Zutreffend wird bemängelt, dass die Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots keine nach der Rechtsprechung zur Vermögensbetreuungspflicht erforderliche Hauptpflicht des Vertragsarztes sei.¹⁹⁵

Bereits aus der obigen Darstellung der Pflichten des Vertragsarztes bei der Verordnung von Arzneimitteln lässt sich nicht entnehmen, dass die Vermögensbetreuung Hauptpflicht des Vertragsarztes ist. Vielmehr beruht die Schlüsselstellung des Vertragsarztes auf der Konkretisierung des Rahmenrechts der Versicherten in medizinischer Hinsicht. Insoweit sollte hier den Ausführungen des LG Halle gefolgt werden.

Auch überzeugt es nicht, dass der BGH nicht alle Kriterien des Wirtschaftlichkeitsgebots in seine Überlegungen einbezieht.¹⁹⁶ Wie bereits

¹⁹¹ LG Halle, wistra 2000, 279 (280).

¹⁹² *Taschke*, StV 2005, 406 (407).

¹⁹³ BGH wistra 2004, 143 (145) benennt insoweit nur ausdrücklich die Merkmale „nicht notwendig, nicht ausreichend oder unzumutbar“.

¹⁹⁴ *Taschke*, StV 2005, 406 (407).

¹⁹⁵ *Geis*, GesR 2006, 345 (349); *Ulsenheimer*, MedR 2005, 622 (627).

¹⁹⁶ *Taschke*, StV 2005, 406 (407).

oben dargestellt wurde,¹⁹⁷ ist zur Beurteilung der Wirtschaftlichkeit das Gesamtbild maßgeblich. Die Ausklammerung einzelner Kriterien spiegelt nicht die Entscheidung des Gesetzgebers wider und führt zu Unsicherheiten in der Anwendung.

Zu Recht wird zudem angeführt, dass Vertragsarzt und Leistungserbringer schon nach dem Wortlaut der §§ 12, 70 SGB V nebeneinander tätig werden und daraus keine Pflichtenstellung des einen gegenüber dem anderen hergeleitet werden kann.¹⁹⁸

Zudem ist mit den Richtlinien des G-BA die Wirtschaftlichkeit bereits ausführlich konkretisiert worden, so dass dies nicht der Entscheidung des Vertragsarztes unterfällt.¹⁹⁹

Da sich der BGH auch auf die Vertreterstellung des Vertragsarztes stützte, ist mit der geänderten Rechtsprechung des BSG nun ohnehin fraglich, ob die Vermögensbetreuungspflicht weiterhin darauf gestützt werden kann.²⁰⁰

D. Ergebnis

Aus der Stellung des Vertragsarztes als Vertreter der Krankenkassen bei der Verordnung von Arzneimitteln wird vom BGH eine Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes gem. § 266 StGB gefolgert. Maßgeblich sind dabei die Stellung des Vertragsarztes als Vertreter der Krankenkassen und das von ihm zu beachtende Wirtschaftlichkeitsgebot.

Es lassen sich bereits gute Argumente aus dem System der gesetzlichen Krankenversicherung und aufgrund der Entscheidungsbefugnisse des

¹⁹⁷ Siehe insoweit S. 23 ff.

¹⁹⁸ U.a. *Geis*, GesR 2006, 345 (350).

¹⁹⁹ *Geis*, GesR 2006, 345 (350).

²⁰⁰ So auch *Manthey*, GesR 2010, 601 (604).

Vertragsarztes herleiten, eine solche Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes abzulehnen.

Bislang hat der BGH seine Rechtsprechung diesbezüglich jedoch nicht geändert.²⁰¹

²⁰¹ Einen kritischen Ausblick dazu nehmen *Krüger/Burgert*, ZWH 2012, 218 ff. vor.

5. Kapitel: Stellung von Vertragsärzten in der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung

Gegenstand der Diskussion um die Strafbarkeit von Vertragsärzten beim Pharmamarketing ist auch ihre Tätigkeit als Freiberufler, da sie sich insoweit von angestellten, an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmenden Ärzten unterscheiden, bei welchen eine Strafbarkeit gem. §§ 299, 331 ff. StGB bejaht wird.

Fraglich ist daher, wie sich die Zulassung zur gesetzlichen Krankenversicherung auf die Freiberuflichkeit von Vertragsärzten auswirkt. Ändert sich damit die Beziehung zu den gesetzlichen Krankenkassen, könnte dies auch Konsequenzen für die Beurteilung einer Strafbarkeit gem. § 299 StGB bzw. gem. §§ 331 ff. StGB haben. Im Folgenden soll daher die maßgebliche Rechtsprechung des BVerfG zur Freiberuflichkeit des Vertragsarztes kurz dargestellt werden.

A. Freiberuflichkeit von Vertragsärzten nach Zulassung

Das BVerfG hat festgestellt, dass die Behandlung gesetzlich Versicherter durch Vertragsärzte eine öffentliche Aufgabe sei und letztere durch die Zulassung in ein öffentlich-rechtliches System einbezogen würden.²⁰² Das BVerfG lehnt aber ab, dass Vertragsärzte zu Krankenkassen oder zu Kassenärztlichen Vereinigungen in einem Dienstverhältnis stehen.²⁰³ Auch die Eingliederung der Vertragsärzte in das öffentliche System der gesetzlichen Krankenversicherung ändere nichts daran, dass die Tätigkeit der Vertragsärzte auch im Rahmen dieses Systems eine freiberufliche bleibe.²⁰⁴

²⁰² BVerfGE 11, 30 (39).

²⁰³ BVerfGE 11, 30 (39).

²⁰⁴ BVerfGE 11, 30 (39).

Zu einem gegenteiligen Ergebnis führe auch nicht die Verpflichtung der Vertragsärzte zur Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots.²⁰⁵ Zwar müssten Vertragsärzte durch ihre Einbindung in das Kassensystem bei der Behandlung von Patienten und insbesondere bei der Verschreibung von Heilmitteln Rücksicht auf die finanzielle Leistungsfähigkeit der Krankenkassen nehmen.²⁰⁶ Nichts anderes obliege aber auch dem nicht zum System der gesetzlichen Krankenversicherung zugelassenen Arzt, der auf die individuelle finanzielle Leistungsfähigkeit seiner Patienten Rücksicht nehmen müsse.²⁰⁷

Insbesondere im Vergleich zu nicht bei den Krankenkassen zugelassenen Ärzten stellt das BVerfG fest, dass sich die Tätigkeit von zugelassenem und nicht zugelassenem Arzt nicht voneinander unterscheiden lasse.²⁰⁸ Die Tätigkeit als Vertragsarzt soll danach lediglich eine Ausübungsform des Berufs des frei praktizierenden Arztes sein.²⁰⁹

B. Ergebnis

Trotz ihrer Zulassung zur Versorgung gesetzlich Versicherter und damit ihrer Eingliederung in das System der gesetzlichen Krankenversicherung üben Vertragsärzte weiterhin einen freien Beruf aus.²¹⁰

²⁰⁵ BVerfGE 11, 30 (41).

²⁰⁶ BVerfGE 11, 30 (41).

²⁰⁷ BVerfGE 11, 30 (41).

²⁰⁸ BVerfGE 11, 30 (41).

²⁰⁹ BVerfGE 11, 30 (41).

²¹⁰ *Taschke*, StV 2005, 406 (407); dies ist auch § 18 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG zu entnehmen.

6. Kapitel: Strafbarkeit niedergelassener Vertragsärzte beim Pharmamarketing gem. § 299 StGB

Wie bereits oben dargestellt,²¹¹ ist Schwerpunkt der vorliegenden Bearbeitung die Strafbarkeit niedergelassener Vertragsärzte wegen Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr gem. § 299 StGB.

Zunächst wird daher die rechtsgeschichtliche Entwicklung des § 299 StGB untersucht. Es wird aufgezeigt, welche Motive der Einführung des Tatbestands zugrunde lagen. Sodann wird aufbauend auf diesen Erkenntnissen das von § 299 StGB geschützte Rechtsgut anhand des aktuellen Meinungsstands in Literatur und Rechtsprechung näher bestimmt.

Anschließend wird untersucht, ob die fraglichen Handlungen von Vertragsärzten im Rahmen von Pharmamarketing vom Tatbestand des § 299 StGB umfasst sind. Dazu wird umfassend der Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung dargestellt und erläutert. Abschließend wird auf Grundlage der zuvor gewonnenen Ergebnisse zu den vertretenen Auffassungen Stellung genommen und eigenständig ein Ergebnis entwickelt.

A. Entstehungsgeschichte des Tatbestands

I. Entwicklung des Tatbestands zur Bekämpfung der Korruption im UWG

Der Ursprung des Straftatbestandes des § 299 StGB liegt im Wettbewerbsrecht. Bis 1997 war der Tatbestand in § 12 UWG geregelt.

²¹¹ Siehe oben S. 4 f.

Die erste Fassung des UWG aus dem Jahre 1896 enthielt keine Vorschrift zur Bekämpfung des Schmiergeldunwesens.²¹² Auch die Entwürfe zum Deutschen Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb im Jahr 1909 sahen eine solche Bestimmung zunächst nicht vor.²¹³ Es wurde teilweise sogar vertreten, die Bekämpfung von Unlauterkeiten im Geschäftsleben solle den bestehenden Rechtsbehelfen und der Selbsthilfe überlassen bleiben.²¹⁴

Dies versprach jedoch wenig Aussicht auf Erfolg, die damals gängigen korrumpierenden Geschäftspraktiken einzudämmen. Die Gewerbefreiheit Anfang des 20. Jahrhunderts brachte neue, oftmals aggressive Betriebsformen hervor, die ethischer und rechtlicher Grenzziehung bedurften.²¹⁵ Die Regelung von Maßnahmen gegen das Schmiergeldunwesen durch die Gesetzgeber der Vereinigten Staaten und England begünstigten im Rahmen der Neufassung des UWG die Einführung von § 12 UWG.²¹⁶ Dieser sollte missbräuchlichen Verhaltensweisen entgegenwirken und erzieherisch auf die Verkehrskreise einwirken.²¹⁷

Um eine Ausuferung des Tatbestandes zu vermeiden, wurde bei der Neufassung des UWG diskutiert, die Zuwendung von harmlosen Geschenken aus dem Anwendungsbereich des Tatbestandes auszuschließen.²¹⁸ Zu diesem Zweck wurde für die Fassung des Tatbestandes vorgeschlagen, auf die Pflichtwidrigkeit des Angestellten oder Beauftragten gegenüber seinem Geschäftsherrn abzustellen.²¹⁹

²¹² RGBI. 1896 Nr. 13, S. 145; *Wassermann*, GRUR 1931, 549.

²¹³ *Wassermann*, GRUR 1931, 549 (549 f).

²¹⁴ *Wassermann*, GRUR 1931, 549 (549 f).

²¹⁵ *Tiedemann*, FS Lampe, S. 761; *Wassermann*, GRUR 1931, 549 ff., der einige gängige Praktiken beschreibt.

²¹⁶ *Wassermann*, GRUR 1931, 549 (550) zu den Motiven der Reichstagskommission.

²¹⁷ RT-Drucks. 1909, Nr. 1390, S. 29; RGSt 63, 426, 428.

²¹⁸ RGSt 68, 291 (294); BGHSt 31, 207 (210); LK-*Tiedemann*, § 299 Entstehungsgeschichte; *Pfeiffer*, FS v. Gamm, S.129 f.

²¹⁹ RGSt 68, 291 (294); BGHSt 31, 207 (211); LK-*Tiedemann*, § 299 Entstehungsgeschichte; *Pfeiffer*, FS v. Gamm, S. 130.

In der Neufassung wurde jedoch letztlich - ähnlich dem im englischen Recht gebrauchten „corruptly“²²⁰ - nicht auf das *pfllichtwidrige* Verhalten des Täters gegenüber seinem Geschäftsherrn, sondern auf das *unlautere* Verhalten abgestellt.²²¹ Im Interesse der Allgemeinheit sollte das „Schmiergeldwesen in jeder Form“²²² bekämpft werden.

Die typischen, unerwünschten Folgen des Schmiergeldwesens liegen seit jeher vor allem in der Verfälschung des Wettbewerbs unter den Anbietern und mithin in der Manipulation der Auswahl des Vertragspartners.²²³ Diese soll sich grundsätzlich an der Leistungsfähigkeit und Preiswürdigkeit der Anbieter orientieren.²²⁴ Insoweit finden sich in den Gesetzgebungsmaterialien auch Hinweise auf das Leistungsprinzip, welches den Vergleich von Leistung und Gegenleistung vorsieht, ohne dass individuelle Interessen eines zwischengeschalteten Entscheidungsträgers diesen Vergleich beeinflussen.²²⁵

Durch das EGStGB vom 02.03.1974 wurde § 12 UWG schließlich stärker den Vorschriften der Amtsträgerkorruption im StGB angeglichen.²²⁶ Die Verfallerkklärung fiel als überflüssig fort.²²⁷ Auch die Subsidiaritätsklausel entfiel, wodurch der Gesetzgeber dem Tatbestand eine größere Bedeutung geben wollte als zuvor.²²⁸

²²⁰ Übersetzung: korrupt.

²²¹ RGSt 48, 291 (294); BGHSt 31, 207 (211); LK-*Tiedemann*, § 299 Entstehungsgeschichte; *Pfeiffer*, FS v. Gamm, S. 130.

²²² BGHSt 10, 358 (367); BGHSt 31, 207 (211); LK-*Tiedemann*, § 299 Entstehungsgeschichte; *Pfeiffer*, FS v. Gamm, S. 130.

²²³ BGHSt 31, 207 (212).

²²⁴ BGHSt 31, 207 (212).

²²⁵ RT Drucks. 1909 Nr. 1390, S. 8451; *Koepsel*, S. 100 f.

²²⁶ *Pfeiffer*, FS v. Gamm, S. 130.

²²⁷ *Pfeiffer*, FS v. Gamm, S. 130.

²²⁸ *Pfeiffer*, FS v. Gamm, S. 130.

II. Aufnahme in das StGB

Mit dem Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 13.08.1997²²⁹ wurde der bis dahin in § 12 UWG als „Angestelltenbestechlichkeit und -bestechung“²³⁰ oder schlicht als „Schmierer“ bekannte Straftatbestand in den neuen 26. Abschnitt des StGB als § 299 unter der Überschrift „Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr“ eingefügt.²³¹

Mit der Ausgliederung aus dem UWG und der Eingliederung des Tatbestandes in das „Kernstrafrecht“ sollte im Interesse einer größeren Generalprävention die Korruption auch im geschäftlichen Verkehr als Kriminalitätsform ins Bewusstsein der Bevölkerung gerückt werden.²³² Ferner sollte klargestellt werden, dass sie Ausdruck nicht nur eines wirtschaftlich missbilligten, sondern auch eines allgemein sozioethisch missbilligten Verhaltens ist.²³³ Der Schutz des Wettbewerbs, als wichtige Aufgabe des Staates, sollte mittels einer kernstrafrechtlichen Regelung durchgesetzt werden.²³⁴

Der Tatbestand des § 299 erfuhr mit seiner Aufnahme in das StGB einige Änderungen. In Anpassung an die §§ 331 ff. StGB sollte der Tatbestand künftig auch Forderungen und Gewährungen von Drittzuwendungen umfassen.²³⁵ Auf der Rechtsfolgenseite wurde das Höchstmaß von einem Jahr auf drei Jahre angehoben und für besonders schwere Fälle gem. § 300 StGB ein Regelstrafrahmen von drei Monaten bis zu fünf Jahren eingeführt.²³⁶ Zudem war nicht mehr nur eine Verfolgung auf Antrag, sondern gem. § 301 Abs. 1 StGB auch eine Verfolgung von Amts wegen bei

²²⁹ BGBl. I Nr. 53, 2038.

²³⁰ BT-Drucks. 13/6424, S.7.

²³¹ *Fischer*, Vor § 298 Rn 1; *MüKo-Diemer/Krick*, § 299 Rn 1; *Korte*, NJW 1997, 2556 (2557).

²³² BT-Drucks. 13/5584, S. 17; *MüKo-Diemer/Krick* § 299 Rn 1; *NK-Dannecker*, § 299 Rn 2.

²³³ BT-Drucks. 13/5584, S. 17; *MüKo-Diemer/Krick* § 299 Rn 1; *NK-Dannecker*, § 299 Rn 2.

²³⁴ *S/S-Heine*, Vorbem. §§ 298 ff. Rn 1.

²³⁵ *Fischer*, Vor § 298 Rn 1.

²³⁶ *MüKo-Diemer/Krick*, § 299 Rn 1; *Korte*, NJW 1997, 2556 (2557).

Vorliegen eines besonderen öffentlichen Interesses möglich. Gerade das Antragsersfordernis war in der Vergangenheit ein Hindernis für effektive Strafverfolgung gewesen, dessen Beseitigung schon seit längerem gefordert worden war.²³⁷

Ein weiterer Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes, welcher § 299 StGB dahingehend ändern sollte, dass der Begriff der „gewerblichen Leistung“ durch „Dienstleistungen“, der Begriff des „geschäftlichen Betriebs“ durch „Unternehmen“ ersetzt wird,²³⁸ hat sich mit Ablauf der 16. Legislaturperiode und dem Grundsatz der Diskontinuität erledigt.²³⁹

B. Rechtsgut des § 299 StGB

Die Ausführungen zur Entwicklung des Tatbestandes deuten bereits an, dass aus der Norm nicht klar ersichtlich ist, wer von ihr geschützt wird. In Frage kommt der Geschäftsherr, der Mitbewerber, die Allgemeinheit oder der Kunde. Ebenso wenig eindeutig ist, welches Rechtsgut von der Norm geschützt wird.

Zunächst wird daher das Rechtsgut der Norm näher bestimmt. Dies wird auch der sich anschließenden Lösung der Frage dienen, ob der Vertragsarzt zum Täterkreis des § 299 StGB zu zählen ist. Das ermittelte Rechtsgut soll diesbezüglich als Mittel zur Auslegung des Tatbestands herangezogen werden.

Dieser Untersuchung liegt der Grundsatz zugrunde, dass das Strafrecht dem Rechtsgüterschutz dient.²⁴⁰ In der Literatur ist anerkannt, dass das Strafrecht

²³⁷ GK-Otto, § 12 Rn 3.

²³⁸ BT-Drucks. 548/07; NK-Dannecker, § 299 Rn 102 f.

²³⁹ Basisinformation über den Vorgang BT-Drucks. 548/07 auf www.dipbt.bundestag.de unter ID:16-9470, zuletzt besucht am 16.02.2012.

²⁴⁰ Abweichend das BVerfG mit Beschluss vom 26. Februar 2008, BVerfGE 120, 224 (241). Das BVerfG hatte hier über die Verfassungsmäßigkeit von § 173 Abs. 2 S. 2 StGB zu entscheiden, welcher den Beischlaf zwischen leiblichen Geschwistern regelt. Zunächst bezieht es sich hierbei in BVerfGE 120, 224 (239 f) auf den Grundsatz

die Aufgabe hat, Rechtsgüter als elementare Werte des Gemeinschaftslebens zu schützen.²⁴¹

Umstritten ist dabei zunächst, welche Methode sich zur Bestimmung des Rechtsguts eignet. Es werden daher die wesentlichen Konzepte zur Bestimmung des Rechtsguts vorgestellt und ausgewertet. Sodann wird anhand der in Literatur und Rechtsprechung zum Rechtsgut des § 299 StGB vertretenen Ansichten ein eigenes Ergebnis entwickelt.

Teil dieser Arbeit wird es hingegen nicht sein, einen Beitrag zu Begriff und Funktion des Rechtsguts zu leisten. Diese Problematik lässt sich angesichts der weitreichenden rechtshistorischen, rechtssoziologischen und rechtsphilosophischen Ansätze nicht im Rahmen der vorliegenden Bearbeitung darstellen.

I. Rechtsgutskonzepte

Im Wesentlichen gibt es zwei Rechtsgutskonzepte, welche durch neuere Entwicklungen in der strafrechtlichen Dogmatik um einzelne Ansätze erweitert wurden. Die nachfolgende Darstellung befasst sich mit dem

des Strafrechts als ultima ratio. Dann erklärt es jedoch in BVerfGE 120, 224 (241): „Strafnormen unterliegen von Verfassungs wegen keinen darüber hinausgehenden, strengeren Anforderungen hinsichtlich der mit ihnen verfolgten Zwecke. Insbesondere lassen sich solche nicht aus der strafrechtlichen Rechtsgutslehre ableiten“. Ein abweichendes Votum erging insoweit von *Hassemer* ab BVerfGE 120, 224 (255). Ihm zufolge müsste laut BVerfGE 120, 224 (256) des Beschlusses eine Strafnorm nicht nur ein legitimes Ziel der Allgemeinheit verfolgen, das Grund und Rechtfertigung für die strafgesetzliche Einschränkung bürgerlicher Freiheit sei. Es müsste sich zudem um einen wichtigen Belang, um einen elementaren Wert des Zusammenlebens handeln. Auch in der Literatur wird trotz des Beschlusses des BVerfG an der Rechtsgutslehre festgehalten. So erklärt *Roxin*, StV 9/2009, 544 (545), dass die Entscheidung des BVerfG widersprüchlich ist, wenn sie die Rechtsgutslehre verwerfen wolle, sich aber dann mit Rechtsgütern auseinandersetze. Zudem hänge die Verfassungsmäßigkeit einer Strafnorm nicht allein davon ab, ob sie für das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sei. Vielmehr bedürfe auch das Ziel an sich einer strafrechtlichen Legitimation, welche im Schutz eines Rechtsguts bestünde *Roxin*, StV 9/2009, 544 (549).

²⁴¹ BVerfGE 45, 187 (253); *Jescheck/Weigend*, AT § 1 III 1; *Maurach/Zipf*, AT I, § 7 Rn 4; *Lackner/Kühl*, Vor § 13 Rn 4; *Roxin*, AT I, § 2 Rn 1; *Roxin*, StV 9/2009, 544 (545). Abweichend BVerfGE 120, 224 (241 f).

systemimmanenten²⁴² und dem systemtranszendenten²⁴³ Rechtsgutskonzept sowie dem monistischen²⁴⁴ und dem dualistischen Rechtsgutskonzept. Zudem wird ein Konzept untersucht, welches einige Ansatzpunkte der übrigen Konzepte miteinander kombiniert.

1. Systemimmanentes Rechtsgutskonzept

Das systemimmanente Rechtsgutskonzept bestimmt das Rechtsgut nach dem positiven Recht der vom Gesetzgeber geschaffenen, geltenden Strafnormen.²⁴⁵ Das Rechtsgut ist mithin Produkt der Rechtsordnung.²⁴⁶ Funktion des Rechtsguts ist nach diesem Konzept die Auslegung von Strafnormen.²⁴⁷

Kritisiert wird an diesem Verständnis, dass das Rechtsgut auf die Funktion der Auslegungshilfe beschränkt werde.²⁴⁸ Insbesondere soll das systemimmanente Verständnis dem Rechtsgut jede „kritische Potenz“ absprechen.²⁴⁹ Eine systemkritische Überprüfung der Strafnorm sei nicht möglich und der Gesetzgeber könne auf das Rechtsgut bei seinen Überlegungen zur Strafgesetzgebung nicht zurückgreifen.²⁵⁰ Auch sei die Gefahr eines Zirkelschlusses insbesondere in den Fällen begründet, in denen das Rechtsgut noch bestimmt werden müsse.²⁵¹

²⁴² Oder teleologischer, methodischer oder hermeneutischer Ansatz.

²⁴³ Oder liberaler, kriminalpolitischer, systemkritischer, substanzialer oder materieller Ansatz.

²⁴⁴ Unterschieden wird hier zwischen dem personalen oder individuellen Ansatz und dem überindividuellen Ansatz.

²⁴⁵ *Stächel*, Strafgesetzgebung, S. 32 f.

²⁴⁶ *Stächel*, Strafgesetzgebung, S. 32 f.

²⁴⁷ *S/S-Lenckner/Eisele*, Vorbem. §§ 13 ff. Rn 9a; *Roxin*, AT I, § 2 Rn 5.

²⁴⁸ *Roxin*, AT I, § 2 Rn. 5; *Pragal*, Korruption, S. 95.

²⁴⁹ *Stächel*, Strafgesetzgebung, S. 34.

²⁵⁰ *Stächel*, Strafgesetzgebung, S. 33; *Pragal*, Korruption, S. 95.

²⁵¹ *LK-Walter*, Vor § 13 Rn 12; *S/S-Leckner/Eisele*, Vorbem. §§ 13 ff.

2. Systemtranszendentes Rechtsgutskonzept

Im Unterschied zu diesem systemimmanenten Verständnis des Rechtsguts soll dem Rechtsgut nach anderer Ansicht gerade eine systemkritische Funktion zukommen.²⁵² Das systemtranszendente Rechtsgutskonzept greift dazu auf die dem positiven Strafrecht vorgelagerten materiellen Kriterien zurück, um ein Rechtsgut zu bestimmen.²⁵³ Da der Strafzweck nur im Schutz menschlicher Lebensinteressen begründet sei, müsse der Rechtsordnung bereits vorgegeben sein, was ein Rechtsgut ist, dieses könne nicht seinerseits Produkt der Rechtsordnung sein.²⁵⁴

Das systemtranszendente Rechtsgutskonzept ist mithin von kriminalpolitischem Interesse.²⁵⁵ Durch seine vorpositive Orientierung soll es dem Strafgesetzgeber einen Maßstab zur Überprüfung der Legitimität bestehender und Handlungsanweisungen für noch zu regelnde Tatbestände geben.²⁵⁶

Kritisch betrachtet wird dieses Rechtsgutskonzept im Hinblick auf seine Funktion. Auch wenn es als kritischer Maßstab dem Gesetzgeber nützlich sein mag, wird diesem Konzept ein Nutzen für die Auslegung von bestehenden Tatbeständen abgesprochen.²⁵⁷ Aufgrund seines vorpositiven Bezugs besitzt es nahezu keine Aussagekraft über die auszulegende positive Norm.²⁵⁸

²⁵² *Pragal*, Korruption, S. 95.

²⁵³ *Rudolphi*, FS Honig, S. 155.

²⁵⁴ *Rudolphi*, FS Honig, S. 155.

²⁵⁵ *Stächelin*, Strafgesetzgebung, S. 33; *Roxin*, AT I, § 2 Rn 12.

²⁵⁶ *Pragal*, Korruption, S. 96.

²⁵⁷ *Wollschläger*, Täterkreis, S. 6.

²⁵⁸ *Rudolphi*, FS Honig, S. 158; *Wollschläger*, Täterkreis, S. 6; a.A. *Pragal*, Korruption, S. 104.

3. Neuere Entwicklungen der Rechtsgutslehre

Neben diesen beiden grundlegenden Rechtsgutskonzepten sind weitere Konzepte entwickelt worden. Das monistische sowie das dualistische Rechtsgutskonzept begründen eine systemkritische Funktion des Rechtsguts, indem sie sich mit dem Träger des Rechtsguts auseinandersetzen.

a) Monistisches Rechtsgutskonzept

Dem monistischen Rechtsgutskonzept folgend ist Träger des Rechtsguts entweder stets der Staat (etatischer Ansatz) oder Träger des Rechtsguts ist stets nur der einzelne Staatsbürger (personaler Ansatz).

Für die Vertreter des etatischen Ansatzes ist der Schutz des Staates alleiniger Zweck des Strafrechts, während für die Vertreter des personalen Ansatzes alleiniger Zweck der Schutz des Einzelnen ist.²⁵⁹

So wird dann auch das Rechtsgut entweder vom Staat her konzipiert und Individualrechtsgüter aus dieser Staatsfunktion abgeleitet²⁶⁰ oder es wird das Rechtsgut vom Individuum her konzipiert und Universalrechtsgüter sind danach dann legitim, wenn sie letztlich der Entfaltung des Individuums dienen.²⁶¹

Der monistisch-personale Ansatz muss sich entgegenhalten lassen, dass es auch Rechtsgüter gibt und geben muss, die ohne die Ableitung vom Individuum schutzwürdig sind.²⁶² Der monistisch-etatische Ansatz lässt hingegen höchstpersönliche Rechtsgüter als vom Staat abgeleitete Rechtsgüter erscheinen.²⁶³

²⁵⁹ Hassemer, Theorie, S. 70.

²⁶⁰ Maurach/Zipf, AT I, § 19 Rn 8.

²⁶¹ NK-Hassemer/Neumann, Vor § 1 Rn 128; Roxin, AT I, § 2 Rn 10.

²⁶² Stächelín, Strafgesetzgebung, S. 71 ff. mit weiteren Kritikpunkten.

²⁶³ Pragal, Korruption, S. 97, der sich jedoch für einen monistischen Ansatz entscheidet.

b) Dualistisches Rechtsgutskonzept

Das dualistische Rechtsgutskonzept geht von einem Nebeneinander von individuellen und kollektiven Rechtsgütern aus.²⁶⁴ Träger der Rechtsgüter ist entweder der einzelne Bürger oder die Allgemeinheit bzw. der Staat.²⁶⁵

Der heutige Staat und die heutige Gesellschaft seien so beschaffen, dass der einzelne Bürger nicht nur durch seine individuelle Freiheitssphäre, sondern auch durch das Funktionieren der gesellschaftlichen und staatlichen Versorgungssysteme bestimmt sei.²⁶⁶ Die Interessen des Einzelnen könnten heute oftmals nur durch staatliche Institutionen vermittelt zur Entfaltung gelangen.²⁶⁷ Die dualistische Rechtsgutskonzeption geht davon aus, dass kein Anlass für kollektive Rechtsgüter gegeben ist, solange einem Tatbestand unmittelbar ein individuelles Rechtsgut zugrunde zu legen ist.²⁶⁸

Am dualistischen Rechtsgutskonzept wird kritisiert, dass es die Funktion des Universalrechtsguts verkenne, welche darin liege, dem Einzelnen zu dienen.²⁶⁹

c) Kombinatorischer Ansatz²⁷⁰

Ein weiteres Rechtsgutskonzept vereint den systemimmanenten Rechtsgutsbegriff mit dem systemkritischen Rechtsgutsbegriff.²⁷¹ Dieses baut auf der Kritik am systemimmanenten Rechtsgutskonzept als inhaltsleerem und formalem Begriff auf.²⁷² Es bezieht die Kritik am systemkritischen Rechtsgutskonzept als zwar materiellem, aber doch

²⁶⁴ *Maurach/Zipf*, AT I, § 19 Rn 10; *Hefermehl*, Kollektive Rechtsgüter, S. 75.

²⁶⁵ *Jescheck/Weigend*, AT, § 26 I 3 c); *Maurach/Zipf*, AT I, § 19 Rn 10.

²⁶⁶ *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, S. 77.

²⁶⁷ *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, S. 78 f.

²⁶⁸ *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, S. 82 f.

²⁶⁹ *Pragal*, Korruption, S. 105.

²⁷⁰ Begründet von *Rudolphi*, FS Honig, S. 151 ff.; so bezeichnet von *Wollschläger*, Täterkreis, S. 6.

²⁷¹ *Rudolphi*, FS Honig, S. 151 ff.

²⁷² *Rudolphi*, FS Honig, S. 158.

vorpositivem und rechtspolitischem Begriff ein. Im Ergebnis orientiert sich dieses Rechtsgutsverständnis an der Verfassung und dem durch den Gesetzgeber geschaffenen Tatbestand.²⁷³

Der Gesetzgeber entscheidet, welches Gut er zum Rechtsgut erhebt.²⁷⁴ Die von der Verfassung vorgegebenen Wertentscheidungen geben dem Gesetzgeber dabei einen verbindlichen Maßstab für die Schaffung neuer Straftatbestände und dienen auch als Richtschnur für die Auslegung.²⁷⁵ Das Rechtsgut ergibt sich mithin aus dem vorstrafrechtlichen Wertesystem, erhält seine Konturen jedoch durch den vom Gesetzgeber geschaffenen Tatbestand.²⁷⁶ Zu einem strafrechtlichen Schutzgut dürfen alle diejenigen sozialen Gegebenheiten erhoben werden, welche für das sich im Rahmen der Verfassung bewegende Gesellschaftsleben notwendig sind.²⁷⁷

Kritisch betrachtet wird dieser Ansatz im Hinblick darauf, dass bislang nicht abschließend geklärt ist, ob es sich bei Rechtsgütern auch um immaterielle, geistige oder ideelle Werte handeln darf.²⁷⁸

4. Stellungnahme

Die vorliegende Bearbeitung soll sich bei der Bestimmung des Rechtsguts an dem zuletzt geschilderten kombinatorischen Rechtsgutskonzept orientieren. Maßgeblich ist der Vorteil, die positive Struktur des Tatbestands zu nutzen, ohne dabei auf kritische Bewertungen verzichten zu müssen.

Eine kriminalpolitische Betrachtungsweise des Rechtsguts, welche der Weiterentwicklung der Norm dienlich wäre, ist vorliegend nicht Gegenstand der Arbeit. Ziel der Untersuchung ist vorliegend nicht, die Legitimität der

²⁷³ *Rudolphi*, FS Honig, S. 158.

²⁷⁴ *SK-Rudolphi*, Vor § 1 Rn 5.

²⁷⁵ *Rudolphi*, FS Honig, S. 158 f.

²⁷⁶ *Wollschläger*, Täterkreis, S. 6.

²⁷⁷ *SK-Rudolphi*, Vor § 1 Rn 5.

²⁷⁸ *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, S. 5 ff.; *Pragal*, Korruption, S. 96.

Vorschrift zu überprüfen oder diese weiterzuentwickeln. Vielmehr soll ein aktuelles Rechtsproblem in den Kontext der Norm eingeordnet werden. Es bedarf mithin vornehmlich einer Auslegung der Norm. Von einer rein systemtranszendenten Bestimmung des Rechtsguts kann daher abgesehen werden, da ihr Nutzen für die Auslegung ohnehin als gering bewertet wird.

Auch eine rein systemimmanente Betrachtung ist abzulehnen. Die Gefahr eines Zirkelschlusses soll vermieden werden. Es soll nicht allein der Tatbestand Kriterium der Auslegung sein, dessen Rechtsgut ermittelt werden soll, sondern es soll auch auf außerhalb des Tatbestandes gelegene Wertungen zurückgegriffen werden.²⁷⁹

Auch auf die kritischen Ansätze der monistisch-personalen und der dualistischen Rechtsgutskonzeption soll zurückgegriffen werden. Zwar unterscheiden sich diese beiden Rechtsgutskonzepte hinsichtlich ihres Systems und ihrer Methode,²⁸⁰ sie setzen sich jedoch beide mit dem Verständnis von Individual- und Universalrechtsgütern auseinander. Wie noch aufzuzeigen sein wird, leisten beide Ansätze daher im Hinblick auf die zahlreichen möglichen Rechtsgüter des § 299 StGB einen Beitrag bei der Bewertung der individuellen und kollektiven Rechtsgüter im Rahmen des § 299 StGB.

II. Überblick über den Meinungsstand

Zur weiteren Bestimmung des Rechtsguts des § 299 StGB wird zunächst dargestellt, welche Rechtsgüter im Rahmen des Tatbestands vertreten werden. Die Meinungen sind diesbezüglich zahlreich und umfassen den Wettbewerb, den Geschäftsherrn, die konkurrierenden Mitbewerber, die Kunden sowie die Beziehung des Angestellten bzw. Beauftragten zum Geschäftsherrn.

²⁷⁹ Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter, S. 25.

²⁸⁰ NK-Hassemer/Dannecker, Vor § 1 Rn 129.

1. Gesetzgeber

Der Gesetzgeber hat das Rechtsgut des § 12 UWG bzw. des § 299 StGB nicht ausdrücklich benannt. Wie bereits oben dargestellt wurde,²⁸¹ wollte der Gesetzgeber des Deutschen Reiches mit der Einführung des § 12 UWG das „Schmiergeldunwesen“ bekämpfen.²⁸² Mit der Übernahme des Tatbestandes in das StGB bezweckte sodann der Gesetzgeber des Bundes keine inhaltliche Änderung, vielmehr sollte das Bewusstsein der Bevölkerung für korrumpierende Verhaltensweisen geschärft werden, welche nicht nur die Wirtschaft schädigten, sondern auch allgemein sozialetisch zu missbilligen seien.²⁸³

2. Rechtsprechung

Auch haben weder das Reichsgericht noch der Bundesgerichtshof zunächst explizit zum Rechtsgut des § 299 StGB Stellung genommen.

Das Reichsgericht definierte als grundlegendes Ziel des § 12 UWG, die Beseitigung des „Schmiergeldunwesen[s] in jeder Form“²⁸⁴ sowie den Schutz des „Interesse[s] an der Lauterkeit des geschäftlichen Verkehrs“²⁸⁵. Die davon umfassten Träger des Schutzgutes wurden durch mehrere Entscheidungen des Reichsgerichts hingegen genauer benannt. So soll § 12 UWG „die Mitbewerber gegen eine bestimmte Form des unlauteren Wettbewerbs schützen“²⁸⁶. Darüber hinaus soll auch der Geschäftsherr des bestechlichen Angestellten geschützt werden.²⁸⁷

²⁸¹ Siehe oben S. 44.

²⁸² RT-Drucks. 1909, 1390, S. 8540.

²⁸³ BT-Drucks. 13/5584, S. 15.

²⁸⁴ RGSt 48, 291 (294).

²⁸⁵ RGSt 49, 199 (201).

²⁸⁶ RGSt 47, 183 (185).

²⁸⁷ RGSt 50, 118; *Pragal*, Korruption, S. 108.

Schon früh stellte der BGH sodann klar, dass auch die „Gleichheit der Aussichten der Wettbewerber“²⁸⁸ von § 12 UWG geschützt werden. Vorrangig seien die Mitbewerber und mittelbar die Allgemeinheit vor einer mit der Bestechung einhergehenden Verschlechterung und Verteuerung der Waren geschützt.²⁸⁹ Nachdem er zunächst den Geschäftsherrn nicht als Träger des Rechtsguts des § 12 UWG angesehen hatte, bezog der BGH den Geschäftsherrn schließlich in den Schutzbereich des § 12 UWG mit ein.²⁹⁰

In jüngerer Rechtsprechung hat der BGH das Schutzgut des § 299 StGB schließlich als die „strafwürdige Störung des Wettbewerbs sowie die abstrakte Gefahr sachwidriger Entscheidungen“²⁹¹ definiert.

3. Literatur

In der Literatur werden unterschiedliche Ausprägungen des Rechtsguts des § 299 StGB diskutiert.

a) Der lautere, faire und freie Wettbewerb

Ganz überwiegend wird vertreten, dass der lautere oder auch der faire und freie Wettbewerb als Rechtsgut der Allgemeinheit von § 299 StGB geschützt sei.²⁹²

Zumeist wird jedoch der Wettbewerb nicht als das einzige von § 299 StGB geschützte Rechtsgut anerkannt. Er werden ihm zahlreiche entweder ebenfalls unmittelbar oder mittelbar geschützte Rechtsgüter zur Seite gestellt.

²⁸⁸ BGHSt 2, 397 (402).

²⁸⁹ BGH NJW 1968, 1572 (1574).

²⁹⁰ BGHSt 31, 208 (211 f); *Pragal*, Korruption, S. 108.

²⁹¹ BGH NJW 2006, 3290 (3298).

²⁹² S/S-*Eser*, § 299 Rn 2; *Fischer*, § 299 StGB Rn 2; *Lackner/Kühl*, § 299 Rn 1 beziehen sich dabei auf das Allgemeininteresse am freien, lautereren Wettbewerb; *LK-Tiedemann*, § 299 Rn 5, bezieht sich in Abgrenzung zum Wettbewerb als Schutzgut des § 298 StGB auf die Lauterkeit des Wettbewerbs als Schutzgut des § 299 StGB.

Nur *Otto* erkennt ohne weitere Bestimmung als das geschützte Rechtsgut des § 299 StGB den „Wettbewerb als Institution“²⁹³ an.

b) Das Vermögen

Arzt/Weber sind der Ansicht, dass letztlich das primäre Schutzgut des § 299 StGB das Vermögen sei.²⁹⁴ Für sich genommen, stelle der Wettbewerb lediglich einen konstruierten Vorfeldschutz dar, hinter dem sich nichts verberge, was genauer benannt werden könne.²⁹⁵ Der faire Wettbewerb stelle einen „vorverlagerten Schutz“²⁹⁶ des Vermögens dar.

c) Die Interessen der Mitbewerber

In weiten Teilen der Literatur besteht Einigkeit darüber, dass gleichrangig neben dem Wettbewerb die Mitbewerber in ihrer Chancengleichheit und ihrem Vermögensinteresse von § 299 StGB geschützt sind.²⁹⁷ Dabei seien die Mitbewerber davor geschützt, dass sich der Vorteilsgeber einen Vorsprung verschaffen will.²⁹⁸

d) Die Interessen des Geschäftsherrn

Ebenfalls nachrangig sollen auch die Vermögensinteressen des Geschäftsherrn vom Schutz des § 299 StGB umfasst sein.²⁹⁹ Bejaht man damit den Schutz des Geschäftsherrn vor pflichtwidrigem Verhalten seiner

²⁹³ GK/*Otto*, § 12 Rn 5.

