

des Straftatbestandes der Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB) auf den niedergelassenen Vertragsarzt⁶ in den Mittelpunkt des juristischen Diskurses. Dieser wird vor dem Hintergrund der *BGH*-Rechtsprechung⁷ über die Strafbarkeit des niedergelassenen Vertragsarztes wegen Untreue zum Nachteil der Krankenkasse geführt. Der *BGH* hatte seinerzeit unter Berufung auf den 4. *Senat* des *BSG*⁸ entschieden, dass der Vertragsarzt Beliehener der Krankenkassen sei und bei der Verordnung von Medikamenten Kraft der ihm gesetzlich verliehenen Kompetenzen als Vertreter der Krankenkasse auftrete. Er schloss sich ferner der Auffassung des 3. *Senats* des *BSG*⁹ an, wonach ein Vertragsarzt bei der Verordnung mit Wirkung für und gegen die Krankenkasse Willenserklärungen zum Abschluss eines Kaufvertrages über die verordneten Medikamente abgibt¹⁰. Der Vertragsarzt ist nach der Rechtsauffassung des *BGH* bei Erfüllung seiner Aufgaben der Krankenkasse gegenüber kraft Gesetzes (§ 12 SGB V) verpflichtet, nicht notwendige bzw. unwirtschaftliche Leistungen nicht zu bewirken¹¹. Im Falle eines Verstoßes missbrauche er die ihm „vom Gesetz eingeräumten Befugnisse“ und sei daher wegen Missbrauchsuntreue strafbar¹². Inwieweit dem gefolgt werden kann, soll hier jedoch nicht erörtert werden¹³.

Nach bisher einhelliger Auffassung wurde die Anwendbarkeit des § 299 StGB auf den niedergelassenen Vertragsarzt verneint¹⁴. Staatsanwaltschaften halten an

* Die *Autorin* ist Rechtsanwältin in der Kanzlei *Livonius* Rechtsanwälte in Frankfurt a. M.

1) Durch das Gesundheitsstrukturgesetz vom 21. 12. 1992 wurde die historische Zweiteilung aufgehoben, die zwischen dem Kassensarzt im Primärkassenbereich und dem Vertragsarzt im Ersatzkassenbereich unterschied. Die bis dahin unterschiedlich geregelten Teilnahmeformen an der kassen- bzw. vertragsärztlichen Versorgung wurden vereinheitlicht und durchgehend als vertragsärztliche Versorgung bezeichnet. Im Einzelnen s. *Wigge* in *Schnapp/Wigge* Hdb. des Vertragsarztrechts, Das gesamte KassenarztR, 2006, § 2 Rn 5 ff.

2) Bericht in der TAZ v. 2. 2. 2006, 10.

3) Wie z. B. in der ZDF-Sendung Frontal 21 am 26. 9. 2006 über angeblich systematische Zahlungen des Pharmaunternehmens solvay an niedergelassene Ärzte; Bericht im Stern, H. 46/2005: „Der Pharma-Skandal“; Monitor-Beitrag „Der Fall ratiopharm: Die unsauberen Methoden des Arzneimittelunternehmens“, abrufbar unter www.wdr.de/tv/monitor/beitragsuebersicht.phtml; ZDF Sendung Frontal 21 v. 20. 3. 2007 „Korruption in Weiß – Milliardenbetrug durch Sanitätshäuser und Ärzte“, www.zdf.de.

4) *Reese* Vertragsärzte und Apotheker als Straftäter? – eine strafrechtliche Bewertung des „Pharma-Marketings“ PharmR 2006, 92 ff.

5) *Verrel* Überkriminalisierung oder Übertreibung? Die neue Furcht vor der Korruption in der Medizin, MedR 2003, 319 ff.

6) Anders als bei Ärzten, die ausschließlich Privatpatienten behandeln, stellt sich für diesen die Frage, ob er Angestellter oder Beauftragter eines geschäftlichen Betriebes und damit tauglicher Täter des § 299 StGB sein kann.

7) *BGH* Beschl. v. 25. 11. 2003, wistra 2004, 145 ff.; und v. 27. 4. 2004, NStZ 2004, 568 ff.

8) *BSG* Ur. v. 16. 12. 1993, BSGE 73, 271 ff.

9) *BSG* Ur. v. 17. 1. 1996, BSGE 77, 195, 200.

10) *BGH* NStZ 2004, 568, 569 unter Verweis auf den Beschl. des 4. *Strafsenats* v. 25. 11. 2003.

11) Die Frage, ob das in § 12 SGB V verankerte Wirtschaftlichkeitsgebot hier überhaupt herangezogen werden kann, wird umfassend erörtert von *Geis* Das sozialrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot – kriminalstrafbewehrtes Treugesetz des Kassensarztes?, GesR 2006, 345 ff.

12) *BGH* wistra 2004, 143, 145.

13) Abl. u. a. MünchKomm-StGB-Dierlamm 4. Bd., 2006, § 266 Rn 66; *Geis* GesR 2006, 345, 347 ff.; *Taschke* Die Strafbarkeit des Vertragsarztes bei der Verordnung von Rezepten, StV 2005, 406, 409.

