

# Tatbestandsüberdehnungen im Arztstrafrecht am Beispiel der „Beauftragtenbestechung“ des Kassenarztes nach § 299 StGB

*Eine jüngst vorgetragene Auffassung will den niedergelassenen Kassenarzt als tauglichen Täter von Korruptionsdelikten nach § 299 StGB ansehen. Der Verf. diskutiert diese Ansicht auch unter Betrachtung ihrer strafpolitischen Einbettung und kommt zum Schluß, daß die Auslegung den Beauftragtenbegriff des § 299 StGB überdehnt und auch im übrigen vom Tatbestand der Strafnorm nicht getragen wird.*

## I. Einführung

Teile der juristischen Literatur nehmen mittlerweile ein bis zwei Drittel der Ärzte als aktuelle oder potentielle Straftäter wahr. So beruft sich in einem jüngst erschienenen Aufsatz *Pragal*<sup>1</sup> im Rahmen einer als „Phänomenologie“ bezeichneten topischen Aufzählung verschiedener, vorwiegend journalistisch belegter Korruptionsdaten<sup>2</sup> auf eine durch *Rügerner*<sup>3</sup> wiedergegebene Einschätzung „des ehemaligen Präsidenten der Berliner Ärztekammer“, wonach „ein Drittel der Ärzte für ... ‚Bestechungsmarketing‘ empfänglich“ sei, ein weiteres Drittel sich schwanke verhalte und nur ein Drittel sich verweigere<sup>4</sup>.

Die Inculpation großer Teile eines bisher renommierten Berufsstandes wäre nur ein soziopsychologisches Problem<sup>5</sup>, wenn die Unterfütterung politischer Forderungen<sup>6</sup> mit strafjuristischem Angriffsmaterial nicht mittlerweile so notorisch wäre, daß sie zum ernstesten Problem für eine saubere auch strafjuristische Rechtsanwendung wird.

Zutreffend und eindringlich hat zuletzt *Matt* – für den eng problemverwandten Bereich des Untreuetatbestandes und am Beispiel der Parteienfinanzierung durch „schwarze Kassen“ – betont, daß die Justiz Gefahr läuft, unter dem Vorwand des strafrechtlichen Schutzes je nach öffentlichem Klima und kriminalpolitischem Verständnis der Rechtsanwender für beliebige Zwecke – moralische, politische, gesellschaftliche und andere – mißbraucht zu werden<sup>7</sup>.

Stehen schon bisher Ärzte in öffentlichen Krankenhäusern – unter dem Signum der §§ 331 ff. StGB – im Bereich einer nachverfolgbar unzulässig strafjuristisch geführten Auseinandersetzung um die zulässigen Formen von Einflußnahmen auf Beschaf-

1 *Pragal*, Das Pharma-„Marketing“ um die niedergelassenen Kassenärzte: „Beauftragtenbestechung“ gemäß § 299 StGB!, in: NStZ 2005, S. 133 ff.

2 AaO. S. 134.

3 Quellenangabe bei *Pragal*: *Rügerner*, Der alltägliche Abrechnungsbeitrag, [www.verdi.de/0x0ac80f2b\\_0x0006e4fa](http://www.verdi.de/0x0ac80f2b_0x0006e4fa). Die angegebene Internetadresse ist indes derzeit nicht erreichbar.

4 *Pragal* aaO. S. 134.

5 „Im Gesundheitsbereich ist es so wie in anderen Bereichen unserer Gesellschaft:“, so formuliert *Rügerner* an anderer Stelle, „Da sind ... Privilegien herangewuchert und verstärkt worden (etwa auch im Topmanagement der großen Unternehmen), über die sich die Öffentlichkeit erst allmählich bewußt wird“ (*Rügerner*, Korruption bekämpfen: Medizinische Leistungen verbilligen und verbessern, online zugänglich über [www.verdi.de/Gesundheitspolitik/Korruption](http://www.verdi.de/Gesundheitspolitik/Korruption)).