²⁹⁴ *Arzt/Weber*, Strafrecht BT, § 49 Rn 52.

²⁹⁵ *Arzt/Weber*, Strafrecht BT, § 49 Rn 52.

²⁹⁶ *Arzt/Weber*, Strafrecht BT, § 49 Rn 52.

²⁹⁷ *Lackner/Kühl*, § 299 Rn 1; *LK-Tiedemann*, § 299 Rn 1; *MüKo-Diemer/Krick*, § 299 Rn 2; *SK-Rudolphi*, § 299 Rn 1; *S/S-Heine*, § 299 Rn 2.

²⁹⁸ *Lackner/Kühl*, § 299 Rn 1.

²⁹⁹ *LK-Tiedemann*, § 299 Rn 2; *Fischer*, § 299 Rn 2; *S/S-Heine*, § 299 Rn 2.

Angestellten und Beauftragten, so erscheint die Tathandlung des § 299 StGB als Treuepflichtverletzung.³⁰⁰

e) Die Interessen der Kunden

Die Kunden sollen vor Verteuerung und Verschlechterung der Waren geschützt werden.³⁰¹ Letztlich soll damit die Allgemeinheit Schutz vor der Verteuerung von Waren erfahren.³⁰²

f) Das Vermögen der Mitbewerber

Maurach/Schroeder/Maiwald lehnen den „Wettbewerb als Institution“ als von § 299 StGB geschütztes Rechtsgut ab.³⁰³ Da § 299 StGB dem Schutz der Mitbewerber vor einem unzulässigen Vorsprung des Bestochenen diene, sei alleiniges Rechtsgut dieser Norm vielmehr das Vermögen der Mitbewerber.³⁰⁴ § 299 StGB sei daher ein abstraktes Vermögensschutzdelikt, ein konkreter Vermögensschaden müsse nicht vorliegen.³⁰⁵

g) Die Rechtsinstitute zur Übertragung von Aufgaben im wirtschaftlichen Bereich

Jacques ist der Ansicht, dass das Rechtsgut der Bestechungsdelikte die Rechtsinstitute zur Übertragung von Aufgaben im wirtschaftlichen Bereich seien.³⁰⁶ Das Bestechungsverbot diene dem Schutz des einzelnen Schuldverhältnisses zwischen dem Geschäftsherrn und dem Angestellten

³⁰⁰ MüKo-Diemer/Krick, § 299 Rn 2; NK-Dannecker, § 299 Rn 6; Fischer, § 299 Rn 2.

³⁰¹ LK-Tiedemann, § 299 Rn 4; Pfeiffer, FS v. Gamm, S. 131.

³⁰² Lackner/Kühl, § 299 Rn 1.

³⁰³ *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT II, § 68 I Rn 2.

³⁰⁴ *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT II, § 68 I Rn 2.

³⁰⁵ *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT II, § 68 I Rn 2.

³⁰⁶ *Jacques*, Bestechungstatbestände, S. 116; seine Untersuchung bezieht sich auf den Straftatbestand des § 12 UWG.

oder Beauftragten.³⁰⁷ Er versteht die Bestechung „als eine Art der Verletzung schuldrechtlicher Pflichten“³⁰⁸.

Die heutigen Wirtschaftsbeziehungen würden es erfordern, dass der Schutz der wirtschaftlichen Tätigkeit auch die Delegation von Aufgaben und Entscheidungsbefugnissen umfasse, mithin die Loyalität des Angestellten oder Beauftragten gewährleistet werde.³⁰⁹

Der in § 266 StGB gewährleistete Schutz des Vermögens stelle eine speziellere Form des Treubruchs dar, es bedürfe mithin auch in den Fällen, in denen keine Vermögensbetreuungspflicht vorliege oder keine Möglichkeit, über das Vermögen zu verfügen, zugrunde liege, eines strafrechtlichen Schutzes.³¹⁰

Die Lauterkeit des Wettbewerbs lehnt *Jacques* als Rechtsgut des § 12 UWG hingegen ab, da diese lediglich ein „Sammelbecken“ der dahinterstehenden Interessen sei.³¹¹ Der dahinterstehende Normappell sei für den Täter nicht erkennbar.³¹²

h) Die Nichtkäuflichkeit übertragener bzw. sonst besonders fremdverantwortlicher Entscheidungen

Pragal bestimmt das Rechtsgut des § 299 StGB neu und gelangt zu dem Ergebnis, das Rechtsgut sei die „Nichtkäuflichkeit übertragener oder sonst besonders fremdverantwortlicher Entscheidungen sowie das diesbezügliche Vertrauen der Allgemeinheit“³¹³.

³⁰⁷ *Jacques*, Bestechungstatbestände, S. 115.

³⁰⁸ *Jacques*, Bestechungstatbestände, S. 114.

³⁰⁹ *Jacques*, Bestechungstatbestände, S. 112 f.

³¹⁰ *Jacques*, Bestechungstatbestände, S. 113.

³¹¹ *Jacques*, Bestechungstatbestände, S. 104.

³¹² *Jacques*, Bestechungstatbestände, S. 104.

³¹³ *Pragal*, Korruption, S. 146.

Pragal wählt für die Bestimmung des Rechtsguts einen systemtranszendenten Ansatz. Er definiert den Begriff der Korruption als regelwidrigen bzw. illegalen „Tausch einer Entscheidung gegen einen Vorteil“³¹⁴. Als regelwidrige Entscheidungen benennt er solche im Rahmen einer Beziehung zwischen Geschäftsherrn und Angestelltem und solche außerhalb vertraglicher Beziehungen, bei denen die Person besonderes Vertrauen in ihren Sachverstand in Anspruch nimmt.³¹⁵

Das von *Pragal* ermittelte Rechtsgut soll sich aus der „Nichtkäuflichkeit“ der genannten Entscheidungen und dem „Vertrauen“ darauf zusammensetzen.³¹⁶

Den lautereren Wettbewerb als Schutzgut des § 299 StGB schließt *Pragal* aus, da er den Wettbewerb lediglich als den „Lebensbereich“ begreift, innerhalb dessen Verletzungen des Rechtsguts pönalisiert werden.³¹⁷

Er erkennt aber an, dass der Normappell, entgegen den Ausführungen von *Jacques*, beim Täter ankomme, da der Tatbestand des § 299 StGB das missbilligte Verhalten hinreichend beschreibe.³¹⁸

i) Das Leistungsprinzip als Entscheidungsmaßstab für Bevorzugungen im wirtschaftlichen Wettbewerb

Koepsel benennt als Rechtsgut des § 299 StGB das „Leistungsprinzip als Entscheidungsmaßstab für Bevorzugungen im Wettbewerb“.³¹⁹ Das Leistungsprinzip beschreibe den üblichen, wettbewerbsgerechten Maßstab für die Entscheidung über eine Bevorzugung von Wettbewerbern.³²⁰

³¹⁴ *Pragal*, Korruption, S. 146.

³¹⁵ *Pragal*, Korruption, S. 145 f.

³¹⁶ *Pragal*, Korruption, S. 156 f.

³¹⁷ *Pragal*, Korruption, S. 134.

³¹⁸ *Pragal*, Korruption, S. 128.

³¹⁹ *Koepsel*, Bestechlichkeit, S. 105.

³²⁰ *Koepsel*, Bestechlichkeit, S. 104.

Die Entscheidung über eine Leistung liege grundsätzlich bei dem nach der Leistung Fragenden, es sei somit stets eine subjektive Entscheidung.³²¹ Da diese aber nicht stets auf rationalen Erwägungen beruhe, könne dieser auch ein solches Angebot vorziehen, welches objektiv nicht vorzugswürdig sei.³²²

Unsachlich oder unlauter soll eine Entscheidung nur dann sein, wenn sie sich nicht an den Präferenzen des Nachfragenden orientiert, etwa weil er sie unter Zwang oder Druck trifft oder weil seine Informationsbasis verfälscht wurde.³²³

Unsachlich oder unlauter sei die Entscheidung auch, wenn das Leistungsprinzip umgangen bzw. beseitigt werde. Trete zwischen den Unternehmer und den Nachfragenden ein weiterer Entscheidungsträger und biete sich dadurch dem Wettbewerber die Möglichkeit, dem Entscheidungsträger einen Vorteil zukommen zu lassen, so werde der vom Nachfragenden üblicherweise vorzunehmende Leistungsvergleich umgangen, wenn dieser Vorteil nicht an den Nachfragenden weitergegeben werde.³²⁴ Das Leistungsprinzip sei in diesen Fällen verletzt bzw. beseitigt, da der dem Entscheidungsträger gewährte Vorteil kein Leistungsparameter sei, welcher dem Nachfragenden als Leistungsempfänger zukomme.³²⁵

Komme hingegen dem Nachfragenden selbst und nicht dem Entscheidungsträger ein Vorteil zu, so werde dieser Teil der Entscheidung des Nachfragenden und damit bleibe das Leistungsprinzip unberührt.³²⁶

³²¹ *Koepsel*, Bestechlichkeit, S. 104.

³²² *Baumbach/Hefermehl*¹⁹, UWG Einl Rn 98; *Koepsel*, Bestechlichkeit, S. 104.

³²³ *Koepsel*, Bestechlichkeit, S. 104.

³²⁴ *Koepsel*, Bestechlichkeit, S. 105.

³²⁵ *Koepsel*, Bestechlichkeit, S. 105.

³²⁶ *Koepsel*, Bestechlichkeit, S. 105.

4. Stellungnahme

Nachfolgend wird Stellung zum Rechtsgut des § 299 StGB genommen. Dieses Rechtsgut wird anschließend mithilfe des dargestellten Meinungsstandes einer kritischen Bewertung unterzogen.

a) Das Allgemeininteresse am lauterem Wettbewerb

Nach dem hier vertretenen Rechtsgutskonzept liegt ein vom Gesetzgeber schützenswertes Gut vor, wenn es Verhaltensweisen betrifft, welche „die Voraussetzungen für ein auf Freiheit und Verantwortlichkeit des einzelnen aufbauendes gedeihliches gesellschaftliches Leben“³²⁷ gefährden. Es muss sich dabei mithin um Verhaltensanforderungen handeln, deren Nichtbeachtung sozialschädliche Wirkungen haben.³²⁸

Allein diejenigen sozialen Gegebenheiten sind schützenswert, welche für das sich im Rahmen der Verfassung bewegende Gesellschaftsleben erforderlich sind, bloße Moralvorstellungen hingegen nicht.³²⁹ Der grundgesetzlich verankerte Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erfordert es mithin, Strafe nur dort zuzulassen, wo sie für die Gewährleistung des Rechtsfriedens unerlässlich ist.³³⁰

Viel diskutiertes Rechtsgut im Rahmen des § 299 StGB ist der Wettbewerb als Institution oder das Allgemeininteresse am lauterem Wettbewerb. Mit ihm müssen für das Gesellschaftsleben erforderliche, soziale Gegebenheiten verbunden sein, welche im Rahmen der Verfassung schützenswert sind. Maßgeblich ist, dass die geschützten Verhaltensweisen grundgesetzliche Wertentscheidungen betreffen und deren Angriff sozialschädlich und damit strafwürdig ist.³³¹

³²⁷ Rudolphi, FS-Honig, S. 161.

³²⁸ Rudolphi, FS-Honig, S. 162; SK-Rudolphi, Vor § 1 Rn 5.

³²⁹ SK-Rudolphi, Vor § 1 Rn 5.

³³⁰ Otto, Grundkurs Strafrecht, § 1 Rn 48 f.

³³¹ Rudolphi, FS Honig, S. 161; Wollschläger, Täterkreis, S. 22.

Das Grundgesetz ist zwar wirtschaftspolitisch neutral konzipiert,³³² der lautere Wettbewerb wird aber als Grundprinzip der deutschen Wirtschaftsordnung anerkannt und ist unabdingbar für die ökonomische Leistungsfähigkeit sowie die Freiheitssicherung.³³³ So kann unlauterer Wettbewerb bspw. bei Verletzung der Berufsausübungsfreiheit untersagt werden.³³⁴

Unlautere Verhaltensweisen können zu bedeutenden Störungen führen. Indem sie den Wettbewerb verzerren, verfälschen oder anderweitig stören, kommt es zu Preiserhöhungen, zu Abstrichen bei der Qualität der Ware und zu einer Beeinträchtigung der Wirtschaftsmoral.³³⁵ Es besteht daher ein begründetes Interesse der Allgemeinheit am lauterem Wettbewerb.

Die Sozialschädlichkeit wettbewerbsbeeinträchtigender Verhaltensweisen kann nicht negiert werden, da die Störungen des Wettbewerbs auch keine bloßen Moralwidrigkeiten darstellen. Der Wettbewerb sowie das Allgemeininteresse daran können somit generell als vom Gesetzgeber schützenswertes Gut anerkannt werden.

Der Schutz des Wettbewerbs als Institution wird hingegen von der überwiegenden Ansicht in der Literatur zutreffend abgelehnt. Im Vordergrund des Schutzes des § 299 StGB steht bereits aus systematischen Erwägungen vielmehr die Lauterkeit des Wettbewerbs. Der Wettbewerb als Institution ist vorrangig das Schutzgut des § 298 StGB, während § 299 StGB vielmehr die Lauterkeit des Wettbewerbs betrifft.³³⁶ Systematisch lässt sich insoweit auch die Überschrift „Straftaten gegen den Wettbewerb“ des 26. Abschnitts des StGB heranziehen, in welchem § 299 StGB steht. Auch in

³³² BVerfGE 4, 7 (17); BVerfGE 7, 377 (400); vgl. auch *Wollschläger*, Täterkreis, S. 22.

³³³ *Otto*, Grundkurs Strafrecht, § 1 Rn 48; *Wollschläger*, Täterkreis, S. 22.

³³⁴ *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf*, Art. 12 Rn 84.

³³⁵ *Baumbach/Hefermehl*¹⁹, § 12 Rn 1 ff.

³³⁶ *NK-Dannecker*, § 299 Rn 4; *LK-Tiedemann*, Vor § 298 Rn 2.

anderen Abschnitten im StGB, wie bspw. dem 16.-18. Abschnitt, bezeichnet die Überschrift das betreffende Rechtsgut.³³⁷

b) Wahl des Gesetzgebers

Maßgeblich für die Bestimmung eines Rechtsguts ist darüber hinaus der vom Gesetzgeber tatsächlich geschaffene Tatbestand und seine diesbezüglichen Erwägungen. Nach dem hier vertretenen Rechtsgutskonzept ist das Werturteil der positiven Rechtsordnung konstitutiv für das Rechtsgut.³³⁸

Auch wenn der Gesetzgeber das Rechtsgut des § 12 UWG nicht ausdrücklich benannt hat, so war es sein Ziel, mit der Vorschrift das Schmiergeldunwesen zu bekämpfen.³³⁹ In diesem Zusammenhang wird in der Gesetzesbegründung und im Schrifttum zu § 12 UWG auf das Leistungsprinzip hingewiesen.³⁴⁰ Dieses will verhindern, dass der Wettbewerb durch eigennützige Erwägungen des Vorteilsempfängers und nicht durch den angestrebten Vergleich von Leistung und Gegenleistung verzerrt wird.³⁴¹ Der lautere Wettbewerb ist somit maßgeblicher Bestandteil des Rechtsguts.

Auch die Eingliederung des § 12 in das UWG lässt insbesondere im Hinblick auf § 1 UWG darauf schließen, dass der Gesetzgeber den lautereren Wettbewerb als Schutzgut zugrundelegte.³⁴² Zwecksetzung des UWG war es, Handlungen im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs zu sanktionieren.

Auch die Übernahme des § 12 UWG in den 26. Abschnitt des StGB „Straftaten gegen den Wettbewerb“ lässt darauf schließen, dass der

³³⁷ *Koepsel*, Bestechlichkeit, S. 92.

³³⁸ *SK-Rudolphi*, Vor § 1 Rn 4.

³³⁹ RT-Drucks. 1390/1909, S. 29.

³⁴⁰ *Koepsel*, Bestechlichkeit S. 101.

³⁴¹ *Baumbach/Hefermehl*¹⁹, § 12 UWG, Rn 3.

³⁴² *Wollschläger*, Täterkreis, S. 13.

Wettbewerb Rechtsgut des § 12 UWG sein sollte.³⁴³ Zudem bezweckte der Gesetzgeber des Bundes mit der Übernahme ins StGB keine Änderungen.

Darüber hinaus beabsichtigte der Bundesgesetzgeber schließlich mit der Übernahme ins StGB, das Bewusstsein dafür zu schärfen, dass Korruption im geschäftlichen Bereich nicht nur die Wirtschaft betrifft, sondern Ausdruck eines allgemein missbilligten sozialschädlichen Verhaltens ist.³⁴⁴ Im Vordergrund stand damit nicht allein der laudable Wettbewerb, sondern vielmehr das Allgemeininteresse daran.

Als Rechtsgut des § 299 StGB ist somit primär das Allgemeininteresse am laudable Wettbewerb zu qualifizieren.

c) Kritik am Rechtsgut Allgemeininteresse am laudable Wettbewerb

Im Folgenden soll das Rechtsgut Allgemeininteresse am laudable Wettbewerb kritisch untersucht werden. Dazu wird das hier vertretene Rechtsgut mittels der angeführten Meinungen in Literatur und Rechtsprechung und der vorgestellten Rechtsgutkonzepte begutachtet und noch weiter bestimmt.

Geschützt von § 299 StGB ist das Allgemeininteresse am laudable Wettbewerb. Die daneben anerkannten Individualinteressen des Geschäftsherrn, der Mitbewerber und der Kunden werden hingegen im Rahmen dieser Bearbeitung nicht als Teil des Rechtsguts des § 299 StGB anerkannt.

Das Rechtsgut wird in der vorliegenden Arbeit in erster Linie in seiner Funktion als Auslegungshilfe genutzt. Insofern bedarf es einer klaren Aussage, welches Rechtsgut vom Schutz der Norm umfasst ist.³⁴⁵ Anderenfalls liefe man Gefahr, im Bestreben möglichst viele Varianten und

³⁴³ *Wollschläger*, Täterkreis, S. 14.

³⁴⁴ BT-Drucks. 13/5584, S. 15.

³⁴⁵ So auch *Koepsel*, Bestechlichkeit, S. 65.

Verletzte eines Eingriffs zu erfassen, das Rechtsgut mit der Folge zu verwässern, dass sein Nutzen für die Auslegung gering ist.³⁴⁶

aa) Kollektives Rechtsgut

Das Allgemeininteresse am lauterem Wettbewerb ist als kollektives Rechtsgut zu qualifizieren.³⁴⁷ Grundsätzlich sind solche kollektiven, überindividuellen Rechtsgüter im Wirtschaftsstrafrecht anerkannt.³⁴⁸

Eine systemkritische Überprüfung des Rechtsguts bestätigt die Anerkennung des kollektiven Rechtsguts Allgemeininteresse am lauterem Wettbewerb auch in § 299 StGB. Sowohl das dualistische als auch das monistisch-personale Rechtsgutskonzept erkennen, wie oben dargestellt,³⁴⁹ Universalrechtsgüter an.

Die dualistische Rechtsgutskonzeption geht jedoch davon aus, dass kein Anlass für kollektive Rechtsgüter gegeben ist, solange einem Tatbestand unmittelbar ein individuelles Rechtsgut zugrunde zu legen ist.³⁵⁰ Ein unmittelbar von § 299 StGB geschütztes Individualrechtsgut ist aber zu verneinen. Von der Schutzbedürftigkeit her betrachtet, ergibt sich diese Annahme bereits daraus, dass bei den Tathandlungen in § 299 StGB kein eigentlicher Taterfolg gegenüber einem Individualrechtsgut vorliegt und § 299 StGB insoweit auch überwiegend als abstraktes Gefährungsdelikt angesehen wird.³⁵¹ Ob abstrakte Gefährungsdelikte zum Schutz kollektiver Rechtsgüter geeignet sind, soll hier nicht Gegenstand der Bearbeitung sein.³⁵²

³⁴⁶ *Wollschläger*, Täterkreis, S. 25; *Koepsel*, Bestechlichkeit, S. 65.

³⁴⁷ *NK-Dannecker*, § 299 StGB, Rn 4.

³⁴⁸ *Möhrenschläger*, *JZ* 1996, 822 (829).

³⁴⁹ Siehe dazu S. 52 ff.

³⁵⁰ *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, S. 82 f.

³⁵¹ *S/S-Heine*, § 299 Rn 2; *MüKo-Diemer/Krick*, § 299 Rn 2; *Prütting-Tsambikakis*, § 299 StGB Rn 1; kritisch dazu *NK-Dannecker*, § 299 StGB Rn 11, welcher allein im Hinblick auf den lauterem Wettbewerb, den Tatbestand als Verletzungsdelikt ansieht, da lediglich in Bezug auf die Individualrechtsgüter ein Taterfolg fehle.

³⁵² Zwar wird bei abstrakten Gefährungsdelikten diskutiert, ob, diese zum Schutz von kollektiven Rechtsgütern geeignet sind. *Pragal*, Korruption, S. 98, weist aber zu Recht

Als individuelles Rechtsgut wird im Rahmen des § 299 StGB insbesondere das Vermögen diskutiert. Dieses ist aber bereits aufgrund der systematischen Stellung des § 299 StGB nicht als dessen Rechtsgut anzuerkennen.³⁵³ Dem Vermögensschutz dient der 22. Abschnitt des StGB „Betrug und Untreue“ mit seinen Tatbeständen, nicht hingegen der 26. Abschnitt, welcher ausdrücklich mit „Straftaten gegen den Wettbewerb“ überschrieben ist.³⁵⁴

Die im Übrigen diskutierten, individuellen Rechtsgüter, wie die Interessen der Mitbewerber und des Geschäftsherrn, scheiden aus, da § 299 StGB ansonsten nicht dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 GG³⁵⁵ gerecht wird.³⁵⁶ Nicht nur im Hinblick auf das Rechtsgut als Auslegungshilfe, sondern auch im Hinblick auf die Bestimmtheitsanforderungen der Verfassung muss das der Norm zugrundeliegende Rechtsgut deutlich definiert sein.³⁵⁷

Das Rechtsgut Allgemeininteresse am lauterem Wettbewerb vermittelt zugleich Schutz der Interessen der Mitbewerber und des Geschäftsherrn und sicherlich auch der Kunden an einem unbeeinflussten Wettbewerb und damit an einem ökonomisch gesunden Wirtschaftsmechanismus.³⁵⁸ Diese Einzelinteressen sind aber nur als Reflex mitgeschützt.³⁵⁹

Insofern ist auch nach dem monistisch-personalen Rechtsgutskonzept das Rechtsgut Allgemeininteresse am lauterem Wettbewerb anzuerkennen. Danach sind Universalrechtsgüter dann legitim, wenn sie letztlich der Entfaltung des Individuums dienen.³⁶⁰ Der lautere Wettbewerb ist nicht um

unter Berufung auf LK-*Tiedemann* § 298 Rn 6, darauf hin, dass der Vorwurf mangelnder Legitimität gegen § 299 StGB bzw. § 12 UWG nie erhoben wurde.

³⁵³ *Tron*, Kassenärzte, S. 97; *Wollschläger*, Täterkreis, S. 25.

³⁵⁴ *Tron*, Kassenärzte, S. 97; *Wollschläger*, Täterkreis, S. 25.

³⁵⁵ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im BGBl. III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten, bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 11. Juli 2002 (BGBl. I, S. 1478) geändert worden ist.

³⁵⁶ *Tron*, Kassenärzte, S. 97.

³⁵⁷ *Tron*, Kassenärzte, S. 97; *Wollschläger*, Täterkreis, S. 25.

³⁵⁸ *Koepsel*, Bestechlichkeit, S. 108.

³⁵⁹ *Achenbach/Ransiek-Rönnau*, § 299 Rn 7; *Wollschläger*, Täterkreis, S. 26; *Koepsel*, Bestechlichkeit, S. 108.

³⁶⁰ *NK-Hassemer/Neumann*, Vor § 1 Rn 128; *Roxin*, AT I, § 2 Rn 10.

seiner selbst willen geschützt,³⁶¹ vielmehr dient er dem Schutz des Einzelnen, der an ihm beteiligt ist oder dessen Auswirkungen er zu spüren bekommt.³⁶²

Dass die Interessen der Mitbewerber, wie das Interesse auf Chancengleichheit und ihre Vermögensinteressen und die Interessen des Geschäftsherrn sowie der Kunden, zum unmittelbaren Schutzbereich des Wettbewerbs hinzuzuzählen sind, ergibt sich im Übrigen nicht aus den gesetzgeberischen Materialien. Insbesondere pflichtwidriges Verhalten gegenüber dem Geschäftsherrn sollte keine Voraussetzung für die Bestechlichkeit sein.³⁶³ Auch der Schutz der Kunden bzw. der Allgemeinheit vor der Verteuerung von Waren ergibt sich nicht aus den gesetzgeberischen Motiven.³⁶⁴

bb) Antragsbefugnis

Das Allgemeininteresse am lauterem Wettbewerb ist auch als alleiniges Rechtsgut der Norm zu qualifizieren, obwohl die Tat bei Fehlen des öffentlichen Interesses gem. § 301 StGB nur auf Antrag verfolgbar ist und die h.M. zu den antragsberechtigten Verletzten die Mitbewerber und den Geschäftsherrn zählt.³⁶⁵

Dies führt zu einem Spannungsverhältnis zwischen dem Rechtsgut des Kollektivinteresse am lauterem Wettbewerb und der Strafantragsbefugnung der Mitbewerber und des Geschäftsherrn.³⁶⁶ Es ist denjenigen zuzustimmen, welche eine Ausnahme von der Regelung des § 77 Abs. 1 StGB zulassen wollen, wonach stets der Verletzte berechtigt ist, den Antrag zu stellen.³⁶⁷ Zudem wird zu Recht darauf hingewiesen, dass es sich nach der Ausweitung

³⁶¹ *Koepsel*, Bestechlichkeit, S. 108.

³⁶² *Tron*, Kassenärzte, S. 108.

³⁶³ *Wollschläger*, Täterkreis, S. 17 mit Verweis auf RT-Drucks. 1909, Nr. 1390, S. 8464.

³⁶⁴ *Tron*, Kassenärzte, S. 102 mit Verweis auf RT-Drucks. 1909, Nr. 1390, S. 8447 ff.

³⁶⁵ *NK-Dannecker*, § 301 Rn 4, 6; *Fischer*, § 301 Rn 4.

³⁶⁶ *Achenbach/Ransiek-Rönnau*, § 299 Rn 7.

³⁶⁷ *Achenbach/Ransiek-Rönnau*, § 299 Rn 7.

der Verfolgungsmöglichkeiten bei § 299 StGB in der Sache ohnehin um ein
Offizialdelikt handele.³⁶⁸

Somit steht auch dies dem Rechtsgut Allgemeininteresse am lauterem
Wettbewerb nicht entgegen.

cc) Der lautere Wettbewerb in der Kritik

Ob der lautere Wettbewerb Rechtsgut des § 299 StGB sein kann, ist, wie
bereits dargestellt wurde, umstritten. Insbesondere *Jacques*, *Pragal* und
Koepsel sprechen dem lauterem Wettbewerb die Tauglichkeit als Rechtsgut
ab.

(1) Jacques Stellungnahme

Jacques ist nicht zuzustimmen, wenn er den lauterem Wettbewerb als
Rechtsgut des § 299 StGB ablehnt, da dieser nur ein „Sammelbecken für die
dahinterstehenden Interessen“ darstelle und der „Normappell“ des
§ 299 StGB nicht deutlich sei.³⁶⁹

Wenn *Jacques* rügt, dem Rechtsgut lauterer Wettbewerb mangle es an der
Appellfunktion, so ist dem entgegenzuhalten, dass dieser Appell an der
Gestaltung des Tatbestands auszumachen ist und das missbilligte Verhalten
im Tatbestand des § 299 StGB hinreichend genau beschrieben wird.³⁷⁰ Auch
erfüllt der Tatbestand des § 299 StGB mit seiner Handlungsbeschreibung die
Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes in Art. 103 GG.³⁷¹

³⁶⁸ Achenbach/Ransiek-Rönnau, § 299 Rn 7.

³⁶⁹ *Jacques*, Bestechungstatbestände, S. 105.

³⁷⁰ *Pragal*, Korruption, S. 128; *Wessels/Beulke*, Rn 120.

³⁷¹ *Pragal*, Korruption, S. 129; *Tiedemann*, FS Müller-Dietz, S. 913 f; *Wollschläger*,
Täterkreis, S. 21.

Jacques führt weiter an, der lautere Wettbewerb sei als Rechtsgut untauglich, da man ihn nicht kausal verletzen könne, auch wolle der Täter regelmäßig nicht den Wettbewerb beeinflussen.³⁷² Dem kann aber entgegengehalten werden, dass es gerade die Eigenheit der Bestechlichkeit ist, dass kein Angriff auf Individualinteressen und ebenso wenig ein Taterfolg diesen gegenüber auszumachen ist.³⁷³

Es ist abzulehnen, die Bestechung als eine Art Pflichtverletzung zu verstehen. Systematisch kann gegen die Pflichtenbeziehung als Rechtsgut des § 299 StGB nochmals angeführt werden, dass Pflichtverletzungen Regelungsgegenstand der Untreue gem. § 266 StGB sind. *Jacques* kann insoweit nicht erklären, warum ein untreuähnliches Delikt neben § 266 StGB erforderlich sein soll.³⁷⁴

Auch sind Konstellationen denkbar, in denen es dem Geschäftsherrn sogar entgegenkommt, wenn der Angestellte oder Beauftragte pflichtwidrig handelt, hier würde der lautere Wettbewerb verletzt, ohne dass es zu einer Pflichtenbeziehung im Innenverhältnis gekommen ist.³⁷⁵

Zudem zeigt bereits die Entstehungsgeschichte der Norm, dass bewusst der Begriff unlauter statt pflichtwidrig ins StGB aufgenommen wurde.³⁷⁶ Es liegt somit nahe, dass Pflichtverletzungen der spezielleren Regelung der Untreue vorbehalten bleiben sollten.

Auch ist der von *Jacques* vertretenen Auffassung insoweit entgegenzutreten, als hier der Schutz eines kollektiven Rechtsguts erforderlich ist, da die von *Jacques* angeführten Individualinteressen sich bei den typischen Bestechungshandlungen nicht sicher ausmachen lassen.

³⁷² *Jacques*, Bestechungstatbestände, S. 105.

³⁷³ *Koepsel*, Bestechlichkeit, S. 99; LK-*Tiedemann*, § 299 Rn 7.

³⁷⁴ *Koepsel*, Bestechlichkeit, S. 111.

³⁷⁵ *Tron*, Kassenärzte, S. 105 mit Bezug auf Schleichwerbeskandale.

³⁷⁶ RGSt 48, 291 (294); BGHSt 31, 207 (211); LK-*Tiedemann*, § 299 Entstehungsgeschichte; *Wollschläger*, Täterkreis, S. 15.

(2) Pragals Stellungnahme

Auch *Pragal* kritisiert den lautereren Wettbewerb als Rechtsgut des § 299 StGB. Seine Bearbeitung beruht auf einem systemtranszendenten Konzept des Rechtsguts und stellt in erster Linie auf die kritische Funktion des Rechtsguts ab. Sein Anspruch ist es, ein Rechtsgut zu definieren, dessen Abstraktionsniveau niedriger ist als das des lautereren Wettbewerbs.³⁷⁷

Entgegen dem von *Pragal* entwickelten Rechtsgut ist aber, aufgrund der Vielfalt der Tatbestände der §§ 299, 331 ff. StGB sowie der §§ 405 Abs. 3 Nr. 6, Nr. 7 AktG³⁷⁸, § 23 Abs. 1 Nr. 3, 4 SchVG³⁷⁹ § 152 GenG³⁸⁰, davon auszugehen, dass der Gesetzgeber keinen allgemeinen Tatbestand der Nichtkäuflichkeit schaffen wollte, da die Nichtkäuflichkeit auf unterschiedlichen Gründen beruhen können, welche eigenständiger Regelung bedürfen.³⁸¹

Dem Rechtsgut der „Nichtkäuflichkeit übertragener oder sonst besonders fremdverantwortlicher Entscheidungen sowie das diesbezügliche Vertrauen der Allgemeinheit“ kommt auch bereits aufgrund seiner umfassenden Definition kein niedrigeres Abstraktionsniveau als dem Wettbewerb zu.³⁸²

Auch überzeugt *Pragals* Art der Bestimmung des Rechtsguts nicht. Er stützt sich dabei auf den weder rechts- noch sozialwissenschaftlich umfassend geklärten Begriff der Korruption.³⁸³ Zwar ist diesem Rechtsgutsbegriff nicht

³⁷⁷ *Pragal*, Korruption, S. 134.

³⁷⁸ Aktiengesetz vom 06. September 1965 (BGBl. I S. 1089), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 20. Dezember 2012 (BGBl. I S. 2751) geändert worden ist.

³⁷⁹ Schuldverschreibungsgesetz vom 31. Juli 2009 (BGBl. I S. 2512), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 13. September 2012 (BGBl. I S. 1914) geändert worden ist.

³⁸⁰ Genossenschaftsgesetz in der Fassung vom der Bekanntmachung vom 16. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2230), das zuletzt durch Artikel 10 des Gesetzes vom 25. Mai 2009 (BGBl. I S. 1102) geändert worden ist.

³⁸¹ NK-*Dannecker*, § 299 Rn 4a; *Koepsel*, Bestechlichkeit, S. 100.

³⁸² *Tron*, Kassenärzte, S. 106.

³⁸³ *Tron*, Kassenärzte, S. 106.

abzusprechen, dass es im Rahmen des § 299 StGB stets um eine irgendwie gekaufte Entscheidung geht, entscheidend ist aber, warum der Kauf dieser Entscheidung von § 299 StGB sanktioniert wird. Dies vermag bislang nur *Koepsel* überzeugend zu begründen und sie kritisiert damit zu Recht, dass *Pragals* Ausführungen zur Regelwidrigkeit und Nichtkäuflichkeit zu kurz greifen.³⁸⁴

(3) *Koepsels* Stellungnahme

Koepsel konzentriert sich bei dem Rechtsgut „Leistungsprinzip als Entscheidungsmaßstab für Bevorzungen im Wettbewerb“ auf den Lauterkeitsaspekt des Wettbewerbs. Sie will ebenfalls den Abstraktionsgrad des Rechtsguts Wettbewerb senken.³⁸⁵

Treffend und hilfreich präzisiert *Koepsel* den Begriff der Lauterkeit.³⁸⁶ Ihre Ausführungen stellen überzeugend dar, was unter einem lauterem Leistungswettbewerb zu verstehen ist.

Die Präzisierung der Lauterkeit soll daher auch im Folgenden bei der Auslegung des § 299 StGB herangezogen werden. Als Definition des Elements „lauter“ des hier vertretenen Rechtsguts des Allgemeininteresses am lauterem Wettbewerb soll es bestimmen, ob tatsächlich jemand zwischen den Nachfragenden und seinen Geschäftspartner unter Verletzung des Leistungsprinzips getreten ist. Darüber hinaus soll es dabei helfen, zu entscheiden, ob dieser gegebenenfalls dazwischengetretene Entscheidungsträger nach diesem Verständnis das Leistungsprinzip verletzt hat und somit unlauter gehandelt hat.

Nicht anzuerkennen ist hingegen, dass *Koepsel* den Wettbewerb aus ihrem Rechtsgutsbegriff ausklammert. Der Wettbewerb ist unabdingbare Voraussetzung für den Rahmen der Entscheidung und ist daher als Teil des

³⁸⁴ *Koepsel*, Bestechlichkeit, S. 100.

³⁸⁵ *Koepsel*, Bestechlichkeit, S. 108.

³⁸⁶ NK-Dannecker, § 299 Rn 4.

Rechtsguts des § 299 StGB anzuerkennen.³⁸⁷ Darauf lassen sowohl die Entscheidung, diesen Tatbestand in das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb zu integrieren, schließen, als auch die Eingliederung in den 26. Abschnitt des StGB „Straftaten gegen den Wettbewerb“.

Dieser vom Gesetzgeber zum Ausdruck gebrachte Wille kann nach dem hier vertretenen Rechtsgutskonzept nicht ignoriert werden, so dass der Wettbewerb Bestandteil des Rechtsguts des § 299 sein muss.

III. Ergebnis

Zusammenfassend wird daher das Allgemeininteresse am lauterem Wettbewerb als das einzige von § 299 StGB geschützte Rechtsgut anerkannt. Alle übrigen im Zusammenhang mit dem Rechtsgut der Norm diskutierten Rechtsgüter werden lediglich reflexartig geschützt.

Hinsichtlich der Konkretisierung des Merkmals „unlauter“ soll auf die von *Koepsel* vorgenommene Präzisierung des Leistungsprinzips als Entscheidungsmaßstab für Bevorzugungen im Wettbewerb zurückgegriffen werden. Jedoch soll dieser Entscheidungsmaßstab nicht das alleinige Rechtsgut des § 299 StGB darstellen.

C. Tatbestandsmerkmale des § 299 StGB

Anhand der einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 299 StGB wird nun untersucht, ob sich der Vertragsarzt im Rahmen des Pharmamarketings gem. § 299 StGB strafbar macht. Dabei werden insbesondere die bereits gewonnenen Ergebnisse in die Prüfung des Merkmals „Beauftragter“ einfließen.

³⁸⁷ *Pragal* folgert aus der Annahme, der Wettbewerb stelle nur einen Lebensbereich dar, dass der Wettbewerb damit gerade nicht Rechtsgut des § 299 StGB sein könne, S. 130 und 134.

I. Geschäftlicher Betrieb

Ein geschäftlicher Betrieb ist jede auf Dauer angelegte, durch den Austausch von Leistung und Gegenleistung verwirklichte Teilnahme am Wirtschaftsleben.³⁸⁸ Das Tatbestandsmerkmal „geschäftlicher Betrieb“ umfasst jede Art von Geschäftsbetrieb, auch die freiberufliche, solange die wesensmäßigen Aufgaben des Betriebs im Wirtschaftsleben vollzogen werden.³⁸⁹

Bei der Beurteilung der Strafbarkeit des Vertragsarztes kommen als geschäftlicher Betrieb im System der gesetzlichen Krankenversicherung die Praxis des Vertragsarztes, Krankenkassen und Kassenärztlichen Vereinigungen in Betracht.

1. Praxis des Vertragsarztes

Der Betrieb einer vertragsärztlichen Praxis ist unstrittig eine auf Dauer angelegte Unternehmung, welche durch Leistungsaustausch am Wirtschaftsleben teilnimmt.³⁹⁰ Das Betreiben einer Arztpraxis ist mithin als geschäftlicher Betrieb i.S.d. § 299 StGB zu qualifizieren.

Fraglich ist aber, ob der Vertragsarzt auch in seiner Funktion als Inhaber seines geschäftlichen Praxisbetriebs Täter des § 299 StGB sein kann. Bereits der Wortlaut der Vorschrift erfasst als Täter nicht den Geschäftsinhaber, sondern nur den Angestellten bzw. den Beauftragten des geschäftlichen Betriebs.

Im Rahmen der Reformdiskussion des Korruptionsbekämpfungsgesetzes war man zu dem Ergebnis gekommen, dass der Geschäftsinhaber in der Entscheidung über den Bezug von Waren und gewerblichen Leistungen

³⁸⁸ BGHSt 2, 396 (403); BGHSt 10, 359 (366); *Lackner/Kühl*, § 299 Rn 2; *Laufs/Kern-Ulsenheimer*, § 152 Rn 118.

³⁸⁹ *Frister/Lindemann/Peters*, *Arztstrafrecht*, Rn 347; *NK-Dannecker*, § 299 Rn 24.

³⁹⁰ *Sahan*, ZIS 2007, 69 (70).

grundsätzlich frei sei und sich hierbei auch von unsachlichen Motiven leiten lassen dürfe.³⁹¹ Teilweise wird insoweit vertreten, dass eine Strafbarkeit des Vertragsarztes gem. § 299 StGB generell ausscheide, da er als Geschäftsinhaber nicht vom Tatbestand erfasst sei.³⁹²

Die Bewertung des Pharmamarketings gegenüber Vertragsärzten auf deren Stellung als Geschäftsinhaber ihres Praxisbetriebs zu beschränken, erscheint jedoch angesichts der bereits aufgezeigten komplexen Beziehungen des Vertragsarztes zu Krankenkassen und Kassenärztlichen Vereinigungen nicht überzeugend.³⁹³ Vielmehr ist zu erwägen, ob der Vertragsarzt aufgrund dieser Beziehungen als Angestellter oder Beauftragter eines anderen geschäftlichen Betriebs handelt.³⁹⁴ Insoweit kommen Krankenkassen oder Kassenärztlichen Vereinigungen in Betracht.