14) *Ulsenheimer* ArztstrafR in der Praxis, 3. Aufl., § 13 Rn 8, 14; *Stellpflug* Sponsoring oder Bestechung? Arzt und Wirtschaft 2002, 26; *Schuppensteiner* Wachstumsbranche Korruption, „10 Gebote der Korruptionsbekämpfung“. Forderungen an Gesetzgeber und Verwaltung, in: Bundeskriminalamt (Hrsg.), Wirtschaftskriminalität und Korruption, BKA-Herbsttagung 2002, S. 73 ff.; *Geis* Tatbestandsüberdehnung im ArztstrafR am Beispiel der „Beauftragtenbestechung“ des Kassensarztes nach § 299 StGB, wistra 2005, 369 ff.; *Taschke* StV 2005, 406 ff.; *Reese* PharmR 2006, 92 ff.

Rechtsanwältin Antje Klötzer, Frankfurt a. M.

Ist der niedergelassene Vertragsarzt tatsächlich tauglicher Täter der §§ 299, 331 StGB?*

A. Einführung

Angesichts der verstärkten Presseberichterstattung über bundesweite Ermittlungen gegen Verantwortliche führender Pharmaunternehmen und niedergelassene Vertragsärzte¹ wegen Korruptionsverdachts gewinnt die Diskussion über deren korruptionsstrafrechtliche Verantwortlichkeit zunehmend an Bedeutung. Schlagzeilen wie „Korruption macht Gesundheitswesen krank“² nehmen Einfluss auf die öffentliche Meinungsbildung. Medienberichte³ über systematische Vorteilsgewährungen an niedergelassene Ärzte durch die pharmazeutische Industrie in Form vergüteter Anwendungsbeobachtungen, von Einladungen auf Fortbildungsveranstaltungen und zu Ärztekongressen oder aber fingierter Beraterverträge usw. ziehen Auseinandersetzungen um die strafrechtliche Bewertung des „Pharma-Marketings“⁴ nach sich.

B. Ausgangslage

Während sich die Beiträge über die „neue Furcht vor der Korruptionsstrafbarkeit in der Medizin“⁵ in der Vergangenheit eher auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Klinikärzten wegen Vorteilsnahme (§ 331 StGB) bezogen, rückt nunmehr die Frage nach der Anwendbarkeit

der Rechtsauffassung, dass der in eigener Praxis tätige Vertragsarzt nicht tauglicher Täter des § 299 StGB sein kann, fest¹⁵. Folglich gibt es (soweit ersichtlich) keine entsprechenden Verurteilungen¹⁶. Nicht ohne Grund sehen jene, die eine Bestrafung korruptiven Verhaltens in der Ärzteschaft fordern, diesbezüglichen Regelungsbedarf auf Seiten des Gesetzgebers¹⁷.

Nur *Pragal*¹⁸ vertritt die Ansicht, der niedergelassene Vertragsarzt sei als Beauftragter im Sinne der Vorschrift zu qualifizieren und somit Normadressat. Er unternimmt unter Rückgriff auf die oben erwähnte *BGH*-Rechtsprechung zur Untreue den (kriminalpolitisch motivierten?) Versuch, die gesetzliche Regelungslücke zu schließen. Dies ist schon deshalb problematisch, weil es zu einer Vermischung der Tatbestände § 266 und § 299 StGB und im Ergebnis zu einer unzulässigen Überdehnung des § 299 StGB kommt¹⁹. Überdies führt die verkürzte Wiedergabe der *BSG*-Rechtsprechung zum „Rechtskonkretisierungskonzept“²⁰ des SGB V in den Entscheidungen des *BGH* zur Untreue zu unzutreffenden Schlussfolgerungen in (korruptions)strafrechtlicher Hinsicht.

Pragals Vorschlag stieß im Schrifttum auf Kritik und Ablehnung²¹. Da *Fischer*²² diesen jedoch in seiner aktuellen Kommentierung des § 299 StGB – wenn auch ohne kritische Auseinandersetzung – befürwortet, scheint es angezeigt, diese Thematik erneut aufzugreifen.

Darüber hinaus wird im Beitrag kurz auf die von *Neupert*²³ aufgestellte These, der niedergelassene Vertragsarzt sei sogar Amtsträger i. S. d. § 11 I Nr. 2 c StGB und daher unter Umständen wegen Vorteilsnahme strafbar, eingegangen.

C. Der Vertragsarzt als tauglicher Täter des § 299 I StGB

I. Diskussionsstand im Schrifttum

Tauglicher Täter des § 299 I StGB kann nur sein, wer Angestellter oder Beauftragter eines geschäftlichen Betriebes ist. Die Krankenkasse ist zweifellos als geschäftlicher Betrieb i. S. d. § 299 I StGB anzusehen.²⁴ Es besteht auch Einigkeit darüber, dass der niedergelassene Vertragsarzt nicht bei den Krankenkassen angestellt ist²⁵, weshalb im Folgenden ausschließlich auf das Tatbestandsmerkmal „Beauftragter“ abgestellt werden muss.