6 Bei *Rügerner* lesen sie sich u.a. so: „Die Kassenärztlichen Vereinigungen haben sich unter den Mantel der ‚Selbstverwaltung‘ zu verfilzten Agenturen der Selbstbedienung entwickelt und begünstigen die Korruption. Sie haben sich über Jahrzehnte als reformunfähig erwiesen und haben dadurch ihre Existenzberechtigung verspielt“ (*Rügerner* aaO.).

7 *Matt*, Missverständnisse zur Untreue – Eine Betrachtung auch zum Verhältnis von (Straf-)Recht und Moral, in: NJW 2005, S. 389 ff., 390, unter Verweis insbesondere auf *Saliger*, ZStW 112 (2000), 563, 613 (m.w.N.).

fungsentscheidungen<sup>8</sup>, so zeigt insbesondere eine Diskussion der jetzt erstmals durch *Pragal* vertretenen Auffassung, auch *niedergelassene Kassenärzte* könnten taugliche Täter von Korruptionsdelikten sein, nämlich Täter des Tatbestandes des § 299 StGB (Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr), das mittlerweile erreichte Maß der einschlägigen Überdehnung von Straftatbeständen. Diese Diskussion soll hier aufgenommen werden.

## II. Das Beauftragtenmerkmal in § 299 Abs. 1 StGB

Nach bisher einhelliger Auffassung sind niedergelassene Kassenärzte keine tauglichen Täter des 299 Abs. 1 StGB. Diese zwingend erscheinende Ansicht gründet, soweit überhaupt formuliert<sup>9</sup>, ersichtlich darauf, daß niedergelassene Kassenärzte weder irgendjemandes Angestellte noch aber Beauftragte sind.

### 1. Der niedergelassene Kassenarzt – „Beauftragter“ der Krankenkasse?

Letzteres wird nun allerdings durch *Pragal* in Abrede gestellt, der die Beauftragteneigenschaft vielmehr bejaht<sup>10</sup>. Zur Herleitung seiner Ansicht beruft sich *Pragal* im wesentlichen auf einen Beschluß des BGH vom 25. 11. 2003<sup>11</sup>. Der BGH hatte hier die Tatbestandsmerkmale des *Untreuetatbestandes* (§ 266 StGB) als gegeben angesehen in einem Fall, in welchem ein niedergelassener Kassenarzt einem vorwiegend parenteral, d.h. unter Umgehung des Magen-Darm-Kanals zentralvenös ernährten Patienten bis zum Dreifachen der täglichen Kalorienbedarfsmenge verschrieben hatte, wobei der Patient die Infusionslösungen auch nicht selbst verbrauchte, sondern auf nicht feststellbare Art anderweitig verwendete. Der Kassenarzt, der medizinische Leistungen verschreibe, die jenseits der Bandbreite offener Wertungen nach den Regeln der ärztlichen Kunst eindeutig nicht notwendig, nicht ausreichend oder unzweckmäßig sind, so stellte der BGH unter Berufung auf die §§ 12 Abs. 1 Satz 2, 70 Abs. 1 Satz 2 SGB V fest, mißbrauche die ihm *durch Gesetz eingeräumten Befugnisse*, als Vertreter der Krankenkasse an deren Stelle das Rahmenrecht des einzelnen Versicherten auf medizinische Versorgung zu konkretisieren<sup>12</sup>.

*Pragal* überträgt nun diese Entscheidung des BGH unter Verkürzung um das Merkmal der *gesetzlichen* Befugniseinräumung auf den Tatbestand des § 299 StGB und kommt zum Schluß, auch der niedergelassene Kassenarzt könne – als „Vertreter der gesetzlichen Krankenkasse“ – als Beauftragter derselben im Sinne des 299 StGB angesehen werden.