2. Krankenkasse

Bislang hat der BGH noch nicht darüber entschieden, ob die gesetzliche Krankenkasse als geschäftlicher Betrieb i.S.d. § 299 StGB zu qualifizieren ist. Auch im Beschluss des GSSt des BGH wird diese Frage nicht abschließend beantwortet, in der Tendenz aber bejaht.³⁹⁵

Die gesetzlichen Krankenkassen sind gem. § 4 Abs. 1 SGB V rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung.³⁹⁶ Der Betrieb einer Krankenkasse zeichnet sich dadurch aus, dass Mitglieder geworben und Leistungen der Gesundheitsversorgung an diese erbracht werden.³⁹⁷ Die Mitglieder sind im Gegenzug zur Zahlung ihrer Beiträge verpflichtet.³⁹⁸ Zudem kaufen die Krankenkassen zur Versorgung ihrer Versicherten

³⁹¹ *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht § 13 Rn 41.

³⁹² *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht § 13 Rn 41.

³⁹³ *Reese*, PharmR 2006, 92 (95).

³⁹⁴ So erstmals *Pragal*, NSZ 2005, 133.

³⁹⁵ BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSSt 2/11Rn 26.

³⁹⁶ *Sodan-Sodan*, § 1 Rn 15.

³⁹⁷ *Reese*, PharmR 2006, 92 (95).

³⁹⁸ *Reese*, PharmR 2006, 92 (95).

Arzneimittel an.³⁹⁹ Ein Austausch von Leistungen kann mithin bejaht werden.⁴⁰⁰ Die Tätigkeit der Krankenkasse ist auch dauerhaft.⁴⁰¹

Jedoch handeln die Krankenkassen ohne Gewinnerzielungsabsicht.⁴⁰² Der Begriff des geschäftlichen Betriebs ist aber weit gefasst. Im Gegensatz zum Gewerbebetrieb ist dabei eine Gewinnerzielungsabsicht nicht erforderlich, so dass auch gemeinnützige, kulturelle und soziale Einrichtungen als Geschäftsbetriebe in Betracht kommen.⁴⁰³

Insoweit ist entscheidend, dass das Merkmal des geschäftlichen Betriebs der Abgrenzung vom privaten Bereich dient.⁴⁰⁴ Unabhängig von der damit verbundenen Absicht ist geschäftlich somit alles, was nicht privat und durch den Austausch von Leistungen geprägt ist.⁴⁰⁵ Es muss mithin nach den Grundsätzen eines Erwerbsgeschäfts gearbeitet werden.⁴⁰⁶

Eine solche der Anwendung des § 299 StGB entgegenstehende private Betätigung der Krankenkasse liegt nicht vor. Die Krankenkasse nimmt im Rahmen von Austauschbeziehungen am Wirtschaftsleben teil, so dass die fehlende Gewinnerzielungsabsicht der Annahme eines geschäftlichen Betriebs nicht entgegensteht.

Der Einordnung als geschäftlicher Betrieb schadet auch nicht, dass Krankenkassen Körperschaften des öffentlichen Rechts sind und damit der mittelbaren Staatsverwaltung angehören.⁴⁰⁷ Auch staatliche Stellen können als geschäftliche Betriebe qualifiziert werden.⁴⁰⁸

³⁹⁹ Reese, PharmR 2006, 92 (95).

⁴⁰⁰ Taschke, StV 2005, 406 (410).

⁴⁰¹ Sahan, ZIS 2007, 69 (71).

⁴⁰² Reese, PharmR 2006, 92 (95); Laufs/Kern-Ulsenheimer, § 152 Rn 118.

⁴⁰³ BGHSt 2, 396 (402); NK-Dannecker, § 299 Rn 24; Laufs/Kern-Ulsenheimer, § 152 Rn 118.

⁴⁰⁴ BGHSt 2, 396 (402 f); Spickhoff, Medizinrecht § 302 Rn 7.

⁴⁰⁵ Sahan, ZIS 2007 69 (70).

⁴⁰⁶ Frister/Lindemann/Peters, Arztstrafrecht, Rn 346.

⁴⁰⁷ Zur Rechtsnatur der Krankenkassen Sodan-Sodan, § 1 Rn 15.

⁴⁰⁸ MüKo-Diemer/Krick, § 299 Rn 7.

Krankenkassen sind daher geschäftliche Betriebe im Sinne des § 299 StGB.

3. Kassenärztliche Vereinigung

Darüber hinaus könnten auch Kassenärztliche Vereinigungen geschäftliche Betriebe i.S.d. § 299 StGB sein.

Die Tätigkeit dieser Körperschaften des öffentlichen Rechts ist auf Dauer angelegt.⁴⁰⁹ Im Gegensatz zu den Krankenkassen ist jedoch fraglich, ob sie auch durch den Austausch von Leistungen am Wirtschaftsleben teilnehmen.⁴¹⁰ Wie bereits oben dargestellt,⁴¹¹ ist die Hauptaufgabe der jeweiligen Kassenärztlichen Vereinigung die Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung gem. § 75 SGB V sowie die Verteilung der Vergütung gem. § 85 Abs. 4 SGB V.⁴¹² Diese Aufgaben sind in erster Linie Teil der Selbstverwaltung der Ärzte und somit nicht durch Teilnahme am Wirtschaftsleben geprägt.⁴¹³

Da die Teilnahme am Wirtschaftsleben für einen Geschäftsbetrieb i.S.d. § 299 StGB jedoch unerlässlich ist, sind Kassenärztliche Vereinigungen somit nicht als geschäftliche Betriebe im Sinne des § 299 StGB zu qualifizieren.⁴¹⁴

4. Zusammenfassung

Bei der Beurteilung der Strafbarkeit des niedergelassenen Vertragsarztes ist somit letztlich der geschäftliche Betrieb der Krankenkasse maßgeblich. Vertragsärzte müssten bei der Verordnung von Arzneimitteln als Angestellte oder Beauftragte der Krankenkassen handeln.

⁴⁰⁹ Sahan, ZIS 2007, 69 (71).

⁴¹⁰ Sahan, ZIS 2007, 69 (71).

⁴¹¹ Siehe S. 18.

⁴¹² Sahan, ZIS 2007, 69 (71).

⁴¹³ Sahan, ZIS 2007, 69 (71).

⁴¹⁴ Sahan, ZIS 2007, 69 (71).

II. Angestellter

Angestellter eines geschäftlichen Betriebs i.S.d. § 299 StGB ist derjenige, welcher in einem Dienst-, Werks- oder Auftragsverhältnis zum jeweiligen Geschäftsinhaber steht und den Weisungen des Geschäftsherrn unterworfen ist.⁴¹⁵ Das jeweilige Vertragsverhältnis zum Geschäftsherrn muss dabei zumindest faktischer Natur sein.⁴¹⁶

In der Literatur besteht Einigkeit darüber, dass der Vertragsarzt kein Angestellter der Krankenkassen ist.⁴¹⁷ Auch die Rechtsprechung geht davon aus, dass kein Dienst-, Werks- oder Auftragsverhältnis zu Krankenkassen besteht. So hat das BVerfG bereits in der oben dargestellten Entscheidung festgestellt,⁴¹⁸ dass der Vertragsarzt weder zu Krankenkassen noch zu Kassenärztlichen Vereinigungen in einem Dienstverhältnis steht.⁴¹⁹ Auch der BFH lehnt eine arbeitnehmerähnliche Stellung eines niedergelassenen, freiberuflich tätigen Vertragsarztes trotz seiner vertragsärztlichen Zulassung ab.⁴²⁰

Hingegen ist es unstrittig, dass diejenigen Ärzte Angestellte i.S.d. § 299 StGB sind, welche in einem privaten Krankenhaus angestellt sind und gesetzlich Versicherte versorgen.⁴²¹ Angestellte Vertragsärzte können sich somit bei der Entgegennahme von Vorteilen im Rahmen der Versorgung gesetzlich Versicherter gem. § 299 StGB strafbar machen, während niedergelassene Ärzte bei Ausübung der gleichen Tätigkeit lange Zeit

⁴¹⁵ LK-Tiedemann, § 299 Rn 11; Lackner/Kühl, § 299 Rn 2.

⁴¹⁶ MüKo-Diemer/Krick, § 299 Rn 4; S/S-Heine, § 299 StGB Rn 7; Spickhoff, Medizinrecht, § 302 Rn 10.

⁴¹⁷ Geis, wistra 2005, 369; Klötzer, NStZ 2008, 12 (13); Pragal, NStZ 2005, 133 (134); Sahan, ZIS 2007, 69 (70).

⁴¹⁸ Siehe oben S. 42 ff.

⁴¹⁹ BVerfGE 11, 30 (39).

⁴²⁰ BFH 216, 247 (248).

⁴²¹ Klötzer, NStZ 2008, 12 (13); Pragal, NStZ 2005, 133; Reese, PharmR 2006, 92; Schmidt, PharmR 2012, 339 (342).

strafrechtlich nicht verfolgt wurden. Dies wurde teilweise als Wertungswiderspruch aufgefasst und war letztlich ausschlaggebend dafür, eine Strafbarkeit des niedergelassenen Vertragsarztes, wenn schon nicht als Angestellter, so doch als Beauftragter zu erwägen.⁴²²

III. Beauftragter

Ob Vertragsärzte Beauftragte von Krankenkasse i.S.d. § 299 StGB sein können, ist umstritten.⁴²³

Nach h.M. ist Beauftragter jeder, der ohne Inhaber oder Angestellter eines geschäftlichen Betriebs zu sein, für einen Betrieb geschäftlich tätig wird und auf Grund seiner Stellung im Betrieb auf die Entscheidungen, welche den Waren- oder Leistungsaustausch betreffen, unmittelbar oder mittelbar Einfluss nehmen kann.⁴²⁴ Der Begriff des Beauftragten ist weit zu verstehen und hat gegenüber dem des Angestellten Auffangfunktion.⁴²⁵

1. Problemstellung

Erstmals vertrat *Pragal* im Jahr 2005 die Auffassung, Vertragsärzte handelten aufgrund ihrer Stellung im System der gesetzlichen Krankenversicherung bei der Verordnung von Arzneimitteln als Beauftragte der jeweiligen Krankenkasse i.S.d. § 299 StGB.⁴²⁶

⁴²² *Pragal*, NSiZ 2005, 133 ff.; Stellungnahme *GKV-Spitzenverband*, BT Ausschussdrucks. 17(14)248(7) S. 6.

⁴²³ *Brockhaus/Dann/Teubner/Tsambikakis*, wistra 2010, 418ff.; *Dannecker*, GesR 2010, 281 ff.; *Dieners*, PharmR 2010, 613 ff.; *Geis*, wistra 2005, 369 ff.; *ders.*, wistra 2007, 361 ff.; *Klötzer*, NSiZ 2008, 12 ff.; *Kölbel*, NSiZ 2011, 195 ff.; *Krüger*, ZiS 2011, 692 ff.; *Manthey*, GesR 2010, 602 ff.; *Neupert*, NJW 2006, 2811 ff.; *Pragal*, NSiZ 2005, 133 ff.; *ders./Apfel*, A&R 2007, 10 ff.; *Reese*, PharmR 2006, 92 ff.; *Sahan*, ZIS 2007, 69 ff.; *ders./Urban*, ZIS 2011, 23 ff.; *Schelling/Warntjen*, PharmR 2010, 509 ff.; *Schneider*, HRRS 2010, 241 ff.; *Taschke*, StV 2005, 406 ff.

⁴²⁴ RGSt 68, 70 (74); RGSt 68, 263 (270); BGHSt 2, 396 (400); BGH Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSSSt 2/11; LK-*Tiedemann*, § 299 Rn 16; *Lackner/Kühl*, § 299 Rn 2; MüKo-*Diemer/Krick*, § 299 Rn 5; *Ulsenheimer*, Handbuch des Arztrechts § 152 Rn 112.

⁴²⁵ BGHSt 2, 396 (401); *Fischer*, § 299 Rn 10; NK-*Dannecker*, § 299 Rn 22.

⁴²⁶ *Pragal*, NSiZ 2005, 133 (134).

Pragal stützt sich bei seinen Ausführungen in erster Linie auf die Rechtsprechung des BSG zur Stellung von Vertragsärzten bei der Verordnung von Arzneimitteln sowie auf die oben erläuterte Rechtsprechung des BGH zur Untreue von Vertragsärzten.⁴²⁷ Er regte an, mit der vom BGH angenommenen Vermögensbetreuungspflicht von Vertragsärzten i.S.d. § 266 StGB auch die Beauftragtenstellung von Vertragsärzten i.S.d. § 299 StGB zu begründen.⁴²⁸

In der weiteren Literatur wurde diese strafrechtliche Bewertung der Stellung von Vertragsärzten im System der gesetzlichen Krankenversicherung ausführlich diskutiert und führte schlussendlich zu einem Umdenken auch in Strafverfolgungspraxis und Rechtsprechung. In einem obiter dictum bejahte das OLG Braunschweig im Jahr 2010 als erstes deutsches Obergericht eine Beauftragteneigenschaft von Vertragsärzten gem. § 299 StGB.⁴²⁹

Das LG Hamburg verurteilte im Jahr 2011 schließlich eine Pharmareferentin sowie einen von ihr beeinflussten Vertragsarzt wegen Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr nach § 299 StGB.⁴³⁰ Gemäß den Feststellungen des Urteils hatten Vertragsärzte dafür, dass sie ein Medikament aus dem Vertrieb des Pharmaherstellers der Pharmareferentin verordneten, fünf Prozent des Herstellerabgabepreises verschlüsselt als Honorar für fiktive wissenschaftliche Vorträge erhalten.⁴³¹

Auf die Revision der Angeklagten sprach der 5. Strafsenat des BGH der Rechtsfrage, ob Vertragsärzte Beauftragte i.S.d. § 299 StGB oder Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB sind, grundsätzliche Bedeutung zu

⁴²⁷ *Pragal*, NStZ 2005, 133 (135 f); siehe zur Rechtsprechung oben ausführlicher auf S. 29 ff. und auf S. 35 ff.

⁴²⁸ *Pragal*, NStZ 2005, 133 (135) spricht zwar nicht ausdrücklich davon, die Vermögensbetreuungspflicht mit der Beauftragung gleichzusetzen. Er bezieht sie aber in seine Argumentation mit ein.

⁴²⁹ OLG Braunschweig, Beschluss vom 23.02.2010, Az.: Ws 17/10, Rn. 3.

⁴³⁰ LG Hamburg, Urteil vom 09.12.2010, Az.: 618 KLs 10/09.

⁴³¹ LG Hamburg, Urteil vom 09.12.2010, Az.: 618 KLs 10/09.

und legte sie dem GSt des BGH gem. § 132 Abs. 4 GVG vor.⁴³² Der 5. Strafsenat des BGH schloss sich damit einer Rechtsfrage an, welche bereits zuvor der 3. Strafsenat des BGH dem GSt vorgelegt hatte.⁴³³

Dem Vorlagebeschluss des 3. Strafsenats lag abweichend ein Fall betreffend Pharmamarketing von Hilfsmitteln zugrunde. Hierbei mieteten niedergelassene Vertragsärzte bei einem Vertreter von Hilfsmitteln ein hochwertiges medizinisches Gerät und erhielten bei Verordnung der vertriebenen Hilfsmittel das für das Gerät gezahlte Entgelt ganz oder teilweise erstattet.⁴³⁴

Nachfolgend wird zunächst ausführlich der Streitstand in Literatur und Rechtsprechung dargestellt. Teil der Darstellung werden auch die Argumente des GSt sein, welcher eine Strafbarkeit von Vertragsärzten bei der Verordnung von Arzneimitteln gem. § 299 StGB abgelehnt hat.⁴³⁵ Anschließend wird mithilfe der aufgezeigten Argumente zur Beauftrageneigenschaft von Vertragsärzten Stellung genommen und die Entscheidung des GSt bewertet.

a) Vergleichbarkeit der Vermögensbetreuungspflicht bzw. der Verfügungsbefugnis des § 266 StGB mit der Beauftragung des § 299 StGB

Pragal gründet die Annahme der Strafbarkeit von Vertragsärzten u.a. auf der Vergleichbarkeit der Vermögensbetreuungspflicht gem. § 266 StGB mit der Beauftragung im Sinne gem. § 299 StGB.⁴³⁶

Auch das OLG Braunschweig hat § 266 StGB in seine Überlegungen zur Strafbarkeit von Vertragsärzten gem. § 299 StGB wie folgt mit einbezogen:

⁴³² BGH, Vorlagebeschluss vom 20.07.2011, Az.: 5 StR 115/11.

⁴³³ BGH, Vorlagebeschluss vom 05.05.2011, Az.: 3 StR 458/10.

⁴³⁴ BGH, Vorlagebeschluss vom 05.05.2011, Az.: 3 StR 458/10 Rn 3 ff.

⁴³⁵ BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSt 2/11.

⁴³⁶ *Pragal*, NStZ 2005, 133 (135).

“Hat jemand die Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen, und macht sich im Falle einer Verletzung dieser besonderen Vermögensbetreuungspflicht gemäß § 266 StGB strafbar, so handelt er auch als Beauftragter zumindest im Rahmen dieses Aufgabenfeldes.”⁴³⁷

Daraus ist nicht eindeutig zu erkennen, ob das OLG Braunschweig die Beauftragteneigenschaft aus der Vermögensbetreuungspflicht oder der Verfügungsbefugnis des § 266 StGB herleitet oder die Beauftragung letztlich mit beiden Tatbestandsmerkmalen begründet.⁴³⁸ Der GSSt des BGH hat sich mit einer Vergleichbarkeit der Merkmale der Tatbestände des § 266 StGB und des § 299 StGB hingegen nicht auseinandergesetzt.

Fest steht jedoch, dass die Grundlage dieser Übertragung die oben dargestellte Rechtsprechung des BGH zu § 266 StGB ist, wonach zumindest die Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes aus seiner Stellung im System der gesetzlichen Krankenversicherung im Allgemeinen und dem Wirtschaftlichkeitsgebot gem. § 12 SGB V im Speziellen hergeleitet wird.⁴³⁹

aa) Tatbestandsmerkmale der Untreue

Bevor der Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung zur Vergleichbarkeit dieser Merkmale näher dargestellt wird, werden zunächst die für das Verständnis dieser Diskussion relevanten Aspekte des § 266 StGB erläutert.

⁴³⁷ OLG Braunschweig, Beschluss vom 23.02.2010, Az.: Ws 17/10, Rn 3.

⁴³⁸ *Sahan/Urban*, ZIS 2011, 23 (24).

⁴³⁹ Siehe diesbezüglich S. 39.

(1) Vermögensbetreuungspflicht

Vom Gesetz wird die Vermögensbetreuungspflicht definiert als „Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen“. Dem Wortlaut nach kann sie durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumt werden oder auf einem sonstigen Treueverhältnis beruhen.

Vermögensbetreuungspflicht beschreibt das Innenverhältnis zwischen Täter und Vermögensinhaber.⁴⁴⁰ Da die gesetzliche Definition weit gefasst ist, wird in Rechtsprechung und Literatur versucht, den Begriff der Vermögensbetreuungspflicht restriktiver auszulegen.⁴⁴¹ Es lässt sich zusammenfassen, dass eine Vermögensbetreuungspflicht wesentlicher Inhalt bzw. Hauptpflicht des betreffenden Rechtsverhältnisses ist.⁴⁴² Sie hat eine durch Eigenverantwortlichkeit und Selbstständigkeit geprägte Geschäftsbesorgung für einen anderen in einer nicht ganz unbedeutenden Angelegenheit zum Gegenstand.⁴⁴³

Nach h.M. ist sie nicht nur Bestandteil des in § 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB geregelten Treubruchtatbestands, sondern muss vielmehr auch beim Missbrauchstatbestand gem. § 266 Abs. 1 Alt. 1 StGB vorliegen.⁴⁴⁴

Im Gegensatz zum Missbrauchstatbestand ist im Treubruchtatbestand jedoch nicht maßgeblich, dass der Täter dazu befähigt wurde, auf das betreuende Verhältnis einzuwirken, sondern maßgeblich ist vielmehr die tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit.⁴⁴⁵

⁴⁴⁰ NK-*Kindhäuser*, § 266 Rn 31.

⁴⁴¹ NK-*Kindhäuser*, § 266 Rn 32; *Reese*, PharmR 2006, 92 (99).

⁴⁴² NK-*Kindhäuser*, § 266 Rn 33.

⁴⁴³ NK-*Kindhäuser*, § 266 Rn 33.

⁴⁴⁴ S/S-*Perron*, § 266 Rn 2; Achenbach/Ransiek-*Seier*, S. 620.

⁴⁴⁵ LK-*Schünemann*, § 266 Rn 56.

Die konkrete Pflichtverletzung muss in funktionalem Zusammenhang mit der Wahrnehmung von Vermögensinteressen stehen und von dieser wesentlich mitgeprägt werden.⁴⁴⁶

(2) Verfügungsbefugnis

Auch die Verfügungsbefugnis i.S.d. § 266 StGB wird mit der Beauftrageneigenschaft i.S.d. § 299 StGB verglichen. Die Verfügungsbefugnis ist erstmals vom OLG Braunschweig mit der Beauftrageneigenschaft von Vertragsärzten in Verbindung gebracht worden.⁴⁴⁷ Aber auch in der Literatur wird aufgrund der Ausführungen des OLG Braunschweigs eine Gleichstellung der Verfügungsbefugnis mit der Beauftragung diskutiert.⁴⁴⁸

Eine Verfügungsbefugnis i.S.d. § 266 Abs. 1 StGB kann auf Gesetz, behördlichem Auftrag oder Rechtsgeschäft beruhen. Der Täter wird im Außenverhältnis dazu befähigt, das Vermögen eines anderen wirksam zu ändern, zu übertragen oder aufzuheben.⁴⁴⁹ Die Befugnis muss mit besonderer Rücksicht auf die Betreuung von Vermögensinteressen eines Geschäftsherrn verliehen worden sein.⁴⁵⁰

Die nur im Rahmen des Missbrauchstatbestands gem. § 266 Abs. 1 Alt. 1 StGB zu prüfende Verfügungsbefugnis betrifft somit im Gegensatz zur Vermögensbetreuungspflicht das Außenverhältnis.⁴⁵¹

⁴⁴⁶ S/S-Perron, § 266 Rn 23.

⁴⁴⁷ OLG Braunschweig, Beschluss vom 23.02.2010, Az.: Ws 17/10.

⁴⁴⁸ Sahan/Urban, ZIS 2011, 23 ff.

⁴⁴⁹ LK-Schünemann, § 266 Rn 32; S/S-Perron, § 266 Rn 3.

⁴⁵⁰ S/S-Perron, § 266 Rn 4.

⁴⁵¹ S/S-Perron, § 266 Rn 2; Achenbach/Ransiek-Seier, S. 618.

(3) Rechtsgut

Wie bereits oben kurz dargestellt wurde, dient der Tatbestand der Untreue allein dem Schutz fremden Vermögens.⁴⁵²

Relevant für die Untreue ist daher eine Schädigung des fremden Vermögens durch den Treuepflichtigen „von innen“.⁴⁵³ Die Untreue wird daher auch als intern vereitelte Zweckerreichung bezeichnet.⁴⁵⁴

bb) Meinungsstand

In der Literatur wird die Vergleichbarkeit der Verfügungsbefugnis bzw. der Vermögensbetreuungspflicht mit der Beauftragung überwiegend abgelehnt.⁴⁵⁵

Gegen eine Vergleichbarkeit spreche, dass die Begriffe Vermögensbetreuung und Beauftragung inhaltlich nicht deckungsgleich und im Hinblick auf ihre Rechtsgüter verschieden seien.⁴⁵⁶ Zudem stelle die Beauftragung nur einen Unterfall der Befugnis im Tatbestand des § 266 StGB dar.⁴⁵⁷ Da die Befugnis und die Vermögensbetreuungspflicht jedoch unterschiedliche Tatbestandsmerkmale i.S.d. § 266 StGB seien, sei ein Vergleich der Vermögensbetreuung mit einer der Verfügungsbefugnis unterfallenden Beauftragung nicht möglich.⁴⁵⁸

⁴⁵² Siehe S. 59; BGH NJW 2000, 154; *Lackner/Kühl*, § 266 Rn 1; *S/S-Lenckner/Perron*, § 266 Rn 1; *SK-Hoyer*, § 266 Rn 1.

⁴⁵³ *LK-Schünemann*, § 266 Rn 1; *NK-Kindhäuser*, § 266 Rn 31.

⁴⁵⁴ *NK-Kindhäuser*, § 266 Rn 3.

⁴⁵⁵ *Dieters*, PharmR 2010, 613 (615); *Frister/Lindemann/Peters*, Arztstrafrecht, Rn 354; *Geis*, wistra 2005, 369 (370); *Manthey*, GesR 2010, 601 (603); *Reese*, PharmR 2006, 92 (96); *Sahan/Urban*, ZIS 2011, 23 (24); *Schneider*, HRRS 2010, 241 (246).

⁴⁵⁶ *Dieters*, PharmR 2010, 613 (615); *Frister/Lindemann/Peters*, Arztstrafrecht, Rn 354; *Geis*, wistra 2005, 369 (370); *Manthey*, GesR 2010, 601 (603); *Reese*, PharmR 2006, 92 (96); *Sahan/Urban*, ZIS 2011, 23 (24); *Schneider*, HRRS 2010, 241 (246).

⁴⁵⁷ *Sahan/Urban*, ZIS 2011, 23 (24).

⁴⁵⁸ *Sahan/Urban*, ZIS 2011, 23 (24).

Die Vergleichbarkeit wird auch im Hinblick auf die vom BVerfG angemahnte restriktive Handhabung des § 266 StGB verneint, welche auch auf das Verhältnis von Strafgesetzen zueinander Anwendung finden solle.⁴⁵⁹ Daraus, dass eine Strafbarkeit gem. § 266 StGB bejaht wurde, dürfe nicht zwangsläufig die Strafbarkeit gem. § 299 StGB folgen.⁴⁶⁰

Eine weitere Auseinandersetzung mit der Vergleichbarkeit der beiden Merkmale findet hinsichtlich der Rechtsbeziehung statt, welche diesen zugrunde liegt. So wird angeführt, eine Beauftragung könne sowohl im Gegensatz zur Vermögensbetreuungspflicht als auch zur Verfügungsbefugnis nicht gesetzlich eingeräumt werden, sondern erfordere vielmehr eine rechtsgeschäftliche Erteilung.⁴⁶¹

b) Grundlage der Beauftragung nach § 299 StGB

§ 266 StGB nennt neben dem Merkmal der gesetzlichen Befugniseinräumung auch das Merkmal der rechtsgeschäftlichen Befugniseinräumung. § 299 StGB nimmt demgegenüber keine Differenzierung vor, sondern benennt nur die Anstellung und die Beauftragung.

Es ist daher umstritten, ob die Beauftragung rechtsgeschäftlich erfolgen muss oder auch gerichtlich oder behördlich erfolgen kann.

Zur Bestimmung des Begriffs des Beauftragten könnte auf seine zivilrechtliche Bestimmung zurückgegriffen werden, wonach gem. § 662 BGB eine Beauftragung nur dann vorliegt, wenn sie vertraglich erfolgt ist.⁴⁶² Um aber nicht den Beauftragtenbegriff zu sehr einzuschränken,

⁴⁵⁹ *Krüger*, ZIS 2011, S. 692 (695).

⁴⁶⁰ *Krüger*, ZIS 2011, S. 692 (695).

⁴⁶¹ *Dieners*, PharmR 2010, 613 (615); *Frister/Lindemann/Peters*, Arztstrafrecht, Rn 354; *Geis*, wistra 2005, 369 (370); *Manthey*, GesR 2010, 601 (603); *Reese*, PharmR 2006, 92 (96); *Sahan/Urban*, ZIS 2011, 23 (24); *Schneider*, HRRS 2010, 241 (246).

⁴⁶² *Sahan*, ZIS 2007, 69 (71), der dies aber ablehnt.

hat es bereits das RG abgelehnt, die Beauftragung allein aufgrund zivilrechtlicher Gesichtspunkte zu bestimmen.⁴⁶³

Dennoch soll einer Ansicht zufolge nicht auf eine rechtsgeschäftliche Beziehung zum Geschäftsherrn verzichtet werden. Der Wortlaut des § 299 StGB erfordere nach allgemeinem Sprachempfinden zumindest eine individualisierte rechtsgeschäftliche Beziehung zum Geschäftsherrn.⁴⁶⁴ Ein Verzicht auf ein solches Erfordernis verstoße gegen das Analogieverbot gem. § 1 StGB, Art. 103 Abs. 2 GG.⁴⁶⁵ Darüber hinaus ergebe der Vergleich mit dem Wortlaut des § 266 StGB, dass das Merkmal der gesetzlichen Befugniseinräumung im Gegensatz dazu in § 299 StGB nicht erwähnt wird.⁴⁶⁶ Daraus könne geschlossen werden, dass eine gesetzliche Befugniseinräumung für die Beauftragung nach § 299 StGB nicht ausreichend sei.⁴⁶⁷

Andere berufen sich auf weitere Rechtsprechung des RG.⁴⁶⁸ Dieses folgert aus dem Begriff des Beauftragten, dass er seine Befugnis für einen Geschäftsbetrieb tätig zu werden, vom Geschäftsherrn ableiten und eine Berufung durch den Geschäftsherrn erfolgen müsse.⁴⁶⁹ Insoweit wird von einem personalem Befugniserteilungselement gesprochen und auf eine rechtsgeschäftliche Beauftragung verzichtet.⁴⁷⁰

⁴⁶³ RGSt, 68, 70 (74 ff.); Zustimmend insoweit auch *Sahan/Urban*, ZIS 2011, 23 (25).

⁴⁶⁴ *Brockhaus/Dann/Teubner/Tsambikakis*, wistra 2010, 418 (420); *Dieners*, PharmR 2010, 613 (617); *Reese*, PharmR 2006, 92 (97), der dies aber mit einem personalem Befugniserteilungselement verbindet; *Sahan*, ZIS 2007, 69 (72).

⁴⁶⁵ *Brockhaus/Dann/Teubner/Tsambikakis*, wistra 2010, 418 (420); *Dieners*, PharmR 2010, 613 (617); *Reese*, PharmR 2006, 92 (97); *Sahan*, ZIS 2007, 69 (72).

⁴⁶⁶ *Brockhaus/Dann/Teubner/Tsambikakis*, wistra 2010, 418 (420). *Sahan*, ZIS 2007, 69 (72).

⁴⁶⁷ *Brockhaus/Dann/Teubner/Tsambikakis*, wistra 2010, 418 (420); *Sahan*, ZIS 2007, 69 (72).

⁴⁶⁸ *Geis*, wistra 2005, 369 (370); *ders.*, wistra 2007, 361 (362).

⁴⁶⁹ RGSt 68, 119 (120); *Geis*, wistra 2005, 369 (370); *ders.* wistra 2007, 361 (362).

⁴⁷⁰ *Achenbach/Ransiek-Rönnau*, S. 242 Rn 12; *Geis*, wistra 2005, 369 (370); *ders.* wistra 2007, 361 (362).

Darüber hinaus wird teilweise auch eine nur gesetzliche Beauftragung für ausreichend erachtet und es wird somit auf eine rechtsgeschäftliche Beauftragung oder ein personales Befugniserteilungselement verzichtet.⁴⁷¹

Teilweise werden Rückschlüsse aus dem Begriff des Beauftragten in § 14 StGB gezogen, wonach eine Beauftragung auch durch einen „sonst dazu Befugten“ oder durch behördlichen Auftrag erfolgen kann.⁴⁷² Dies wird nach a.A. abgelehnt, da die „Quelle der Beauftragung“ im Rahmen des § 299 StGB niemand anderes sein könne als der Betriebsinhaber.⁴⁷³

Der BGH geht davon aus, dass eine vertragliche Beziehung entbehrlich sei.⁴⁷⁴ In dem Vorlagebeschluss betreffend die Strafbarkeit von Vertragsärzten bei der Verordnung von Hilfsmitteln gem. § 299 StGB hat der 3. Strafsenat des BGH insoweit ausgeführt, dass es im Hinblick auf Rechtsgut sowie Sinn und Zweck des § 299 StGB nicht maßgeblich sei, auf welcher rechtlichen Grundlage die Beauftragung beruhe.⁴⁷⁵ Entscheidend sei allein, ob es dem Beauftragten tatsächlich möglich sei, betriebliche Entscheidungen über den Bezug von Waren und Dienstleistungen mittelbar oder unmittelbar zu beeinflussen und ob es ihm im Interesse des Betriebs verwehrt sei, Leistungen der anderen Vertragsseite anzunehmen.⁴⁷⁶ Insoweit könnten auch außenstehende Personen Beauftragte sein.⁴⁷⁷ Der Vorlagebeschluss des 5. Strafsenats bezüglich der Strafbarkeit von Vertragsärzten bei der Verordnung von Arzneimitteln geht auf diese Frage nicht ein.

In dem sich anschließenden Beschluss führt der GSSSt schließlich aus, dass es schon vom Wortsinn her dem Begriff des Beauftragten immanent sei, dass die Übernahme im Interesse des Auftraggebers erfolge, welcher den

⁴⁷¹ LK-Tiedemann, § 299 Rn 17; MüKo-Diemer/Krick, § 299 Rn 5; NK-Dannecker, § 299 Rn 23a; a.A. Kölbl, NStZ 2010, 195 (196).

⁴⁷² LK-Tiedemann, § 299 Rn 17.

⁴⁷³ Achenbach/Ransiek-Rönnau, § 299 Rn 16.

⁴⁷⁴ BGHSt 2, 396 (401); so auch MüKo-Diemer/Krick, § 299 StGB Rn 5.

⁴⁷⁵ BGH, Vorlagebeschluss vom 05.05.2011, Az.: 3 StR 458/10 Rn 68.

⁴⁷⁶ BGH, Vorlagebeschluss vom 05.05.2011, Az.: 3 StR 458/10 Rn 68.

⁴⁷⁷ BGH, Vorlagebeschluss vom 05.05.2011, Az.: 3 StR 458/10 Rn 68.

Beauftragten frei auswähle und ihn bei der Ausübung seiner Tätigkeit anleite.⁴⁷⁸

Unerheblich sei insoweit, ob die Beauftragung im Rahmen eines zivilrechtlichen Auftragsverhältnisses oder auf Grundlage einer Vollmacht oder aufgrund einer faktischen Befugnis des Betriebs erfolge.⁴⁷⁹ Eine gesetzliche Beauftragung nennt der GSSt nicht.

c) Stellungnahme und Zwischenergebnis

Bevor ausführlich auf weitere Aspekte eingegangen wird, welche möglicherweise eine Beauftragung von Vertragsärzten nach § 299 StGB begründen, wird die Verfügungsbefugnis bzw. die Vermögensbetreuungspflicht mit der Beauftragteneigenschaft verglichen. Auch wird bestimmt, auf welcher Grundlage eine solche Beauftragung erfolgen soll.

aa) Vergleichbarkeit der Vermögensbetreuungspflicht bzw. der Verfügungsbefugnis des § 266 StGB mit der Beauftragung des § 299 StGB

Fraglich ist zunächst, ob eine Gleichsetzung dieser Tatbestandsmerkmale gerechtfertigt ist. In der Literatur wird ohne tiefer gehende Ausführungen überwiegend angeführt, die Begriffe seien weder im Hinblick auf ihren Inhalt noch auf ihr Rechtsgut deckungsgleich.⁴⁸⁰

Die Vermögensbetreuungspflicht bzw. die Verfügungsbefugnis des § 266 StGB und die Beauftragung des § 299 StGB haben aber bei allen

⁴⁷⁸ BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSSt 2/11, Rn 28.

⁴⁷⁹ BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSSt 2/11, Rn 28.

⁴⁸⁰ *Dieners*, PharmR 2010, 613 (615); *Frister/Lindemann/Peters*, Arztstrafrecht, Rn 354; *Geis*, wistra 2005, 369 (370) *Manthey*, GesR 2010, 601 (603); *Reese*, PharmR 2006, 92 (96); *Sahan/Urban*, ZIS 2011, 23 (24); *Schneider*, HRRS 2010, 241 (246); *Tron*, Kassenärzte, S. 152.

Vorbehalten gegen ihre Gleichsetzung etwas gemeinsam, was eine Vergleichbarkeit der Tatbestandsmerkmale nicht gänzlich abwegig erscheinen lässt. Die Tatbestandsmerkmale setzen sich damit auseinander, dass ein Dritter eine Entscheidung beeinflusst, welche originär dem Entscheidungsträger obliegt.

Bei der Untreue ist der originäre Entscheidungsträger der Vermögensträger. Der Treupflichtige nimmt eine ihm durch die Vermögensbetreuungspflicht und / oder die Verfügungsbefugnis ermöglichte Entscheidung bezogen auf das Vermögen des Vermögensträgers vor.

Bei der Bestechlichkeit ist originärer Entscheidungsträger der Geschäftsherr, dessen Entscheidung ein Beauftragter beeinflusst. Weitere maßgebliche Übereinstimmungen haben die Tatbestandsmerkmale aber nicht.

(1) Verfügungsbefugnis

Zunächst ist insoweit abzulehnen, die Beauftragung als Unterfall der Verfügungsbefugnis zu verstehen.⁴⁸¹ Die Verfügungsbefugnis hat im Gegenteil zur Beauftragung engere Voraussetzungen. Während in § 266 StGB die möglichen rechtlichen Grundlagen für eine solche Befugnis abschließend genannt sind, spricht § 299 StGB lediglich abstrakt von der Beauftragung. Darüber hinaus soll die Beauftragung Auffangfunktion haben, während die Verfügungsbefugnis im Hinblick auf die Rechtsprechung des BVerfG eng auszulegen ist.⁴⁸²

Auch ist in § 266 StGB bereits genau vorgegeben, dass die Verfügungsbefugnis sich auf das Vermögen beziehen muss.⁴⁸³ Ein solcher Bezug kann aber der Definition des Beauftragten in § 299 StGB nicht entnommen werden. Allein maßgeblich ist, dass der Beauftragte zumindest

⁴⁸¹ Dies befürworten *Sahan/Urban*, ZIS 2011, 23 (24).

⁴⁸² Insoweit zutreffend *Krüger*, ZIS 2011, 692 (696).

⁴⁸³ *S/S-Perron*, § 266 StGB Rn 4; *Achenbach/Ransiek-Seier*, S. 618.

mittelbar Einfluss auf die Entscheidungen des Geschäftsbetriebs nehmen kann.⁴⁸⁴

Mithin ist die Verfügungsbefugnis im Verhältnis zur Beauftragung enger definiert, so dass die Beauftragung ihr nicht unterfallen kann und auch mit ihr nicht vergleichbar ist.

(2) Vermögensbetreuungspflicht

Auch die Vermögensbetreuungspflicht erfordert eine inhaltlich besonders qualifizierte Pflicht.⁴⁸⁵ Zwar ist hier - und insoweit vergleichbar - die tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit des Treupflichtigen entscheidend. Das ändert jedoch nichts daran, dass bei der Untreue ein Vermögensbezug unabdingbar ist.

Die Vermögensbetreuung muss wesentlicher Inhalt bzw. Hauptpflicht des betreffenden Rechtsverhältnisses sein.⁴⁸⁶ Das ist mit § 299 StGB nicht vergleichbar, widerspricht letztlich auch seinem Rechtsgut, welches nicht dem Schutz von Vermögen dient.⁴⁸⁷

(3) Unterschiede der Tatbestände

Im Tatbestand der Untreue wird darüber hinaus differenziert zwischen den Befugnissen im Innenverhältnis und den Befugnissen im Außenverhältnis. In der ersten Alternative des Missbrauchstatbestands soll das Vermögen vor den Gefahren geschützt werden, welche sich aus der Einräumung von Dispositionsbefugnissen im Außenverhältnis ergeben.⁴⁸⁸ Hingegen soll die

⁴⁸⁴ Siehe dazu oben auf S. 80.

⁴⁸⁵ S/S-Perron, § 266 StGB Rn 23.

⁴⁸⁶ Tron, Kassenärzte, S. 151 dieser prüft die Vergleichbarkeit jedoch anhand der tatsächlichen Pflichten und Aufgaben von Vertragsärzten und nicht bezüglich einer generellen Vergleichbarkeit.

⁴⁸⁷ Siehe dazu oben auf S. 67.

⁴⁸⁸ S/S-Perron, § 266 StGB Rn 2.

zweite Alternative des Treubruchtatbestandes das Vermögen vor den Risiken bewahren, welche daraus resultieren, dass im Innenverhältnis Dispositionsbefugnisse gewährt werden.⁴⁸⁹

Eine solche Differenzierung zwischen Innen- und Außenverhältnis wird in § 299 StGB nicht vorgenommen. Allein sanktioniert wird die Verfälschung der Entscheidungsgrundlage des Geschäftsherrn. Zwar werden Differenzierungen in Abs. 1 und Abs. 2 vorgenommen. Diese betreffen aber nur diejenige Person, von welcher die Verfälschung ausgeht.