Beauftragter i. S. d. § 299 I StGB ist, wer – ohne Geschäftsinhaber oder Angestellter zu sein – auf Grund seiner Stellung berechtigt und verpflichtet ist, für den geschäftlichen Betrieb zu handeln und auf die betrieblichen Entscheidungen über den Waren- und Leistungsaustausch bestimmenden Einfluss zu nehmen²⁶.

Es wird vertreten, dass der Vertragsarzt schon deshalb nicht Beauftragter der Krankenkassen sein kann, weil er gemäß § 1 II Bundesärzteordnung (BÄO) einen „seiner Natur nach“ freien Beruf in niedergelassener Praxis ausübt und daher selbst Geschäftsinhaber ist²⁷. Folgt man dieser Auffassung, ist die Täreigenschaft des Vertragsarztes bereits an dieser Stelle zu verneinen.

*Pragal*²⁸ meint hingegen, das Merkmal „ohne Geschäftsinhaber zu sein“ stünde der Qualifizierung des niedergelassenen Vertragsarztes als Beauftragter nicht entgegen, da nur verlangt werde, dass es sich bei dem Beauftragten um eine betriebsexterne Person handeln muss.

Der niedergelassene Vertragsarzt – so *Pragal* weiter – werde „auf Grund der ihm von den Krankenkassen eingeräumten Vollmacht zur Abgabe eines auf den Abschluss

des Kaufvertrags über die Medikamente bzw. sonstige Behandlungsmittel gerichteten Angebots“ im Namen der Krankenkasse tätig und verpflichte diese entsprechend. Die Konkretisierung des Anspruchs der Versicherten gegen die Krankenkasse obliege dem Vertragsarzt als mit öffentlich-rechtlicher Rechtsmacht beliehenem Verwaltungsträger²⁹.

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Die Anwendbarkeit des § 299 I StGB auf den niedergelassenen Vertragsarzt setzt voraus, dass dieser für die Krankenkasse tätig wird. Ferner bedarf es, wie von *Geis*³⁰ zutreffend hervorgehoben, einer rechtsgeschäftlichen Befugnis-einräumung durch die Krankenkasse, hier in Form des Beauftragtenverhältnisses.

II. Vorgaben und Auswirkungen des Sozialversicherungsrechts

Nachstehende Erwägungen verdeutlichen, dass der niedergelassene Vertragsarzt auf Grund seiner Stellung im System der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) nicht für die Krankenkasse tätig und auch nicht von dieser hierzu berufen wird.

1. Zur Stellung des Vertragsarztes

Das Recht der GKV ist durch das Sachleistungsprinzip geprägt (§ 2 II SGB V). Das Sachleistungsprinzip beinhaltet die Verschaffungspflicht der Träger der gesetzlichen Krankenversicherung, wonach sie durch Abschluss von Verträgen mit den Lieferanten von Gegenständen der Krankenpflege, mit Kassenärztlichen Vereinigungen (KÄV) und mit Krankenhäusern die Erbringung von Leistungen der Krankenpflege zu gewährleisten und damit ihren Grundauftrag zur Sicherstellung der medizinischen Versorgung ihrer Mitglieder zu erfüllen haben. Eine derartige Verschaffungspflicht der gesetzlichen Krankenkassen gewährleistet, dass der Versicherte eine notwendige Leistung der Krankenpflege erhält, ohne sie sich selbst erst beschaffen und insbesondere ohne eine

15) Vgl. Pressemitteilungen der StA Ulm zur Einstellung des Ermittlungsverfahrens gegen Verantwortliche von ratiopharm v. 20. 12. 2005 sowie der GenStA Stuttgart v. 13. 4. 2006. Die Mitteilungen waren veröffentlicht unter: <http://www.justiz-bw.de/servlet/PB/menu/1192381/index.html> sowie <http://www.justiz-bw.de/servlet/PB/menu/1199521/index.html>.

16) Vgl. *Wasserburg* Rspr.-Übersicht zum ArztstrafR – Juni 2002 bis Juni 2006, NStZ 2007, 198 ff.

17) Z. B. *Schaupensteiner* (o. Fn 14), S. 73 ff., 89.

18) Die Korruption innerhalb des privaten Sektors und ihre strafrechtliche Kontrolle durch § 299 StGB, 2006, S. 165 ff.; *ders.* Das Pharma-„Marketing“ um die niedergelassenen Kassenärzte: „Beauftragtenbestechung“ gemäß § 299 StGB, NStZ 2005, 133 ff.

19) Vgl. *Geis* wistra 2005, 369 ff.; *Resse* PharmR 2006, 92 ff.

20) *BSGE* 73, 271, 283.

21) Vgl. *Geis* wistra 2005, 369 ff.; *Neupert* Risiken und Nebenwirkungen: Sind niedergelassene Ärzte Amtsträger im strafrechtlichen Sinne?, NJW 2006, 2811 ff.; *Reese* PharmR 2006, 92 ff.; *Häser* Zuwendungen bei Arzneimittelverordnungen, Sind niedergelassene Ärzte wegen Korruption strafbar?, in: *Notfall & Hausarztmedizin*, 2006, S. 32 ff.

22) *Tröndle/Fischer* 54. Aufl., § 299 Rn 10 b.

23) NJW 2006, 2811 ff.