### 2. Verwischung der Tatbestände der §§ 266 und 299 StGB

Damit ist eine unzulässige Gleichsetzung der Tatbestände des § 266 StGB einerseits und des § 299 StGB andererseits verbun-

8 Besonders instruktiv: Ärzteschaft und Industrie zwischen Forschungsförderung und Kriminalität, Marburger Gespräche zum Pharmarecht, 3. Symposium von Wissenschaft und Praxis, herausgegeben im Auftrag der Forschungsstelle für Pharmarecht der Phillips-Universität Marburg, Frankfurt am Main 2001, und hier insbesondere *Lüderssen*, Drosselung des medizinischen Fortschritts durch Kriminalisierung der Drittmittelförderung – Selbstregulierung der Betroffenen als Ausweg?, aaO. S. 80 ff.

9 So durch *Joecks*, StudKomm., § 299 Rn. 5; *Ratajczak*, Der Arzt im Strafrecht – die möglichen Straftatbestände, in: Medizin und Strafrecht: Strafrechtliche Verantwortung in Klinik und Praxis, hrsg. von der Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V., S. 5 ff., 32; *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis, 3. Aufl. 2001, Rn. 13/8 und 13/41; *Stellpflug*, Sponsoring oder Bestechung?, in: Arzt und Wirtschaft 2002, S. 26; *Schaupensteiner*, Wachstumsbranche Korruption. „10 Gebote der Korruptionsbekämpfung“. Forderungen an Gesetzgeber und Verwaltung, in: Bundeskriminalamt (Hg.), Wirtschaftskriminalität und Korruption. BKA-Herbsttagung 2002, S. 73 ff., 89; vgl. auch *Bannenberg/Schaupensteiner*, Korruption in Deutschland. Portrait einer Wachstumsbranche, 2004, S. 28.

10 AaO. S. 134.

11 BGH 4 STR 239/03 – Beschluß v. 25. 11. 2003 (wistra 2004, 143).

12 BGH aaO., unter Verweis auch auf BSGE 73, 271, 278, 281 f.

den. Denn während § 266 StGB das Tatbestandsmerkmal der gesetzlichen Befugniseinräumung *neben* dem Merkmal der rechtsgeschäftlichen Befugniseinräumung selbständig nennt, ist erstere Tatbestandsalternative in § 299 StGB gerade nicht enthalten, welcher vielmehr nur rechtsgeschäftliche Befugniseinräumungen – Angestelltenverhältnis oder Beauftragtenverhältnis – nennt. Dieser Unterschied der Tatbestände ist zwar in der Rechtsprechung schon früh aufgeweicht worden. So hieß es in einer Entscheidung des Reichsgerichts vom 29. 1. 1934 zur inhaltsgleichen Vorgängervorschrift des § 12 UWG, der Begriff des Beauftragten sei „nicht nach rein bürgerlichrechtlichen Gesichtspunkten zu bestimmen“, maßgebend seien vielmehr „die tatsächlichen Verhältnisse“. Es genüge, wenn sich jemand „vermöge seiner Stellung, wenn auch auf Grund gesetzlicher Regelung, in einem Verhältnis zu dem Betriebe befindet, das ihn zum geschäftlichen Handeln im Interesse des Betriebes berechtigt und verpflichtet und ihm unmittelbaren oder mittelbaren Einfluß auf die in dessen Rahmen zu treffenden geschäftlichen Entschlüsse einräumt“<sup>13</sup>. Erfuhr der Tatbestand damit und in der Folge – mit Billigung der Literatur – eine weite Auslegung<sup>14</sup>, so herrschte doch stets Konsens, daß zum Element der Befugnisumgrenzung, welche auch durch Gesetz erfolgen konnte, noch ein Element der *Berufung* des Beauftragten durch seinen Geschäftsherrn – in dessen Interesse er die geschäftliche Tätigkeit zu erbringen hatte<sup>15</sup> – zu treten hatte. Dies kommt implicite schon in den frühen Entscheidungen des *Reichsgerichts* zum Ausdruck<sup>16</sup>, wurde aber auch ausdrücklich ausgesprochen: So heißt es in einer Entscheidung vom 10. 4. 1934<sup>17</sup>, das Auftragsverhältnis zu dem geschäftlichen Betrieb der Genossenschaft entstehe dadurch, daß die Generalversammlung das Mitglied des Aufsichtsrates wählt; allgemein müsse der Beauftragte „seine Berufung, für den Betrieb tätig zu sein, von einem andern ableite(n)“ – von einem andern im Betrieb des Geschäftsherrn, wie nach dem Gesamtsinn der Feststellungen des *Reichsgerichts* zu ergänzen ist. Dieses Element der Befugnisberufung durch den Geschäftsherrn – man mag von einem *personalen* Element der Befugniserteilung sprechen, wenn man mit der bisherigen Rechtsprechung und Literatur auf die strenge Geltung des rechtsgeschäftlichen Beauftragungsbegriffes verzichten will – zieht sich auch durch alle später ergangenen Entscheidungen, so etwa dann, wenn Unternehmensberater, Architekt oder Handelsvertreter jeweils vom Geschäftsherrn beauftragt werden<sup>18</sup>. Stets ist das *geschäftliche Tätigwerden für den Betrieb* und eine entsprechende Berufung durch den Geschäftsherrn gemeint<sup>19</sup>.