Unter Zugrundelegung des hier gefundenen Rechtsguts dient dieses auch der Auslegung der Tatbestandsmerkmale. Zwar rückt sowohl im Rahmen des § 266 StGB als auch im Rahmen des § 299 StGB jemand in den Entscheidungsspielraum des eigentlichen Entscheidungsträgers. Das Rechtsgut des Allgemeininteresses am laueren Wettbewerb nebst der Definition der Lauterkeit als entscheidungsmaßgebliches Leistungsprinzip verdeutlicht aber die Zwecksetzung des Tatbestandsmerkmals der Beauftragung.

Der Beauftragte unterfällt dem Tatbestand des § 299 StGB nicht deshalb, weil er wie bei der Untreue die ihm eingeräumte Entscheidungsmacht über fremdes Vermögen zu verfügen, von innen heraus fehlgebraucht. Vielmehr ist er vom Tatbestand umfasst, weil er die Entscheidungsgrundlage seines Geschäftsbetriebs verfälscht und dabei das Leistungsprinzip als Entscheidungsmaßstab umgeht, indem er die erhaltenen Vorteile nicht an den Geschäftsbetrieb weiterreicht.⁴⁹⁰

Der Beauftragte wird damit sanktioniert, weil er die dem Geschäftsherrn obliegende Entscheidung aufgrund von Tatsachen getroffen hat, die dem Geschäftsherrn als Entscheidungsgrundlage nicht bekannt sind.⁴⁹¹ Der

⁴⁸⁹ S/S-*Perron*, § 266 StGB Rn 2.

⁴⁹⁰ *Koepsel*, Bestechlichkeit, S. 105.

⁴⁹¹ *Tron*, Kassenärzte, S. 177, welcher eine Vergleichbarkeit letztlich auch ablehnt, weil § 299 StGB im Gegensatz zu § 266 StGB kein „Pflichtverletzungsdelikt“ darstelle.

Treupflichtige wird hingegen sanktioniert, weil die von ihm getroffene Entscheidung zu einem Vermögensschaden führt.

Eine Vergleichbarkeit der Vermögensbetreuungspflicht bzw. der Verfügungsbefugnis des § 266 StGB mit der Beauftragung des § 299 StGB ist daher abzulehnen. Allein aufgrund der bereits bejahten Vermögensbetreuungspflicht von Vertragsärzten kann daher keine Beauftragung gem. § 299 StGB angenommen werden.

bb) Grundlage der Beauftragung nach § 299 StGB

Die Grundlage der Übertragung der Befugnisse stünde der Vergleichbarkeit aber nicht entgegen. Während Verfügungsbefugnis und die Vermögensbetreuungspflicht des § 266 nur durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumt werden können, kann eine Beauftragung bereits aufgrund der nun erläuterten Kriterien bejaht werden.

Unter Zugrundelegung des ermittelten Rechtsguts des § 299 StGB kann hier zunächst nur entscheidend sein, dass der Beauftragte tatsächlich auf die Entscheidungen des Geschäftsherrn Einfluss nimmt. Insofern ist dem BGH zuzustimmen, wenn er es im Hinblick auf Rechtsgut sowie Sinn und Zweck des § 299 StGB nicht für maßgeblich hält, auf welcher Rechtsgrundlage die Beauftragung beruht.⁴⁹²

Das Rechtsgut des § 299 StGB ist nach der hier vertretenen Auffassung das Allgemeininteresse am lauterem Wettbewerb nebst der Definition der Lauterkeit als Entscheidungsmaßstab im Sinne des Leistungsprinzips. Sinn und Zweck ist mithin der Schutz des lauterem Wettbewerbs und damit auch die Lauterkeit in Gestalt des Leistungsprinzips als Entscheidungsmaßstab.

⁴⁹² BGH, Vorlagebeschluss vom 05.05.2011, Az.: 3 StR 458/10, Rn 68.

Der Schutz des lautereren Wettbewerbs ist aber umso effektiver, je weniger Anforderungen an das Beauftragungsverhältnis gestellt werden. Im Hinblick auf das Analogieverbot nach § 1 StGB i.V.m. Art. 103 Abs. 2 GG müssen dabei unzulässige Analogien vermieden werden, welche die Wortlautgrenze überschreiten. Es muss daher auf eine rechtsgeschäftliche Beauftragung verzichtet werden. Rechtsgeschäfte erfordern das Vorliegen einer Vielzahl von Anforderungen, so dass der Beauftragtenbegriff und damit der Tatbestand nebst seiner Schutzwirkungen zu sehr eingeschränkt würde.

Zudem ist im Hinblick auf das Leistungsprinzip als Entscheidungsmaßstab vorwiegend entscheidend, ob eine Entscheidungsgrundlage überhaupt verfälscht wird. Irrelevant ist insoweit, auf welcher Grundlage der Entscheidungsträger zwischen den Nachfragenden und den Leistenden einrücken konnte.

Auch wird die Wortlautgrenze mit der Ablehnung des Erfordernisses einer rechtsgeschäftlichen Grundlage nicht überschritten. Es ist nicht nachzuvollziehen, warum der Begriff der Beauftragung bereits nach allgemeinem Sprachempfinden eine individualisierte rechtsgeschäftliche Beziehung erfordern sollte.⁴⁹³ Von welcher rechtlichen Natur die Beauftragung ist, spielt im allgemeinen Sprachempfinden weit weniger eine Rolle als das Wesen der Beauftragung selbst. Dieses liegt nach allgemeinem Sprachgebrauch darin, dass der Beauftragte eine Aufgabe für den Auftraggeber wahrnimmt.⁴⁹⁴

Es ist daher denjenigen zuzustimmen, welche in dem Wortlaut der Norm einen Anhaltspunkt für das Erfordernis zumindest eines personalen Befugniserteilungselements sehen.⁴⁹⁵ Bereits der Begriff des Beauftragten

⁴⁹³ *Brockhaus/Dann/Teubner/Tsambikakis*, wistra 2010, 418 (420); *Dieners*, PharmR 2010, 613 (617); *Reese*, PharmR 2006, 92 (97); *Sahan*, ZIS 2007, 69 (72).

⁴⁹⁴ So auch BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSSt 2/11, Rn 28, der insoweit aber noch das Interesse des Geschäftsherrn mit einbezieht, welches in der vorliegenden Bearbeitung abgelehnt wird.

⁴⁹⁵ Maßgeblich dafür *Geis*, wistra 2005, 369 (370); *ders.*, wistra 2007, 361 (362).

legt das nahe. Wo ein Beauftragter ist, muss auch ein Auftraggeber sein, welcher den Beauftragten in seinen Entscheidungsbereich einrücken lässt.⁴⁹⁶

Abzulehnen ist daher *Pragal/Apfels* Auffassung, wonach auch ein solches Element nicht erforderlich sei, da auch Beauftragte denkbar seien, welche völlig fremdbestimmt durch einen Dritten dem Geschäftsherrn „vorgesetzt“ würden.⁴⁹⁷

Nicht zuzustimmen ist dem BGH in der Annahme, es sei auch entscheidend, ob dem Beauftragten im Interesse des Betriebs verwehrt sei, Leistungen der anderen Vertragsseite anzunehmen.⁴⁹⁸ Eine solche Folgerung lässt sich aus dem Rechtsgut nicht ableiten. Sie würde zu sehr auf eine Wahrung der Interessen des Geschäftsherrn abstellen, welche aber, wie aufgezeigt, für § 299 StGB gerade nicht erforderlich ist.

Eine Beauftragung im Sinne des § 299 StGB ist somit zu bejahen, wenn der Beauftragte die Möglichkeit hat, auf die Entscheidungen des Geschäftsbetriebs Einfluss zu nehmen, und der Auftrag ihm zumindest vom Geschäftsbetrieb erteilt wurde, ohne dass insoweit eine rechtsgeschäftliche oder sonstige Grundlage dafür erforderlich ist.

d) Stellung niedergelassener Vertragsärzte im System der gesetzlichen Krankenversicherung

Im Folgenden wird anhand der dargestellten Stellung und Funktion von Vertragsärzten im System der gesetzlichen Krankenversicherung ermittelt, worauf sich eine Beauftragung gründen könnte. Dazu wird zunächst der Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung dargestellt, bevor abschließend Stellung genommen wird.

⁴⁹⁶ *Geis*, GesR 2011, 641 (647).

⁴⁹⁷ So auch der BGH, Vorlagebeschluss vom 05.05.2011, Az.: 3 StR 458/10, Rn 71; *Pragal/Apfel*, A&R 2007, 10 (13).

⁴⁹⁸ So aber BGH, Vorlagebeschluss vom 05.05.2011, Az.: 3 StR 458/10, Rn 68 und BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSSt 2/11, Rn 28.

Bislang stützte sich die Diskussion um die Strafbarkeit von Vertragsärzten auf die Rechtsprechung des BSG zur Vertreterstellung von Vertragsärzten bei der Arzneimittelversorgung. Wie oben dargestellt, hat das BSG diese Rechtsprechung mittlerweile aufgegeben.⁴⁹⁹ Der Vergütungsanspruch von Apothekern soll nun allein auf öffentlich rechtlicher Grundlage beruhen, ohne dass dem Vertragsarzt rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht zukommt.

Die Änderung der Rechtsprechung des BSG hat nach *Manthey* zur Folge, dass es für die Strafbarkeit von Vertragsärzten nach § 299 StGB an der bisherigen sozialversicherungsrechtlichen Grundlage fehle.⁵⁰⁰ Ohne eine Willenserklärung von Vertragsärzten zum Abschluss eines Kaufvertrags mit Wirkung für und gegen eine Krankenkasse lasse sich eine Beauftragung kaum begründen.⁵⁰¹ Auch wenn Vertragsärzte weiterhin das Rahmenrecht von Versicherten auf die Versorgung mit Arzneimitteln konkretisierten, fehle es an der Einschaltung von Vertragsärzten beim Kaufvertragsschluss, in welchem das OLG Braunschweig gerade die Wahrnehmung der Vermögensinteressen der Krankenkasse begründet gesehen habe.⁵⁰²

Mit dem Wegfall der Vertreterstellung von Vertragsärzten entfällt somit eine bislang als wesentlich betrachtete rechtliche Beziehung des Vertragsarztes zu den Krankenkassen. Rechtsgeschäftliche Beziehungen zwischen Vertragsärzten und Krankenkassen bestehen grundsätzlich keine, da zwischen Vertragsärzten und Krankenkassen der Abschluss von Einzelverträgen ausgeschlossen ist.⁵⁰³ Nur vereinzelt und temporär dürfen Verträge mit Vertragsärzten geschlossen werden.⁵⁰⁴

⁴⁹⁹ Siehe oben S.32.

⁵⁰⁰ *Manthey*, GesR 2010, 601 (602).

⁵⁰¹ *Manthey*, GesR 2010, 601 (602).

⁵⁰² *Manthey*, GesR 2010, 601 (602).

⁵⁰³ *Geis*, wistra 2007, 361 (362); ders., GesR 2011, 641 (645); *Sahan*, ZIS 2007, 69 (73).

⁵⁰⁴ *Geis*, wistra 2007, 361 (362); ders., GesR 2011, 641 (645).

Ansonsten bestehen lediglich öffentlich-rechtliche Beziehungen zwischen Kassenärztlichen Vereinigungen und Vertragsärzten sowie zwischen Kassenärztlichen Vereinigungen und Krankenkassen.⁵⁰⁵

Die vom BSG geänderte Rechtsprechung ist jedoch nicht die einzige Grundlage für die Annahme der Beauftragung von Vertragsärzten durch Krankenkassen. Es werden im Übrigen die folgenden Möglichkeiten einer Beauftragung diskutiert:

aa) Zulassung

Möglicher Anknüpfungspunkt ist die Zulassung von Vertragsärzten zur Versorgung gesetzlich Versicherter.⁵⁰⁶ Wie oben dargestellt, erfolgt die Zulassung durch Verwaltungsakt.⁵⁰⁷

Die Zulassung zur gesetzlichen Krankenversicherung erfolgt zudem nicht durch die Krankenkassen, sondern durch den eigenständigen Zulassungsausschuss, welcher paritätisch besetzt ist mit Vertretern der Vertragsärzte und Krankenkassen.⁵⁰⁸ Dies erkennt zwar auch der GSt des BGH, geht jedoch davon aus, dass dies allein noch nicht der Annahme einer Beauftrageneigenschaft entgegenstehe.⁵⁰⁹

Überwiegend wird vertreten, eine Beauftragung könne nicht aufgrund der Zulassung angenommen werden, da darin keine Berufung durch den Geschäftsherrn Krankenkasse liege und ein personales Befugniserteilungselement somit ausscheide.⁵¹⁰ Der Zulassungsausschuss sei

⁵⁰⁵ *Brockhaus/Dann/Teubner/Tsambikakis*, wistra 2010, 418 (420); *Dieners*, PharmR 2010, 613 (616); *Schneider*, HRRS 2010, 241 (246).

⁵⁰⁶ *Pragal*, NStZ 2005, 133 (135 f); *ders./Apfel*, A&R 2007, 10 (13).

⁵⁰⁷ *Reese*, PharmR 2006, 92 (97); *Sahan*, ZIS 2007, 69 (72); *Schneider*, HRRS 2010, 241 (246). Siehe oben S. 17.

⁵⁰⁸ BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSt 2/11, Rn 30; *Dieners*, PharmR 2010, 613 (617); *Reese*, PharmR 2006, 92 (97).

⁵⁰⁹ BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSt 2/11, Rn 30.

⁵¹⁰ *Dieners*, PharmR 2010, 613 (617); *Geis*, wistra 2007, 361 (362); *Reese*, PharmR 2006, 92 (97).

gerade nicht bei der Krankenkasse angesiedelt, so dass die Befugnis daher nicht vom in Frage kommenden Geschäftsherrn erteilt werde.⁵¹¹

Pragal merkt insoweit an, dass besonders in Fällen, in denen der Beauftragte dem Prinzipal fremdbestimmt durch einen Dritten vorgesetzt werde, der Prinzipal umso mehr vor dem Missbrauch der Vertretungsmacht durch den Beauftragten geschützt werden müsse.⁵¹² Er bejaht daher die Beauftragung des Vertragsarztes durch Zulassung.⁵¹³

Diejenigen, welche eine rechtsgeschäftliche Beauftragung im Rahmen des § 299 StGB für erforderlich halten, verneinen eine Beauftragung aufgrund der Zulassung per Verwaltungsakt.⁵¹⁴

Anderer Ansicht zufolge ist allein die tatsächliche Möglichkeit der Einflussnahme für die Beauftragung maßgeblich und diese sei bei Vertragsärzten darin zu sehen, dass diese mit dem Instrument der Verordnung eine Zahlungspflicht der Krankenkasse begründen könnten.⁵¹⁵

bb) Sicherstellungsauftrag

Darüber hinaus wird eine Beauftragung von Vertragsärzten auf Grundlage des gesetzlichen Sicherstellungsauftrags gem. § 72 SGB V bejaht.⁵¹⁶ Da es Vertragsärzten obliege, die Versorgung der gesetzlich Versicherten zu gewährleisten, handelten sie kraft gesetzlichem Auftrag.⁵¹⁷

⁵¹¹ *Geis*, wistra 2007, 361 (362).

⁵¹² *Pragal/Apfel*, A&R 2007, 10 (13).

⁵¹³ *Pragal/Apfel*, A&R 2007, 10 (13).

⁵¹⁴ *Sahan*, ZIS 2007, 69 (73 f).

⁵¹⁵ *Taschke*, StV 2005, 406 (411).

⁵¹⁶ *Pragal*, NStZ 2005, 133 (135); LK-*Tiedemann*, § 299 Rn 17.

⁵¹⁷ LK-*Tiedemann*, § 299 Rn 17.

Überwiegend wird eine solche Beauftragung auf Grundlage des Sicherstellungsauftrags aber abgelehnt.⁵¹⁸ § 72 SGB V regelt, dass Krankenkassen und Vertragsärzte gleichgeordnet „zusammenwirken“.⁵¹⁹ Daraus folge, dass jeder in seinem Verantwortungsbereich tätig werde, nicht aber ein Tätigwerden von Vertragsärzten für Krankenkassen.⁵²⁰

Der GSSt des BGH geht davon aus, dass die Sicherstellung nach § 72 SGB V einen Ausgleich des prinzipiellen Interessenkonflikts der an der vertragsärztlichen Versorgung Beteiligten bezwecke.⁵²¹ Dieser Ausgleich vollziehe sich in einem System der Selbstverwaltung und daher liege ein kooperatives, gleichgeordnetes Zusammenwirken der Beteiligten vor, welches einer Beauftragung entgegenstehe.⁵²²

In der Literatur wird zudem teilweise angenommen, dass der Sicherstellungsauftrag allein den Kassenärztlichen Vereinigungen obliege, womit eine Beauftragung von Vertragsärzten durch die Krankenkassen ausscheide.⁵²³

cc) Wirtschaftlichkeitsgebot

Da in der Rechtsprechung des BGH zur Untreue die Vermögensbetreuungspflicht von Vertragsärzten auf das Wirtschaftlichkeitsgebot gem. § 12 SGB V gestützt wird, wird auch eine Beauftragung auf Grundlage dieser Vorschrift diskutiert⁵²⁴ und teilweise bejaht.⁵²⁵

⁵¹⁸ *Dieners*, PharmR 2010, 613 (616); *Geis*, wistra 2005, 369 (370); *ders.*, wistra 2007, 361 (362) *Lackner/Kühl*, § 299 Rn 2; *Klötzer*, NStZ 2008, 12 (14); *Sahan*, ZIS 2007, 69 (73).

⁵¹⁹ *Dieners*, PharmR 2010, 613 (616); *Klötzer*, NStZ 2008, 12 (14); *Reese*, PharmR 2006, 92 (96); *Sahan*, ZIS 2007, 69 (73).

⁵²⁰ *Dieners*, PharmR 2010, 613 (616); *Klötzer*, NStZ 2008, 12 (14); *Reese*, PharmR 2006, 92 (96); *Sahan*, ZIS 2007, 69 (73).

⁵²¹ BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSSt 2/11, Rn 32.

⁵²² BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSSt 2/11, Rn 32.

⁵²³ *Geis*, wistra 2007, 361 (362); *Reese*, PharmR 2006, 92 (96); *Sahan*, ZIS 2007, 69 (73).

⁵²⁴ *Taschke*, StV 2007, 406 (411); *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht, S. 301.

⁵²⁵ *Frister/Lindemann/Peters*, Arztstrafrecht, S. 301.

Anderer Ansicht nach soll sich aus § 12 SGB V ergeben, dass Vertragsärzte rechtlichen Bindungen zu Krankenkassen unterlägen.⁵²⁶ Jedoch sollen Maßgaben wie § 12 SGB V nur allgemeine Verpflichtungen darstellen, welche den Wesenskern des Verhältnisses zwischen Krankenkasse und Vertragsärzten nicht berührten.⁵²⁷

Gegen eine Beauftragung aus § 12 SGB V wird zudem angeführt, dass Vertragsärzte auf Entscheidungen, welche den Waren- und Leistungsaustausch betreffen, keinen Einfluss hätten.⁵²⁸ Ihnen obliege vielmehr nur die medizinische Einschätzung.⁵²⁹ Die Entscheidung über die Einwendungen der Unwirtschaftlichkeit, der Unzweckmäßigkeit und der Nichterforderlichkeit verblieben bei den Krankenkassen, so dass Vertragsärzte auf deren Entscheidungen keinen bestimmenden Einfluss nähmen.⁵³⁰

Der GSSt des BGH geht davon aus, dass grundsätzlich beim Tätigwerden von Vertragsärzten die Bindung an den Patienten im Vordergrund stehe und daher das Wirtschaftlichkeitsgebot nicht bewirken könne, dass ein Vertragsarzt „aus dem Auftragsverhältnis zum Patienten gleichsam herausgebrochen und zum Beauftragten der Krankenkasse wird“.⁵³¹

Im Gegensatz zum Patienten habe die Krankenkasse nur in geringem Maße Einfluss auf das Zustandekommen des Behandlungsvertrags, auf dessen Grundlage sich gerade die ärztliche Verordnung zu Lasten der Krankenkasse vollziehe.⁵³² Vertragsärzte würden in erster Linie im Interesse des Patienten tätig.⁵³³ Eine Beauftragung durch Krankenkassen sei damit zu verneinen.⁵³⁴

⁵²⁶ *Taschke*, StV 2005, 406 (411).

⁵²⁷ *Taschke*, StV 2005, 406 (411).

⁵²⁸ *Klötzer*, NStZ 2008, 12 (15).

⁵²⁹ *Klötzer*, NStZ 2008, 12 (15).

⁵³⁰ *Klötzer*, NStZ 2008, 12 (15).

⁵³¹ BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSSt 2/11, Rn 33.

⁵³² BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSSt 2/11, Rn 33.

⁵³³ BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSSt 2/11, Rn 34.

⁵³⁴ BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSSt 2/11, Rn 33.

Darüber hinaus sollen nach Ansicht des GStt Vertragsärzte nicht als Beauftragte der Krankenkassen qualifiziert werden können, weil bereits durch die Richtlinien des G-BA die Verordnungsmöglichkeiten des Vertragsarztes auf bestimmte Medikamente beschränkt seien.⁵³⁵

Die Überwachung der Wirtschaftlichkeit der Verordnung von Arzneimitteln obliege Kassenärztlichen Vereinigungen, welche gemeinsam mit den Krankenkassen Prüfungsstellen gründeten, so dass die Krankenkassen nicht in eigener Verantwortung über die wirtschaftliche Ordnungsweise von Vertragsärzten entscheiden würden.⁵³⁶

dd) Freiberufliche Tätigkeit

Gem. § 32 Abs. 1 Ä-ZV und § 1 Abs. 1 BÄO sind Vertragsärzte freiberuflich tätig.

Wie oben dargestellt,⁵³⁷ hat bereits das BVerfG entschieden, dass Vertragsärzte durch ihre Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung zwar in ein öffentlich-rechtliches System einbezogen werden, zu den Krankenkassen aber keine unmittelbaren Rechtsbeziehungen entstehen und es bei ihrer freiberuflichen Tätigkeit verbleibt. Daraus wird überwiegend geschlossen, dass die freiberufliche Tätigkeit von Vertragsärzten der Beauftragung i.S.d. § 299 StGB entgegenstehe.⁵³⁸

⁵³⁵ BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GStt 2/11, Rn 38.

⁵³⁶ BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GStt 2/11, Rn 44.

⁵³⁷ Siehe diesbezüglich oben auf S. 42.

⁵³⁸ *Dieners*, PharmR 2010, 613 (616); *Klötzer*, NSTZ 2008, 12 (14); *Reese*, PharmR 2006, 92 (97) *Taschke*, StV 2005, 406 (410); *Tron*, Kassenärzte S. 160 ff., der dies grds. als Hauptargument gegen eine Strafbarkeit nach § 299 StGB versteht. Bei Vertragsärzten will er aber eine Strafbarkeit nicht aufgrund ihrer Freiberuflichkeit ablehnen. Die tatsächliche Ausprägung des Berufs von Vertragsärzten habe sich vom Leitbild des Freiberuflers zu weit entfernt.

Der GSSt des BGH wollte hingegen nicht aufgrund der Freiberuflichkeit von Vertragsärzten die Beauftragteneigenschaft ablehnen.⁵³⁹ Für einen Beauftragten sei die fehlende Einordnung in einen geschäftlichen Betrieb aufgrund seiner freiberuflichen Tätigkeit gerade typisch.⁵⁴⁰

ee) Einschränkungen bei der Verordnung

Zudem stellt der GSSt des BGH darauf ab, dass an der Auswahl des an den Patienten auszugebenden Arzneimittels auch der Apotheker beteiligt sei.⁵⁴¹ Mit der Aut-idem-Substitution obläge es letztlich den beteiligten Apothekern, ein Arzneimittel auszusuchen, es sei denn, dieses wurde durch den verordnenden Vertragsarzt aktiv ausgeschlossen.⁵⁴²

Auch sei der Apotheker gem. § 129 Abs. 1 Nr. 2 SGB V zur Abgabe preisgünstiger importierter Arzneimittel verpflichtet, wenn diese unterhalb des Bezugsabgabepreis lägen.⁵⁴³ Damit würden regelmäßig die Verordnung des Vertragsarztes und damit seine Entscheidung ersetzt.⁵⁴⁴

ff) Koinzidenzprinzip

Das Koinzidenzprinzip im Strafrecht erfordert eine gleichzeitige Verwirklichung aller Tatbestandsmerkmale.⁵⁴⁵

Dies soll bei einer Strafbarkeit von Vertragsärzten nach § 299 StGB nicht gegeben sein, da diese erst „bei der Verordnung“ eintragen würden, für

⁵³⁹ BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSSSt 2/11, Rn. 30.

⁵⁴⁰ BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSSSt 2/11, Rn. 30 unter Verweis auf LK-*Tiedemann*, § 299 Rn 16.

⁵⁴¹ So auch BGH, Vorlagebeschluss vom 05.05.2011, Az.: 3 StR 458/10, Rn 71; *Pragal/Apfel*, A&R 2007, 10 (13).

⁵⁴² BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSSSt 2/11, Rn 39.

⁵⁴³ BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSSSt 2/11, Rn 40.

⁵⁴⁴ BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSSSt 2/11, Rn 40.

⁵⁴⁵ *Geis*, wistra 2007, 361 (363).

welche Krankenkasse diese Verordnung gelten soll.⁵⁴⁶ Die Beeinflussung der Pharmahersteller gehe der Verordnung aber regelmäßig zeitlich voraus.⁵⁴⁷ Im Zeitpunkt der Beeinflussung handelten Vertragsärzte somit nicht „als Beauftragte“, da eine Beauftragung erst mit der Verordnung entstehe.⁵⁴⁸

Hiergegen wird aber eingewandt, dass eine Zulassung heute nur zu allen Krankenkassen gleichzeitig erfolge.⁵⁴⁹ Sieht man darin eine generelle Beauftragung im Zeitpunkt der Zulassung, folgt die Verordnung dieser zeitlich nach und es liegt kein Verstoß gegen das Koinzidenzprinzip vor. Der GSt des BGH geht auf diesen Aspekt nicht ein.

gg) Sonstiges

Darüber hinaus wird auch auf die geschichtliche Entwicklung des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung abgestellt. Bereits historisch betrachtet sei gerade keine Beziehung zwischen Krankenkassen und Vertragsärzten begründet.⁵⁵⁰

Im Übrigen werden sämtliche Beziehungen zu den Krankenkassen abgelehnt, da der Vertragsarzt keinen Honoraranspruch gegenüber den Krankenkassen habe und die Krankenkassen zudem keine Behandlung vom Vertragsarzt einklagen könnten.⁵⁵¹

⁵⁴⁶ *Dieners*, PharmR 2010, 613 (619); *Geis*, wistra 2007, 361 (363).

⁵⁴⁷ *Geis*, wistra 2007, 361 (363).

⁵⁴⁸ *Geis*, wistra 2007, 361 (363).

⁵⁴⁹ BGH, Vorlagebeschluss vom 05.05.2011, Az.3 StR 458/10, Rn 39.

⁵⁵⁰ Siehe dazu oben auf S. 11; *Brockhaus/Dann/Teubner/Tsambikakis*, wistra 2010, 418 (420).

⁵⁵¹ *Reese*, PharmR 2006, 92 (96).

f) Kritik an der Entscheidung des GSSt des BGH

In die sich nun anschließende Stellungnahme zur Beauftragtenstellung der Vertragsärzte werden auch die folgenden kritischen Stimmen der Literatur zur Entscheidung des GSSt einfließen.

Die Entscheidung des GSSt des BGH wird überwiegend positiv bewertet, da er sich in dem unübersichtlichen Meinungsstand insbesondere für Praktiker und Betroffene klar positioniert und die Beauftragteneigenschaft sowie die Amtsträgereigenschaft von Vertragsärzten abgelehnt habe.⁵⁵²

Teilweise wird kritisiert, eine dezidierte Auseinandersetzung mit den in der Literatur vorgebrachten Argumenten habe nicht stattgefunden.⁵⁵³ Der GSSt des BGH verpasse es, dem Begriff des Beauftragten sowie dem des Amtsträgers über den Einzelfall des Pharmamarketings hinaus Schärfe auch für andere Fälle zu geben.⁵⁵⁴

Kritisiert wird an der Entscheidung auch, dass der GSSt des BGH die freiberufliche Tätigkeit von Vertragsärzten außer Acht lasse.⁵⁵⁵

Auch würden die Substitutionsmöglichkeiten nach § 129 SGB V den Einfluss von Vertragsärzten auf Entscheidungen von Krankenkassen tatsächlich kaum einschränken.⁵⁵⁶ Bei der Verordnung könnten erstere die Aut-idem-Substitution ausschließen und die Abgabe importierter Arzneimittel greife erst ab einer bestimmten Preisersparnis gegenüber dem Bezugsarzneimittel.⁵⁵⁷

⁵⁵² Brockhaus, ZWH 2012, 278 (279); Hohmann, wistra 2012, 388 (389); Szesny/Remplik, MedR 2012, 662.

⁵⁵³ Wengenroth/Meyer, JA 2012, 646.

⁵⁵⁴ Krüger, StraFo 2012, 308 (309); Wengenroth/Meyer, JA 2012, 646.

⁵⁵⁵ Hohmann, wistra 2012, 388 (389); Kraatz, NZWiSt 2012, 273 (275).

⁵⁵⁶ Kraatz, NZWiSt 2012, 273 (277).

⁵⁵⁷ Kraatz, NZWiSt 2012, 273 (277).

Als mögliche Folge wird positiv bewertet, dass die Entscheidung des GSSt nun auch Konsequenzen für die Vertragsarztuntreue haben könnte, bei welcher bislang eine Vermögensbetreuungspflicht von Vertragsärzten gem. § 266 StGB aufgrund des Wirtschaftlichkeitsgebots gem. § 12 SGB V und der Stellung von Vertragsärzten als Vertreter der Krankenkassen angenommen wurde.⁵⁵⁸

g) Stellungnahme

Auch die vorliegende Bearbeitung kommt aufgrund der nachfolgenden Erwägungen zu dem Ergebnis, dass eine Strafbarkeit von Vertragsärzten nach § 299 StGB abzulehnen ist.

aa) Zulassung

Eine Beauftragung durch die Zulassung zum System der gesetzlichen Krankenversicherung kann nach der hier vertretenen Auffassung nicht bejaht werden.

Unschädlich ist insoweit, dass mit der Zulassung durch Verwaltungsakt keine rechtsgeschäftliche Grundlage der Beauftragung vorliegt. Da ein personales Befugniserteilungselement vorliegend für erforderlich gehalten wird,⁵⁵⁹ steht der Beauftragung durch Zulassung vielmehr entgegen, dass die Zulassung vom Zulassungsausschuss erteilt wird und dieser als eigenständiges Organ nicht dem Geschäftsbetrieb Krankenkasse und mithin nicht dem Auftraggeber zugeordnet werden kann.⁵⁶⁰

Solange es der GSSt des BGH für irrelevant hält, dass die Zulassung nicht durch die Krankenkassen erfolgt,⁵⁶¹ ist das darauf zurückzuführen, dass dieser

⁵⁵⁸ *Krüger*, StraFo 2012, 308 (315).

⁵⁵⁹ Siehe dazu auf S. 94 ff.

⁵⁶⁰ *Geis*, wistra 2007, 361 (362).

⁵⁶¹ BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSSt 2/11, Rn 32.

auch ein personales Befugniserteilungselement für die Beauftragung nicht für erforderlich hält. Dem wird aber, wie oben aufgezeigt,⁵⁶² nicht gefolgt. Dem GSSt des BGH kann sich insoweit nur bedingt angeschlossen werden.

bb) Sicherstellungsauftrag

Eine Beauftragung kann auch nicht aus dem gesetzlichen Sicherstellungsauftrag gem. § 72 SGB V gefolgert werden. Zu Recht wird insoweit überwiegend angeführt, dass Krankenkassen und Vertragsärzte zum Zwecke der Sicherstellung zusammenwirken.⁵⁶³ Aufgrund dieser Gleichordnung kann nicht angenommen werden, Vertragsärzte würden im Auftrag der Krankenkassen tätig.

Bislang wurde jedoch im Rahmen der Diskussion um die Strafbarkeit von Vertragsärzten ein weiterer, maßgeblicher Aspekt der Sicherstellung außer Acht gelassen. Der GSSt hat zutreffend ausgeführt, dass die Sicherstellung in einem System der Selbstverwaltung bzw. durch kollektivvertragliche Normsetzung vollzogen wird.⁵⁶⁴ Der GSSt schließt daraus jedoch lediglich, dass eine Gleichordnung einer Beauftragung entgegenstehe.

Hingegen wird der Aspekt vernachlässigt, dass eine Beauftragung überhaupt ermöglichen muss, dass der Beauftragte Einfluss auf die Entscheidungen des Geschäftsbetriebs nehmen kann. Der Sicherstellungsauftrag ermöglicht es weder Krankenkassen noch Vertragsärzten, Einzelfallentscheidungen, wie die Gewährung bzw. Verordnung von Arzneimitteln, zu treffen. Die Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung vollzieht sich, wie oben dargestellt,⁵⁶⁵ durch kollektivvertragliche Verträge oder durch die Teilnahme an der Selbstverwaltung. Im Rahmen der Sicherstellung können

⁵⁶² Siehe S. 94.

⁵⁶³ BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSSt 2/11, Rn 30. *Dieners*, PharmR 2010, 613 (616); *Geis*, wistra 2005, 369 (370); *ders.*, wistra 2007, 361 (362); *Lackner/Kühl*, § 299 Rn 2; *Klötzer*, NSZ 2008, 12 (14); *Sahan*, ZIS 2007, 69 (73).

⁵⁶⁴ BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSSt 2/11, Rn 32.

⁵⁶⁵ Siehe dazu S. 19.

Krankenkassen und Vertragsärzte nur an kollektivvertraglichen Entscheidungen teilnehmen bzw. auf diese einwirken.

Die Verordnung von Arzneimitteln erfolgt im Einzelfall im Verhältnis zum Patienten und ist daher keine kollektivvertragliche Entscheidung. Sie unterfällt somit nicht den Maßnahmen der Sicherstellung. Selbst wenn Vertragsärzte daher gegenüber den Krankenkassen gem. § 72 SGB V zur Sicherstellung verpflichtet wären, würde daraus keine für eine Beauftragung i.S.d. § 299 StGB relevante Möglichkeit folgen, auf Entscheidungen des Geschäftsbetriebs Einfluss zu nehmen. Denn die Sicherstellung räumt nicht die Möglichkeit einer Einzelfallentscheidung, wie der Verordnung von Arzneimitteln, ein.

Auch auf Grundlage des Sicherstellungsauftrags ist mithin eine Beauftragung abzulehnen.

cc) Wirtschaftlichkeitsgebot

Vertragsärzte sind gem. §§ 12, 70 SGB V zur Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots verpflichtet. Da das Wirtschaftlichkeitsgebot die für die gesamte Sozialversicherung geltenden Grundsätze von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit widerspiegelt, lag es nicht fern, daraus für die Untreue auf eine im Ergebnis jedoch abzulehnende Pflicht zur Betreuung des Vermögens der Krankenkasse zu schließen.⁵⁶⁶

Wie bereits dargelegt, kann die Beauftragung gem. § 299 StGB nicht aus der Vermögensbetreuungspflicht von Vertragsärzten gem. § 266 StGB gefolgert werden. Jedoch könnte das Wirtschaftlichkeitsgebot für sich genommen eine Beauftragung begründen. Der GSSSt des BGH hat dies unter Hinweis auf das vorrangige Verhältnis von Vertragsärzten zu ihren Patienten abgelehnt, ohne jedoch auf das Wirtschaftlichkeitsgebot näher einzugehen.

⁵⁶⁶ Zur Rechtsprechung des BGH zur Untreue des Vertragsarztes S. 35 ff.

Mit der Beauftragung muss der Vertragsarzt die Möglichkeit haben, die Entscheidungen des Geschäftsbetriebs zu beeinflussen. Fraglich ist daher, inwieweit Vertragsärzte, die verpflichtet sind, bei der Verordnung von Arzneimitteln das Wirtschaftlichkeitsgebot gem. § 12 SGB V zu beachten, Entscheidungen von Krankenkassen beeinflussen können.

Krankenkassen sind verpflichtet, den Sachleistungsanspruch ihrer Versicherten zu erfüllen, wozu sie sich der Vertragsärzte zur Konkretisierung des Rahmenrechts der Versicherten bedienen. Vertragsärzte sind bei dieser Konkretisierung an das Wirtschaftlichkeitsgebot gebunden.⁵⁶⁷ Eine Beurteilung der aus dem Wirtschaftlichkeitsgebot folgenden Pflichten kann daher nicht ohne Berücksichtigung der Grundsätze des Konkretisierungskonzepts des SGB V erfolgen.

Laut BSG ist bei dieser Konkretisierung die notwendige Entscheidung, ob eine Krankheit und gegebenenfalls welche Krankheit besteht und was zu ihrer Behandlung erforderlich ist, weder einem Bestimmungsrecht des Versicherten noch der hoheitlichen Entscheidung der Krankenkasse überantwortet.⁵⁶⁸ Insoweit hat *Geis* bereits zur Entscheidung des BGH zur Untreue von Vertragsärzten ausgeführt, dass das Konkretisierungskonzept der gesetzlichen Krankenversicherung einzelnen Beteiligten einen unterschiedlichen Entscheidungsspielraum zuweise, der insoweit verschiedene Merkmale des Wirtschaftlichkeitsgebots berühre.⁵⁶⁹

Die Merkmale Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit und Erforderlichkeit würden wesentlich durch die Richtlinien des G-BA nach § 92 SGB V erfüllt, während Vertragsärzten nur die Konkretisierung in medizinischer Hinsicht bleibe.⁵⁷⁰

⁵⁶⁷ Becker/Kingreen-Butzer, § 12 Rn 3; Schnapp/Wigge-Wigge/Wille, § 19 Rn 28.

⁵⁶⁸ BSGE 73, 271 (281).

⁵⁶⁹ *Geis*, GesR 2006, 345 (350).

⁵⁷⁰ So zur Untreue des Vertragsarztes *Geis*, GesR2006, 345 (352).

Auch der GSSt des BGH bezieht diese Richtlinien daher zu Recht in seine Überlegungen mit ein. Er stellt fest, dass die Entscheidung über das zu verordnende Arzneimittel durch diese bereits vorgegeben sei und Vertragsärzte daher nicht über die Leistungspflicht der Krankenkassen entscheiden würden.⁵⁷¹ Kritisch ist diesbezüglich zu bewerten, dass der GSSt des BGH sich hierbei auf Begriffe stützt, welche eher der Untreue als dem Tatbestand des § 299 StGB zuzuordnen sind. So entscheide der Vertragsarzt über die Leistungspflicht der Krankenkassen nicht „alleinverantwortlich“.⁵⁷²

Dies mag für die Strafbarkeit gem. § 266 StGB entscheidend sein, wo den Entscheidungen des Täters ein gewisses Maß an Eigenverantwortlichkeit zukommen muss.⁵⁷³ Ob eine Entscheidung mit mehr oder weniger Eigenverantwortung getroffen wird, spielt aber bei § 299 StGB keine Rolle.

Maßgeblich ist im Rahmen von § 299 StGB vielmehr, ob der Täter auf eine Entscheidung des Geschäftsbetriebs Einfluss nehmen kann. Es muss somit überhaupt eine Entscheidung des Geschäftsbetriebs berührt sein.

(1) Entscheidung der Krankenkasse

Nach *Koepsel* besteht die typische Situation des § 299 StGB nämlich darin, „dass derjenige, der einzig entscheiden kann, woraus sich eine Leistung zusammensetzt und welchen Wert sie hat, der Nachfrager, und der tatsächliche Entscheidungsträger auseinander fallen“⁵⁷⁴.

Der Nachfragende selbst orientiere seine Entscheidung am Vergleich von Leistung und Gegenleistung und jeder ihm direkt gewährte Vorteil werde somit zum Leistungsparameter.⁵⁷⁵ Sobald ein anderer Entscheidungsträger dazwischentrete und einen Vorteil nicht weitergebe, könne das

⁵⁷¹ BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSSt 2/11, Rn 38.

⁵⁷² BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSSt 2/11, Rn 44.

⁵⁷³ Siehe dazu bereits oben auf S. 83 ff.

⁵⁷⁴ *Koepsel*, Bestechlichkeit, S. 105.

⁵⁷⁵ *Koepsel*, Bestechlichkeit, S. 105.

Leistungsprinzip als Entscheidungsmaßstab ersetzt, ergänzt oder verfälscht werden.⁵⁷⁶ Dieses Prinzip definiert das Merkmal „lauter“, welches Teil des hier vertretenen Rechtsgut des Allgemeininteresses am lauterem Wettbewerb ist, so dass hier auf *Koepsels* Überlegungen zurückgegriffen wird.