24) Insoweit zutr. *Pragal* NStZ 2005, 133, 135; ebenfalls zust. *Taschke* StV 2005, 406, 410; *Ulsenheimer* (o. Fn 14), Rn 40.

25) Anders der Klinikarzt, der Angestellter des Klinikums ist. So auch *Wigge* (o. Fn 1), Rn 8 mit Verweis auf *BVerfGE* 16, 286, 294 f.

26) *BGHSt* 2, 396, 401; *Tröndle/Fischer* (o. Fn 22), Rn 10; vgl. ferner *LK-Tiedemann* § 299 Rn 17.

27) *Ulsenheimer* (o. Fn 14), Rn 41; *Taschke* StV 2005, 406, 410, 411; a. A. *Tröndle/Fischer* (o. Fn 22), Rn 10 b; *Reese* PharmR 2006, 92, 95.

28) NStZ 2005, 133, 135.

29) NStZ 2005, 133, 134.

30) *Wistra* 2005, 369, 370.

unmittelbare finanzielle Gegenleistung erbringen zu müssen³¹.

a) Rechtsbeziehungen der Gesetzlichen Krankenkasse

Die Krankenkassen erfüllen ihre den Versicherten gegenüber bestehende Sachleistungsverpflichtung durch die Inanspruchnahme von Leistungen und Diensten externer Anbieter, u. a. des niedergelassenen Arztes. Der den Versicherten gesetzlich zustehende Anspruch auf Naturalverschaffung setzt dabei notwendig voraus, dass ein an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmender Arzt den Eintritt eines Versicherungsfalls (und zwar durch Diagnose einer Krankheit) feststellt und eine medizinisch nach Zweck und Art bestimmte Behandlung verordnet³².

Die Vorschriften über das Leistungserbringungsrecht finden sich im SGB V, §§ 69 ff. Bestandteil der dortigen Regelungen zum Zweck der organisatorischen Bewältigung der ärztlichen Behandlung als Teilinhalt des Leistungsanspruches der Versicherten³³ ist das Recht der Beziehungen der Krankenkassen zu den Ärzten.

Danach wirken die Krankenkassen bei der Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung ihrer Versicherten mit den Ärzten zusammen (§ 72 I 1 SGB V). Die Formulierung des Gesetzgebers impliziert gerade, dass jeder für sich in seinem eigenen Verantwortungsbereich tätig wird. Während die Krankenkasse den ihren Mitgliedern gesetzlich zustehenden Anspruch auf Krankenbehandlung erfüllt, nimmt der Arzt eine ihm originär zugewiesene Aufgabe wahr und trägt deshalb auch die alleinige Verantwortung und Entscheidungsgewalt für die medizinische Behandlung. Der Vertragsarzt wird dabei nur für die eigene Praxis tätig³⁴.

Rechtliche Beziehungen haben die Krankenkassen gemäß § 72 II SGB V einzig und allein zu den KÄV, mit denen sie die zur Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung erforderlichen Verträge schließen. Die KÄV sind ihrerseits gemäß § 75 I SGB V verpflichtet, die vertragsärztliche Versorgung sicherzustellen und den Krankenkassen gegenüber die Gewähr dafür zu übernehmen, dass die vertragsärztliche Versorgung im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen stattfindet.

b) Rechtsbeziehungen des Vertragsarztes

Der freiberufliche tätige Arzt wird seinerseits in das System der vertragsärztlichen Versorgung dadurch eingliedert, dass er mit der Zulassung gemäß § 95 III SGB V Pflichtmitglied in der für ihn zuständigen KÄV wird. Durch diese Einbindung in das System der vertragsärztlichen Versorgung wird er verpflichtet, sozialversicherte Personen zu behandeln³⁵.

Das ändert jedoch nichts an der Eigenständigkeit des Arztes, der seinen Beruf frei ausübt. Zutreffend verweisen sowohl *Taschke*³⁶ als auch *Reese*³⁷ in diesem Zusammenhang auf die Rechtsprechung des *BVerfG*³⁸, wonach der Vertragsarzt das ganze wirtschaftliche Risiko seines Berufes selbst trägt und die Kassenzulassung ihm lediglich eine besondere Chance bietet. In Bezug auf die Einbindung des Arztes in das System der KÄV und Krankenkassen hat das *BVerfG* herausgestellt, dass die Tätigkeit des Arztes „auch im Rahmen dieses Systems freiberuflich bleibt. Die Krankenversicherung bedient sich des freien Berufs der Ärzte zur Erfüllung ihrer Aufgaben; sie baut nicht nur ihr Kassensystem auf dem Arztberufe als einem freien Berufe auf, in dem sie das Vorhandensein eines solchen Berufes praktisch und rechtlich voraussetzt und sich zunutze macht, sondern sie belässt auch die Tätigkeit des Kassensarztes im Rahmen dieses freien Berufes.“³⁹

Dementsprechend wird der niedergelassene Vertragsarzt bei der Verordnung von Medikamenten nicht für die Krankenkasse sondern für die eigene Praxis tätig.

