

Aktuelle Entwicklungen in Rechtsprechung und Literatur zu unerwarteten und unerwünschten Strafbarkeitsrisiken in der ärztlichen Berufsausübung

Maximilian Warntjen

I.

Die forensischen Risiken der ärztlichen Tätigkeit nehmen auch in *strafrechtlicher* Hinsicht stetig zu. Sicherlich auch bedingt durch die zunehmende Ökonomisierung des Gesundheitswesens ist eine „Akzentverschiebung“¹ festzustellen: Vormalig gänzlich „arztfremde“ und eher dem Wirtschaftsstrafrecht zugehörige Delikte wie etwa Betrug, Untreue oder das Korruptionsstrafrecht rücken in den Blickpunkt des Interesses und treten neben die klassischen Tatbestände des Arztstrafrechts, beispielsweise die fahrlässige Körperverletzung oder Tötung.²

Darüber hinaus zeichnet sich eine weitere Entwicklung ab: Zunehmend gerät der Arzt in Konfliktsituationen, die sich für ihn – im Sinne unseres Tagungsthemas – als *unerwartet* darstellen. Diese Bewertung nimmt Bezug auf einen *faktischen* Befund – der Arzt rechnet in einer bestimmten Situation nicht damit, dass sein Handeln auch *spezifisch strafrechtlichen* Anforderungen gerecht werden muss. Diesem Umstand kann insofern Relevanz zukommen, als der Täter nicht nur alle Sachverhaltsumstände kennen, sondern zudem „Bedeutungskennntnis“ haben muss. Dies meint, dass der Arzt durch eine sog. „Parallelwertung in der Laiensphäre“ die Bedeutung der Umstände nachvollziehen können muss, die eine Strafbarkeit begründen.³ Kann er dies nicht, steht ein vorsatzausschließender sog. Tatbestandsirrtum (§ 16 StGB) im Raum. In den nachfolgend als unerwartet einzustufenden strafrechtlichen Konfliktsituationen der ärztlichen Berufsausübung wird also die **Vorsatzproblematik** im Vordergrund stehen.

Daneben sind Konfliktsituationen des ärztlichen Berufsalltags auszumachen, in denen sich die Frage aufdrängt, ob tatsächlich das „scharfe Schwert“

¹ Lindemann/Ratzel, Brennpunkte des Wirtschaftsstrafrechts im Gesundheitswesen, 2010, S. 5.

² Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Aufl. 2008, Einleitung Rn 7.

³ Fischer, 57. Aufl. 2010, § 16 StGB, Rn 14.

des Strafrechts Anwendung finden muss oder ob eine strafrechtliche Sanktion im Sinne des Ultima-ratio-Prinzips nicht vielmehr *unerwünscht* ist. Die Einordnung eines strafrechtlichen Risikos als „unerwünscht“ beinhaltet dabei eine *normative* Wertung. Hier ist es erforderlich, sich der Subsidiarität des Strafrechts und dessen fragmentarischen Charakters zu vergewissern und zu hinterfragen, ob tatsächlich eine **Strafbedürftigkeit** gegeben ist. Insbesondere wenn im Bereich des (Vertrags-)Arztrechts andere wirkungsvolle Sanktionsmechanismen sozial-, berufs-, approbations- und vertragsarztrechtlicher Natur zur Verfügung stehen, muss den gegenwärtigen Entwicklungen und Bestrebungen entschieden entgegengetreten werden, das Strafrecht als Auffanginstrument für Rechtsverstöße jeglicher Art zu instrumentalisieren.

II.

Im Mittelpunkt der nachfolgenden Überlegungen werden die typisch *wirtschaftsstrafrechtlichen* Delikte stehen, die im Zusammenhang mit der ärztlichen Berufsausübung relevant sind, vor allem also der (Abrechnungs-)Betrug, die Untreue und das Korruptionsstrafrecht. Mit Blick auf diese Delikte sollen anhand von Rechtsprechung und Literatur aktuelle Entwicklungen nachgezeichnet und Konfliktsituationen dargestellt werden, in denen sich die bestehenden Strafbarkeitsrisiken als „unerwartet“ oder „unerwünscht“ darstellen.

1. *Unerwartete* Strafbarkeitsrisiken der ärztlichen Berufsausübung

In der jüngeren strafrechtlichen Rechtsprechung sind zwei Entwicklungen auszumachen, die zu (für den Vertragsarzt) *unerwarteten* strafrechtlichen Risiken führen. Der Bundesgerichtshof hat zunächst in zwei Entscheidungen die Anwendbarkeit des Untreuetatbestandes (§ 266 StGB) auf Vertragsärzte⁴ bei einem sozialrechtlichen Fehlverhalten bejaht.⁵ Der BGH begründet dies unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts mit dem Argument, der Vertragsarzt trete bei der Verordnung von Arzneimitteln

⁴ Gleiches dürfte auch für *ermächtigte* Ärzte gelten, § 31 Zulassungsverordnung/Ärzte.