Fraglich ist somit, wer der Entscheidungsträger bzw. Nachfragende bei der Verordnung eines Arzneimittels ist. Initiiert wird die Verordnung von Versicherten.⁵⁷⁷ An der Beschaffung der Arzneimittel sind zudem die Krankenkassen maßgeblich beteiligt, welche Apothekern nach der neueren Rspr. des BSG die Vergütung dafür zahlen, dass diese das Arzneimittel an Versicherte abgeben.⁵⁷⁸ Krankenkassen erfüllen mit der Abgabe des Arzneimittels den Sachleistungsanspruch des Versicherten. Die konkrete Entscheidung über das Arzneimittel trifft hingegen der Vertragsarzt mit der Verordnung.

Maßgeblich ist, wessen Entscheidung über die Leistung hinsichtlich Zusammensetzung und Wert beeinflusst werden kann. Dies ist zweifelsohne nicht der Patient. So hat bereits das BSG richtig ausgeführt, dass ihm insoweit kein Bestimmungsrecht zukomme.⁵⁷⁹ Originäre Entscheidungsträger können mithin nur Krankenkassen oder Vertragsärzte sein.

Von den Merkmalen des Wirtschaftlichkeitsgebots ist bei der Verordnung von Arzneimitteln allein Vertragsärzten die Entscheidung über die medizinische Notwendigkeit zugeordnet.⁵⁸⁰ Hingegen hat gem. § 92 SGB V der G-BA darüber zu entscheiden, ob die Verordnung eines Arzneimittels ausreichend, zweckmäßig oder wirtschaftlich im engeren Sinne ist.⁵⁸¹

⁵⁷⁶ *Koepsel*, Bestechlichkeit, S. 105.

⁵⁷⁷ *Brockhaus/Dann/Teubner/Tsambikakis*, wistra 2010, 418 (420); *Geis*, wistra 2005, 369 (370); *ders.*, wistra 2007, 361 (362); Diesbezüglich wird sodann auch beim Tatbestandsmerkmal „Bezug von Waren“ zu Recht angeführt, Bezieher der Arzneimittel sei der Patient, dazu ausführlich sogleich unten.

⁵⁷⁸ BSGE 105, 157 (160 f).

⁵⁷⁹ BSGE 73, 271 (281).

⁵⁸⁰ *Geis*, GesR 2006, 345 (350).

⁵⁸¹ *Geis*, GesR 2006, 345 (350).

Somit verbleibt Krankenkassen bei der Verordnung von Arzneimitteln kein eigener Entscheidungsspielraum aufgrund des Wirtschaftlichkeitsgebots. Zwar trifft sie die Pflicht, den Sachleistungsanspruch des Versicherten zu erfüllen. Die dazu erforderlichen Entscheidungen trifft sie aber nicht. Sie ist damit niemals in der Position des Entscheidungsträgers, so dass ihr Entscheidungsmaßstab auch nicht durch einen an sie nicht weitergereichten Vorteil umgangen werden kann.

Das wird auch dadurch deutlich, dass die Konkretisierung des Rahmenrechts nach der Rspr. des BSG keine hoheitliche Entscheidung der Krankenkasse ist und sie die Verordnung nicht mit dem Argument versagen dürfen, die Leistung entspreche nicht dem Wirtschaftlichkeitsgebot.⁵⁸²

Der Vertragsarzt ist derjenige, bei dem die maßgebliche medizinische Entscheidungszuständigkeit liegt. Die maßgebliche wirtschaftliche Entscheidung liegt beim G-BA. Eine Entscheidung der Krankenkasse, auf die der Vertragsarzt Einfluss nehmen könnte, ist aber nicht ersichtlich. Sie ist somit auch kein Auftraggeber, welcher den Beauftragten in seinen Entscheidungsbereich einrücken lässt.⁵⁸³

(2) Kompetenzzuweisung

Die Verpflichtung zur Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots gem. §§ 12, 70 SGB V besteht jedoch bereits dem Wortlaut nach grundsätzlich für Leistungserbringer und Krankenkassen gleichermaßen. Da ein solches Nebeneinander - vergleichbar mit dem Sicherstellungsauftrag - keine eindeutige Kompetenzzuweisung zulässt, ist auch im Übrigen aus §§ 12, 70 SGB V keine Beauftragung des Vertragsarztes durch die Krankenkassen zu erkennen.⁵⁸⁴

⁵⁸² BSGE 73, 271 (281) BSGE 77, 194.

⁵⁸³ So definiert aber *Geis*, GesR 2011, 641 (647) zu Recht den Beauftragten.

⁵⁸⁴ *Geis*, GesR 2006, 345 (350).

Zudem wird die Einhaltung des Wirtschaftlichkeitsgebots von eigenverantwortlichen, von den Krankenkassen unabhängigen Prüfstellen überprüft.⁵⁸⁵ Auch diese mangelnde Kontrollmöglichkeit widerspricht der Annahme, Krankenkassen seien der Geschäftsherr des Vertragsarztes.

(3) Verhältnis zum Patienten

Zu begrüßen ist, dass der GSSt die Verordnung nicht nur als wichtigen Bestandteil der vertragsärztlichen Versorgung im SGB V, sondern primär als Bestandteil der ärztlichen Behandlung im Verhältnis zum Patienten betrachtet. Da eine Verordnung erst erfolgen kann, wenn Patienten Vertragsärzte konsultieren, werden mit der Entscheidung des GSSt die tatsächlichen Umstände einer Verordnung umfassend berücksichtigt.

Der GSSt hat insoweit zu Recht ausgeführt, dass primär nur der Patient den Vertragsarzt mit der Wahrnehmung seiner Interessen beauftrage. Er ist daher der entscheidende Teil, welcher letztlich auf das Zustandekommen des Behandlungsverhältnisses und damit auf die Grundlage der ärztlichen Verordnung Einfluss hat.⁵⁸⁶ Da vorliegend für die Beauftragung eine personale Befugniserteilung gefordert wird, erfolgt diese aufgrund des vorrangigen Verhältnisses von Patienten und Vertragsärzten, nicht durch die Krankenkassen. Eine Beauftragung scheidet somit aus. Denkbar wäre zwar eine Beauftragung durch den Patienten. Dieser ist aber nicht als geschäftlicher Betrieb nach § 299 StGB zu qualifizieren.⁵⁸⁷

Darüber hinaus entspricht die Entscheidung des GSSt auch der Rechtsprechung des BSG. Auch das BSG hat, wie oben dargelegt,⁵⁸⁸ festgestellt, dass die Krankenkasse daran gehindert sei, in das Vertrauensverhältnis zwischen Vertragsarzt und Patient einzugreifen.⁵⁸⁹

⁵⁸⁵ Siehe dazu S. 27.

⁵⁸⁶ BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSSt 2/11, Rn 33.

⁵⁸⁷ Geis, wistra 2005, 369 (370).

⁵⁸⁸ Siehe dazu oben auf S. 30.

⁵⁸⁹ BSGE 73, 271 (282).

Auch hierin wird das vorrangige Verhältnis zwischen Vertragsarzt und Patient deutlich.

Die strafrechtliche Entscheidung des GSt ist somit auch mit der sozialrechtlichen Wertung des Verhältnisses von Vertragsarzt, Patient und Krankenkasse vereinbar, wenn letzterer die Einflussnahmemöglichkeit abgesprochen wird.

dd) Freiberufliche Tätigkeit

Soweit der GSt des BGH die Freiberuflichkeit von Vertragsärzten im Rahmen des § 299 StGB unberücksichtigt lässt,⁵⁹⁰ ist dem zuzustimmen.

Die Freiberuflichkeit von Vertragsärzten wird als Argument gegen eine Beauftragung herangezogen, weil das BVerfG diesbezüglich festgestellt hat, dass zwischen Vertragsärzten und Krankenkassen aufgrund ihrer Freiberuflichkeit trotz Zulassung keine Rechtsbeziehungen bestehen.⁵⁹¹

Nach der hier vertretenen Auffassung ist es für die Beauftragung allein entscheidend, ob der Beauftragte die Möglichkeit hat, auf Entscheidungen des Geschäftsbetriebs Einfluss zu nehmen. Ob Rechtsbeziehungen zum Geschäftsbetrieb bestehen und in welcher Form ein Beruf ausgeübt wird, ist nicht relevant.⁵⁹² Während der GSt die Freiberuflichkeit als typisches Merkmal der Beauftragung erachtet, ist aber vielmehr davon auszugehen, dass diese für die Beurteilung der Beauftragung keine Berücksichtigung findet.

⁵⁹⁰ BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSt 2/11, Rn. 30.

⁵⁹¹ *Dieners*, PharmR 2010, 613 (616); *Reese*, PharmR 2012, 92 (97); *Taschke*, StV 2005, 406 (410).

⁵⁹² Siehe dazu oben auf S. 94.

ee) Einschränkungen der Verordnungsweise

Auch ist zu begrüßen, dass der GSSt des BGH eine Beauftragung von Vertragsärzten aufgrund der Einschränkungen der Verordnungsweise von Apothekern gem. § 129 SGB V abgelehnt hat.⁵⁹³

Zwar wird zu Recht eingewandt, diese Einschränkungen griffen in der Praxis selten durch.⁵⁹⁴ Entweder schließen Vertragsärzte die Substitutionsmöglichkeit für das preisgünstigere Arzneimittel auf der Verordnung aus oder das für die Substitution erforderliche Preisersparnis bei importierten Arzneimitteln liegt nicht vor.⁵⁹⁵ Faktisch ist die Verordnung damit nur selten eingeschränkt, so dass daraus kein genereller Einwand gegen eine Beauftragung des Vertragsarztes folgt.

In den durch § 129 SGB V vorgegebenen Fällen hat der Vertragsarzt aber keinen bestimmenden Einfluss auf die Verordnung des Arzneimittels. Unabhängig davon, ob die Verordnung eine Entscheidung der Krankenkasse ist, ist daher zumindest in diesen Fällen eine Beauftragung abzulehnen.

ff) Koinzidenzprinzip

Darüber hinaus ist ein Verstoß gegen das Koinzidenzprinzip nicht zu erkennen. Wie insoweit richtig vorgetragen wird, erfolgt die Zulassung zu den Kassen generell und nicht erst mit der Verordnung.⁵⁹⁶ Bei einer der Verordnung vorausgehenden Beeinflussung der Vertragsärzte liegt eine Beauftragung somit schon vor.

⁵⁹³ BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSSt 2/11, Rn 39 f.

⁵⁹⁴ *Kraatz*, NZWiSt 2012, 273 (277).

⁵⁹⁵ *Kraatz*, NZWiSt 2012, 273 (277).

⁵⁹⁶ BGH, Vorlagebeschluss vom 05.05.2011, Az.3 StR 458/10, Rn 39.

ee) Sonstiges

Zugestimmt werden muss auch denjenigen, welche die historische Entwicklung der Stellung von Vertragsärzten im System der gesetzlichen Krankenversicherung heranziehen, um eine Beauftragung durch die Krankenkassen abzulehnen.⁵⁹⁷

Geschaffen wurde dieses System nicht, um die ursprünglich bei den Vertragsärzten liegenden Entscheidungen auf die Krankenkasse zu übertragen, sondern vielmehr um eine Versorgung und Versicherung unter Einbindung der Ärzte in ein Krankenversicherungssystem möglichst vieler Bürger zu erreichen.⁵⁹⁸

Um entstehende Konflikte zwischen Krankenkassen und Ärzten zu vermeiden, wurden alsbald die Kassenärztlichen Vereinigungen als zwischengeschaltete Vertragspartner geschaffen.⁵⁹⁹ Es sollten damit Rechtsbeziehungen und Bindungen zu Krankenkassen gerade vermieden werden.⁶⁰⁰

Einer Beauftragung steht auch die oben dargestellte Tatsache entgegen, dass Vertragsärzte keine Vergütung ihrer Leistungen von den Krankenkassen, sondern lediglich von den Kassenärztlichen Vereinigungen beanspruchen können.⁶⁰¹ Ein solcher mangelnder Vergütungsanspruch gegenüber dem potentiellen Geschäftsbetrieb Krankenkasse soll Ausdruck fehlender unmittelbarer Rechtsbeziehungen von Vertragsärzten und Krankenkassen sein.⁶⁰² Für den hier vertretenen Begriff der Beauftragung kommt es auf das Vorliegen von Rechtsbeziehungen aber nicht an. Erfolgt die Vergütung nicht durch die Krankenkasse, sondern von dritter Seite, steht dies vielmehr der Annahme einer personalen Befugniserteilung entgegen. Es ist eher unüblich,

⁵⁹⁷ So *Brockhaus/Dann/Teubner/Tsambikakis*, wistra 2010, 418 (420).

⁵⁹⁸ *Sodan-Sodan*, § 1 Rn 6.

⁵⁹⁹ *Schnapp/Wigge-Schnapp*, § 1 Rn 23.

⁶⁰⁰ *Brockhaus/Dann/Teubner/Tsambikakis*, wistra 2010, 418 (420).

⁶⁰¹ Siehe oben S. 18.

⁶⁰² *Reese*, PharmR 2006, 92 (96).

dass der Geschäftsherr die Leistungen seines Beauftragten nicht selbst vergütet.

3. Ergebnis

Vertragsärzte können somit nicht als Beauftragte der Krankenkassen i.S.d. § 299 StGB qualifiziert werden. Dies beruht im Wesentlichen auf den folgenden Ergebnissen.

Zunächst wird eine Vergleichbarkeit der für Vertragsärzte angenommenen Vermögensbetreuungspflicht bzw. Verfügungsbefugnis des § 266 StGB mit der Beauftragung des § 299 StGB verneint. Aber auch die Stellung der Vertragsärzte im System der gesetzlichen Krankenversicherung, welche durch Zulassung, Sicherstellungsauftrag und Wirtschaftlichkeitsgebot konturiert wird, kann eine Beauftragung nicht begründen.

Mithilfe des Rechtsguts und des hier vertretenen Begriffs des Beauftragten liegt keine typische Situation des § 299 StGB bei der Verordnung von Arzneimitteln vor. Krankenkassen verbleibt keine Entscheidung, welche der Vertragsarzt beeinflussen könnte. Die Entscheidungen über die Verordnung von Arzneimitteln liegen vielmehr bei den Vertragsärzten selbst und zum Teil beim G-BA.

Die Entscheidung des GSt des BGH, welcher eine Strafbarkeit des Vertragsarztes nach § 299 StGB ablehnt, ist daher im Ergebnis zu befürworten, wenn auch in der vorliegenden Bearbeitung an einzelnen Punkten eine andere Begründung zugrunde gelegt wurde.

Dieses Ergebnis mag im Hinblick darauf ungerecht erscheinen, dass sich der an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmende, angestellte Arzt hingegen nach § 299 StGB strafbar macht. Dieser scheinbare Widerspruch kann jedoch allein keine Strafbarkeit niedergelassener Vertragsärzte nach § 299 StGB begründen. Die Stellung im System der gesetzlichen

Krankenversicherung verschafft Vertragsärzten Entscheidungsbefugnisse, welche sich nicht mit einer Beauftragung durch die Krankenkassen nach § 299 StGB verbinden lassen.

Darüber hinaus liegt es näher, Patienten aufgrund ihres Verhältnisses zu den Vertragsärzten als Beauftragte anzusehen. Insoweit ist der Tatbestand des § 299 StGB aber nicht anwendbar, da dieser die Beauftragung auf geschäftliche Betriebe beschränkt.⁶⁰³

Eine Strafbarkeit von Vertragsärzten beim Pharmamarketing gem. § 299 StGB ist damit bereits mangels des Tatbestandsmerkmals „Beauftragter“ zu verneinen. Nur der Vollständigkeit halber sollen daher noch die Tatbestandsmerkmale Bezug von Waren und der Vorteil dargestellt werden.

IV. Bezug von Waren

Umstritten ist, wer die von Vertragsärzten verordneten Arzneimittel i.S.d. § 299 StGB bezieht.⁶⁰⁴ Nach § 299 StGB muss sich die Bevorzugung eines anderen auf den Bezug von Waren und Dienstleistungen beziehen.⁶⁰⁵ Als Bezieher der Ware oder Dienstleistung kommen sowohl der Vorteilsgeber als auch der Geschäftsherr des Vorteilsnehmers in Betracht.⁶⁰⁶

Es ist umstritten, wer die Waren bei der Verordnung von Arzneimitteln bezieht. In Frage kommen insoweit die Krankenkassen, welche die Arzneimittel ihren Versicherten durch Erfüllung des Sachleistungsanspruchs gewähren. Bezieher der Arzneimittel könnten aber auch die Patienten als „Endabnehmer“ sein.

⁶⁰³ Sahan, ZIS 2012, 386 (389).

⁶⁰⁴ Pragal/Apfel, A&R 2007, 10 (14 f); a.A. Brockhaus/Dann/Teubner/Tsambikakis, wistra 2010, 418 (420); Geis, wistra 2005, 369 (371).

⁶⁰⁵ LK-Tiedemann, § 299 Rn 30.

⁶⁰⁶ LK-Tiedemann, § 299 Rn 31.

Zwar mag die Krankenkasse die Arzneimittel bezahlen, dies kann aber nicht mit dem Bezug von Waren gleichgesetzt werden.⁶⁰⁷ Bezug wird insoweit zutreffend als „Erhalten“ oder „Empfangen“ im Hinblick auf ein tatsächliches Nutzen ausgelegt.⁶⁰⁸ Tatsächlich genutzt werden die Arzneimittel aber nur vom Patienten.⁶⁰⁹ Es ist daher denjenigen zuzustimmen, welche Patienten als Bezieher der Arzneimittel qualifizieren und nicht die Krankenkassen. Da aber der private Endverbraucher nicht vom Tatbestand erfasst wird, ist auch dieses Tatbestandsmerkmal nicht erfüllt.⁶¹⁰

V. Vorteil und Unrechtsvereinbarung

Unproblematisch ist hingegen das Tatbestandsmerkmal des Vorteils. Davon umfasst sind alle materiellen und immateriellen Zuwendungen, welche die Lage des Empfängers verbessern und auf die er keinen Anspruch hat.⁶¹¹

Werden Vertragsärzten von Pharmaherstellern Prämien oder Rückvergütungen sowie unzulässige Zuwendungen bei Anwendungsbeobachtungen gewährt, sind diese als Vorteile gem. § 299 StGB zu qualifizieren.⁶¹²

Diese Vorteile müssen als Gegenleistung für eine künftige unlautere Bevorzugung gefordert, angeboten, versprochen oder angenommen werden.⁶¹³ Wären Vertragsärzte als Beauftragte zu qualifizieren und die Krankenkassen Bezieher der Arzneimittel, wäre dieses Tatbestandsmerkmal in den Fällen des Pharmamarketings zu bejahen, wohl aber schwer nachzuweisen.⁶¹⁴

⁶⁰⁷ Brockhaus/Dann/Teubner/Tsambikakis, wistra 2010, 418 (420).

⁶⁰⁸ Brockhaus/Dann/Teubner/Tsambikakis, wistra 2010, 418 (420).

⁶⁰⁹ Brockhaus/Dann/Teubner/Tsambikakis, wistra 2010, 418 (420).

⁶¹⁰ Geis, wistra 2005, 369 (370).

⁶¹¹ Fischer, § 299 Rn 7; Schelling/Warntjen, PharmR 2010, 509 (510).

⁶¹² Schelling/Warntjen, PharmR 2010, 509 (510).

⁶¹³ Fischer, § 299 Rn 13.

⁶¹⁴ So geschehen in dem vom OLG Braunschweig zu entscheidenden Fall.

D. Ergebnis

Im Ergebnis liegt damit weder eine Beauftragung von Vertragsärzten durch Krankenkassen noch ein tatbestandsmäßiger Bezug von Arzneimitteln durch die Krankenkassen vor. Eine Strafbarkeit von Vertragsärzten beim Pharmamarketing nach § 299 StGB ist somit zu verneinen.

7. Kapitel: Strafbarkeit niedergelassener Vertragsärzte beim Pharmamarketing gem. §§ 331 ff. StGB

Die vorliegende Bearbeitung setzt sich hinsichtlich der Strafbarkeit des Vertragsarztes beim Pharmamarketing im Schwerpunkt mit dem dogmatisch interessanteren § 299 StGB auseinander.

Gegenstand der umfassenden Diskussion ist aber auch die Strafbarkeit des Vertragsarztes beim Pharmamarketing gem. §§ 331 ff. StGB. Eine Problematisierung dieser Tatbestände wird jedoch nicht im gleichen Umfang wie bei § 299 StGB erfolgen. Es wird vielmehr ein Überblick über die zentralen Fragestellungen in Literatur und Rechtsprechung gegeben und sodann dazu Stellung genommen.

Dieser Gewichtung der Probleme ist auch geschuldet, dass eine Strafbarkeit gem. §§ 331 ff. StGB erst im Anschluss an die Erörterung von § 299 StGB erfolgt, obwohl zumindest die Senate des BGH insoweit von einem Vorrang von §§ 331 ff. StGB ausgegangen sind.⁶¹⁵

A. Problemstellung

Wegen Bestechungsdelikten gem. §§ 331 ff. StGB kann sich nur strafbar machen, wer als Amtsträger oder für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter einen Vorteil für die Dienstausbübung oder eine bestimmte Diensthandlung fordert, sich versprechen lässt oder annimmt.

Bei im Rahmen von Pharmamarketing gewährten Vorteilen ist hierbei insbesondere fraglich, ob der Vertragsarzt als Amtsträger

⁶¹⁵ BGH, Vorlagebeschluss vom 05.05.2011, Az.: 3 StR 458/10, welcher nur hilfsweise die Strafbarkeit gem. § 299 StGB geprüft wissen will. Grundsätzlich geht die Rechtsprechung insoweit von einem Exklusivitätsverhältnis zwischen den Normen zugunsten des § 331 StGB aus, während die Literatur überwiegend Tateinheit zumindest mit den §§ 333, 334 StGB annimmt.

gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB zu qualifizieren ist.⁶¹⁶ Dies wird Gegenstand der vorliegenden Bearbeitung sein. Hingegen wird nicht weiter problematisiert werden, ob die gesetzlichen Krankenkassen als Behörde bzw. sonstige Stelle i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB anzusehen sind.

B. Amtsträgereigenschaft

Vertragsärzte müssten nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB dazu bestellt sein, bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform wahrzunehmen.

Grundsätzlich ist damit erforderlich, dass für die Amtsträgereigenschaft nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB ein Bestellsakt vorliegt und der Bestellte Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt.⁶¹⁷ Für Privatrechtssubjekte wie den Vertragsarzt gilt zudem, dass sie bei der Wahrnehmung der öffentlichen Aufgaben derart staatlicher Steuerung unterliegen, dass sie bei der Gesamtbewertung aller sie kennzeichnenden Merkmale als „verlängerter Arm“ des Staates erscheinen.⁶¹⁸

I. Meinungsstand in der Literatur

In der Literatur ist umstritten, ob der Vertragsarzt aufgrund seiner Stellung im System der gesetzlichen Krankenversicherung als Amtsträger nach den genannten Kriterien qualifiziert werden kann.⁶¹⁹

⁶¹⁶ *Neupert*, NJW 2006, 2811 (2812); *Pragal/Apfel*, A&R 2007, 10 (16).

⁶¹⁷ BGHSt 45, 16 (19); BGHSt 46, 310 (313); *Fischer*, § 11 Rn 22 ff.; *Lackner/Kühl*, § 11 Rn 6 ff.

⁶¹⁸ BGHSt 45, 16 (19); BGHSt 46, 310 (313); *Fischer*, § 11 Rn 22 ff.; *Lackner/Kühl*, § 11 Rn 6 ff.

⁶¹⁹ Für eine Amtsträgereigenschaft *Neupert*, NJW 2006, 2812; *Pragal/Apfel*, A&R 2007, 10 (17); Gegen eine Amtsträgereigenschaft *Klötzer*, NStZ 2008, 12 (16).

1. Bestellungsakt

Eine Bestellung des Arztes wird teilweise in der Zulassung des Vertragsarztes zur Versorgung der gesetzlich Versicherten gesehen.⁶²⁰ Überwiegend wird das in der Literatur aber abgelehnt, da dadurch keine organisatorische Anbindung an die Krankenkassen, sondern lediglich an die Kassenärztlichen Vereinigungen erfolge.⁶²¹

Zudem bleibe der Vertragsarzt trotz seiner Einbindung in ein öffentlich-rechtliches System per Zulassung aufgrund der oben dargestellten Rechtsprechung des BVerfG auch weiterhin freiberuflich tätig.⁶²² Eine für die Amtsträgereigenschaft bei Privatsubjekten erforderliche staatliche Steuerung sei aufgrund der Freiberuflichkeit des Vertragsarztes abzulehnen.⁶²³

2. Typische behördliche Tätigkeit

Diejenigen, welche einen Bestellungsakt durch die Zulassung des Vertragsarztes bejahen, nehmen darüber hinaus an, die Tätigkeit des Vertragsarztes bei der Verordnung von Arzneimitteln sei öffentliche Verwaltungstätigkeit.⁶²⁴ Indem er den Anspruch des Versicherten auf die Finanzierung der Versorgung mit einem bestimmten Medikament konkretisiere, nehme er eine spezifische Aufgabe der gesetzlichen Krankenversicherung wahr.⁶²⁵

Die Verordnung sei Wahrnehmung öffentlicher Verwaltungstätigkeit, da der Vertragsarzt an die Vorgaben des SGB V und der Kollektivverträge gebunden

⁶²⁰ *Neupert*, NJW 2006, 2811 (2813); *Pragal/Apfel*, A&R 2007, 10 (18).

⁶²¹ *Klötzer*, NSZ 2008, 12 (16); *Rübenstahl*, HRRS 2011, 324; *Taschke*, StV 2005, 406 (409).

⁶²² *Taschke*, StV 2005, 406 (409); zur Rspr. siehe S. 42 ff.

⁶²³ *Geis*, wistra 2007, 361 (364).

⁶²⁴ *Neupert*, NJW 2006, 2811 (2813); *Pragal/Apfel*, A&R 2007, 10 (17).

⁶²⁵ *Neupert*, NJW 2006, 2811 (2813).

sei.⁶²⁶ Er sei nicht frei in seiner Entscheidung, da die Verordnungen im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsprüfung regelmäßig kontrolliert würden.⁶²⁷

Der gegenteiligen Ansicht zufolge ist allein dem Vertragsarzt nach der Rechtsprechung des BSG überantwortet, festzustellen, ob und welche Krankheit besteht und welche Behandlung medizinisch notwendig ist.⁶²⁸ Weder die Feststellung der Krankheit noch die Wahl der medizinisch notwendigen Behandlung könnten danach hoheitliche Aufgabe der Krankenkasse sein.⁶²⁹

Durch § 27 SGB V werde nur das subjektive Recht - der Sachleistungsanspruch - des Einzelnen definiert, nicht aber der Umfang einer öffentlichen Aufgabe.⁶³⁰ Die Verordnung von Rezepten betreffe allein die abwicklungstechnische Seite der dem Staat obliegenden Gesundheitsversorgung.⁶³¹

3. Staatliche Steuerung

Als Privatrechtssubjekt müsste der Vertragsarzt derart staatlicher Steuerung unterliegen, dass er als verlängerter Arm des Staates erscheint.⁶³² Nur vereinzelt wird gerade aufgrund der hohen Eigenverantwortlichkeit des Vertragsarztes seine Amtsträgereigenschaft bejaht.⁶³³

Kritisiert wird insoweit aber, dass diese Auffassung das Merkmal der staatlichen Steuerung übersehe.⁶³⁴ Der Vertragsarzt sei weisungsunabhängig und bei der Verordnung von Arzneimitteln völlig frei, was der Annahme

⁶²⁶ *Pragal/Apfel*, A&R 2007, 10 (17).

⁶²⁷ *Pragal/Apfel*, A&R 2007, 10 (17).

⁶²⁸ *Klötzer*, NStZ 2008, 12 (16).

⁶²⁹ *Klötzer*, NStZ 2008, 12 (16).

⁶³⁰ *Geis*, wistra 2007, 361 (364).

⁶³¹ *Reese*, PharmR 2006, 92 (94).

⁶³² BGH 45, 16 (19) BGH 46, 310 (313); *Fischer*, § 11 Rn 22 ff.; *Lackner/Kühl*, § 11 Rn 6 ff.

⁶³³ *Neupert*, NJW 2006, 2811 (2813).

⁶³⁴ *Geis*, wistra 2007, 361 (364).

staatlicher Steuerung entgegenstehe und eine Amtsträgereigenschaft daher abzulehnen sei.⁶³⁵

II. Meinungsstand in der Rechtsprechung

In den Vorlagebeschlüssen des 3. und 5. Strafsenats des BGH haben sich beide Senate für eine Strafbarkeit des Vertragsarztes gem. §§ 331 ff. StGB und damit für seine Amtsträgereigenschaft ausgesprochen.⁶³⁶ Dem hat sich der GSSSt des BGH nicht angeschlossen.⁶³⁷

1. Auffassung Strafsenate Vorlagebeschluss

Der 3. und 5. Senat des BGH bejahen eine Bestellung des Vertragsarztes durch die Zulassung.⁶³⁸ Die Konkretisierung des Sachleistungsanspruchs durch die Verordnung von Arzneimitteln stelle die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben dar.⁶³⁹ Mit der Konkretisierung des Anspruchs der Versicherten sei der Vertragsarzt, auch nach der Rechtsprechungsänderung des BSG zur Schlüsselstellung des Vertragsarztes, weiterhin als „beliehener“ Verwaltungsträger anzusehen.⁶⁴⁰

Auch die freiberufliche Tätigkeit stehe der Amtsträgereigenschaft nicht entgegen, da zumindest im Übrigen alle Voraussetzungen zu bejahen seien.⁶⁴¹

⁶³⁵ Geis, wistra 2007, 361 (364).

⁶³⁶ BGH, Vorlagebeschluss vom 05.05.2011, Az.: 3 StR 458/10; BGH, Vorlagebeschluss vom 20.07.2011, Az.: 5 StR 115/11, welcher ohne weitere Ausführungen an die Vorlage des 3. Strafsenats anknüpft.

⁶³⁷ BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSSSt 2/11.

⁶³⁸ BGH, Vorlagebeschluss vom 05.05.2011, Az.: 3 StR 458/10, Rn 28.

⁶³⁹ BGH, Vorlagebeschluss vom 05.05.2011, Az.: 3 StR 458/10, Rn 33.

⁶⁴⁰ BGH, Vorlagebeschluss vom 05.05.2011, Az.: 3 StR 458/10, Rn 36.

⁶⁴¹ BGH, Vorlagebeschluss vom 05.05.2011, Az.: 3 StR 458/10, Rn 41.

2. Auffassung GSSt

Der GSSt des BGH lehnt eine Amtsträgereigenschaft des Vertragsarztes jedoch ab. Die Vertragsärzte seien nicht dazu bestellt, öffentliche Aufgaben wahrzunehmen.⁶⁴²

Entscheidend sei, ob die vertragsärztliche Tätigkeit durch Privatrechtssubjekte bei der Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung im Verhältnis zum Bürger den Charakter eines hoheitlichen Eingriffs habe oder das persönliche Verhältnis der Beteiligten jeden irgendwie gearteten hoheitlichen Charakter überlagere.⁶⁴³

Der GSSt erkennt zunächst an, dass der Vertragsarzt im System der gesetzlichen Krankenversicherung eine „speziell ausgestaltete Zwischenposition“ einnehme.⁶⁴⁴ Zwischen Vertragsarzt und Patient überwiege jedoch zum einen das persönliche Vertrauensverhältnis, zum anderen übe der Vertragsarzt seine Tätigkeit freiberuflich aus.⁶⁴⁵ Der Patient könne sich den behandelnden Arzt individuell und frei aussuchen.⁶⁴⁶ Insgesamt sei die Behandlung daher einem bestimmenden Einfluss der Krankenkasse entzogen, so dass weder aus subjektiver noch objektiver Sicht der vertragsärztlichen Tätigkeit der Charakter einer hoheitlich gesteuerten Verwaltungsausübung zukomme.⁶⁴⁷

Auch die Verordnung eines Arznei-, Heil- oder Hilfsmittels sei untrennbarer Bestandteil der ärztlichen Behandlung und damit Teil des vorrangigen personal geprägten Vertrauensverhältnisses zwischen Vertragsarzt und Patient.⁶⁴⁸

⁶⁴² BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSSt 2/11, Rn 16.

⁶⁴³ BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSSt 2/11, Rn 18.

⁶⁴⁴ BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSSt 2/11, Rn 19.

⁶⁴⁵ BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSSt 2/11, Rn 19 f.

⁶⁴⁶ BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSSt 2/11, Rn 20.

⁶⁴⁷ BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSSt 2/11, Rn 20.

⁶⁴⁸ BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSSt 2/11, Rn 21.

Der GSSt geht im Weiteren auf die zivilrechtliche Betrachtungsweise der ärztlichen Behandlung des BGH ein, wonach diese ihrem Grundgedanken nach mit der Ausübung eines öffentlichen Amtes nicht vereinbar sei und Amtshaftungsgrundsätze bei Schlechterfüllung des Behandlungsvertrags demnach nicht anwendbar seien.⁶⁴⁹

Abschließend verneint der GSSt einen Bestellsungsakt i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB durch Zulassung des Vertragsarztes zur Versorgung der gesetzlich Versicherten gem. §§ 95 SGB V.⁶⁵⁰ Diese sei keine der Krankenkasse unmittelbar zurechenbare Entscheidung.⁶⁵¹

C. Stellungnahme und Ergebnis

Im Ergebnis ist dem GSSt des BGH sowie denjenigen zuzustimmen, welche eine Strafbarkeit von Vertragsärzten beim Pharmamarketing mangels Amtsträgereigenschaft nach §§ 331 ff. StGB ablehnen.⁶⁵²

Insbesondere ist zu begrüßen, dass überwiegend dieselben Argumente aus der Stellung des Vertragsarztes im System der gesetzlichen Krankenversicherung herangezogen werden, mit denen bereits eine Strafbarkeit gem. § 299 StGB verneint wurde. Die Stellung des Vertragsarztes wird damit einheitlich in den aneinander angepassten Tatbeständen der § 299 StGB und §§ 331 ff. StGB berücksichtigt.⁶⁵³

Mit den Stimmen der Literatur und des GSSt ist es abzulehnen, in der Zulassung einen Bestellsungsakt zu sehen. Als Entscheidung des Zulassungsausschusses ist sie keine den Krankenkassen als Auftraggeber

⁶⁴⁹ BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSSt 2/11, Rn 22.

⁶⁵⁰ BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSSt 2/11, Rn 24.

⁶⁵¹ BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSSt 2/11, Rn 24.

⁶⁵² So auch überwiegend in der Literatur *Brockhaus*, ZWH 2012, 278 (279); *Kraatz*, NZWiSt 2012, 273 (274); *Sahan*, ZIS 2012, 386 (388); *Schmidt*, PharmR 2012, 339 (341); *Szesny/Remplik*, MedR 2012, 662.

⁶⁵³ *Fischer*, Vor § 298 Rn 1; *NK-Kindhäuser*, § 299 Rn 1.

zurechenbare Entscheidung.⁶⁵⁴ Es wird daher dem System der gesetzlichen Krankenversicherung gerecht, wenn nicht nur bezogen auf die Beauftragteneigenschaft i.S.d. § 299 StGB, sondern auch bezüglich der Amtsträgereigenschaft i.S.d. §§ 331 ff. StGB berücksichtigt wird, dass die Zulassung nicht den Krankenkassen zuzurechnen ist und lediglich eine Anbindung an die Kassenärztlichen Vereinigungen nach sich zieht.⁶⁵⁵

Auch ist zu befürworten, dass der Vertragsarzt nach der Entscheidung des GSSt des BGH und den überwiegenden Stimmen in der Literatur keine öffentlichen Aufgaben wahrnimmt. Die Verordnung von Arzneimitteln ist aufgrund der Rspr. des BSG allein eine vom Vertragsarzt zu treffende Entscheidung. Das BSG hat, wie oben ausgeführt, klargestellt, dass die notwendige Entscheidung, ob eine Krankheit und gegebenenfalls welche Krankheit besteht und was zu ihrer Behandlung erforderlich ist, weder ein Bestimmungsrecht des Versicherten ist, noch der hoheitlichen Entscheidung der Krankenkasse überantwortet ist.⁶⁵⁶ Von einer spezifischen Aufgabe der gesetzlichen Krankenversicherung und somit von staatlicher Steuerung kann mithin keine Rede sein.

Dadurch, dass auch das Vertrauensverhältnis zum Patienten Gegenstand der ablehnenden Entscheidung des GSSt ist, wird die Stellung des Vertragsarztes im ganzen Umfang berücksichtigt.⁶⁵⁷

Es ist daher im Ergebnis zu befürworten, dass auch bezogen auf §§ 331 ff. StGB die Strafbarkeit des Vertragsarztes beim Pharmamarketing abgelehnt wird.

⁶⁵⁴ Siehe dazu ausführlich oben auf S. 106.

⁶⁵⁵ BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSSt 2/11, Rn 24; *Klötzer*, NStZ 2008, 12 (16); *Rübenstahl*, HRRS 2011, 324; *Taschke*, StV 2005, 406 (409).

⁶⁵⁶ BSGE 73, 271 (281);; *Kraatz*, NZWiSt 2012, 273 (274); siehe dazu oben ausführlich auf S. 30 ff.

⁶⁵⁷ Mit ähnlichen Erwägungen *Brockhaus*, ZWH 2012, 278 (279).

8. Kapitel: Strafbarkeit niedergelassener Vertragsärzte bei der Verordnung von Hilfsmitteln

Während die Entscheidung des GSt des BGH den Vorlagebeschluss des 5. Strafsenats bezüglich der Verordnung von Arzneimitteln betraf, wurde über den Vorlagebeschluss des 3. Strafsenats hinsichtlich der Verordnung von Hilfsmitteln bislang noch keine Entscheidung getroffen. Diese hat der GSt des BGH „einstweilen zurückgestellt“⁶⁵⁸.

Auf Grundlage der bereits getroffenen Erwägungen zur Strafbarkeit des Vertragsarztes gem. §§ 299, 331 StGB und Erwägungen in der Literatur soll hier der Vollständigkeit halber kurz auch zu dieser Problematik Stellung genommen werden.

A. Entscheidung LG Stade

Dem Vorlagebeschluss des 3. Strafsenats lag eine Entscheidung des LG Stade zugrunde, welche die Verordnung von Hilfsmitteln betraf.⁶⁵⁹

I. Verordnung von Hilfsmitteln

Hilfsmittel sind gem. § 33 Abs. 1 S. 1 SGB V Hörhilfen, Körperersatzstücke, orthopädische und andere Gegenstände, welche im Einzelfall erforderlich sind, um den Erfolg der Krankenbehandlung zu sichern und einer drohenden Behinderung vorzubeugen oder ihr entgegenzuwirken.

Die gesetzlich Versicherten haben gegenüber den Krankenkassen einen Sachleistungsanspruch auf die Gewährung von Hilfsmitteln. Auch diesen Sachleistungsanspruch konkretisiert der Vertragsarzt

⁶⁵⁸ BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSt 2/11, Rn 5.

⁶⁵⁹ BGH, Vorlagebeschluss vom 05.05.2011, Az.: 3 StR 458/10.

gem. § 73 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 SGB V mit einer Verordnung. Die Art und Weise der Verordnung hat der G-BA in der sogenannten Hilfsmittel-Richtlinie gem. § 92 SGB V näher bestimmt.

Gem. § 11 der Hilfsmittel-Richtlinie bezeichnet der Arzt in der Verordnung nur die Art des Hilfsmittels, das einzelne Produkt wird sodann von dem Versicherten unter Beratung durch den Fachhandel ausgewählt. Begründet der Arzt dies, kann er jedoch in Einzelfällen auch ein bestimmtes Produkt verordnen.

II. Rechtliche Bewertung

Das LG Stade sah in dieser Ordnungsweise einen Unterschied zu der Verordnung von Arzneimitteln. Es sei für die Beurteilung der Strafbarkeit des Vertragsarztes bei der Verordnung von Hilfsmitteln entscheidungserheblich, nicht nur, dass der Vertragsarzt zu entscheiden habe, ob eine bestimmte Behandlung aus medizinischen Gründen angezeigt ist, als auch, dass der Vertragsarzt das „Wie“ der weiteren Behandlung bestimmen könne.⁶⁶⁰

Da bei der Verordnung von Hilfsmitteln die Wahl des Hilfsmittels letztlich durch den Versicherten unter Beratung durch den Fachhandel stattfindet und eine unmittelbare Bezeichnung der konkreten Produktart insoweit nicht vorgesehen sei,⁶⁶¹ fehle dem Vertragsarzt daher die „Letztentscheidungszuständigkeit“, so dass er nach Ansicht des LG Stade nicht Beauftragter gem. § 299 StGB sein könne.⁶⁶²

⁶⁶⁰ LG Stade, Urteil vom 04.08.2010, Az.: 12 KLS 19/09, Rn 66.