Ebenso wenig wird der niedergelassene Vertragsarzt von der Krankenkasse rechtsgeschäftlich berufen. Soweit *Pragal*⁴⁰ ohne nachvollziehbare Begründung behauptet, der niedergelassene Vertragsarzt sei von den Krankenkassen zur Abgabe eines auf den Abschluss eines Kaufvertrages über Medikamente gerichteten Angebots bevollmächtigt, ist nicht ersichtlich, auf Grundlage welcher rechtsgeschäftlichen Beziehungen eine solche Vollmacht von der Krankenkasse erteilt werden sollte. Entsprechend behilft sich *Pragal* mit dem Rückgriff auf die bundessozialgerichtliche Rechtsprechung und verweist auf die Kraft „Kassenarztrecht“ verliehenen Kompetenzen des Vertragsarztes, die seiner Ansicht nach eine Stellung des Arztes begründen, die diesen berechtigt und verpflichtet, befugtermaßen für die Krankenkassen tätig zu werden. Die Übertragung etwaiger gesetzlicher Befugnisseinräumungen auf § 299 StGB führt jedoch zu einer Überdehnung des Tatbestandes der Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr⁴¹ und ist daher abzulehnen.

2. Beauftragteneigenschaft auf Grund gesetzlicher Regelungen?

Selbst wenn man angesichts der Aufweichung dieser Trennlinie in der Rechtsprechung⁴² für die Begründung der Beauftragteneigenschaft genügen ließe, dass eine Person auf Grund gesetzlicher Regelungen eine Stellung inne hat, die sie zum Handeln im Interesse des Geschäftsherrn berechtigt und verpflichtet und unmittelbare und mittelbare Einflussnahmemöglichkeiten einräumt⁴³, zeigt die Auseinandersetzung mit den sozialrechtlichen Hintergründen, dass der niedergelassene Vertragsarzt eine solche Stellung gerade nicht inne hat⁴⁴.

Anders als die Entscheidungen des *BGH*⁴⁵ zur Untreue (deren Begründungen *Pragal* unkritisch übernommen hat) vermuten lassen, besteht keineswegs Einigkeit darüber, welche Kompetenzen dem niedergelassenen Vertragsarzt tatsächlich gesetzlich übertragen sind und welche Reichweite diese gegebenenfalls haben.

a) Die Rechtsprechung des BSG

Zunächst ist anzumerken, dass der 4. *Strafsenat*⁴⁶, der unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des *BSG* zum „Rechtskonkretisierungskonzept“⁴⁷ des SGB V entschie-

31) *BSG* Urt. v. 7. 8. 1991 – 1 RR 7/88, abrufbar über juris.

32) So der 4. *Senat* des *BSG* im Urt. v. 23. 10. 1996, *NJW* 1998, 850, 852 unter Verweis auf *BSGE* 73, 271, 282.

33) *Funk* in *Schulin* Hdb. des Sozialversicherungsrechts, Bd. 1, KrankenversicherungsR, 1994, § 32 Rn 3 mwN; *Taschke* StV 2005, 406, 409 f.; *Reese* PharmR 2006, 92, 94.

34) *Taschke* StV 2005, 406, 411; *Geis* wistra 2005, 369, 370; *Reese* PharmR 2006, 92, 96.

35) *Wigge* (o. Fn 1), Rn 39; *Funk* (o. Fn 33), Rn 72.

36) StV 2005, 406, 411.

37) PharmR 2006, 92, 97.

38) *BVerfGE* 11, 31 ff.

39) *BVerfGE* 11, 31, 39 f.

40) NStZ 2005, 133, 135.

41) *Geis* wistra 2005, 369, 370.

42) *RGSt* 68, 70 ff.; 119, 120; 263, 270.

43) Vgl. *RGSt* 68, 70 ff.

44) So auch die Rechtsauffassung der *StA* Ulm in dem Ermittlungsverfahren gegen Verantwortliche von *ratiopharm* (vgl. o. Fn 15).

45) O. Fn 7.

46) *BGH* wistra 2004, 143, 144.

47) Das Gesetz hat nach Rechtsauffassung des 4. *Senats* des *BSG* unter bestimmten Voraussetzungen der kassenärztlichen Versorgung die Konkretisierung und Erfüllung des subjektiv-öffentlichen Rechts auf Krankenbehandlung übertragen (§§ 72, 73, 75, 92 SGB V). Zum Kerngedanken des Konkretisierungskonzepts s. *BSGE* 73, 271, 280 f.; instruktiv *Geis* GesR 2006, 345, 350 ff.

den hat, dass der Vertragsarzt bei Verordnung einer Sachleistung „kraft der ihm durch das Kassenarztrecht verliehenen Kompetenzen“ als Vertreter der Krankenkasse auftritt, die bundessozialgerichtliche Rechtsprechung lediglich verkürzt wiedergegeben und wesentliche Aspekte unberücksichtigt gelassen hat.

Der 4. Senat des BSG hatte in seinem Urteil vom 16. 12. 1993⁴⁸ ausgeführt, dass der Anspruch des gesetzlich Versicherten auf Krankenbehandlung gemäß § 27 SGB V „nur ein sog. Anspruch dem Grunde nach, also gerade noch kein hinreichend konkretisierter Anspruch ist.“ Das Gesetz – so der 4. Senat weiter – habe die erforderliche Konkretisierung der „kassenärztlichen Versorgung“ übertragen. Entsprechend seien in einem ersten Schritt der Bundesausschuss der Ärzte und Krankenkassen dazu bestellt, durch Richtlinien abstrakt – generelle Maßstäbe festzulegen, nach denen im Einzelfall das medizinisch Notwendige sowie dessen Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit und Erforderlichkeit zu beurteilen ist.