### 3. Die Stellung des niedergelassenen Kassenarztes zur Krankenkasse

Der niedergelassene Kassenarzt wird indes weder geschäftlich für die Krankenkassen tätig noch wird er durch diesen vermeintlichen Geschäftsherrn in irgendeiner Weise berufen.

Vielmehr wird der Kassenarzt nur für die eigene Praxis geschäftlich tätig und es grenzte zuweilen an Interessenverrat gegenüber seinem Patienten, welcher selbst und unmittelbar Vertragspartner des Arztes ist<sup>20</sup>, wenn er auch für die Krankenkasse geschäftlich tätig würde. Berufen wird er nicht durch die Krankenkassen, sondern im gesetzlichen Zulassungsverfahren. Auch sonst beste-

13 RGSt 68, 70, 71/72 mit Bejahung der Beauftragteneigenschaft des stellvertretenden Vorsitzenden eines Postkrankenkassenvereins; nachfolgend RGSt 68, 119, 120 (Aufsichtsrat einer Genossenschaft); RGSt 68, 263, 270 (geschäftsführender Vorsitzender eines Konsumvereins).

14 So die zutreffende Feststellung bei *Wittig*, § 299 StGB durch Einschaltung von Vermittlerfirmen bei Schmiergeldzahlungen, in: *wistra* 1998, S. 9 (mwN).

15 RGSt 6, 70, 71/72 („geschäftliches Handeln im Interesse des Betriebes“); BGHSt 2, 396, 401 („für ihn geschäftlich zu handeln“).

16 AaO.

17 RGSt 68, 119 f.

18 Vgl. BayObLG NJW 1996, 268, 270 (Architekt), OLG(Z)Karlsruhe DJ 2000, 135, 136 (Unternehmensberater), BGH NJW 1968, 1572, 1573 (Handelsvertreter). Weitere Nachweise z.B. bei LK-*Tiedemann*, § 299 Rn. 17.