⁶⁶¹ LG Stade, Urteil vom 04.08.2010, Az.: 12 KLS 19/09, Rn 70.

⁶⁶² LG Stade, Urteil vom 04.08.2010, Az.: 12 KLS 19/09, Rn 72.

B. Stellungnahme

In der Literatur werden diese differenzierenden Erwägungen zu Recht abgelehnt.⁶⁶³ Auch bei der Verordnung von Hilfsmitteln gilt zunächst das bereits oben Ausgeführte zur Beauftrageneigenschaft des Vertragsarztes.⁶⁶⁴

Bei der Verordnung von Arzneimitteln lässt sich eine Beauftrageneigenschaft des Vertragsarztes weder aus der für diesen bejahten Vermögensbetreuungspflicht noch aus der für ihn auch bei der Verordnung von Hilfsmitteln geltenden Zulassung, dem Wirtschaftlichkeitsgebot oder dem Sicherstellungsauftrag entnehmen.⁶⁶⁵

Zudem bleibt auch bei der Verordnung von Hilfsmitteln das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient derart im Vordergrund bestehen, dass keine Einbindung in das System der gesetzlichen Krankenversicherung als Beauftragter angenommen werden kann.⁶⁶⁶

Wird dem Versicherten zudem, wie vom LG Stade vorgetragen, die Wahl des Hilfsmittels überlassen, ist dies keine Entscheidung der Krankenkasse, auf welche der Vertragsarzt Einfluss nehmen kann. Im Hinblick auf das ermittelte Rechtsgut hat der Vertragsarzt dann keine hinreichende Möglichkeit, die Entscheidungsgrundlage des Geschäftsbetriebs Krankenkasse zu verfälschen.

Der GSSt hat im bisherigen Beschluss eine Beauftrageneigenschaft auch abgelehnt, weil aufgrund der Aut-idem Substitutionsmöglichkeit in vielen Fällen der Apotheker das abzugebende Arzneimittel auswähle.⁶⁶⁷ Für die Verordnung von Hilfsmitteln kann nichts anderes gelten, wenn insoweit der Versicherte und der Fachhandel Einfluss auf die Auswahl des Hilfsmittels

⁶⁶³ *Krüger*, StraFo 2012, 308 (310).

⁶⁶⁴ Siehe oben S. 106.

⁶⁶⁵ Siehe dazu die Stellungnahme auf S. 106 ff.

⁶⁶⁶ *Brockhaus*, ZWH 2012, 278 (279); *Krüger*, StraFo 2012, 308 (310).

⁶⁶⁷ BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSSt 2/11, Rn 39.

haben und eine unmittelbare Bezeichnung der Produktart durch den Vertragsarzt nicht vorgesehen ist.⁶⁶⁸

Auch im Hinblick auf die §§ 331 ff. StGB ändert die reine Verordnung von Hilfsmitteln nichts an den fehlenden Voraussetzungen zur Annahme einer Amtsträgerschaft.

Es kann somit abschließend nur denjenigen zugestimmt werden, die in Anbetracht dieser Argumente keine abweichende Entscheidung des GSSt des BGH bezüglich der Verordnung von Hilfsmitteln erwarten bzw. bemängeln, dass der GSSt des BGH diese Fallgestaltung nicht gleich mit entschieden habe.⁶⁶⁹

⁶⁶⁸ *Szesny/Remplik*, MedR 2012, 662; so auch *Krüger*, StraFo 2012, 308 (310), der insoweit auf die relevanten Passagen der Entscheidung des GSSt hinweist.

⁶⁶⁹ *Brockhaus*, ZWH 2012, 278 (279); *Sahan*, ZIS 2012, 386 (389).

Teil 3: Strafbarkeit niedergelassener Vertragsärzte beim Pharmamarketing de lege ferenda

1. Kapitel: Einführung

A. Einleitung

Nachdem der GSSSt des BGH darüber befunden hat, dass sich der Vertragsarzt beim Pharmamarketing weder nach §§ 331 ff. StGB noch nach § 299 StGB strafbar gemacht hat, merkt er in seinem Beschluss an, dass er „die grundsätzliche Berechtigung des Anliegens, Missständen, die - allem Anschein nach - gravierende finanzielle Belastungen des Gesundheitssystems zur Folge haben, mit Mitteln des Strafrechts entgegenzutreten“,⁶⁷⁰ nicht verkenne. Er weist diesbezüglich auf die Gesetzesinitiative der SPD-Fraktion „Korruption im Gesundheitswesen wirksam bekämpfen“ hin.⁶⁷¹

Bereits bevor der GSSSt des BGH eine mögliche neue Kodifizierung der Strafbarkeit korrupter Verhaltensweisen bei der Verordnung von Arzneimitteln angeregt hat, stellte die SPD-Fraktion im Jahr 2010 im Bundestag den Antrag, „durch ergänzende Regelungen im StGB sicherzustellen, dass Korruptionshandlungen niedergelassener Vertragsärzte Straftatbestände darstellen“⁶⁷².

Die SPD-Fraktion stützte sich dabei auf eine Studie des European Healthcare Fraud and Corruption Networks (EHFCN), wonach durch Korruption, Abrechnungsbetrug und Falschabrechnung den gesetzlichen Krankenversicherungen jährlich Milliardenbeträge verloren gehen sollen.⁶⁷³

⁶⁷⁰ BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSSSt 2/11, Rn 46.

⁶⁷¹ BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSSSt 2/11, Rn 46.

⁶⁷² BT-Drucks. 17/3685 S. 1.

⁶⁷³ BT-Drucks. 17/3685 S. 1.

Die SPD-Fraktion beantragte darüber hinaus, einen speziellen Tatbestand für Abrechnungsbetrug zu schaffen.⁶⁷⁴

Nachdem der Antrag der SPD-Fraktion im Gesundheitsausschuss beraten wurde, empfahl der Ausschuss, diesen Antrag abzulehnen.⁶⁷⁵ Er ist somit gescheitert.⁶⁷⁶

In einer aktuellen Stunde im Bundestag am 28.06.2012 hat Bundesgesundheitsminister Daniel Bahr angekündigt, die Rechtslage nochmals zu überprüfen, sich jedoch zurückhaltend gegenüber einem selbstständigen Straftatbestand geäußert.⁶⁷⁷ Es wurde seitens des Bundesgesundheitsministers darauf hingewiesen, dass mit § 32 MBO-Ä⁶⁷⁸, § 5 BÄO⁶⁷⁹, §§ 73, 128 SGB V, § 67 AMG, § 7 HWG⁶⁸⁰ und § 4 UWG⁶⁸¹ bereits mehrere Regelungen existierten, welche Korruption im Gesundheitswesen hinreichend verbieten und ahnden würden.⁶⁸²

Ein Gesetzentwurf des GKV-Spitzenverbandes regt nun an, einen Straftatbestand in das SGB V aufzunehmen, der als Sanktionen für korruptes vertragsärztliches Verhalten Geldstrafe und Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren vorsieht.⁶⁸³

⁶⁷⁴ BT-Drucks. 17/3685, S. 2.

⁶⁷⁵ Endgültiges Plenarprotokoll BT 17/212, S. 26011.

⁶⁷⁶ Fischer, § 299 Rn 1.

⁶⁷⁷ Endgültiges Plenarprotokoll BT 17/187, S. 22361; Kraatz, NZWiSt 2012, 273 (278).

⁶⁷⁸ (Muster-) Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte, beschlossen vom 100. Deutschen Ärztetag 1997, in der Fassung der Beschlüssen des 114. Deutschen Ärztetags 2011 in Kiel.

⁶⁷⁹ Bundesärzteordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. April 1987 (BGBl. I S. 1218), die durch Artikel 4c des Gesetzes vom 20. Februar 2013 (BGBl. I S. 277) geändert worden ist.

⁶⁸⁰ Heilmittelwerbegesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Oktober 1994 (BGBl. I S.3068), das zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 19. Oktober 2012 (BGBl. I S.2192) geändert worden ist.

⁶⁸¹ Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in der Fassung der Bekanntmachung vom 03. März 2010 (BGBl. I S. 254).

⁶⁸² Endgültiges Plenarprotokoll BT 17/187, S. 22361.

⁶⁸³ GKV-Spitzenverband, BT Ausschussdrucks. 17(14)0339.

B. Gang der Untersuchung

Im Folgenden wird untersucht, ob ein Straftatbestand, wie er vom GSt des BGH, der SPD-Fraktion und nun auch vom GKV-Spitzenverband angeregt wurde, im Hinblick auf den fragmentarischen Charakter des Strafrechts und das Subsidiaritätsprinzip erforderlich ist.⁶⁸⁴

Dabei werden zunächst die Grundsätze dargestellt, auf denen die Annahme beruht, das Strafrecht sei ultima-ratio zu anderen verwaltungs- oder zivilrechtlichen Maßnahmen. Es werden sodann die derzeit zur Verfügung stehenden Mittel des Berufs- und Standesrecht sowie des Wettbewerbsrecht dargestellt, mit denen korrupte Verhaltensweisen bekämpft werden können.

Unter anderem mit denen zum Antrag der SPD-Fraktion verfassten Stellungnahmen wird abschließend ermittelt, ob eine strafrechtliche Regelung als ultima-ratio vorliegend erforderlich ist oder ob die bestehenden Regelungen bzw. deren Modifikation zur Bekämpfung vertragsärztlicher Korruption ausreichen. Der Antrag der SPD-Fraktion ist mit dem Hinweis darauf abgelehnt worden, zunächst die Entscheidung des GSt des BGH abzuwarten.⁶⁸⁵ Da der GSt mit seinen Schlussworten die Diskussion um die Strafbarkeit von Vertragsärzten de lege ferenda nun aber erneut angeregt hat, bieten diese Stellungnahmen wertvolle Anhaltspunkte für die vorliegende Bearbeitung.

⁶⁸⁴ Der ultima-ratio Aspekt wird in Bezug auf das Pharmamarketing immer wieder angeführt, siehe dazu *Dieters*, MPR 2012, 118; *Krüger*, StraFo 2012, 308 (316); *Krüger/Burgert*, ZWH 2012, 213 (220).

⁶⁸⁵ *Dieters*, MPR 2012, 118 (119).

2. Kapitel: Fragmentarischer Charakter des Strafrechts und Subsidiarität

Derzeit besteht bereits eine Vielzahl von Normen, welche die Annahme von Vorteilen durch den Vertragsarzt regeln und sanktionieren. Fraglich ist daher, ob es diesbezüglich überhaupt einer strafrechtlichen Regelung bedarf. Dem könnten der fragmentarische Charakter des Strafrechts und das im Strafrecht geltende Subsidiaritätsprinzip entgegenstehen.

A. Fragmentarischer Charakter

Dem Strafrecht wird fragmentarischer Charakter zugesprochen.⁶⁸⁶ Es soll gerade Eigenart des Strafrechts sein, dass nicht jede Rechtsgutsverletzung sanktioniert wird.⁶⁸⁷ Damit verpflichtet der fragmentarische Charakter des Strafrechts den Gesetzgeber, stets die Schließung einer Regelungslücke zu begründen, wobei die Schließung einer Lücke für sich genommen, noch keine ausreichende Begründung ist.⁶⁸⁸

Zu begründen ist eine solche Schließung vielmehr mit einer strafwürdigen Verletzung eines Rechtsguts.⁶⁸⁹

B. Subsidiarität

Neben dem fragmentarischen Charakter des Strafrechts spielt auch das Subsidiaritätsprinzip für den Gesetzgeber eine entscheidende Rolle. Unter allen in Betracht kommenden Schutzmaßnahmen soll das Strafrecht nur dann eingesetzt werden, wenn andere Mittel nicht greifen.⁶⁹⁰

⁶⁸⁶ *Lackner/Kühl*, Vor § 13, Rn 3.

⁶⁸⁷ *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 3 Rn 11; *Jescheck/Weigend*, AT, § 7 II S. 52; *Lackner/Kühl*, Vor § 13, Rn 3.

⁶⁸⁸ *Hefendehl*, JA 2011, 401 (405); *Kühl*, FS Tiedemann, S. 41.

⁶⁸⁹ *Kühl* FS Tiedemann, S. 39.

⁶⁹⁰ *Roxin*, AT I, § 2 Rn 97.

Es lässt sich aus dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ableiten und versteht das Strafrecht daher als ultima-ratio für den Fall, dass weniger belastende Mittel für den Rechtsgüterschutz nicht zur Verfügung stehen.⁶⁹¹

Kritisch bewertet wird dieser Grundsatz im Wirtschaftsstrafrecht. So soll es unter Umständen milder sein, einzelne Straftatbestände gegen bestimmte missbräuchliche Verhaltensweisen zu schaffen, anstatt ein umfassendes Kontrollnetz mit verwaltungsrechtlichen Maßnahmen zu installieren.⁶⁹²

Da das vom Gesetzgeber zu beachtende Subsidiaritätsprinzip Ausdruck des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist, muss sich der Gesetzgeber an den Kriterien des Verhältnismäßigkeitsprinzips orientieren. Dem Gesetzgeber verbleibt jedoch immer ein Beurteilungsspielraum bzw. eine Einschätzungsprärogative, ob er etwas als strafwürdiges Unrecht befindet oder nicht.⁶⁹³

Wenn das Subsidiaritätsprinzip die Kriminalstrafe als das letzte, äußerste Mittel definiert, so muss zunächst klargestellt werden, wofür genau sie das letzte, äußerste Mittel sein soll.

Insoweit ist der Gesetzgeber gefragt, eine konkret zu umreißende Aufgabe des Straftatbestandes - das Rechtsgut - zu bestimmen.⁶⁹⁴ Er ist bei dieser Entscheidung aber nicht völlig frei und kann nur dasjenige zum Schutzgut einer Strafnorm erheben, was für die verfassungsmäßige Stellung und Freiheit des einzelnen Bürgers und für verfassungsmäßige Gemeinschaftswerte notwendig ist.⁶⁹⁵

⁶⁹¹ *Kühl*, FS Tiedemann, S. 42; *Roxin*, AT I, § 2 Rn 98.

⁶⁹² *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht AT, Rn 63 a.

⁶⁹³ *Vogel*, StV 2006, 110 (113).

⁶⁹⁴ *Roxin*, StV 9/2009, 544 (545 f); *Hefendehl*, JA 2011, 401 (403).

⁶⁹⁵ *Roxin*, StV 09/2009, 544 (549); *SK-Rudolphi*, Vor § 1 Rn 5; abweichend BVerfGE, 120, 224 (242) wonach die Grenze für den Gesetzgeber erst dort liegt, wo die Verfassung selbst die „Verfolgung eines bestimmten Zwecks von vorneherein

Die maßgeblichen Kriterien des Subsidiaritätsprinzips leiten sich vorliegend aus der Rechtsprechung des BVerfG ab.⁶⁹⁶

I. Geeignetheit

Ein Strafgesetz muss geeignet sein, den erstrebten Erfolg generell fördern zu können.⁶⁹⁷ Erhöht sich durch seine Einführung die Wahrscheinlichkeit, dass der erstrebte Erfolg eintritt, kann die Eignung bejaht werden.⁶⁹⁸

Die Geeignetheit stellt dabei eine niedrige Schwelle für den Gesetzgeber dar, da er erstens auch insoweit über eine Einschätzungsprärogative verfügt und zweitens nur in Fällen völliger evidenter Ungeeignetheit die Schwelle zur Verfassungswidrigkeit überschritten ist.⁶⁹⁹

II. Erforderlichkeit

Für die vorliegende Bearbeitung ist hingegen das Kriterium der Erforderlichkeit von größerer Bedeutung. Insoweit ist das BVerfG der Auffassung, das Strafrecht dürfe nur ultima-ratio für sozialschädliches und insoweit zu missbilligendes Verhalten sein.⁷⁰⁰

Erforderlichkeit ist dann gegeben, wenn zur Erreichung des Erfolges das mildeste, gleich wirksamste Mittel eingesetzt wird. Es ist daher zu ermitteln, ob das Ordnungswidrigkeiten-, Verwaltungs- oder Zivilrecht oder sonstige

ausschließt“. *Roxin*, StV 09/2009, 544 (549) fordert insoweit jedoch eine Legitimation des Gesetzgebers durch mehr als nur ein verfassungsmäßiges Gesetz, sondern vielmehr auch eine Legitimation dessen Zwecks. Diese sieht er im Rechtsgüterschutz.

⁶⁹⁶ *Vogel*, StV 1996, 110 (113).

⁶⁹⁷ *Vogel*, StV 1996, 110 (113).

⁶⁹⁸ *Hefendehl*, JA 2011, 401 (404).

⁶⁹⁹ *Vogel*, StV 1996, 110 (113).

⁷⁰⁰ BVerfGE 88, 203 (258); *Vogel*, StV 1996, 110 (113).

Vorschriften ausreichende Mittel zur Bekämpfung eines rechtsgutsgefährdenden Verhaltens darstellen.⁷⁰¹

Dabei soll Strafrecht nicht erst dann zur Anwendung kommen dürfen, wenn andere Regelungen versagen, sondern maßgeblich ist allein, ob Maßnahmen des übrigen Rechts gleich wirksam aber weniger belastend als die Strafandrohung sind.⁷⁰²

Auch hier stehen dem Gesetzgeber Beurteilungsspielraum und Einschätzungsprärogative zu.⁷⁰³

III. Angemessenheit

Die in der Norm geregelte Strafe muss stets schuldangemessen sein, so dass eine Abwägung zwischen dem Verbot der Strafnorm und der durch die Strafe eingetretenen Grundrechtsbeeinträchtigung vorzunehmen ist.⁷⁰⁴

⁷⁰¹ *Kühl*, FS Tiedemann, S. 41.

⁷⁰² BVerfGE 80, 182 (185); *Vogel*, StV 1996, 110 (114).

⁷⁰³ SK-Rudolphi, Vor § 1 Rn 13; *Vogel*, StV 1996, 110 (114).

⁷⁰⁴ SK-Rudolphi, Vor § 1 Rn 14 f; *Vogel*, StV 1996, 110 (114).

3. Kapitel: Subsidiarität einer strafrechtlichen Regelung betreffend die Annahme von Vorteilen bei der Verordnung von Arzneimitteln durch niedergelassene Vertragsärzte

Im Folgenden werden die Regelungen vorgestellt, welche bereits heute unzulässige Formen Zusammenarbeit von Vertragsärzten mit Pharmaherstellern und anderen Dritten erfassen. Im Anschluss daran werden die wichtigsten Argumente für und wider eine strafrechtliche Regelung aus den Stellungnahmen zum Antrag der SPD-Fraktion „Korruption im Gesundheitswesen wirksam bekämpfen“, dem Entwurf einer Neuregelung des GKV-Spitzenverbandes sowie aus weiteren Stellungnahmen in der Literatur dargestellt, bevor abschließend die Erforderlichkeit einer neuen strafrechtlichen Regelung im Hinblick auf das Subsidiaritätsprinzip bewertet wird.

A. Berufs-, standesrechtliche und sonstige Regelungen⁷⁰⁵

I. Musterberufsordnung für Ärzte

Die Musterberufsordnung für Ärzte ist selbst gesetztes Recht des Berufsstandes der Ärzte und gibt das Selbstverständnis der Ärzteschaft wieder.⁷⁰⁶

Die MBO-Ä wird für die Ärzte erst mit der Umsetzung durch Landesärztekammern verbindliches Recht. Die Regelungen der Landesärztekammern gelten für alle Ärzte, die Kammermitglieder⁷⁰⁷ sind,

⁷⁰⁵ Die im Folgenden genannten Regelungen gehen im Wesentlichen auf die von Bundesgesundheitsminister Bahr in der aktuellen Stunde am 28.06.2012 genannten Regelungen zurück. Endgültiges Plenarprotokoll BT 17/187 S. 22361.

⁷⁰⁶ Prütting-*Rehborn*, Einleitung MBO-Ä Rn 1.

⁷⁰⁷ Mitglieder werden diejenigen Ärzte, welche über eine Approbation verfügen und ihren Beruf im Kammergebiet ausüben oder zumindest dort ihren Wohnsitz haben.

unabhängig davon, ob sie über eine Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung verfügen oder nicht.

1. § 31 MBO-Ä

Gem. § 31 Abs. 1 MBO-Ä⁷⁰⁸ darf sich ein Arzt für die Verordnung oder den Bezug von Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln oder Medizinprodukten für sich oder Dritte kein Entgelt oder andere Vorteile versprechen oder gewähren lassen. Zudem ist es den Ärzten gem. § 31 Abs. 2 MBO-Ä untersagt, ihren Patienten ohne hinreichenden Grund bestimmte andere Ärzte oder sonstige Anbieter gesundheitlicher Leistungen zu empfehlen oder an diese zu verweisen.⁷⁰⁹

Geschützt werden soll von dieser Vorschrift die Unabhängigkeit ärztlicher Entscheidungen.⁷¹⁰ Die Verordnung von Arzneimitteln soll sich allein an sachlichen, den Interessen der Gesundheit des Patienten dienenden Maßstäben orientieren.⁷¹¹

2. § 32 MBO-Ä

Eine Zuwendung von Seiten eines Patienten oder eines Dritten ist gem. § 32 Abs. 1 MBO-Ä grundsätzlich immer dann unzulässig, wenn dadurch der Eindruck erweckt wird, dass die ärztliche Unabhängigkeit beeinflusst wird. Eine solche Beeinflussung liegt dann nicht vor, wenn die Anreize auf transparenter sozialrechtlicher Grundlage erfolgen und den Ärzten die Möglichkeit einer abweichenden Entscheidung gelassen wird.⁷¹²

⁷⁰⁸ Bis zum 114. Deutschen Ärztetag im Mai 2011 war diese Vorschrift unter § 34 MBO-Ä geregelt. Auf dem 114. Deutschen Ärztetag wurde die MBO-Ä novelliert und damit in einigen Teilen geändert.

⁷⁰⁹ Die bisher in § 33 MBO-Ä a.F. enthaltene Ausnahme zugunsten geringfügiger Vorteile ist entfallen.

⁷¹⁰ Prütting-Rehborn, § 34 MBO-Ä Rn 1.

⁷¹¹ Ratzel/Lippert, MBO-Ä, § 34 Rn 1.

⁷¹² BÄK, Novellierung einzelner Bestimmungen der (Muster-) Berufsordnung, Synoptische Darstellung der Änderungen, S. 23: http://www.bundesaerztekammer.de/downloads/Synopse_Stand_29.08.2011.pdf, zuletzt besucht am 26.02.2013.

Die Annahme von geldwerten Vorteilen in angemessener Höhe im Zusammenhang mit wissenschaftlichen Fortbildungen ist gem. § 32 Abs. 2 MBO-Ä zulässig, wenn diese ausschließlich für berufsbezogene Fortbildungen verwendet werden. Für die passive Teilnahme an Fortbildungen dürfen gem. § 32 Abs. 2 S. 2 MBO-Ä nur solche Zuwendungen gewährt werden, welche nicht über die notwendigen Reisekosten und Tagungsgebühren hinausgehen.

Für die Durchführung einer ärztlichen Fortbildungsveranstaltung ist Sponsoring nur bezogen auf das wissenschaftliche Programm erlaubt. Das Rahmenprogramm ist von den Teilnehmern selber zu tragen.⁷¹³

3. § 33 MBO-Ä

Die Zusammenarbeit zwischen Ärzteschaft und Industrie ist nach § 33 MBO-Ä nur unter gewissen Voraussetzungen zulässig. Erbringt ein Arzt für den Hersteller von Arznei, Heil-, und Hilfsmitteln oder Medizinprodukten eine Leistung, muss die hierfür bestimmte Vergütung gem. § 33 S. 1 MBO-Ä der erbrachten Leistung entsprechen. Die Verträge über eine solche Zusammenarbeit sind schriftlich abzuschließen und sollen der jeweiligen Ärztekammer vorgelegt werden.

Ausdrücklich benennt § 33 S. 1 MBO-Ä nun auch die Anwendungsbeobachtungen als einen Unterfall dieser regelungsbedürftigen Zusammenarbeit von Ärzteschaft und Industrie.⁷¹⁴

⁷¹³ BÄK, Novellierung einzelner Bestimmungen der (Muster-) Berufsordnung, Synoptische Darstellung der Änderungen, S. 24: http://www.bundesaerztekammer.de/downloads/Synopse_Stand_29.08.2011.pdf, zuletzt besucht am 26.02.2013.

⁷¹⁴ Die bisherige Vorschrift des § 33 MBO-Ä wurde auf dem 114. Deutschen Ärztetag um die Absätze zwei bis vier gekürzt.

Die Vorschrift soll das problematische Verhältnis des Arztes zur einschlägigen Industrie erfassen und regelt damit die ärztliche Unabhängigkeit.⁷¹⁵

4. Sanktionen bei Verstoß gegen die jeweilige Berufsordnung

Ein Verstoß gegen die genannten Vorschriften kann berufsrechtlich entweder durch die zuständige Ärztekammer oder durch die Berufsgerichte geahndet werden.⁷¹⁶

Die Ärztekammern sind nach ihrem Kammerrecht, so z.B. gem. § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 Heilberufsgesetz NRW⁷¹⁷ dazu verpflichtet, die Erfüllung der Berufspflichten der Kammerangehörigen zu überwachen sowie die notwendigen Maßnahmen zur Beseitigung berufsrechtswidriger Zustände zu erlassen.

Die Ärztekammern können hierzu gem. § 6 Abs. 1 2. HS Heilberufsgesetz NRW belastende Verwaltungsakte erlassen und gem. §§ 58, 58 a Heilberufsgesetz NRW ein Zwangsgeld bis zu € 2.000,- verfügen sowie von ihrem Rügerecht Gebrauch machen und jede Rüge mit einem Ordnungsgeld bis zu € 5.000,- verbinden.

Die Ärztekammern können aber auch einen Antrag auf Einleitung eines berufsgerichtlichen Verfahrens stellen. Im Rahmen eines solchen Verfahrens können die Berufsgerichte gem. § 59 Heilberufsgesetz NRW auf Warnung, Verweis, Entziehung des passiven Berufswahlrechts, Geldbuße bis zu € 50.000,- und Feststellung zur Unwürdigkeit des Berufs erkennen.

⁷¹⁵ *Ratzel/Lippert*, MBO-Ä, § 33 Rn 1; *Spickhoff-Scholz*, § 33 MBO-Ä Rn 2.

⁷¹⁶ Die Berufsgerichte sind teilweise beim Verwaltungsgericht und teilweise bei der ordentlichen Gerichtsbarkeit angesiedelt.

⁷¹⁷ In der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Mai 2000 (GV. NRW 2000 S. 403 ff.), das zuletzt geändert wurde durch Gesetz vom 17. Dezember 2009 (GV. NRW 2009 S. 856 f.). Jedes Bundesland verfügt über ein eigenes Kammerrecht. Vorliegend wird die Lage in NRW dargestellt.

II. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

Ein Verstoß gegen die genannten Vorschriften der jeweiligen Berufsordnung kann zudem nach §§ 4 Nr. 11, 8, 9 UWG wettbewerbsrechtliche Sanktionen nach sich ziehen. Insoweit ist mit strafbewehrten Abmahnungen von Mitbewerbern und wettbewerbsrechtlichen Gerichtsverfahren zu rechnen.

Auch die Ärztekammern sind dazu befugt, solche wettbewerbsrechtlichen Maßnahmen zu ergreifen.⁷¹⁸

III. Sozialgesetzbuch V

Darüber hinaus finden sich im Regelungsbereich des SGB V betreffend die gesetzliche Krankenversicherung einige Normen, welche Formen der Zusammenarbeit von Vertragsärzten mit anderen Leistungserbringern für unzulässig erklären und dementsprechend sanktionieren.

1. § 128 SGB V

Der Gesetzgeber reagierte mit der Einführung dieser Vorschrift zum 01.04.2009 auf die Notwendigkeit, eine Regelung zu schaffen, mit der Fehlentwicklungen in der Zusammenarbeit zwischen Leistungserbringern und Vertragsärzten unterbunden werden.⁷¹⁹ Er war insoweit der Ansicht, dass die bisherigen Regelungen des Straf-, Berufs- und Wettbewerbsrechts diesen Fehlentwicklungen nicht hinreichend begegneten.⁷²⁰

Bis dahin entsprach es der üblichen Praxis, dass Patienten aus bei ihren Ärzten unterhaltenen Depots mit Hilfsmitteln, wie bspw. Prothesen oder Hörgeräten, versorgt wurden, womit rein faktisch die Freiheit des Versicherten geschmälert wurde, sich einen Leistungserbringer frei

⁷¹⁸ BGH, NJW 1996, 3081 (3082).

⁷¹⁹ Hänlein/Kruse/Schuler-Murawski, § 128 Rn 1.

⁷²⁰ BT-Drucks. 16/10609, S. 58.

auszuwählen.⁷²¹ Zudem verschaffte sich der Leistungserbringer, welcher das Depot des Arztes bestückte, einen Wettbewerbsvorteil.⁷²²

§ 128 Abs. 1 SGB V untersagte zunächst nur die Abgabe von Hilfsmitteln aus einem bei Vertragsärzten eingerichteten Depot. Zudem war die Gewährung wirtschaftlicher Vorteile an Ärzte bei der Hilfsmittelversorgung gem. § 128 Abs. 2 SGB V verboten. Ein Verstoß gegen diese Vorgaben war von den Krankenkassen gem. § 128 Abs. 3 SGB V zu ahnden.

Im Rahmen der 15. AMG-Novelle⁷²³ wurde sodann Abs. 6 angefügt. Dieser weitete den Anwendungsbereich des § 128 SGB V auf die Verordnung von Arznei- und Verbandmitteln, Medizinprodukten und weiteren Leistungen aus. Nun werden auch pharmazeutische Unternehmer, Apotheken, pharmazeutische Großhändler und sonstige Anbieter von Gesundheitsleistungen von dem Depot- und Zuwendungsverbot des § 128 SGB V erfasst.

Von den Sanktionen des § 128 Abs. 3 SGB V - Zahlung einer Vertragsstrafe und Ausschluss des Leistungserbringers von der Versorgung der Versicherten – waren zunächst nur die Leistungserbringer erfasst.

Schließlich wurde Ende des Jahres 2011 § 128 SGB V noch um Abs. 5 a erweitert.⁷²⁴ Demnach stellt es nun auch einen Verstoß des Vertragsarztes gegen die ihm durch das SGB V auferlegten Pflichten dar, wenn er unzulässige Zuwendungen fordert oder annimmt oder Versicherte zur Inanspruchnahme einer privatärztlichen Leistung anstelle der ihnen zustehenden Leistung der gesetzlichen Krankenversicherung beeinflusst.

⁷²¹ *Luthe*, MedR 2011, 404 (405).

⁷²² Hänlein/Kruse/Schuler-*Murawski*, § 128 Rn 2.

⁷²³ Gesetz zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften vom 17. Juli 2009 (BGBl. I S. 1990).

⁷²⁴ Gesetz zur Verbesserung der Versorgungsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung vom 22.12.2011, BGBl. I, S. 2983 ff; Hänlein/Kruse/Schuler-*Murawski*, § 128 Rn 9.

Es sollen Konfliktsituationen bei Vertragsärzten vermieden werden, so dass diese nicht aus finanziellen Interessen über die Versorgung des Versicherten entscheiden.⁷²⁵

2. § 73 SGB V

Auch wurde mit dem Ziel einer effektiven Korruptionsbekämpfung mit dem Versorgungsstrukturgesetz die Vorschrift § 73 Abs. 7 in das SGB V aufgenommen, welcher festschreibt, dass Ärzte für die Zuweisung der Patienten kein Entgelt fordern bzw. annehmen dürfen.⁷²⁶

3. Sanktionen bei Verstoß gegen das SGB V

Bei einem Verstoß gegen die genannten vertragsärztlichen Pflichten können die Kassenärztlichen Vereinigungen Disziplinarmaßnahmen gegen den Vertragsarzt gem. § 81 Abs. 5 S. 2 SGB V i.V.m. der Disziplinarordnung der jeweils zuständigen Kassenärztlichen Vereinigung verhängen. Als mögliche Disziplinarmaßnahmen benennt § 81 Abs. 5 SGB V die Verwarnung, den Verweis, die Geldbuße mit Höchstmaß € 10.000,- oder die Anordnung des Ruhens der Zulassung.

Darüber hinaus kann gem. § 95 Abs. 6 SGB V der Zulassungsausschuss i.V.m. § 27 Ä-ZV dem Vertragsarzt, welcher gröblich gegen seine Pflichten verstößt, die Zulassung entziehen.

Eine gröbliche Verletzung vertragsärztlicher Pflichten wird immer dann bejaht, wenn das Vertrauen der Kassenärztlichen Vereinigung oder der Krankenkasse in den Vertragsarzt so zerstört wurde, dass eine weitere

⁷²⁵ Hänlein/Kruse/Schuler-Murawski, § 128 Rn 3.

⁷²⁶ Gesetz zur Verbesserung der Versorgungsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung vom 22. Dezember 2011 (BGBl I S. 2983ff).

Zusammenarbeit nicht länger zumutbar ist.⁷²⁷ Ein gröblicher Verstoß gegen vertragsärztliche Pflichten wird bspw. bei Abrechnungsbetrug bejaht.⁷²⁸

IV. Heilmittelwerbegesetz

Gem. § 7 Abs. 1 HWG ist es unter Berücksichtigung einiger Ausnahmen unzulässig, als Arzt Zuwendungen und sonstige Werbegaben anzunehmen.

Die Vorschrift dient dazu, der unsachlichen Beeinflussung von Fachkreisen zu begegnen und so die Gesundheitsinteressen der Verbraucher zu schützen.⁷²⁹

Wer entgegen § 7 Abs. 1 HWG eine Zuwendung oder sonstige Werbegabe annimmt, handelt gem. § 15 Abs. 1 Nr. 4 a HWG ordnungswidrig und muss mit einer Geldbuße bis zu € 50.000,- rechnen.

V. Arzneimittelgesetz

Anknüpfungspunkt der Diskussion um Korruption im Gesundheitswesen sind auch die oben genannten Anwendungsbeobachtungen.⁷³⁰ Insoweit wurde bereits dargestellt, dass ihr Nutzen für das Gesundheitssystem, nicht aber der Nutzen für die Pharmahersteller umstritten ist. Der geringe Aufwand für die teilnehmenden Ärzte lässt das Verhältnis zu der von den Pharmaherstellern gezahlten Aufwandsentschädigung fraglich erscheinen.⁷³¹

Gesetzlich sind für die Durchführung von Anwendungsbeobachtungen gem. § 67 Abs. 6 S. 3 AMG sogenannte „Entschädigungen“ anerkannt. Sie müssen jedoch nach Art und Höhe so bemessen werden, „dass kein Anreiz

⁷²⁷ Spickhoff-Walter, § 95 SGB V Rn 51.

⁷²⁸ Hänlein/Kruse/Schuler-Kruse, § 95 Rn 86.

⁷²⁹ Prütting-Mand, § 7 HWG Rn 1.

⁷³⁰ Siehe oben S. 9.

⁷³¹ Krüger, StraFo 2012, 308 (311).

für eine bevorzugte Verschreibung oder Empfehlung bestimmter Arzneimittel entsteht“. Auch muss gem. § 67 Abs. 6 S. 4 AMG die Art und Höhe der Entschädigung gegenüber den bereits genannten Stellen angegeben werden.⁷³²

Als sozialrechtliches Regulatorium sind gem. § 106 Abs. 2 S. 10 SGB V im Rahmen einer Wirtschaftlichkeitsprüfung insbesondere Leistungen von Vertragsärzten erfasst, welche an einer Anwendungsbeobachtung teilnehmen.

VI. Bundesärzteordnung

Wer in der BRD als Arzt tätig werden will, benötigt dafür gem. § 2 Abs. 1 BÄO eine Approbation. Diese erteilen die Approbationsbehörden, deren Zuständigkeit in NRW bei den Bezirksregierungen liegt.⁷³³

Liegen bestimmte Voraussetzungen vor, muss bzw. kann die Approbation gem. § 5 Abs. 1 BÄO zurückgenommen werden. Gem. § 5 Abs. 2 BÄO muss bzw. kann die Approbation unter anderen Voraussetzungen zudem widerrufen werden.

Vorliegend ist insoweit der Widerruf der Approbation gem. § 5 Abs. 2 S. 1 BÄO maßgeblich. Hiernach muss die Approbation widerrufen werden, wenn aufgrund des Verhaltens des Arztes dessen nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 BÄO für die Erteilung der Approbation erforderliche Zuverlässigkeit oder Würdigkeit zur Ausübung des ärztlichen Berufs nachträglich entfällt.

⁷³² Diesbezüglich soll nochmals auf § 33 S. 1 MBO-Ä hingewiesen werden, welcher regelt, dass die für die Anwendungsbeobachtung gezahlte Vergütung der erbrachten Leistung entsprechen muss.

⁷³³ Die Zuständigkeit variiert von Bundesland zu Bundesland.

Unzuverlässigkeit ist gegeben, wenn sich aufgrund des bisherigen Verhaltens ergibt, dass der Arzt nicht die Gewähr dafür bietet, zukünftig den Arztberuf ordnungsgemäß ausüben zu können.⁷³⁴ Beispiele für unzuverlässige Verhaltensweisen, welche bereits den Widerruf der Approbation begründet haben, sind Abrechnungsbetrug, Steuerhinterziehung oder Operation bei Kindern ohne Betäubung.⁷³⁵

Ein Arzt ist unwürdig, seinen Beruf auszuüben, wenn er durch sein Verhalten das Ansehen und Vertrauen verloren hat, welches für die Ausübung des Arztberufes erforderlich ist.⁷³⁶ Insoweit ist maßgeblich, ob ein bestimmtes, schwerwiegendes Verhalten des Arztes, welches nicht zwingend mit seiner Berufsausübung zusammenhängen muss, dennoch aber Bezug zum Beruf und Stand hat, nicht damit verbunden werden kann, was im Allgemeinen mit einem „Arzt“ verbunden wird.⁷³⁷

Der Widerruf der Approbation bei angestellten Ärzten wegen Unwürdigkeit durch Geldannahme von der Pharmaindustrie wurde bereits bejaht.⁷³⁸ Grundlage waren hier die tatsächlichen Feststellungen eines Strafbefehls, bezogen auf §§ 331 ff. StGB.⁷³⁹

Der Widerruf der Approbation greift existenziell in das private und familiäre Leben des Betroffenen ein, es ist daher der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren.⁷⁴⁰

Neben dem Widerruf der Approbation ist bei Vertragsärzten noch die Entziehung der Zulassung gem. § 95 Abs. 6 SGB V möglich, da die für die

⁷³⁴ Prütting-Hoppe/Rompf/Seebohm, § 5 BÄO Rn 8.

⁷³⁵ Spickhoff-Schelling, § 5 BÄO Rn 37.

⁷³⁶ Prütting-Hoppe/Rompf/Seebohm, § 5 BÄO Rn 9.

⁷³⁷ Spickhoff-Schelling, § 5 BÄO Rn 19 f.

⁷³⁸ Bayrischer VGH, MedR 2011, 594.

⁷³⁹ Bayrischer VGH, MedR 2011, 594 (596).

⁷⁴⁰ Spickhoff-Schelling, § 5 BÄO Rn 15.

Zulassung erforderliche Approbation gem. §§ 3 Abs. 2a, Abs. 3c Ä-ZV weggefallen ist.⁷⁴¹

VII. Zwischenergebnis

Die genannten Regelungen bieten ein breites Spektrum an Sanktionsmöglichkeiten. Nimmt der Arzt Zuwendungen an, welche die Unabhängigkeit seiner ärztlichen Entscheidung gefährden, drohen ihm durch die Ärztekammer bis zu € 5.000,- Ordnungsgeld oder im Falle eines berufsgerichtlichen Verfahrens eine Geldbuße bis zu € 50.000,-.

Insbesondere für Vertragsärzte droht bei der Forderung oder Annahme unzulässiger Zuwendungen gem. § 128 SGB V oder der Zuweisung gegen Entgelt gem. § 73 SGB V die Entziehung ihrer Zulassung.

In allen Fällen unzulässiger Zusammenarbeit mit Pharmaherstellern oder anderen Leistungserbringern ist mit wettbewerbsrechtlichen Sanktionen zu rechnen. Das wird in der Regel im Rahmen einer strafbewehrten Abmahnung mit teils finanziell empfindlichen Vertragsstrafen verbunden sein.

Geldbußen bis zu € 50.000 drohen auch bei einem Verstoß gegen das HWG.

In Fällen, in denen das Fehlverhalten eines Arztes als besonders schwerwiegend erkannt wird, kann gem. § 5 Abs. 2 BÄO die Approbation widerrufen werden. Dies ist wohl die einschneidendste und für den Arzt existenziell bedrohlichste Maßnahme.