Innerhalb dieser Vorgaben sei dem Vertragsarzt die Kompetenz zugewiesen, das Recht des Versicherten gegenüber der Krankenkasse (nur) in medizinischer Hinsicht verbindlich zu konkretisieren, soweit er sich dabei materiell und formell im Rahmen der kassenärztlichen Versorgung bewege⁴⁹. Der Krankenversicherungsträger sei dementsprechend rechtlich lediglich an die medizinische Erkenntnis des ordnungsgemäß handelnden Arztes gebunden, wohingegen die Entscheidungen „über die – oder im Rahmen der Ausführung – der kassenärztlichen Verordnung grundsätzlich im Kompetenzbereich des Krankenversicherungsträgers“ verblieben.

Der Senat unterstrich in diesem Zusammenhang, dass allein die Krankenkassen über die rechtsvernichtenden Einwendungen der Unwirtschaftlichkeit – die mit der medizinischen Notwendigkeit nicht verwechselt werden dürfen – sowie über die Einreden der Unzweckmäßigkeit und Nichterforderlichkeit, ferner über die Konkretisierung und die Art und Weise der Leistung zu entscheiden haben⁵⁰.

In einer späteren Entscheidung hob der 4. Senat erneut hervor, dass das Gesetz den vom Versicherten frei gewählten Vertragsarzt auch nur „insoweit“ mit der „öffentlich-rechtlichen Rechtsmacht (Kompetenz)“, beleihet, als er die medizinischen Voraussetzungen des Eintritts des Versicherungsfalls der Krankheit für den Versicherten und die Kasse verbindlich festzustellen“ hat⁵¹.

Folglich sieht der 4. Senat den Vertragsarzt nicht etwa als Alleinverantwortlichen für die Konkretisierung des Anspruchs der gesetzlich Versicherten. Stattdessen betraut das Gesetz nach dessen Rechtsauffassung den Arzt als „insoweit“ Beliehenen⁵² nur damit, in medizinischer Hinsicht eine Diagnose zu stellen und die erforderliche Behandlung festzusetzen⁵³. Dies ist auch nachvollziehbar, denn nur der fachkundige Mediziner ist hierzu in der Lage.

Der 3. Senat des BSG schloss sich vorstehender Rechtsprechung in seiner ebenfalls vom BGH zitierten Entscheidung vom 17. 1. 1996⁵⁴ an. In Bezug auf die dem Krankenversicherungsträger verbleibenden Einreden bzw. Einwendungen, die nicht die Feststellung des medizinisch Notwendigen betreffen, verwies der Senat darauf, dass die Krankenkassen im Verhältnis zum Vertragsarzt hierüber nicht entscheidungsbefugt seien. Diese könnten lediglich das Einschreiten anderer Stellen, z.B. der für die Wirtschaftlichkeitsprüfung zuständigen Gremien, veranlassen⁵⁵.

Vollkommen konträr zu der dargestellten Rechtsprechung verhält sich die vom 1. Senat des BSG⁵⁶ in seinem Beschluss vom 4. 4. 2006 vertretene Auffassung, der in das System der GKV einbezogene ärztliche Leistungserbringer sei ungeachtet seiner „faktischen Schlüsselstellung“ – auf die auch jene, die den Vertragsarzt als Beauftragten qualifizieren möchten, gern verweisen – bei der Konkretisierung von Leistungsansprüchen der Versicherten von Gesetzes wegen nicht befugt, zu Lasten der Krankenkassen Rechtsentscheidungen über das Bestehen von Leistungsansprüchen zu treffen. Nach der gesetzlichen Konzeption habe vielmehr allein die Krankenkasse darüber zu befinden, ob dem Versicherten auf Grundlage des geltenden Rechts ein Anspruch auf Krankenbehandlung zustehe oder nicht.

b) Strafrechtliche Konsequenzen

Der Rechtsauffassung des 1. Senats folgend, sind dem niedergelassenen Vertragsarzt nach der gesetzlichen Konzeption des SGB V also keine anspruchsbegründenden oder -konkretisierenden Kompetenzen zugewiesen, so dass er nicht als Vertreter der Krankenkassen anzusehen ist. Da der Vertragsarzt keine Rechtsentscheidungen zu Lasten der Krankenkassen treffen kann, ist er auch nicht als Beauftragter i.S.d. § 299 StGB zu qualifizieren, denn er ist weder berechtigt noch verpflichtet, für die Krankenkassen tätig zu werden. Insbesondere kann er nicht auf deren Entscheidungen, die den Waren- und Leistungsaustausch betreffen, bestimmenden Einfluss nehmen.