19 Vgl. auch die Nachweise oben Fn. 15 sowie die Beauftragtendefinition bei LK-*Tiedemann* § 299 Rn. 17.

20 Vgl. z.B. BGH NJW 1987, 2289 ff. m.w.N.; *Obermayer*, Das ärztliche Rezept, Diss. Gießen 1991, S. 14 m.w.N.

hen zwischen den Krankenkassen und den Kassenärzten, wie die §§ 72 bis 106 SGB V zeigen, weder vertragliche noch sonstige unmittelbare Rechtsbeziehungen<sup>21</sup>. Auch bei der Verordnung von Arzneimitteln bleibt der Arzt grundsätzlich völlig frei. Folgerichtig formuliert § 15 Abs. 1 EKV: „Die Verordnung von Arzneimitteln liegt allein in der Verantwortung des Vertragsarztes“. Auch eine Genehmigung von Arzneimittelverordnungen durch die Ersatzkassen ist unzulässig (§ 15 Abs. 1 Satz 2 EKV). Auch angesichts solcher Bestimmungen ist es abwegig, von einem Beauftragtenverhältnis bei der Verordnung von Arzneimitteln auszugehen.

Auch *Pragal* anerkennt die Notwendigkeit eines personalen Befugniserteilungselementes, wenn er eine „von den Krankenkassen eingeräumte Vollmacht zur Abgabe eines auf den Abschluss des Kaufvertrages über die Medikamente bzw. sonstige Behandlungsmittel gerichteten Angebots in ihrem Namen“ sieht<sup>22</sup>. Eine solche Vollmacht erteilt die Krankenkasse indes, wie dargelegt, nicht. Vielmehr stellen insbesondere die genannten Bestimmungen des EKV das Gegenteil einer Vollmacht dar. Einen Geschäftsherrn, der eine in seinem Auftrag erfolgte geschäftliche Tätigkeit nicht genehmigen dürfte, gibt es nicht.

Die gesetzliche Befugniseinräumung des Kassenarztes unter die in § 299 StGB allein genannten rechtsgeschäftlichen bzw. *personalen* Befugniseinräumungen zu subsumieren, stellt damit eine eindeutige Überdehnung des Wortlautes dar. Schon daran scheitert – im Ergebnis in Übereinstimmung mit der bisher ganz einhelligen Ansicht – die von *Pragal* bejahte Strafbarkeit des niedergelassenen Kassenarztes.

### III. Die übrigen Tatbestandsmerkmale des § 299 Abs. 1 StGB

Zeigt sich schon hier eine unzulässige Verwischung des gesetzlichen Tatbestandssystems, so trifft auch die Ansicht *Pragals*, die übrigen Tatbestandsmerkmale des § 299 StGB seien so unproblematisch erfüllt, daß man darauf nur sehr knapp eingehen müsse<sup>23</sup>, nicht zu.

Dies gilt zunächst für das Tatbestandsmerkmal des § 299 StGB, wonach eine Bevorzugung des anderen *bei dem Bezug* von Waren oder gewerblichen Leistungen *im Wettbewerb* stattfinden muß. Anders als in der durch *Pragal* zitierten Entscheidung des BGH zum Untreuetatbestand<sup>24</sup> kommt es hier nämlich darauf an, wer überhaupt als Abnehmer der Waren oder gewerblichen Leistungen anzusehen ist. Nach zutreffender Ansicht kommt ein Kaufvertrag über Arzneimittel nicht zwischen Krankenkasse und Apotheker, sondern zwischen Apotheker und Versichertem zustande<sup>25</sup>. Denn die – ihrer Aufgabe und Stellung entsprechende – Schuldübernahme durch die Krankenkasse ändert nichts daran, daß der versicherte Patient Bezieher der Ware bleibt; die Lage ist nicht anders als beim Privatpatienten.

Nach h. M. ist die Abnahme von Waren oder gewerblichen Leistungen durch private Endverbraucher aber nicht tatbestandsmäßig im Sinne des § 299 StGB. Denn zwar nehmen diese im weiteren Sinne durchaus am Leistungsaustausch und damit am Geschäftsverkehr teil, sind aber aus dem Wettbewerbsrecht ausgeschlossen<sup>26</sup>. § 299 StGB schützt also nicht den Wettbewerb um den privaten Kunden<sup>27</sup>. Diese Eingrenzung ergibt sich aus

21 Vgl. *Obermayer* aaO. (Fn. 20), S. 13; *Schnapp/Wigge*, Handbuch des Vertragsarztrechts. Das gesamte Kassenarztrecht, S. 27.