⁷⁴¹ Spickhoff-Schelling, § 5 BÄO Rn 48.

B. Stellungnahmen zum Antrag der SPD-Fraktion „Korruption im Gesundheitswesen wirksam bekämpfen“

Zum Antrag der SPD-Fraktion wurden zahlreiche Stellungnahmen verschiedener Interessenvertreter und -verbände bzw. Sachverständiger verfasst. Im Folgenden werden die nach Auffassung der Bearbeiterin wichtigsten Erkenntnisse aus diesen Stellungnahmen zur Erforderlichkeit einer ergänzenden Regelung im Strafgesetzbuch zusammengefasst.

I. Zweck bzw. Rechtsgut einer neuen strafrechtlichen Regelung

Unter denjenigen, welche eine ergänzende strafrechtliche Regelung befürworten, werden verschiedene Auffassungen vertreten, zu welchem Zweck eine solche Regelung bei Korruptionshandlungen von niedergelassenen Vertragsärzten und privat liquidierenden Ärzten erforderlich ist bzw. Welches Rechtsgut durch eine Strafvorschrift geschützt werden soll.

So sollen sowohl die Versichertengemeinschaft, als auch die Patienten vor Schäden durch Korruptionshandlungen bewahrt werden.⁷⁴² Bemängelt wird insoweit, dass etwa Patienten, welche aufgrund korrumpierter Therapieentscheidungen eine falsche oder überflüssige Therapie erhalten, das Fehlverhalten nur in Form eines Behandlungsfehlers geltend machen könnten.⁷⁴³

Auch soll das Vertrauen in die Lauterkeit einer ärztlichen Entscheidung bzw. die Lauterkeit der ärztlichen Entscheidung selbst in Abgrenzung zum Rechtsgut des § 299 StGB, welches diese Rechtsgüter nicht umfasse,

⁷⁴² Stellungnahme *Bundesarbeitsgemeinschaft SELBSTHILFE von Menschen mit Behinderung und chronischer Erkrankung und ihren Angehörigen e.V. (BAG SELBSTHILFE)*, BT Ausschussdrucks. 17(14)248(3), S. 2.

⁷⁴³ Stellungnahme *Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.*, BT Ausschussdrucks. 17(14)248(18), S. 2.

Gegenstand der neuen Strafnorm sein.⁷⁴⁴ Des Weiteren wird das schutzwürdige Vertrauen in das Gesundheitssystem angeführt.⁷⁴⁵

Auch der von der SPD-Fraktion angeführte, angebliche jährliche milliardenschwere Schaden für die gesetzliche Krankenversicherung ist Gegenstand der Stellungnahmen. So werden teilweise unter Berufung auf die Zahlen der von der SPD-Fraktion genannten Studie des EHFCN Berechnungen angestellt, wie diese Kosten durch Bekämpfung der Korruption gesenkt werden könnten.⁷⁴⁶

Überwiegend wird diesbezüglich aber bemängelt, dass die Studie des EHFCN das deutsche Gesundheitssystem nicht mit umfasse und daher diese Zahlen für Deutschland nicht aussagekräftig seien.⁷⁴⁷ Ohnehin lägen für Deutschland letztlich keine Zahlen vor, welche die Auswirkungen der Korruption von Ärzten auf das Gesundheitssystem als Schaden belegen.⁷⁴⁸

Dennoch wird angeführt, dass zumindest anzunehmen sei, dass die Solidargemeinschaft durch korrupte Verhaltensweisen in Form von Mehrausgaben geschädigt sei.⁷⁴⁹ Die Summen der an die Ärzte geleisteten Zahlungen würden Teil der Kostenkalkulation der Pharmahersteller sein und somit dem Gesundheitssystem im Wege der Kostendeckung entzogen werden.⁷⁵⁰

⁷⁴⁴ Stellungnahme *Jörg Engelhard*, BT Ausschussdrucks. 17(14)248(9), S. 9.

⁷⁴⁵ Stellungnahme *Deutscher Gewerkschaftsbund (DGB)*, BT Ausschussdrucks. 17(14)248(16), S. 2.

⁷⁴⁶ Stellungnahme *Peter Schröder*, BT Ausschussdrucks. 17(14)248(8), S. 1.

⁷⁴⁷ Stellungnahme *Jörg Engelhard*, BT Ausschussdrucks. 17(14)248(9), S. 2 f; Stellungnahme *GKV-Spitzenverband*, BT Ausschussdrucks. 17(14)248(7), S. 3, welcher seinerseits eigene Berechnungen anstellt, die aber ebenfalls sehr umstritten sind.

⁷⁴⁸ Stellungnahme *Jörg Engelhard*, BT Ausschussdrucks. 17(14)248(9), S. 2 f;

Stellungnahme *GKV-Spitzenverband*, BT Ausschussdrucks. 17(14)248(7), S. 3, welcher seinerseits eigene Berechnungen anstellt, die aber ebenfalls sehr umstritten sind.

⁷⁴⁹ Stellungnahme *Jörg Engelhard*, BT Ausschussdrucks. 17(14)248(9), S. 5.

⁷⁵⁰ Stellungnahme *Jörg Engelhard*, BT Ausschussdrucks. 17(14)248(9), S. 5.

II. Fehlende hinreichende Regelung

Obwohl bereits bestehende Regelungen, wie bspw. § 128 SGB V im Hilfsmittelbereich, ihre Wirkung zeigten, bedarf es einer Auffassung nach strafrechtlicher Sanktionen, da sich eine nicht unerhebliche Zahl von Vertragsärzten und Leistungserbringern von zu erwartenden wettbewerbs-, sozial- und berufsrechtlichen Sanktionen weiterhin unbeeindruckt zeigten.⁷⁵¹

Zudem sei der Wertungswiderspruch aufzuheben, der entstehe, wenn ein angestellter Arzt sich gem. § 299 StGB strafbar mache, wohingegen der niedergelassene Vertragsarzt straffrei bleibe.⁷⁵²

Auch korruptes Verhalten bei Anwendungsbeobachtungen wird als unzureichend sanktioniert empfunden.⁷⁵³

Die aufgenommenen Neuregelungen in § 128 SGB V und § 73 SGB V seien letztlich nicht ausreichend, unerlaubte Zusammenarbeit von Ärzten und Dritten zu unterbinden.⁷⁵⁴

III. Ausreichende bisherige Regelungen

Gegner des von der SPD-Fraktion initiierten Gesetzesvorhabens lehnen eine strafrechtliche Regelung unter Hinweis auf eine fehlende Regelungslücke, alternative Regelungsmöglichkeiten oder bereits bestehende Regelungen ab.

⁷⁵¹ Stellungnahme *Bundesinnung der Hörgeräteakustiker KdöR*, BT Ausschussdrucks. 17(14)248(1).

⁷⁵² Stellungnahme *GKV-Spitzenverband*, BT Ausschussdrucks. 17(14)248(7), S. 6.

⁷⁵³ Stellungnahme *Peter Schröder*, BT Ausschussdrucks. 17(14)248(8), S. 2; *Arbeitsgruppe Gesundheit Transparency International Deutschland e.V. u.a.*, BT Ausschussdrucks. 17(14)248(17), S. 3.

⁷⁵⁴ Stellungnahme *Bundesinnungsverband für Orthopädie Technik*, BT Ausschussdrucks. 17(14)248(5), S. 1.

Ein Sonderstrafrecht für Ärzte sei nicht erforderlich und stelle das falsche Signal dar.⁷⁵⁵ Eine solche anlassbezogene Neukriminalisierung verstoße gegen das Strafrecht als ultima-ratio.⁷⁵⁶ Aufgrund der ärztlichen Unabhängigkeit und Entscheidungsfreiheit dürfe keine strafrechtliche Regelung getroffen werden, da dies gegen das über Jahrzehnte gewachsene und bewährte Selbstverständnis der ärztlichen Berufsausübung verstoße.⁷⁵⁷ Zudem seien die vertragsarztrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten, wie § 128 Abs. 5 a SGB V, bereits ausreichend.⁷⁵⁸

Alternativ zu einer strafrechtlichen Sanktion wird vorgeschlagen, zu regeln, dass Verordnungen, welche durch korrupte Interaktionen ausgelöst wurden, keinen Vergütungsanspruch begründen.⁷⁵⁹ Eine Abrechnung dieser Leistung durch den jeweiligen Arzt begründe sodann eine Strafbarkeit wegen Abrechnungsbetrugs.⁷⁶⁰

C. Stellungnahmen zu einer Neuregelung im Anschluss an den Beschluss des GSt des BGH

In der juristischen Literatur wurde auf die oben genannten Schlussworte des GSt des BGH⁷⁶¹ Bezug genommen und zur Erforderlichkeit einer strafrechtlichen Regelung ausgeführt.

Überwiegend wird eine strafrechtliche Regelung nicht für erforderlich gehalten. Bereits de lege lata sei eine Sanktionierung der Provisionierung der Verordnung von Arzneimitteln durch Pharmahersteller durch die

⁷⁵⁵ Stellungnahme *Bundesverband der Pharmazeutischen Industrie e.V.*, BT Ausschussdrucks. 17(14)248(6), S. 3.

⁷⁵⁶ Stellungnahme *Bundesverband der Pharmazeutischen Industrie e.V.*, BT Ausschussdrucks. 17(14)248(6), S. 5.

⁷⁵⁷ Stellungnahme *Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften e.V. (AWMF)*, BT Ausschussdrucks. 17(14)248(11), S. 2.

⁷⁵⁸ Stellungnahme *Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften e.V. (AWMF)*, BT Ausschussdrucks. 17(14)248(11), S. 2.

⁷⁵⁹ Stellungnahme *Jörg Engelhard*, BT Ausschussdrucks. 17(14)248(9), S. 11.

⁷⁶⁰ Stellungnahme *Jörg Engelhard*, BT Ausschussdrucks. 17(14)248(9), S. 11.

⁷⁶¹ Siehe S. 133.

Vorschriften der MBO-Ä und des SGB V sowie des HWG möglich.⁷⁶² Auch werden die bereits vorhandenen berufsrechtlichen Sanktionen als für die Vertragsärzte schmerzhaft eingeschätzt.⁷⁶³ Diesbezüglich wird ausgeführt, dass diese bereits zahlreiche effektive Mittel zur Bekämpfung der korrupten Praxis des Pharmamarketings bieten würden.⁷⁶⁴ Die berufs- und standesrechtlichen Vorschriften litten jedoch an einem Vollzugsdefizit und es werde Zeit, deren Sanktionspotenzial endlich zu aktivieren.⁷⁶⁵

Im Hinblick auf Anwendungsbeobachtungen sollen die Regelungen der Berufsordnung und des AMG das Äquivalenzprinzip erfassen. Sind demnach Leistung und Gegenleistung gleichwertig, wird ein Korruptionsverdacht in der Regel entkräftet.⁷⁶⁶

Zudem sei die Schaffung von mehr Transparenz eine wirksame Prävention gegen Korruption im Gesundheitswesen.⁷⁶⁷ Nur vereinzelt wird vertreten, eine Strafvorschrift, z.B. im elften Abschnitt des SGB V, zu schaffen.⁷⁶⁸

D. Entwurf des GKV-Spitzenverbandes

Einen Teil der Überlegungen zum Antrag der SPD-Fraktion hat nun der GKV-Spitzenverband aufgegriffen. Im Rahmen einer Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten hat er einen Regelungsvorschlag zur Bekämpfung von Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen erarbeitet.⁷⁶⁹

⁷⁶² *Szesny/Remplik*, MedR 2012, 662.

⁷⁶³ *Brockhaus*, ZWH 2012, 278 (279).

⁷⁶⁴ *Krüger*, StraFo 2012, 308 (312).

⁷⁶⁵ *Krüger*, StraFo 2012, 308 (312).

⁷⁶⁶ *Krüger*, StraFo 2012, 308 (311).

⁷⁶⁷ *Kraatz*, NZWiSt 2012, 273 (278).

⁷⁶⁸ *Meseke*, BKK 2012, 318.

⁷⁶⁹ BT Ausschussdrucks. 17(14)0339, Position des GKV-Spitzenverbandes zu dem Expertengespräch über Konsequenzen aus dem BGH-Beschluss zur Strafbarkeit von Kassenärzten wegen Bestechlichkeit am 24.10.2012.

Er schlägt eine Neuregelung eines Straftatbestands in § 308 SGB V vor. Dieser soll wie folgt lauten:

„§ 308 – Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen

- (1) Wer als angestellter Arzt, Vertragsarzt oder Leistungserbringer im Gesundheitswesen einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei der Wahrnehmung der ihm übertragenen gesetzlichen Aufgaben eine Handlung vorgenommen hat oder künftig vornehme und dadurch seine Pflichten verletzt hat oder verletzen würde, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*
- (2) Ebenso wird bestraft, wer einem angestellten Arzt, Vertragsarzt oder Leistungserbringer im Gesundheitswesen einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er bei der Wahrnehmung der ihm übertragenen gesetzlichen Aufgaben eine Handlung vorgenommen hat oder künftig vornehme und dadurch seine Pflichten verletzt hat oder verletzen würde.“*

Die neue Strafnorm soll in das SGB V aufgenommen werden, um Verstöße gegen die einschlägigen sozialgesetzlichen und berufsrechtlichen Verbote zukünftig effektiv sanktionieren zu können.⁷⁷⁰ Rechtsgut dieser Vorschrift soll sein, dass niedergelassene Ärzte bei der Verordnung von Arzneimitteln unbeeinflusst von wirtschaftlichen Interessen handeln.⁷⁷¹ Die Norm soll dem Patientenschutz dienen und das Vertrauen in die Lauterkeit der ärztlichen Entscheidung schützen.⁷⁷² Mit den bisherigen Regelungen, z.B. werden § 128 SGB V und § 31 MBO-Ä angeführt, könnten die Verstöße der Vertragsärzte nicht hinreichend verhindert und bekämpft werden.⁷⁷³

⁷⁷⁰ GKV-Spitzenverband, BT Ausschussdrucks. 17(14)0339, S. 3.

⁷⁷¹ GKV-Spitzenverband, BT Ausschussdrucks. 17(14)0339, S. 3.

⁷⁷² GKV-Spitzenverband, BT Ausschussdrucks. 17(14)0339, S. 3.

⁷⁷³ GKV-Spitzenverband, BT Ausschussdrucks. 17(14)0339, S. 4.

Bereits bei der Schaffung von § 128 SGB V habe der Gesetzgeber begründet, dass die straf-, berufs- und wettbewerbsrechtlichen Vorschriften in der Praxis fragwürdige Formen der Zusammenarbeit nicht wirksam verhindern würden.⁷⁷⁴

In seiner Stellungnahme übersieht der GKV-Spitzenverband, dass mit § 128 Abs. 5 a SGB V nun auch eine Regelung geschaffen wurde, um gegen Vertragsärzte vorgehen zu können. Diese Vorschrift bleibt in der Stellungnahme unerwähnt.

E. Eigene Stellungnahme

Nach dem ultima-ratio-Prinzip muss, wie oben dargestellt wurde,⁷⁷⁵ vom Gesetzgeber zunächst ein Rechtsgut benannt werden, welches als Zweck dient, an dem sich die möglichen Sanktionsmittel messen lassen.

Diskutiert werden als Schutzzweck das Vertrauen in das Gesundheitssystem, das Vertrauen in den Arztberuf bzw. die Lauterkeit der ärztlichen Entscheidung, die Gesundheit der Patienten sowie ein Vermögensschaden der Krankenkassen, der Krankenversicherung bzw. der Solidargemeinschaft.

Ob sich aus diesen Zwecken jedoch ein geeignetes Rechtsgut entwickeln lässt, ist vorliegend zu hinterfragen. Anschließend wird anhand der ermittelten Rechtsgüter die Subsidiarität einer strafrechtlichen Regelung geprüft.

I. Vertrauen in das Gesundheitssystem und den Arztberuf

Unter anderem sollen der Vertrauensverlust der Patienten bzw. Versicherten in das Gesundheitssystem oder den Arztberuf bzw. in die Lauterkeit der

⁷⁷⁴ *GKV-Spitzenverband*, BT Ausschussdrucks. 17(14)0339, S. 5.

⁷⁷⁵ Siehe dazu oben auf S. 136 f.

ärztlichen Entscheidung Rechtsgüter für die Schaffung eines Straftatbestands sein.⁷⁷⁶

Fraglich ist aber, ob das Vertrauen in das Gesundheitssystem oder den Arztberuf bzw. die Lauterkeit der ärztlichen Entscheidung überhaupt als Rechtsgüter einer neuen strafrechtlichen Regelung in Frage kommen.

Für *Hefendehl* und *Pragal* ist bei einer Einbeziehung des Vertrauens in ein Rechtsgut maßgeblich, dass der Verlust des Vertrauens zu einem Primärschaden am Rechtsgut führt.⁷⁷⁷ Dies sei nur in denjenigen Fällen anzunehmen, in denen eine Norm „ein auf Interaktion mit der Allgemeinheit angelegtes System schütze, welches sich durch das Vertrauen der Allgemeinheit in bestimmte Mechanismen (...) konstituiere und daher ohne dieses Vertrauen schlicht nicht existiere“.⁷⁷⁸

Beispielhaft wird insoweit angeführt, dass, wenn im Hinblick auf § 331 StGB das Vertrauen in die Lauterkeit staatlicher Entscheidungen verloren ginge, dieses Rechtsgut nicht mehr existiere, da mit dem Vertrauensverlust auch die Lauterkeit entfalle.⁷⁷⁹ Im Gegensatz dazu entfalle mit dem Vertrauen in das Rechtsgut Leben nicht das Leben als Rechtsgut an sich.⁷⁸⁰ Bei § 331 StGB soll das Vertrauen mithin Bestandteil eines Rechtsguts sein, in Bezug auf das Rechtsgut Leben jedoch nicht.

Es erscheint bereits sehr fraglich, ob das Vertrauen für die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems oder den Arztberuf von konstitutiver Bedeutung ist. Zwar ist Vertrauen zu dem behandelnden Arzt für die Inanspruchnahme einer Behandlung von großer Bedeutung. Ob sich daraus aber konstituierende Wirkung für das ganze Gesundheitssystem oder den Arztberuf im

⁷⁷⁶ Stellungnahme *Jörg Engelhard*, BT Ausschussdrucks. 17(14)248(9), S. 9; Stellungnahme *Deutscher Gewerkschaftsbund (DGB)*, BT Ausschussdrucks. 17(14)248(16), S. 2.

⁷⁷⁷ *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, S. 124f; *Pragal*, Korruption, S. 149.

⁷⁷⁸ *Pragal*, Korruption, S. 149.

⁷⁷⁹ *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, S. 125.

⁷⁸⁰ *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, S. 126.

Allgemeinen ergibt, erscheint zweifelhaft. Es ist kaum zu erwarten, dass fehlendes Vertrauen selbst bei Vorliegen von ernsthaften Krankheiten zu einem Verzicht auf eine notwendige Behandlung und damit auf die Inanspruchnahme des Arztes oder des Gesundheitssystems führen wird. Für die Lauterkeit der ärztlichen Entscheidung mag das Vertrauen hingegen, wie von *Hefendehl* und *Pragal* in Bezug auf § 331 StGB angeführt, konstitutiv sein. Jedoch liegt der Lauterkeit einer ärztlichen Entscheidung kein auf Interaktion mit der Allgemeinheit ausgerichtetes System zugrunde, sondern vielmehr ein persönliches Vertrauensverhältnis zu dem einzelnen Patienten.

Einer abschließenden Entscheidung bedarf es insoweit aber nicht, da der von *Hefendehl* und *Pragal* vertretenen Ansicht ohnehin bereits aufgrund der folgenden Erwägungen nicht gefolgt werden kann. Es ist abzulehnen, das Vertrauen als Rechtsgut oder Teil desselben anzuerkennen. Strafrechtliche Tatbestände dienen nicht dazu, Vertrauen wiederherzustellen oder aufzubauen.⁷⁸¹ Durch seine Sanktionen macht das Strafrecht das Vertrauen vielmehr überflüssig.⁷⁸² Insoweit läge ein Zirkelschluss vor, wenn Straftatbestände, welche das Vertrauen erst bedingen, dieses gleichzeitig als Rechtsgut schützen.⁷⁸³ Vertrauen ist nicht Bestandteil einzelner Tatbestände, sondern wird vielmehr dem Strafrecht in seiner Wirkung an sich entgegengebracht.⁷⁸⁴

Zwar ist ein Vertrauensverlust in das Gesundheitssystem sowie den Arztberuf und auch die Lauterkeit ärztlicher Entscheidungen nicht gutzuheißen und dem ist zweifelsohne entgegenzuwirken. Dies allein kann aber nicht zu einer Normierung eines strafrechtlichen Tatbestands führen.

Als Rechtsgut ist daher weder das Vertrauen in den Arztberuf oder die Lauterkeit der ärztlichen Entscheidung noch das Vertrauen in das Gesundheitssystem geeignet. Da es damit bereits an einem geeigneten

⁷⁸¹ *Beckemper*, ZIS 2011, 318 (321).

⁷⁸² *Beckemper*, ZIS 2011, 318 (320).

⁷⁸³ *Beckemper*, ZIS 2011, 318 (322).

⁷⁸⁴ *Beckemper*, ZIS 2011, 318 (320).

Rechtsgut fehlt, entfällt insoweit auch eine Prüfung der Subsidiarität einer strafrechtlichen Regelung.

II. Lauterkeit ärztlicher Entscheidung

Da Gegenstand der Diskussion um die Strafbarkeit korrupter Verhaltensweisen von Vertragsärzten der das Allgemeininteresse am lauterem Wettbewerb schützende § 299 StGB ist, lag es nicht ganz fern, den Lauterkeitsaspekt auch auf ärztliche Entscheidungen zu übertragen.⁷⁸⁵

Gegenstand der Lauterkeit der ärztlichen Entscheidung soll sein, dass die ärztliche Behandlung nur auf medizinischen Erwägungen beruht und nicht aufgrund von finanziellen Interessen erfolgt.⁷⁸⁶

Fraglich ist insoweit, ob die Lauterkeit der ärztlichen Entscheidung ein schutzwürdiges Rechtsgut darstellt und ein Verstoß dagegen strafwürdig ist. Hier ist der Rechtsgüterschutzgedanke mit dem fragmentarischen Charakter des Strafrechts in Verbindung zu bringen.⁷⁸⁷

Danach ist der Gesetzgeber nicht völlig frei in seiner Entscheidung, was er zum Schutzgut einer Norm erheben will. Er ist vielmehr darauf beschränkt, die Gesellschaft vor sozialschädlichem Verhalten zu schützen.⁷⁸⁸ Es muss sich mithin um elementare sozialetische Handlungswerte handeln, deren Verletzung für den Einzelnen und das Gesellschaftsleben unerträglich sind und welche nicht bloße Moralvorstellungen darstellen.⁷⁸⁹

⁷⁸⁵ So in der Stellungnahme *Jörg Engelhard*, BT Ausschussdrucks. 17(14)248(9), S. 9 und *GKV-Spitzenverband*, BT Ausschussdrucks 17(14)0339, S. 6.

⁷⁸⁶ So lässt sich das der Stellungnahme *Jörg Engelhard*, BT Ausschussdrucks. 17(14)248(9), S. 9 entnehmen und *GKV-Spitzenverband*, BT Ausschussdrucks. 17(14)0339, S. 3.

⁷⁸⁷ So bezogen auf die Neufassung des § 176 Abs. 4 Nr. 2 StGB *Kühl*, in FS Tiedemann, S. 38.

⁷⁸⁸ *SK-Rudolphi*, Vor § 1 Rn 6.

⁷⁸⁹ *SK-Rudolphi*, Vor § 1 Rn 5; *Roxin*, StV 09/2009, 544 (549); abweichend das BVerfGE 120, 224 (248 f), wonach sich die in Frage stehende Strafnorm „in der Zusammenfassung nachvollziehbarer Strafzwecke vor dem Hintergrund einer

Dass der Arzt seine Entscheidung, welche Therapie, welches Arzneimittel oder welches Hilfsmittel gewählt wird, allein an medizinischen Gesichtspunkten ausrichtet, stellt zweifelsohne einen sozialetischen Handlungswert dar. Für den Patienten ist das Vertrauen in die vom Arzt getroffene Entscheidung ein wichtiger Bestandteil der Behandlung.

Fraglich ist aber, ob dem Lauterkeitsaspekt der ärztlichen Entscheidung überhaupt ein eigener, für eine strafrechtliche Regelung maßgeblich zu berücksichtigender Handlungswert zukommt. Im Hinblick auf den fragmentarischen Charakter des Strafrechts ist zu beachten, dass nur solche Lücken im strafrechtlichen Rechtsgüterschutz zu schließen sind, welche unerträglich für das geordnete Zusammenleben der Menschen sind.⁷⁹⁰ Es müssen mithin qualifizierte, grundlegende, wichtige Belange sein.⁷⁹¹

Die Befürchtung, eine ärztliche Entscheidung orientiere sich an anderen als medizinischen Erwägungen, ist letztlich in der Sorge begründet, durch sachfremde Erwägungen könnte die Gesundheit beeinträchtigt werden. Im Vordergrund stehen daher gesundheitliche Auswirkungen einer solchen sachfremden Entscheidung.

Auch wenn es nicht zu konkreten gesundheitlichen Auswirkungen kommt, besteht in der Verleitung durch finanzielle Interessen stets die abstrakte Gefahr einer gesundheitlichen Beeinträchtigung, wenn eine ärztliche Entscheidung sich nicht nur allein auf medizinische Gesichtspunkte stützt. Maßgeblich ist daher stets das Rechtsgut Gesundheit. Die Lauterkeit der ärztlichen Entscheidung erscheint daneben nicht als eigenständiger, elementarer sozialetischer Handlungswert.

Eine von finanziellen Interessen unbeeinflusste Entscheidung stellt zwar für sich genommen auch in Abgrenzung zum rechtsgutsrelevanten,

kulturhistorischen begründeten, nach wie vor wirkräftigen Überzeugung von der Strafwürdigkeit des Inzests“ rechtfertige.

⁷⁹⁰ Vogel, StV 1996, 110 (111).

⁷⁹¹ Vogel, StV 1996, 110 (111).

sozialethischen Handlungsunwert keine bloße Moralvorstellung dar. Dies zeigt sich auch an den bereits getroffenen Regelungen der §§ 31, 32, 33 MBO-Ä, der §§ 73 Abs. 7, 128 Abs. 5 a SGB V sowie der genannten Regelungen im HWG. Gegenstand all dieser Regelungen sind die unbeeinflusste ärztliche Entscheidung sowie die gefährdeten gesundheitlichen Interessen. Aber auch diese Regelungen schützen nicht allein die Lauterkeit der ärztlichen Entscheidung, sondern verknüpfen diese stets mit den gesundheitlichen Interessen der Patienten.⁷⁹²

Kommt es nicht zu einer tatsächlichen Beeinträchtigung des Rechtsguts Gesundheit, wird bei der Annahme von Zuwendungen etc. dennoch die Lauterkeit der ärztlichen Entscheidung beeinträchtigt. In diesen Fällen kommt ihr mithin am ehesten ein eigener Handlungswert zu. Es besteht dann lediglich abstrakt die Gefahr einer Gesundheitsgefährdung, während konkret die Lauterkeit der ärztlichen Entscheidung beeinträchtigt ist. Insoweit erscheint das Rechtsgut Lauterkeit der ärztlichen Entscheidung schützenswert, da es unabhängig von einer konkreten Gesundheitsbeeinträchtigung bei unlauteren Entscheidungen stets verletzt werden kann.

Der Gesundheitsbelang überwiegt dennoch. Die Gesundheit und das Recht auf körperliche Unversehrtheit sind elementarer, auch verfassungsrechtlich in Art. 2 Abs. 2 GG verankerter Grundsatz.⁷⁹³ Diese stehen derart im Vordergrund, dass sie dem Rechtsgut Lauterkeit der ärztlichen Entscheidung keinen strafwürdigen eigenen qualifizierten Anwendungsbereich belassen. Vielmehr ist die Lauterkeit der ärztlichen Entscheidung Bestandteil des Rechtsguts Gesundheit.⁷⁹⁴

⁷⁹² Siehe dazu S. 140.

⁷⁹³ *Sachs*, Art. 2 GG Rn 147 ff.

⁷⁹⁴ A.A. ist diesbezüglich, wenn auch nicht ganz konsequent der Bay. VGH, MedR 2011, 594 (596). Er sieht den Aspekt des Ansehens und Vertrauens in die Ärzteschaft zwar auch als Element des Gemeinschaftsrechtsguts „Volksgesundheit“ sieht aber den Aspekt des Vertrauens mehr im Vordergrund.

Selbst in den Fällen, in denen es zu keiner konkreten Gesundheitsverletzung kommt, ist die unlautere ärztliche Entscheidung nicht strafwürdig, weil auch hier überlagernd abstrakt eine Gefahr für das Rechtsgut Gesundheit besteht.

Da somit nach der hier vertretenen Auffassung keine strafwürdige Verletzung des Rechtsguts Lauterkeit der ärztlichen Entscheidung vorliegt, lässt sich im Hinblick auf den fragmentarischen Charakter des Strafrechts nicht die Schließung einer Regelungslücke begründen. Die Schaffung einer strafrechtlichen Regelung zum Schutz der Lauterkeit der ärztlichen Entscheidung ist daher abzulehnen.

III. Gesundheit

Im Folgenden wird untersucht, ob hinsichtlich des Rechtsguts Gesundheit eine strafrechtliche Regelung erforderlich ist. Aufgrund von korrupten Entscheidungen ausgeführte fehlerhafte und überflüssige Therapien sollen so sanktioniert werden.⁷⁹⁵

1. Anwendungsbereich einer strafrechtlichen Neuregelung

Lässt der behandelnde Arzt bei seiner Behandlung unter dem Eindruck finanzieller Zuwendungen, die für seinen Stand maßgeblichen Regeln der Kunst außer Acht und liegt damit ein Behandlungsfehler vor, besteht die Möglichkeit einer Strafbarkeit nach §§ 222, 229 StGB.⁷⁹⁶ Verschweigt der Arzt für die Behandlung maßgebliche Risiken, kann mangels Einwilligung auch § 223 StGB zur Anwendung kommen.⁷⁹⁷ Die tatsächlichen gesundheitlichen Auswirkungen solcher Entscheidungen können mithin

⁷⁹⁵ Stellungnahme *Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.*, BT Ausschussdrucks. 17(14)248(18), S. 2.

⁷⁹⁶ *S/S-Eser/Sternberg-Lieben*, § 223 Rn 5 ff.

⁷⁹⁷ *Fischer*, § 223 Rn 17 ff.

bereits umfassend mit bestehenden strafrechtlichen Regelungen sanktioniert werden.

Insoweit verbleibt es bei einer generellen, abstrakten Gefahr für das Rechtsgut Gesundheit, wenn eine ärztlichen Entscheidung sich auch oder nur an finanziellen Interessen orientiert. Eine so begründete abstrakte Körperverletzungsgefahr wird jedoch nicht von den Erfolgsdelikten §§ 222, 223, 229 StGB und auch nicht von den Gefährdungsdelikten des § 224 StGB erfasst. Allein im Hinblick auf eine solche abstrakte Gefahr ist eine strafrechtliche Neuregelung denkbar.

2. Subsidiarität

Nur insoweit ist auch fraglich, ob eine strafrechtliche Neuregelung, angesichts der bereits bestehenden Regelungen, welche bereits jetzt mögliche Gesundheitsgefahren für Patienten sanktionieren, das mildeste Mittel gleicher Wirksamkeit ist.⁷⁹⁸

So untersagen und sanktionieren die §§ 31, 32, 33 MBO-Ä i.V.m. den Heilberufsgesetzen und die §§ 73 Abs. 7, 128 Abs. 5a SGB V i.V.m. den Disziplinarordnungen der Kassenärztlichen Vereinigungen und der Ä-ZV Zuwendungen und Zusammenarbeit von Ärzten mit Dritten, welche die gesundheitlichen Interessen der Patienten gefährden, weil finanzielle Erwägungen im Vordergrund stehen.

a) Sanktionsmöglichkeiten

Als Sanktionen kommen für alle Ärzte unabhängig von einer Zulassung zur gesetzlichen Krankenversicherung bei Verstoß gegen die MBO-Ä Zwangsgeld bis zu € 2.000,-, Ordnungsgeld bis zu € 5.000,- sowie bei

⁷⁹⁸ Die Geeignetheit einer strafrechtlichen Regelung kann unterstellt werden.

eklatanten Verstößen Geldbußen bis zu € 50.000,- und Feststellung zur Unwürdigkeit des Berufs in Betracht. Bei Verstößen gegen das HWG drohen ebenfalls Geldbußen bis zu € 50.000,-. Vertragsärzten drohen darüber hinaus bei Verstoß gegen ihre vertragsärztlichen Pflichten bei der Annahme oder Forderung von Zuwendungen Disziplinarmaßnahmen wie Geldbußen bis zu € 10.000,- oder die Entziehung ihrer Zulassung.

Verstöße bei Anwendungsbeobachtungen können im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsprüfung mit Honorarregressen oder auch berufsrechtlich geahndet werden. Ist die korrupte Verhaltensweise derart schwerwiegend, dass sie mit der Ausübung des ärztlichen Berufs insgesamt nicht mehr vereinbar ist, ist gem. § 5 BÄO die Approbation zu widerrufen.

Wird vorgebracht, dass die bisherigen Regelungen nicht genauso effektiv seien wie eine strafrechtliche Sanktion,⁷⁹⁹ so kann dem nicht gefolgt werden. Insbesondere die Entziehung der Zulassung oder der Widerruf der Approbation, aber auch die möglichen Bußgeld- und Ordnungsgeldzahlungen bieten die Möglichkeit einschneidender und nachhaltiger Sanktionen.⁸⁰⁰

Es ist daher davon auszugehen, dass die bestehenden Regelungen als genauso effektiv einzuschätzen sind wie eine strafrechtliche Norm, jedoch an einem Vollzugsdefizit leiden, da gegen das Pharma-Marketing bislang zu wenig mit den Mitteln des Berufs- und Standesrechts vorgegangen wurde.⁸⁰¹ So wird teilweise sogar nicht zu Unrecht angeführt, zu einer Entscheidung des GSSt des BGH wäre es wahrscheinlich gar nicht gekommen, wenn die Institutionen der Selbstverwaltung energischer gegen die Methoden der Pharmafirmen vorgegangen wären.⁸⁰²

⁷⁹⁹ Stellungnahme *Bundesinnung der Hörgeräteakustiker KdöR*, BT Ausschussdrucks. 17(14)248(1) S. 1.

⁸⁰⁰ Allgemein dazu *Brockhaus*, ZWH 2012, 278 (279).

⁸⁰¹ *Krüger*, StraFo 2012, 308 (312).

⁸⁰² *Krüger/Burgert*, ZWH 2012, 213 (219 f).

Insoweit ist auch nicht mit *Tiedemann* davon auszugehen, dass eine Strafnorm gerade das mildeste Mittel sei, da anderenfalls ein umfassendes Kontrollnetz verwaltungsrechtlicher Mechanismen einzurichten sei.⁸⁰³ Diese Mechanismen und Mittel existierten bereits und müssen letztlich nur besser genutzt werden. Die institutionellen Vorkehrungen sind unter anderem in den oben bereits dargestellten⁸⁰⁴ „Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen“ §§ 81a, 197a SGB V eingerichtet.⁸⁰⁵

b) Effektivität bisheriger Regelungen

Darüber hinaus ist den bisherigen Regelungen ihre Effektivität nicht abzusprechen. Denn ein Großteil der Regelungen, etwa die maßgeblichen Vorschriften im SGB V, sind erst kürzlich in Kraft getreten. Ohne dass weitere Erkenntnisse vorliegen, kann keine Aussage über deren Wirksamkeit getroffen werden.

Insbesondere der GKV-Spitzenverband verkennt hier bei der Feststellung der mangelnden Effektivität von § 128 SGB V, dass dieser nun mit der Einführung von Abs. 5 a explizit Sanktionsmöglichkeiten für Vertragsärzte enthält. Da die damit verbundenen Disziplinarmaßnahmen und die Zulassungsentziehung einschneidend sind, ist ihnen ein hohes Maß an Effektivität nicht abzusprechen.

Auch das Argument, der Gesetzgeber habe bereits bei der Einführung des § 128 SGB V angeführt, die bisherigen Regelungen seien nicht ausreichend, verfährt nicht für die Annahme der Erforderlichkeit einer strafrechtlichen Regelung.⁸⁰⁶ Zum damaligen Zeitpunkt hat sich der Gesetzgeber schließlich trotz der bislang fehlenden Wirksamkeit der berufs- und standesrechtlichen Vorschriften nicht für eine strafrechtliche Regelung, sondern eine Regelung

⁸⁰³ *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht AT, Rn 63a.

⁸⁰⁴ Siehe oben S. 27.

⁸⁰⁵ *Krüger*, StraFo 2012, S. 308 (316).

⁸⁰⁶ So aber *GKV-Spitzenverband*, BT Ausschussdrucks. 17(14)0339, S. 5.

im SGB V entschieden. Mit der Erweiterung des SGB V um § 128 Abs. 5 a SGB V hat der Gesetzgeber das Erfordernis einer strafrechtlichen Regelung erneut nicht angenommen.

Die möglichen wettbewerbsrechtlichen Sanktionen stellen hingegen keine gleich wirksamen Mittel dar. Der Verweis der Mitbewerber auf den Zivilrechtsweg ist aufgrund der unklaren Erfolgsaussichten und der damit verbundenen Kosten kein mit einer Strafe vergleichbares wirksames, effektives Mittel.⁸⁰⁷ Da aber andere Mittel zur Verfügung stehen, wirkt sich dies nicht auf die Erforderlichkeit einer neuen strafrechtlichen Regelung aus.

Der für den jeweiligen Arzt existenziell einschneidende Widerruf der Approbation ist zweifelsohne ein effektives Mittel. Er ist aber im Vergleich zur Strafe gleichzeitig nicht so einschneidend, als dass die Strafe als milderes Mittel erscheint. Zum einen kann auch im Strafverfahren gem. § 70 Abs. 1 S. 2 StGB ein Berufsverbot verhängt werden. Dies ist zwar in seiner Dauer im Gegensatz zum Widerruf beschränkt und der Arzt bleibt Mitglied der Ärztekammer.⁸⁰⁸ Auch mag allein die Geldstrafe eine milderes Mittel zum Widerruf der Approbation sein.⁸⁰⁹ Der vom GKV-Spitzenverband vorgeschlagene Tatbestand im SGB V ist jedoch mit einer Freiheitsstrafe versehen, welche keinesfalls als milderes Mittel, insbesondere nicht im Vergleich zur Widerruf der Approbation, verstanden werden kann.

Eine Strafnorm enthält die Komponente der „sozialethischen Missbilligung“, welche sie in der Regel ohnehin bereits zur „schärfsten“ Regelung unter anderen macht.⁸¹⁰ Unterstellt, die zukünftige Strafnorm droht auch das Übel der Freiheitsstrafe an, muss davon ausgegangen werden, dass die Strafe nicht das mildere Mittel für die Sanktionierung abstrakter Gesundheitsgefahren aufgrund sachfremder ärztlicher Entscheidungen darstellt.

⁸⁰⁷ So bezogen auf den Zivilrechtsweg *Kühl*, FS Tiedemann, S. 44.

⁸⁰⁸ Spickhoff-Schelling, § 5 BÄO Rn 52.

⁸⁰⁹ Kraatz, NZWiSt 2012, 273 (277).

⁸¹⁰ *Kühl*, in FS Tiedemann, S. 42.

3. Ergebnis

Sollte sich eine primär an finanziellen Interessen ausgerichtete Behandlung tatsächlich gesundheitsschädigend auswirken, sind die vorhandenen strafrechtlichen Sanktionen ausreichend. Eine weitere Kriminalisierung ärztlichen Handelns und damit ein „Rundumschutz“ auch vor möglichen generellen Gefahren kann im Hinblick auf das Subsidiaritätsprinzip nicht gefordert werden.

Die vorhandenen berufs-, standesrechtlichen und sonstigen Sanktionen sind insoweit genauso effektiv wie eine Strafe, insbesondere im Hinblick auf eine Freiheitsstrafe aber milder. Zuzustimmen ist insoweit jedoch denjenigen, welche bemängeln, die bisherigen Regelungen litten an einem Vollzugsdefizit.

Es ist daher zu fordern, die bisherigen Regelungen in Fällen unzulässiger Zuwendungen restriktiver anzuwenden und den Sanktionsrahmen auszuschöpfen.