Aber auch nach der abweichenden Rechtsauffassung des 4. Senats, auf die sich der BGH seinerzeit zur Begründung einer Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes gegenüber dem Krankenversicherungsträger bezogen hatte, bleibt es bei dem gefundenen Ergebnis. Die dem Vertragsarzt hiernach gesetzlich übertragene Kompetenz beschränkt sich auf die Diagnose einer Krankheit und die Feststellung des medizinisch Notwendigen zu deren Behandlung⁵⁷. Die vertragsärztliche Versorgung gesetzlich Krankenversicherter umfasst neben der Behandlungstätigkeit zwangsläufig natürlich auch die Verordnungstätigkeit des Arztes⁵⁸.

Der Krankenversicherungsträger ist gleichwohl rechtlich ausschließlich an die medizinische Erkenntnis des ordnungsgemäß handelnden Vertragsarztes gebunden. Im Verantwortungsbereich der Krankenkassen verbleiben hingegen selbst nach der Rechtsprechung des 4. Senats die Einwendungen der Unwirtschaftlichkeit, die Einreden der Unzweckmäßigkeit und Nichterforderlichkeit sowie die Konkretisierung und die Art und Weise der Erbringung der Leistung⁵⁹.

Der niedergelassene Vertragsarzt nimmt daher nicht, wie nach der Definition des Tatbestandsmerkmals „Beauf-

48) BSGE 73, 271, 280.

49) BSGE 73, 271, 280, 281.

50) BSGE 73, 271, 281; fortgeführt im Ur. v. 23. 10. 1996, NJW 1998, 850, 852.

51) Ur. v. 23. 10. 1996, NJW 1998, 850, 852.

52) Krit. zur Belieheneneigenschaft Neumann in Wiggle/Schnapp (o. Fn 1), § 13 Rn 17 ff.

53) Geis GesR 2006, 345, 350.

54) BSGE 77, 195 ff.

55) BSGE 77, 195, 203.

56) Beschl. v. 4. 4. 2006 – B 1 KR 32 704, Rn 34 unter Verweis auf seine frühere Rechtsprechung, z.B. im Ur. v. 9. 6. 1998, BSGE 82, 158, 161 f. sowie die Rechtsprechung des 6. Senats im Ur. v. 18. 5. 1989, BSGE 65, 94, 97. Der Beschluss ist bei juris abrufbar.

57) BSG NJW 1998, 850 ff.

58) Fink (o. Fn 33), Rn 44 ff.

59) BSG NJW 1998, 850, 852.

tragter“ erforderlich, bestimmenden Einfluss auf Entscheidungen der Krankenkasse, die den Waren- und Leistungsaustausch betreffen.

3. Zwischenergebnis

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der niedergelassene Vertragsarzt also bei der Verordnung von Medikamenten nicht für die Krankenkasse sondern für die eigene Praxis tätig wird und allein dem Patienten gegenüber, dessen Behandlung er übernommen hat, verantwortlich ist. Der Arzt wird in keiner Weise rechtsgeschäftlich dazu berufen, für die Krankenkasse geschäftlich tätig zu werden; insbesondere handelt er nicht auf Basis einer von den Krankenkassen rechtsgeschäftlich erteilten Vollmacht. Auch in der vertragsärztlichen Zulassung ist keine Berufung des Arztes durch die Krankenkassen zu sehen. Stattdessen wird der Vertragsarzt Pflichtmitglied in der für ihn zuständigen KÄV.

Soweit man mit dem 4. Senat des BSG davon ausgeht, dass der Vertragsarzt nach der gesetzlichen Konzeption des SGB V tatsächlich mit einer öffentlichrechtlichen Rechtsmacht ausgestattet ist, beschränkt sich diese auf die verbindliche Feststellung des medizinisch Notwendigen zur Behandlung einer festgestellten Erkrankung. Eine Stellung, auf Grund derer der Vertragsarzt verpflichtet oder berechtigt wäre, auf die Entscheidungen der Krankenversicherungsträger im geschäftlichen Verkehr bestimmenden Einfluss zu nehmen, erwächst ihm daraus nicht.

D. Der niedergelassene Vertragsarzt als Amtsträger i. S. d. § 11 StGB

Neupert⁶⁰ will den Vertragsarzt als Amtsträger i. S. d. § 11 I Nr. 2 c StGB einordnen und damit die Anwendbarkeit des § 331 StGB begründen.

Um den Vertragsarzt als Amtsträger qualifizieren zu können, müsste dieser dazu bestellt sein, bei einer Behörde oder sonstigen Stelle oder aber in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen. Behörde oder sonstige Stelle i. S. d. § 11 StGB wäre wiederum die Krankenkasse.

Zu den Aufgaben öffentlicher Verwaltung zählen solche, die ein Hoheitsträger zulässigerweise für sich in Anspruch nimmt, andererseits aber auch Aufgaben, die ein Privatrechtssubjekt als „verlängerter Arm“ hoheitlicher Gewalt zur Verwirklichung öffentlicher Interessen wahrnimmt. In letztgenannten Fällen bedarf es jedoch einerseits der organisatorischen Anbindung der Privatperson an die Behörde oder sonstige Stelle durch Vertrag oder einen (auch formfreien) Bestellungsakt; zum anderen muss die Tätigkeit des Privaten inhaltlich mit typischerweise behördlicher Tätigkeit vergleichbar sein⁶¹.