22 *Pragal* aaO. S. 135.

23 *Pragal* aaO. S. 136.

24 BGH aaO. (Fn. 11).

25 *Obermayer* aaO. (Fn. 20), S. 148 ff., 152; *Schmitt*, Leistungserbringung durch Dritte im Sozialrecht, 1990, 217 ff., 232, 237; *Wigge* NZS 1999, 584, 586 unter Verweis auf BGHZ 89, 250, 254 f. (wohl nicht tragend); a.A. BSGE 77, 194, 200; *Schmidt* in: *Peters*, Handbuch der Krankenversicherung, Bd. 2, Stand: 48. Lfg. November 2002, § 31 SGB V Rn. 95, jeweils zitiert durch BGH 4 StR 239/03 – Beschluß v. 25. 11. 2003, der sich – aber nicht tragend – letzterer Ansicht anschließt.

26 LK-*Tiedemann* § 299 Rn. 21 unter Verweis u.a. auf *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rn. 179 ff.

27 BGHSt 2, 396, 402; zitiert bei LK-*Tiedemann* aaO.

der Entstehungsgeschichte der Norm und kommt in ihrem Wortlaut zum Ausdruck.

Weiter scheidet eine Strafbarkeit des niedergelassenen Kassenarztes auch am allgemeinen Erfordernis der Gleichzeitigkeit der Tatbestandsmerkmalsverwirklichung. Denn der Kassenarzt konkretisiert das gesetzliche Rahmenrecht des einzelnen Versicherten auf medizinische Versorgung erst *bei Ausstellung einer Verordnung*<sup>28</sup>. Selbst bei überdehnender Ableitung der Beauftrageneigenschaft aus dem jeweiligen Konkretisierungstatbestand nach den Normen des SGB V läge diese Beauftrageneigenschaft zum Zeitpunkt einer vorherigen – wie auch immer als strafwürdig beurteilten – Beeinflussung noch nicht vor. Der Fall liegt wie bei der gleichfalls nicht tatbestandsmäßigen<sup>29</sup> Beeinflussung desjenigen, dessen Angestellteneigenschaft erst noch durch späteren Betriebseintritt bevorsteht.

#### **IV. Ergebnis**

Die Auffassung, der niedergelassene Kassenarzt sei Beauftragter i.S.d. § 299 StGB, trifft nicht zu. Die durch *Pragal* ebenfalls unterlassene Diskussion der Frage, wo qualitativ und quantitativ überhaupt eine *strafwürdige* Beeinflussung von niedergelassenen Kassenärzten durch pharmazeutische Unternehmen beginnt und welche Umstände eine Beeinflussung unsachlich oder gar unlauter zu machen geeignet sind, ist erst noch zu führen<sup>30</sup>. Die Ergebnisse der Diskussion umzusetzen ist Sache des Gesetzgebers.

Nicht jedenfalls darf straftatbestandsüberdehnende Rechtsanwendung dazu führen, eine apodiktisch schon einmal festgestellte *Strafwürdigkeit* gar bereits zur *Strafbarkeit* umzudeuten.

---

28 BGH 4 StR 239/03, Beschluß v. 25. 11. 2003.

29 *Lampe* Art. Wirtschaftskorruption, in: HWiStR sub III 1; LK-*Tiedemann* § 299 Rn. 16.

30 Für fruchtbare Diskussionsansätze vgl. nochmals z.B. Ärzteschaft und Industrie zwischen Forschungsförderung und Kriminalität (oben Fn. 8). Für niedergelassene Kassenärzte bestehen viele Besonderheiten. Strafwürdigkeit irgendwo oberhalb der Überlassung von Kugelschreibern zu bejahen (vgl. *Pragal* aaO. S. 135), geht fehl.