⁵ BGHSt 49, 17 ff. = MedR 2004, S. 268 und BGH, MedR 2004, S. 613 ff. Ausführliche Kritik bei Geis, GesR 2006, S. 345 und Ulsenheimer, MedR 2005, S. 622. Dem BGH folgend etwa OLG Hamm, MedR 2005, S. 236 mit krit. Anm. Steinhilper.

als „Vertreter der Krankenkasse“ auf. Ihm obliege damit, so der BGH, eine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber der Krankenkasse.

Unter Rückgriff auf Vorarbeiten in der strafrechtlichen Literatur⁶, die sich wiederum auf die Überlegungen des BGH zur Vertragsarztuntreue stützen, hat dann erst kürzlich das Oberlandesgericht Braunschweig für Aufsehen gesorgt, indem es Vertragsärzte als „Beauftragte der Krankenkassen“ einstuft.⁷ Das OLG Braunschweig begründet seine der zuvor ganz herrschenden Meinung in der Literatur zuwiderlaufende Auffassung mit der Stellung des Vertragsarztes als „Schlüsselfigur der Arzneimittelversorgung“.

Sowohl die Subsumtion sozialrechtlicher Pflichtverletzungen des Vertragsarztes unter den strafrechtlichen Tatbestand der Untreue als auch die Einbeziehung des Vertragsarztes in das Korruptionsstrafrecht vermag – aufgrund Verkenennung sozialrechtlicher Zusammenhänge – nicht zu überzeugen und führt zudem zu unerwarteten Strafbarkeitsrisiken des Arztes.

a) Vertragsarztuntreue

Der Straftatbestand der Untreue sieht sich seit jeher verfassungsrechtlichen Bedenken unter dem Gesichtspunkt der mangelnden Bestimmtheit, Art. 103 Abs. 2 GG, ausgesetzt. Die scheinbar „bedenkenlose Überstrapazierung der Untreue durch Strafverfolgungsbehörden und Gerichte“⁸ wird begünstigt durch die „kaum zu überbietende Vagheit und Konturenlosigkeit“⁹ des Tatbestandes.¹⁰ Es wundert also kaum, dass strafrechtliche Rechtsprechung die Vorschrift nun auch im Bereich des Vertragsarztrechts anwendet.

In dem vom BGH entschiedenen Fall geht es um die Ausstellung vertragsärztlicher Verordnungen ohne medizinische Indikation. Konkret verordnete der Hausarzt seinem gesetzlich versicherten Patienten ein Übermaß an Infusionslösungen, die dieser nach Vorlage des Rezeptes in der Apotheke und Erhalt der Medikamente anderweitig verwendete. Der BGH greift in

⁶ *Pragal*, NStZ 2005, S. 133, kritisch hierzu etwa *Geis*, wistra 2005, 369 (370); *Klötzer*, NStZ 2008, 12; *Sahan*, ZIS 2007, 69; *Schnapp*, in: FS Herzberg, S. 795; *Taschke*, StV 2005, 406 (410).

⁷ Vom 23.02.2010, Az.: Ws 17/10 = PharmR 2010, S. 230 mit Anm. *Dieners*; vgl. hierzu *Brockhaus/Dann/Teubner/Tsambikakis*, wistra 2010, S. 418; *Dannecker*, GesR 2010, S. 281; *Frister*, in: Lindemann/Ratzel (Hrsg.) Brennpunkte des Wirtschaftsstrafrechts im Gesundheitswesen, S. 99; *Schneider*, HRRS 2010, S. 241; *Steinhilper*, MedR 2010, S. 499; *Warntjen/Schelling*, PharmR 2010, S. 509.

⁸ *Ulsenheimer*, MedR 2005, S. 624.

⁹ *Seier*, Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen, 2003, S. 145.

¹⁰ Erst kürzlich hat sich allerdings das Bundesverfassungsgericht erneut mit der Verfassungsmäßigkeit der Norm und seiner Auslegung durch die Fachgerichte befasst und dabei ausgeführt, die Vorschrift sei „noch“ mit dem Bestimmtheitsgebot vereinbar, Beschluss v. 23.06.2010, Az.: 2 BvR 2559/08, vgl. hierzu *Becker*, HRRS, S. 364.

seiner Entscheidung auf die Rechtsprechung des 3. Senats des Bundessozialgerichts zurück, nach welcher der Vertragsarzt bei der Ausstellung der Verordnung als „Vertreter der Krankenkasse“ „mit Wirkung für und gegen diese eine Willenserklärung“ abgebe.¹¹ Diese Auffassung begegnet, wie *Geis* zutreffend herausgearbeitet hat,¹² bereits sozialrechtlichen Bedenken, da sie verkennet, dass der durch den Vertragsarzt bei seiner Verordnungsentscheidung vorgenommene Konkretisierungsakt hinsichtlich des dem Versicherten zustehenden Leistungsanspruchs *öffentlich-rechtlicher Natur* ist¹³, so dass es der angenommenen zivilrechtlichen Abläufe nicht bedarf.