Neupert⁶² vertritt die Ansicht, der Vertragsarzt sei durch seine Zulassung nach § 95 SGB V zur Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben bestellt. Dem ist nicht zuzustimmen.

Die Zulassung bewirkt die Pflichtmitgliedschaft in der für den Arzt zuständigen KÄV⁶³, so dass sie allenfalls eine organisatorische Anbindung an diese zur Folge haben kann. Dass Krankenkassen und Ärzte nach dem Gesetzeswortlaut bei der vertragsärztlichen Versorgung zusammenwirken, dürfte für die vom Gesetzgeber geforderte organisatorische Anbindung an den Krankenversicherungsträger kaum ausreichend sein⁶⁴. Vielmehr handelt der Arzt als Freiberufler in eigener Verantwortung und

Entscheidungsgewalt. Er stellt gegenüber der Krankenkasse eine selbständige Einheit dar⁶⁵.

Auch die Argumentation Neuperts⁶⁶, der niedergelassene Vertragsarzt erledige im Auftrag der Krankenkassen jedenfalls als „verlängerter Arm“ des Staates „Aufgaben der öffentlichen Verwaltung auf staatspezifische Art und Weise“, weil durch die ärztliche Verordnung mit verbindlicher Wirkung der öffentlichrechtliche Anspruch des Versicherten gegen seine Krankenkasse „auf die Finanzierung der Versorgung mit einem spezifischen Medikament“ konkretisiert werde, vermag nicht zu überzeugen.

Vor dem Hintergrund der vorgenannten Rechtsprechung des 1. Senats des BSG erscheint bereits fraglich, ob dem niedergelassenen Vertragsarzt kraft Gesetzes überhaupt Kompetenzen zur Konkretisierung des Anspruchs der Versicherten gegen ihre Krankenkasse übertragen sind. Jedenfalls aber wird entgegen der Auffassung Neuperts im Rahmen der Verordnungstätigkeit kein Anspruch des Versicherten „auf die Finanzierung der Versorgung mit einem spezifischen Medikament“ konkretisiert. Dies ist schon deshalb ausgeschlossen, weil dem gesetzlich Versicherten gegen seine Krankenkasse nur ein Anspruch auf Naturalverschaffung zusteht.

Überdies ist – wie bereits umfassend ausgeführt – zu berücksichtigen, dass dem niedergelassenen Vertragsarzt allenfalls die Kompetenz zugewiesen ist, „das Recht des Versicherten gegenüber der KK (nur) in medizinischer Hinsicht verbindlich zu konkretisieren, soweit er sich dabei materiell und formell im Rahmen der kassenärztlichen Versorgung bewegt“⁶⁷.

Dies führt aber nicht dazu, dass der Vertragsarzt als „verlängerter Arm“ hoheitlicher Gewalt tätig wird. Denn nach der Rechtsprechung des 4. Senats des BSG liegt dem „Rechtskonkretisierungskonzept“ des SGB V zu Grunde, „dass die für die Entstehung eines Anspruchs im Einzelfall notwendige Erkenntnis, ob eine und ggf welche Krankheit besteht und was zu ihrer Behandlung i. S. der Zwecke des § 27 S. 1 SGB V medizinisch notwendig ist, im Kern weder einem Bestimmungsrecht des Versicherten noch der Wahl oder der hoheitlichen Entscheidung der KK überantwortet wird.“⁶⁸

Wenn aber bereits die originäre Tätigkeit des niedergelassenen Vertragsarztes in Form der Feststellung einer Erkrankung sowie der medizinisch notwendigen Behandlung nicht zu den hoheitlichen Aufgaben der Krankenkasse zählt, muss dies erst recht für die sich zur organisatorischen Bewältigung der ärztlichen Behandlung als Teilinhalts des Leistungsanspruches der Versicherten zwangsläufig anschließende Verordnungstätigkeit des Arztes gelten.

Der niedergelassene Vertragsarzt ist mithin kein Amtsträger i. S. d. § 11 I Nr. 2 c StGB und folglich nicht tauglicher Täter des § 331 StGB.

60) Risiken und Nebenwirkungen: Sind niedergelassene Ärzte Amtsträger im strafrechtlichen Sinne?, NJW 2006, 2811 ff.

61) BGH Urt. v. 15. 3. 2001, NJW 2001, 2102, 2104; BGHSt 43, 96, 101 ff.; 45, 16; Tröndle/Fischer (o. Fn 22), § 11 Rn 22.

62) NJW 2006, 2111, 2112.

63) Funk (o. Fn 33), Rn 72, zum Zulassungsverfahren Rn 78 ff.

64) Abl. daher auch Taschke StV 2005, 406, 409; Reese PharmR 2006, 92, 94; Geis GesR 2006, 345, 350 Fn 60. Zu den jeweiligen Mitwirkungsbeiträgen von Krankenkasse, KÄV und Ärzten s. Funk (o. Fn 33), Rn 35 ff.

65) Das sieht auch Neupert so, NJW 2006, 2811 f.

66) NJW 2006, 2111, 2113.

67) BSGE 73, 271, 280, 281.

68) BSGE 73, 271, 281.