IV. Vermögensschaden für die Solidargemeinschaft bzw. das Gesundheitssystem

Soweit als Schutzzweck das Vermögen der Krankenkassen oder der Solidargemeinschaft angesehen wird, ist diesbezüglich bereits zu bemängeln, dass es keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür gibt, inwieweit sich Vorteilsgewährungen an Ärzte durch Pharmahersteller kostensteigernd und insoweit schädlich auf das Gesundheitssystem oder auf die Solidargemeinschaft auswirken.⁸¹¹

⁸¹¹ Stellungnahme *Jörg Engelhard*, BT Ausschussdrucks. 17(14)248(9), S. 2 f; Stellungnahme *GKV-Spitzenverband*, BT Ausschussdrucks. 17(14)248(7), S. 3, welcher seinerseits eigene Berechnungen anstellt, die aber ebenfalls sehr umstritten sind.

Ein Schaden für das Gesundheitswesen insgesamt wird insoweit vermutet, als Zuwendungen an Vertragsärzte z.B. als Rückvergütungen (sog. Kick-Back-Zahlungen) dem Preis für die verschriebenen Arzneimittel aufgeschlagen werden und damit die Preise für Arzneimittel insgesamt steigen.⁸¹²

Verwunderlich ist bereits, dass ein Vermögensschaden der Krankenkassen nun als Regelungszweck angeführt wird, während mit der Diskussion um eine Strafbarkeit von Vertragsärzten gem. § 299 StGB gerade versucht wurde, das Problem eines mangelnden Vermögensschadens zu umgehen. In vielen Fällen korrupter Beziehungen zu Pharmaherstellern konnte gerade kein Vermögensschaden der Krankenkassen angenommen werden, sodass scheiterte eine Strafbarkeit gem. §§ 263, 266 StGB nicht in Betracht kam.⁸¹³

Gemäß der aufgrund von § 78 AMG erlassenen Arzneimittelpreisverordnung gelten für verschreibungspflichtige Fertigarzneimittel einheitliche Hersteller- und Apothekenabgabepreise.⁸¹⁴ Diese sind auch maßgeblich für die nach §§ 35, 92 SGB V festgesetzten Festbeträge⁸¹⁵ für verordnete Arzneimittel an gesetzlich Versicherte. Da nur der Festbetrag erstattet wird bzw. Preisbindung für das jeweilige Arzneimittel besteht, schlagen sich Leistungen der Pharmahersteller im Einzelfall nicht in Mehrpreisen der Arzneimittel nieder, so dass es zu keinem Vermögensschaden der Krankenkassen kommt.⁸¹⁶

Dass eine Preissteigerung aufgrund der Marketingmethoden insgesamt für Arzneimittel gegeben ist, ist nur schwer nachzuweisen. Diese Preissteigerung im Einzelfall mit der Verordnung des Arztes in Verbindung zu bringen, wird darüber hinaus nur schwer möglich sein. Beim Pharmamarketing ist es daher nicht angezeigt, generell von vermögensschädigendem Verhalten auszugehen. Insbesondere in den Fällen, in denen Generikahersteller

⁸¹² *Neupert*, NJW 2006, 2811.

⁸¹³ *Schneider*, HRRS 2010, 241 (242 ff).

⁸¹⁴ *Köbel*, NStZ 2011, 195; *Schneider*, HRRS 2010, 241 (243).

⁸¹⁵ Siehe dazu oben S. 24.

⁸¹⁶ *Köbel*, NStZ 2011, 195; *Schneider*, HRRS 2010, 241 (243); *Taschke*, StV 2005, 406 (408).

fragwürdige Marketingmethoden initiieren, ist das Gegenteil der Fall, wenn der Arzt das ihm nahegelegte, preisgünstigere Arzneimittel verschreibt.⁸¹⁷

Soweit ein konkreter Vermögensschaden der Krankenkassen festgestellt werden kann, wie etwa bei der Verordnung von festbetragsunabhängigem Sprechstundenbedarf, können bislang noch die Vorschriften der §§ 263, 266 StGB einschlägig sein.⁸¹⁸ Inwieweit dies insbesondere im Hinblick auf die Untreue anlässlich der Entscheidung des GSSt des BGH noch Bestand haben wird, bleibt abzuwarten.⁸¹⁹

Es existieren damit bereits hinreichende strafrechtliche Sanktionen für den Fall, dass tatsächlich ein Vermögensschaden festgestellt werden kann. Bevor im Übrigen nicht hinreichend ermittelt wird, ob und wie sich korrupte Verhaltensweisen von Vertragsärzten tatsächlich vermögensschädigend auswirken, können hieraus auch keine weiteren Schlussfolgerungen für oder wider eine strafrechtliche Regelung gezogen werden.

Nachvollziehbar ist allein der Ansatz, die Abrechnung einer unter dem Eindruck einer Zuwendung erbrachten Leistung als nicht abrechenbare Leistung sowohl im vertragsärztlichen als auch im privatärztlichen Bereich zu qualifizieren.⁸²⁰ Leistungen, welche durch korrupte Interaktionen ausgelöst wurden, begründeten sodann keinen Vergütungsanspruch, so dass bei der Abrechnung dieser Leistung durch den jeweiligen Arzt eine Strafbarkeit wegen Abrechnungsbetrugs begründet wäre.⁸²¹

So wird bereits seit längerem bei einem Verstoß gegen das formale vertragsärztliche Abrechnungsrecht, aufgrund der im Sozialrecht anerkannten streng formalen Betrachtungsweise, auch durch die strafgerichtliche

⁸¹⁷ *Schneider*, HRRS 2010, 241 (243).

⁸¹⁸ Siehe dazu zur Untreue BGH NStZ 2004, 568 „Augenlinsen“ und OLG Hamm, MedR 2005, 236.

⁸¹⁹ Kritisch insoweit bereits *Krüger/Burgert*, ZWH 2012, 213.

⁸²⁰ Stellungnahme *Jörg Engelhard*, BT Ausschussdrucks. 17(14)248(9), S. 11.

⁸²¹ Stellungnahme *Jörg Engelhard*, BT Ausschussdrucks. 17(14)248(9), S. 11.

Rechtsprechung ein Vermögensschaden bejaht.⁸²² Spätestens mit einem Urteil des BGH vom 25.01.2012 gilt das nun auch für einen Verstoß gegen die Abrechnungsbestimmungen der GOÄ.⁸²³

Zwar ist umstritten, ob die sog. streng formale Betrachtungsweise im Hinblick auf den Vermögensschaden anzuerkennen ist.⁸²⁴ In der vorliegenden Arbeit kann eine weitere Auseinandersetzung mit dieser Problematik aber nicht erfolgen.

Ein Schaden für das Rechtsgut Vermögen durch korrupte Handlungen von Vertragsärzten kann nicht hinreichend begründet werden. Da somit bereits keine Rechtsgutsverletzung zu erkennen ist, bedarf es nicht des Schutzes durch eine strafrechtliche Regelung. Selbst wenn ein Vermögensschaden aber bejaht werden würde, wird dieser bereits hinreichend durch die vorhandenen strafrechtlichen Regelungen sanktioniert. Insoweit besteht keine Regelungslücke, welche zu schließen erforderlich wäre.

V. Zusammenfassung und Ergebnis

Die vorliegende Bearbeitung zeigt, dass im Hinblick auf den fragmentarischen Charakter des Strafrechts und das Subsidiaritätsprinzip eine neue strafrechtliche Regelung für Korruptionshandlungen bei Vertragsärzten nicht erforderlich ist.

Sofern es für unbillig empfunden wird, dass angestellte Ärzte sich nach § 299 StGB strafbar machen und freiberuflich tätige Ärzte nicht,⁸²⁵ liegt das in der Natur der Sanktion der „Angestelltenbestechung“ des § 299 StGB. Ist jemand nicht als Angestellter bzw. Beauftragter zu qualifizieren, kann ihm

⁸²² BGH, NStZ 1995, 85 (86); *Frister/Lindemann/Peters*, Arztstrafrecht, Rn 188.

⁸²³ Gebührenordnung für Ärzte in der Fassung der Bekanntmachung vom 09. Februar 1996 (BGBl. I S. 210), die zuletzt durch Artikel 17 des Gesetzes vom 4. Dezember 2001 (BGBl. I, S. 3320) geändert worden ist; BGH NJW 2012, 1377.

⁸²⁴ *Frister/Lindemann/Peters*, Arztstrafrecht, Rn 189 mit weiteren Literaturangaben.

⁸²⁵ *GKV-Spitzenverband*, BT Ausschussdrucks. 17(14)248(7), S. 6.

nicht allein zum Nachteil gereichen, dass andere seines Standes, welche angestellt sind, sich strafbar machen, während er aufgrund seiner Stellung straflos bleibt. Allein diese „Unbilligkeit“ kann keine strafrechtliche Regelung rechtfertigen.

Auch der Grundsatz der Subsidiarität gebietet keine andere Entscheidung. In der aktuellen Diskussion um die Neuregelung eines Straftatbestands für korrupte Verhaltensweisen von Vertragsärzten ist zunächst aus der Fülle der angeführten Schutzgüter ein geeignetes Rechtsgut herauszufiltern. Ungeeignet sind insoweit die Rechtsgüter, welche das Vertrauen zum Bestandteil haben. Auch der Lauterkeit der ärztlichen Entscheidung ist als Bestandteil des Rechtsguts Gesundheit kein eigenständiger Anwendungsbereich als Rechtsgut zuzusprechen.

Im Hinblick auf das Rechtsgut Gesundheit sind die bestehenden Tatbestände des StGB bereits ausreichend, um konkrete Beeinträchtigungen der Gesundheit zu sanktionieren. Für die Sanktionierung der generellen Gefährlichkeit unlauterer ärztlicher Entscheidungen für die Gesundheit sind die bestehenden berufs- und standesrechtlichen Regelungen im Sinne des Subsidiaritätsprinzips hinreichend effektiv und eine mögliche strafrechtliche Regelung ist nicht milder, so dass letztere nicht erforderlich ist.

Eine Verletzung des Rechtsguts Vermögen ist bereits nicht hinreichend festgestellt worden. Sollte diese dennoch gegeben sein, gibt es momentan bereits ausreichende strafrechtliche Regelungen.

Teil 4: Schlussbetrachtung

Im Ergebnis wird sich in der vorliegenden Bearbeitung der Rechtsprechung des GSSt des BGH angeschlossen, welcher sowohl die Strafbarkeit des Vertragsarztes gem. § 299 StGB als auch die Strafbarkeit gem. §§ 331 ff. StGB abgelehnt hat. Auch wird im Hinblick auf das Subsidiaritätsprinzip und das ultima-ratio Prinzip das Erfordernis einer strafrechtlichen Regelung de lege ferenda verneint.

Nachfolgend werden die wesentlichen Ergebnisse der Bearbeitung zusammengefasst und sodann abschließend ein Fazit gezogen, sowie ein kurzer Ausblick gegeben.

A. Wesentliche Ergebnisse

1. Strafbarkeit niedergelassener Vertragsärzte gem. § 299 StGB

Es wurde festgestellt, dass die Stellung niedergelassener Vertragsärzte im System der gesetzlichen Krankenversicherung bei der Verordnung von Arzneimitteln zunächst durch die sozialrechtliche Rechtsprechung als „Vertreter der Krankenkassen“ konkretisiert worden ist.⁸²⁶ Diese Rechtsprechung wurde im Strafrecht adaptiert und eine Vermögensbetreuungspflicht von Vertragsärzten gem. § 266 StGB bejaht.

Obwohl dieser Rechtsprechung bereits zuvor berechtigte Kritik entgegengebracht worden ist und diese Rechtsprechung mittlerweile überholt ist, wurden sowohl die Vertreterstellung von Vertragsärzten als auch ihre Vermögensbetreuungspflicht zur Grundlage der Diskussion um die Strafbarkeit gem. § 299 StGB gemacht.

⁸²⁶ Siehe oben S. 29 ff. und S. 35 ff.

Vorliegend wurde eine solche Strafbarkeit jedoch abgelehnt. Dazu wurde zunächst das Rechtsgut des § 299 StGB anhand verschiedener Rechtsgutskonzepte und der Vielzahl der diskutierten Rechtsgüter bestimmt.⁸²⁷ Rechtsgut ist das Allgemeininteresse am lauterem Wettbewerb nebst der von *Koepsel* entwickelten Definition der Lauterkeit. Danach ist eine Entscheidung unlauter, wenn zwischen den die Leistung Nachfragenden und seinen Geschäftspartner ein weiterer Entscheidungsträger tritt. Dieser verletzt das Leistungsprinzip als Entscheidungsmaßstab des Nachfragenden dadurch, dass er den Vorteil nicht an den Nachfragenden weiterreicht.⁸²⁸

Zu beachten war daher im Folgenden, ob beim Pharmamarketing tatsächlich jemand zwischen den Nachfragenden und seinen Geschäftspartner unter Verletzung des Leistungsprinzips tritt. Darüber hinaus half das Rechtsgut dabei, zu entscheiden, ob dieser gegebenenfalls dazwischengetretene Entscheidungsträger nach diesem Verständnis das Leistungsprinzip verletzt und somit unlauter gehandelt hat.

Zentral war bezüglich der Strafbarkeit nach § 299 StGB sodann, ob Vertragsärzte als Beauftragte i.S.d. Tatbestands zu qualifizieren sind.⁸²⁹ Dabei wurde zunächst eine Vergleichbarkeit der Vermögensbetreuungspflicht bzw. der Verfügungsbefugnis von Vertragsärzten nach § 266 StGB mit der Beauftragung nach § 299 StGB abgelehnt.⁸³⁰ Gegenstand der Kritik dieser teilweise vertretenen Vergleichbarkeit war unter anderem das zuvor bestimmte Rechtsgut.

Im Anschluss daran wurde festgestellt, dass die Beauftragung i.S.d. § 299 StGB keinen rechtsgeschäftlichen Akt erfordert.⁸³¹ Für das Rechtsgut des Allgemeininteresses am lauterem Wettbewerb mit seinem Merkmal der Lauterkeit ist lediglich entscheidend, ob die Entscheidungsgrundlage des

⁸²⁷ Siehe oben S. 48 ff.

⁸²⁸ *Koepsel*, Bestechlichkeit, S. 105.

⁸²⁹ Siehe oben S. 80 ff.

⁸³⁰ Siehe oben S. 90 ff.

⁸³¹ Siehe oben S. 94 ff.

Nachfragenden verfälscht wird.⁸³² Auf welcher Grundlage der Entscheidungsträger die Entscheidung für den Nachfragenden treffen kann, ist dabei ohne Belang.⁸³³ Um die Wortlautgrenze des § 299 StGB nicht zu überschreiten, ist aber gemäß dem Begriff der Beauftragung ein personales Befugniserteilungselement zu fordern.⁸³⁴ Die Beauftragung muss somit beim Pharmamarketing von den Krankenkassen als Geschäftsbetrieb erfolgen.

Sodann wurde die zuvor dargestellte Stellung von Vertragsärzten im System der gesetzlichen Krankenversicherung daraufhin überprüft, ob dieser eine Beauftragung von Vertragsärzten i.S.d. § 299 StGB zu entnehmen ist.⁸³⁵ Eine Beauftragung durch Zulassung wurde abgelehnt, da die Krankenkassen nicht über die Zulassung entscheiden und somit ein personales Befugniserteilungselement fehlt.⁸³⁶ Auch dem Sicherstellungsauftrag kann keine Beauftragung entnommen werden. Dieser obliegt den Krankenkassen und die Aufgabenwahrnehmung der Sicherstellung vollzieht sich in kollektivvertraglichen Entscheidungen.⁸³⁷ Weder ist somit eine eindeutige Kompetenzzuweisung möglich noch kann die Verordnung eines Arzneimittels als Einzelfallentscheidung unter die mit der Sicherstellung verbundenen Entscheidungsmodalitäten gefasst werden.

Ebenso wenig konnte eine Beauftragung aufgrund des von Vertragsärzten zu beachtenden Wirtschaftlichkeitsgebots festgestellt werden.⁸³⁸ Vertragsärzte entscheiden nicht in wirtschaftlicher, sondern lediglich in medizinischer Hinsicht über das zu verordnende Arzneimittel. Zudem wurde festgestellt, dass die Entscheidung über das zu verordnende Arzneimittel keine Entscheidung der Krankenkassen ist. Da der Beauftragtenbegriff nach § 299 StGB, wie hier ermittelt, aber voraussetzt, dass eine Entscheidung

⁸³² Siehe oben S. 94.

⁸³³ Siehe oben S. 94.

⁸³⁴ Maßgeblich dafür *Geis*, *wistra* 2005, 369 (370); *ders.*, *wistra* 2007, 361 (362).

⁸³⁵ Siehe oben S. 96 ff.

⁸³⁶ Siehe oben S. 106 f.

⁸³⁷ Siehe oben S. 107.

⁸³⁸ Siehe oben S. 108 ff.

des Geschäftsherrn beeinflusst werden muss, scheidet eine Beauftragung somit aus.

2. Strafbarkeit niedergelassener Vertragsärzte gem. §§ 331 ff. StGB

Nachdem die Strafbarkeit von Vertragsärzten gem. § 299 StGB abgelehnt wurde, wurde auch die Strafbarkeit von Vertragsärzten gem. §§ 331 ff. StGB verneint.⁸³⁹ Maßgeblich war auch hier, dass Vertragsärzte eine eigene Entscheidung bei der Verordnung von Arzneimitteln und mithin keine Entscheidung der Krankenkasse treffen. Da sie somit keine öffentlichen Aufgaben wahrnehmen und in der Zulassung zudem kein Bestellsungsakt zu sehen ist, wurden Vertragsärzte nicht als Amtsträger qualifiziert.⁸⁴⁰

3. Strafbarkeit niedergelassener Vertragsärzte de lege ferenda

Zur Überprüfung des Erfordernisses einer neuen strafrechtlichen Regelung wurden zunächst die geltenden berufs- und standesrechtlichen Normen dargestellt, welche bereits unzulässige Zuwendungen an Vertragsärzte sanktionieren. Sodann wurden anhand verschiedener Stellungnahmen zum Gesetzentwurf der SPD-Fraktion „Korruption im Gesundheitswesen wirksam bekämpfen“ Rechtsgüter ermittelt, an welchen anschließend die Erforderlichkeit einer neuen strafrechtlichen Regelung gemessen wurde.⁸⁴¹

Es wurde festgestellt, dass weder das Vertrauen in das Gesundheitssystem oder den Arztberuf noch die Lauterkeit der ärztlichen Entscheidung als Rechtsgüter geeignet sind. Bereits das Vertrauen ist als Bestandteil eines Rechtsguts abzulehnen, da Vertrauen durch Strafrecht nicht hergestellt wird, sondern vielmehr durch dieses ersetzt wird.⁸⁴² Abgelehnt wurde auch die Lauterkeit einer ärztlichen Entscheidung als eigenständiges Rechtsgut, da

⁸³⁹ Siehe oben S. 127 ff.

⁸⁴⁰ Siehe oben S. 127 ff.

⁸⁴¹ Siehe oben S. 157 ff.

⁸⁴² Siehe oben S. 158 ff; *Beckemper*, ZIS 2011, 318 (320).

dieser neben dem Rechtsgut Gesundheit kein eigener Anwendungsbereich verbleibt.⁸⁴³

Der GKV-Spitzenverband hat auch bezogen auf das Rechtsgut der Gesundheit eine strafrechtliche mit Freiheitsstrafe bewehrte Regelung gefordert. Das Erfordernis einer solchen Regelung wurde vorliegend verneint. Die vorhandenen berufs- und strafrechtlichen Regeln bieten ausreichend Sanktionen für korrupte Verhaltensweisen von Vertragsärzten und sind im Hinblick auf das ultima-ratio Prinzip gegenüber der Strafe nicht weniger effektiv, aber milder.

Der Vermögensschaden als Rechtsgut wurde abgelehnt, da ein solcher bei bestechlichen Verhaltensweisen von Vertragsärzten bislang nicht hinreichend überzeugend belegt werden konnte.

Auch eine Strafbarkeit von Vertragsärzten de lege ferenda wurde somit verneint.

B. Fazit und Ausblick

Niedergelassene Vertragsärzte müssen vorerst nicht mit strafrechtlicher Verfolgung rechnen, wenn sie für die Verordnung von Arzneimitteln Zuwendungen annehmen, fordern oder sich versprechen lassen.

Dennoch sollte dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass dieses Verhalten mit den Mitteln des Berufs- und Standesrechts zum Teil empfindlich sanktioniert werden kann. Die berufs- und standesrechtlichen Institutionen täten daher gut daran, zukünftig die ihnen zur Verfügung stehenden Mittel deutlich effektiver zu nutzen und deren bisheriges Vollzugsdefizit somit zu beseitigen.

⁸⁴³ Siehe oben S. 160 ff.

Es bleibt nun abzuwarten, ob der Gesetzgeber niedergelassene Vertragsärzte auch in Zukunft beim Pharmamarketing strafrechtlich nicht sanktionieren will. Dem Gesetzgeber steht hier eine Einschätzungsprärogative zu. Im Hinblick auf die bestehenden Regelungen sollte jedoch zunächst abgewartet werden, ob diese zukünftig verstärkt angewandt werden und diese somit ihre vollen Wirkungen entfalten können, bevor vorschnell und öffentlichkeitswirksam neue strafrechtliche Regelungen geschaffen werden.⁸⁴⁴

Aber auch die Gerichte werden nun höchst wahrscheinlich mit einer eigentlich schon vom BGH entschiedenen Rechtsfrage erneut konfrontiert werden. So werden mit der Entscheidung des GStJ nun auch Konsequenzen für die Strafbarkeit von Vertragsärzten nach § 266 StGB erwartet.⁸⁴⁵ Da aber die Tatbestände der § 266 StGB und des § 299 StGB nicht vergleichbar sind, sollte eine solche Änderung der Rechtsprechung sich jedoch allein an der Stellung der Vertragsärzte im System der Krankenversicherung orientieren.

Nicht zu begrüßen wäre, wenn nun abermals von einer Rechtsprechung auf eine andere geschlossen würde. Dass dabei nicht alle relevanten Aspekte Berücksichtigung finden können, hat die vorliegende Bearbeitung gezeigt. Auf Grundlage eines strafrechtlichen Urteils, welchem überholte Rechtsprechung des BSG zugrunde lag, wurde auf eine Strafbarkeit nach § 299 StGB geschlossen, ohne die Eigenarten dieses Tatbestandes hinreichend zu berücksichtigen.

Einer Forderung kann sich hier uneingeschränkt angeschlossen werden. So sollte allen Beteiligten sehr daran gelegen sein, noch mehr Transparenz im Gesundheitswesen zu schaffen.⁸⁴⁶ Wie oben gezeigt wurde,⁸⁴⁷ ist mangelnde Transparenz ein wesentlicher Faktor für die Anfälligkeit des Gesundheitswesens für Korruption.

⁸⁴⁴ Klümper, A&R 2012, 147 (152).

⁸⁴⁵ Brockhaus, ZWH 2012, 278 (279); Krüger, StraFo 2012, 308 (315).

⁸⁴⁶ Kraatz, NZWiSt 2012, 273 (278).

⁸⁴⁷ Siehe oben S. 6.

Literaturverzeichnis

- Achenbach, Hans / Ransiek, Andreas Handbuch Wirtschaftsstrafrecht
3. Auflage, Heidelberg 2012
Zit.: Achenbach/Ransiek-*Bearbeiter*
- Arzt, Gunther / Weber, Ulrich / Heinrich,
Bernd Strafrecht Besonderer Teil
2. Auflage, Bielefeld 2009
Zit.: *Arzt/Weber*, Strafrecht BT
- Badle, Alexander Betrug und Korruption im Gesundheitswesen
Ein Erfahrungsbericht aus der staatsanwaltlichen
Praxis
NJW 2008, S. 1028-1033
Zit.: *Badle*, NJW 2008
- Baierl, Marion / Kellermann, Andreas Arzneimittelrecht
München 2011
Zit.: *Baierl/Kellermann*
- Baumbach, Adolf / Hefermehl, Wolfgang Wettbewerbsrecht
Kommentar
19. Auflage, München 1996
Zit.: *Baumbach/Hefermehl*
- Beckemper, Katharina Das Rechtsgut „Vertrauen in die Funktionsfähigkeit
der Märkte“
ZIS 2011, S. 318-323
Zit.: *Beckemper*, ZIS 2011

- Becker, Ulrich / Kingreen, Thorsten SGB V
Gesetzliche Krankenversicherung
Kommentar
2. Auflage, München 2010
Zit.: *Becker/Kingreen-Bearbeiter*
- Bergmann, Karl-Otto / Pauge, Burkhard /
Steinmeyer, Heinz-Dietrich Gesamtes Medizinrecht
Kommentar
Baden-Baden 2012
Zit.: *NK Medizinrecht-Bearbeiter*
- Bernsmann, Klaus / Schoß, Christian Vertragsarzt und „kick-back“ zugleich Anmerkung
zu OLG Hamm, Urteil vom 22.12.2004
MedR 2005, S. 193-196
Zit.: *Bernsmann/Schoß*, MedR 2005
- Beske, Fritz / Drabinski, Thomas / Wolf,
Henning Sicherstellungsauftrag in der vertragsärztlichen
Versorgung
Kiel 2002
Zit.: *Beske/Drabinski/Wolf*, Sicherstellungsauftrag
- Böse, Martin / Mölders, Simone Die Durchführung sog. Anwendungsbeobachtungen
durch den Kassenarzt als Korruption im
Geschäftsverkehr (§ 299 StGB)?
MedR 2008, S. 585-591
Zit.: *Böse/Mölders*, MedR 2008
- Brockhaus, Matthias / Dann, Matthias /
Teubner, Patrick / Tsambikakis, Michael Im Auftrag der Krankenkasse - Der Vertragsarzt im
Wettbewerb?
wistra 2010, S. 418-422
Zit.: *Brockhaus/Dann/Teubner/Tsambikakis*, wistra
2010

- Brockhaus, Martin
Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 29.03.2012, GSSSt
2/11
ZWH 2012, S. 278-279
Zit.: *Brockhaus*, ZWH 2012
- Dann, Matthias
Privatärztlicher Abrechnungsbetrug und
verfassungswidriger Schadensbegriff
NJW 2012, S. 2001-2004
Zit.: *Dann*, NJW 2012
- Dannecker, Gerhard
Korruption durch Zuwendung finanzieller
Leistungen an Ärzte
GesR 2010, S. 281-286
Zit.: *Dannecker*, GesR 2010
- Dieners, Peter
Niedergelassene Vertragsärzte als „Beauftragte der
Krankenkassen“? – Von der Überdehnung eines
Straftatbestandes
PharmR 2010, S. 613-619
Zit.: *Dieners*, PharmR 2010
- ders.
Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 29.03.2012, GSSSt
2/11
MPR 2012, S. 118-119
Zit.: *Dieners*, MPR 2012
- Dieners, Peter / Reese, Ulrich
Handbuch des Pharmarechts
München 2010
Zit.: *Dieners/Reese-Bearbeiter*

Ehlers, Alexander / Ebermann, Thorsten	Bestechlichkeit im Gesundheitswesen – Der niedergelassene Vertragsarzt als „tauglicher Täter“? Zeitschrift Herz 2008, S. 389-392 Zit.: <i>Ehlers/Ebermann</i> , Herz 2008
Fischer, Thomas	Strafgesetzbuch Kommentar 60. Auflage, München 2013 Zit.: <i>Fischer</i>
Frister, Helmut / Lindemann, Michael / Peters, Alexander	Arztstrafrecht München 2011 Zit.: <i>Frister/Lindemann/Peters</i> , Arztstrafrecht
Gaßner, Maximilian	Korruption im Gesundheitswesen - Definition, Ursachen, Lösungsansätze - NZS 2012, S. 521-525 Zit.: <i>Gaßner</i> , NZS 2012
Gaßner, Maximilian / Klars, Andreas	„Korruptionsfälle Gesundheitswesen“ – Darstellung, Strukturen und Lösungsansätze PharmR 2002, S. 356-363 Zit.: <i>Gaßner/Klars</i> , PharmR 2002
Geis, Mark	Tatbestandsüberdehnungen im Arztstrafrecht am Beispiel der „Beauftragtenbestechung“ des Kassenarztes nach § 299 StGB wistra 2005, S. 369-371 Zit.: <i>Geis</i> , wistra 2005
ders.	Das sozialrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot kriminalstrafbewehrtes Treuegesetz des Kassenarztes?

- GesR 2006, S. 345-356
 Zit.: *Geis*, GesR 2006
- ders. Ist jeder Kassenarzt ein Amtsarzt
 Wistra 2007, S. 361-365
 Zit.: *Geis*, wistra 2007
- ders. (Vertrags-)Arztbild des BGH versus
 Publikumswahrnehmung
 Zu den Wortsinnengrenzen des Amtsträgerbegriffs und
 des Beauftragtenbegriffs in § 299 StGB
 GesR 2011, S. 641-648
 Zit.: *Geis*, GesR 2011
- Hänlein, Andreas / Kruse, Jürgen/ Schuler, Rolf Lehr- und Praxiskommentar
 Sozialgesetzbuch V
 Gesetzliche Krankenversicherung
 4. Auflage, Baden-Baden 2012
 Zit.: Hänlein/Kruse/Schuler-*Bearbeiter*
- Hassemer, Winfried Theorie und Soziologie des Verbrechens
 Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre
 Frankfurt 1973
 Zit.: *Hassemer*, Theorie
- Hefendehl, Roland Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht
 München 2002
 Zit.: *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter
- ders. Der fragmentarische Charakter des Strafrechts
 JA 2011, S. 401-406
 Zit.: *Hefendehl*, JA 2011

Hohmann, Olaf	Anmerkung BGH Beschl. v. 29.03.2012, GSSSt 2/11 wistra 2012, S. 388-389 Zit.: <i>Hohmann</i> , wistra 2012
Jacobs, Rainer / Lindacher, Walter / Teplitzky, Otto	UWG Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb Großkommentar Erster Band Berlin 2006 Zit.: <i>GK-Bearbeiter</i>
Jacques, Henning	Die Bestechungstatbestände unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses der §§ 331 ff. StGB zu § 12 UWG Frankfurt am Main 1996 Zit.: <i>Jacques</i> , Bestechungstatbestände
Jescheck, Hans-Heinrich / Weigend, Thomas	Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil 5. Auflage, Berlin 1996 Zit.: <i>Jescheck/Weigend</i> , AT
Joecks, Wolfgang	Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 4 §§ 263-358, §§ 1-8, 105, 106 JGG München 2006 Zit.: <i>MüKo-Bearbeiter</i>
Kindhäuser, Urs	Voraussetzungen strafbarer Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft ZIS 2011, S. 461-469 Zit.: <i>Kindhäuser</i> , ZIS 2011
Kindhäuser, Urs / Neumann, Ulfrid / Paeffgen, Hans-Ulrich	Strafgesetzbuch Bd. 1-2

3. Auflage, Baden-Baden 2010

Zit.: *NK-Bearbeiter*

- Klötzer, Antje
Ist der niedergelassene Vertragsarzt tatsächlich
tauglicher Täter der §§ 299, 331 StGB?
NStZ 2008, S. 12-16
Zit.: *Klötzer*, NStZ 2008
- Klümper, Mathias
Niedergelassene Ärzte fallen nicht unter die
Korruptionsdelikte
A&R 2012, S. 147-152
Zit.: *Klümper*, A&R 2012
- Kölbel, Ralf
Strafbarkeitsnahe vertragsärztliche
Kooperationsformen
NStZ 2011, 195-200
Zit.: *Kölbel*, NStZ 2011
- Koepsel, Anne
Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen
Verkehr (§ 299 StGB)
Osnabrück 2006
Zit.: *Koepsel*, Bestechlichkeit
- Korte, Matthias
Kampfansage an die Korruption
NJW 1997, S. 2556-2558
Zit.: *Korte*, NJW 1997
- Kraatz, Erik
Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 29.03.2012, GSSt
2/11
NZWiSt 2012, S. 273-278
Zit.: *Kraatz*, NZWiSt 2012

Pragal, Oliver / Henner, Apfel	Bestechlichkeit und Bestechung von Leistungserbringern im Gesundheitswesen Arzneimittel & Recht 2007, S. 10-20 Zit.: <i>Pragal/Apfel</i> , A&R 2007
Prütting, Dorothea	Fachanwaltskommentar Medizinrecht 2. Auflage, Köln 2012 Zit.: <i>Prütting-Bearbeiter</i>
Ratzel, Rudolf / Lippert, Hans-Dieter	Kommentar zur Berufsordnung der deutschen Ärzte (MBO) 5. Auflage, Berlin 2010 Zit.: <i>Ratzel/Lippert</i> , MBO-Ä
Reese, Ulrich	Vertragsärzte und Apotheker als Straftäter? – eine strafrechtliche Bewertung des Pharmamarketings PharmR 2006, S. 92-100 Zit.: <i>Reese</i> , PharmR 2006
Rehmann, Wolfgang	Arzneimittelgesetz Kommentar 3. Auflage, München 2008 Zit.: <i>Rehmann</i>
Roxin, Claus	Strafrecht Allgemeiner Teil Band I 4. Auflage, München 2006 Zit.: <i>Roxin</i> , AT I
ders.	Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests - Zur verfassungsrechtlichen Überprüfung materiellrechtlicher Strafnormen -

StV 09/2009, S. 544 - 550
Zit.: *Roxin*, StV 09/2009, S.

Rudolphi, Hans-Joachim

Die verschiedenen Aspekte des
Rechtsgutsbegriffs, In: Festschrift für Richard
Honig zum 80. Geburtstag
Hrsg.: Rudolphi, Hans-Joachim
Göttingen 1970, S. 151-167
Zit.: *Rudolphi*, FS Honig

Rübenstahl, Markus

Korruptionsdelikte und Pharmamarketing – Sind
Vertragsärzte Amtsträger oder Beauftragte der
Krankenkassen?
HRRS 2011, S. 324- 338
Zit.: *Rübenstahl*, HRRS 2011

Sachs, Michael

Grundgesetz
Kommentar
6. Auflage, München 2006
Zit.: *Sachs*

Sahan, Oliver

Ist der Vertragsarzt tauglicher Täter der
Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr
gem. § 299 Abs. 1 StGB?
ZIS 2007, S. 69-74
Zit.: *Sahan*, ZIS 2007

ders.

Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 29.03.2012,
GSSSt 2/11
ZIS 2012, S. 386-389
Zit.: *Sahan*, ZIS 2012

- Sahan, Oliver / Urban, Kathrin Die Unbestechlichkeit niedergelassener Vertragsärzte
ZIS 2011, S. 23-28
Zit.: *Sahan/Urban*, ZIS 2011
- Schelling, Philip / Warntjen, Maximilian Der Vertragsarzt als Beauftragter der Krankenkassen
Mitarbeiter von pharmazeutischen Unternehmen im Visier der Staatsanwaltschaft?
PharmR 2010, S. 509-513
Zit.: *Schelling/Warntjen*, PharmR 2010
- Schlegel, Rainer / Voelzke, Thomas Juris Praxiskommentar
Sozialgesetzbuch Fünftes Buch
- Gesetzliche Krankenversicherung -
Saarbrücken 2008
Zit.: *Schlegel/Voelzke-Bearbeiter*
- Schmidt, Stefan Anmerkung
Strafbarkeit des Vertragsarztes – Quo vadis?
PharmR 2012, S. 339-343
Zit.: *Schmidt*, PharmR 2012
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno / Hofmann, Hans / Hopfauf, Axel GG Kommentar zum Grundgesetz
12. Auflage, München 2011
Zit.: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf*
- Schnapp, Friedrich E. / Wigge, Peter Handbuch des Vertragsarztrechts
2. Auflage, München 2006
Zit.: *Schnapp/Wigge-Bearbeiter*

- Schneider, Hendrik
Strafrechtliche Grenzen des Pharmamarketings
Zur Strafbarkeit der Annahme umsatzbezogener
materieller Zuwendungen durch niedergelassene
Vertragsärzte
HRRS 2010, S. 241-247
Zit.: *Schneider*, HRRS 2010
- ders.
Die Zukunft der Anwendungsbeobachtungen
Rechtssichere Grenzen zwischen Korruption und
zulässiger Kooperation angesichts der aktuellen
Vorlagebeschlüsse des 3. und 5. Strafsenats des
Bundesgerichtshof
HRRS 2011, S. 333-338
Zit.: *Schneider*, HRRS 2011
- Schönke, Adolf / Schröder, Horst
Strafgesetzbuch
Kommentar
28. Auflage, München 2010
Zit.: *S/S-Bearbeiter*
- Schulin, Bertram
Handbuch des Sozialversicherungsrechts
Band 1, Krankenversicherungsrecht
München 1994
Zit.: *Schulin-Bearbeiter*
- Sodan, Helge
Handbuch des Krankenversicherungsrechts
München 2010
Zitiert: *Sodan-Bearbeiter*
- Spickhoff, Andreas
Medizinrecht
München 2011
Zit.: *Spickhoff-Bearbeiter*

Stächelin, Gregor	Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat Berlin 1998 Zit.: <i>Stächelin</i> , Strafgesetzgebung
Steinhilper, Gernot	Anmerkung zu OLG Hamm, Urteil vom 22.12.2004 MedR 2005, S. 236-240 Zit.: <i>Steinhilper</i> , MedR 2005
ders.	Anmerkung zu OLG Braunschweig, Beschluss vom 23.02.2010 MedR 2010, S. 499-502 Zit.: <i>Steinhilper</i> , MedR 2010
Stratenwerth, Günther	Zum Begriff des Rechtsguts In: Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag Hrsg.: Eser, Albin u.a. München 1998, S. 377-391 Zit.: <i>Stratenwerth</i> , FS Lenckner
Szesny, André / Remplik, Yvonne	Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 29.03.2012 – GStSt 2/11 (LG Hamburg) MedR 2012, S. 662 Zit.: <i>Szesny/Remplik</i> , MedR 2012
Taschke, Jürgen	Die Strafbarkeit des Vertragsarztes bei der Verordnung von Rezepten StV 2005, S. 406-411 Zit.: <i>Taschke</i> , StV 2005
Tiedemann, Klaus	Wirtschaftsstrafrecht Einführung und Allgemeiner Teil

- 3.Auflage, München 2010
 Zit.: *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht AT
- ders. Wirtschaftsstrafrecht
 Besonderer Teil
 3. Auflage, München 2011
 Zit.: *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht BT
- ders. Schmiergeldzahlungen in der Wirtschaft -Alte
 und neue Reformprobleme
 In: Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70.
 Geburtstag
 Hrsg.: Dölling, Dieter, u.a.
 Berlin 2003, S. 759-769
 Zit.: *Tiedemann*, FS Lampe
- ders. Wettbewerb als Rechtsgut des Strafrechts
 In: Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70.
 Geburtstag
 Hrsg: Britz, Guido u.a.
 München 2001, S. 905-918,
 Zit.: *Tiedemann*, FS Müller-Dietz
- Tron, Marco Kassenärzte als Beauftragte der Krankenkassen im
 Sinne von § 299 Abs. 1 StGB
 Regensburg 2007
 Zit.: *Tron*, Kassenärzte
- Ulsenheimer, Klaus Arztstrafrecht in der Praxis
 4. Auflage, Heidelberg 2008
 Zit.: *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht

- ders. Der Vertragsarzt als Sachwalter der Vermögensinteressen der gesetzlichen Krankenkassen?
MedR 2005, S. 622-628
Zit.: *Ulsenheimer*, MedR 2005
- Vogel, Joachim Strafrechtsgüter und Rechtsgüterschutz durch Strafrecht im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts
StV 2006, S. 110-115
Zit.: *Vogel*, StV 2006
- Wagner, Regine / Knittel, Stefan / Baier, Gerhard Soziale Krankenversicherung Pflegeversicherung
Kommentar
München
EL: Stand Januar 2012
Zit.: *Krauskopf-Bearbeiter*
- Wassermann, Rudolf Verschleierte Schmiergelder und ähnliches!
GRUR 1931, S. 549-551
Zit.: *Wassermann*, GRUR 1931
- Wengenroth, Lenard / Meyer, Miriam Amtsträger – Beauftragter – oder einfach nur Arzt?
JA 2012, S. 646-651
Zit.: *Wengenroth/Meyer*, JA 2012
- Wenner, Ulrich Das Vertragsarztrecht nach der Gesundheitsreform
München 2008
Zit.: *Wenner*, Vertragsarztrecht

- Wessels/Beulke
Strafrecht Allgemeiner Teil
42. Auflage, Heidelberg 2012
Zit.: *Wessels/Beulke*
- Wittmann, Christian
Entgeltliche Patientenzuweisung: Anwendung
und Durchbrechung des § 817 S. 2 BGB bei der
Kondiktion von Zuweisungsentgelten
MedR 2008, S. 716-723
Zit.: *Wittmann*, MedR 2008
- Wollschläger, Sebastian
Der Täterkreis des § 299 Abs. 1 und
Umsatzprämien im Stufenwettbewerb
Heidelberg 2009
Zit.: *Wollschläger*, Täterkreis
- Wolter, Jürgen
Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
8. Auflage, Köln
EL: Stand Oktober 2012
Band I §§ 1-45 b StGB
Band IV §§ 212-266 b StGB
Band V §§ 267-358 StGB
Zit.: *SK-Bearbeiter*