Problematisch wird diese zivilistische Vertreterkonstruktion aber auch in strafrechtlicher Hinsicht, denn sie verleitet den BGH zu der Annahme, der Vertragsarzt stünde als Vertreter der Krankenkassen in deren Lager. Dies wiederum führt dann zu dem Postulat einer Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes gegenüber der Krankenkasse, deren Verletzung den Untreuetatbestand erfüllen kann, wobei indes zusätzlich verkannt wird, dass es sich hierbei keineswegs um eine Hauptpflicht im Verhältnis Vertragsarzt – Krankenkasse handelt und es insofern auch an der erforderlichen *qualifizierten Vermögensbetreuungspflicht*¹⁴ fehlt.¹⁵

b) Beauftragtenstellung des Vertragsarztes

Das Oberlandesgericht Braunschweig hat Vertragsärzte als „Beauftragte der Krankenkassen“ qualifiziert und damit als erstes Obergericht den Anwendungsbereich des § 299 StGB (Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr) auch für Vertragsärzte eröffnet. Triebfeder dieser Entwicklung dürften nicht zuletzt die im Zuge der „*ratio pharm*“-Verfahren“ lauter gewordenen Stimmen gewesen sein, welche forderten, das Korruptionsstrafrecht nicht nur für Krankenhaus-, sondern auch für Vertragsärzte zu eröffnen.

Konkret ging es um den Fall eines Apothekers, der einem Arzt finanzielle Zuwendungen, u.a. in Form von Zuschüssen zu dessen Praxisumbau zukommen ließ. Im Gegenzug soll er – so jedenfalls der Verdacht – vom Arzt bei der Verschreibung von hochpreisigen Zytostatika bevorzugt worden sein.

Das OLG greift in seiner Begründung die Ausführungen des BGH in dessen Entscheidung zur Vertragsarztuntreue auf und führt weitergehend

¹¹ BSG, Urt. v. 17.01.1996, Az.: 3 RK 26/94.

¹² GesR 2006, 345.

¹³ So ausdrücklich auch der 4. Senat des BSG, Urt. 16.12.1993, Az.: 4 RK 5/92.

¹⁴ Schönke-Schröder-Perron, 28. Aufl. 2010, § 266 StGB, Rn 23 m.w.N.

¹⁵ Ulsenheimer, MedR 2005, S. 626.

aus, wem, wie dem Vertragsarzt, die Befugnis zur Verfügung über fremdes Vermögen zukomme, der handle „auch als Beauftragter zumindest im Rahmen dieses Aufgabenfeldes“. Der Vertragsarzt nehme demgemäß, so das OLG, als „Schlüsselfigur der Arzneimittelversorgung“ auf die Verordnung eines konkreten Präparates dergestalt Einfluss, dass er „geschäftlich für den Betrieb“ der Krankenkassen tätig werde und so als deren „Beauftragter“ anzusehen sei. Es wird also deutlich, dass das OLG die (verfehlte) Rechtsprechung des BGH zur Vertragsarztuntreue im Grunde nur konsequent fortführt.

c) Die subjektive Tatseite – Parallelwertung in der Laiensphäre des Vertragsarztes

Über die bereits behandelten Gesichtspunkte hinaus ist die vorstehend skizzierte Entwicklung der Rechtsprechung aber auch im hier interessierenden Kontext *unerwarteter* Strafbarkeitsrisiken problematisch. *Steinhilper* etwa weist ganz treffend und prägnant darauf hin, dass bereits das Vorhandensein einer Vermögensbetreuungspflicht gegenüber der Krankenkasse „gänzlich außerhalb des Blickwinkels eines Vertragsarztes“ sein dürfte¹⁶, so dass, nochmals weitergehend, eine *Beauftragung* durch die Krankenkasse für den „unvoreingenommenen Vertragsarzt“ sogar völlig fernliegt.¹⁷

Der Vertragsarzt versteht sich weder als „Vertreter“ der gesetzlichen Krankenkassen, der als spezifischer Sachwalter deren Vermögensinteressen wahrnimmt, noch sieht er sich als „Beauftragter“ der Kassen. Dem freiberuflich und eigenverantwortlich tätigen Vertragsarzt sind zwar in öffentlich-rechtlicher Hinsicht gewisse Beschränkungen auferlegt, in erster Linie aber versteht er sich als medizinischer Sachwalter der Gesundheitsinteressen seiner Patienten.¹⁸

Mit dieser Erkenntnis aber wird die bereits angesprochene Vorsatzproblematik virulent, denn fehlt es dem Vertragsarzt an einem Bewusstsein für die von der Rechtsprechung vorgenommene Zuweisung in das Lager der Krankenkasse, so fehlt es nachvollziehbar auch an einem Bewusstsein für die aus diesem (behaupteten) Näheverhältnis entspringenden Pflichten. Es genügt insofern nicht, dass der Vertragsarzt bei der Entgegennahme von Vorteilen (§ 299 StGB) oder einem Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot (§ 266 StGB) sein Handeln möglicherweise in allgemeiner Form für rechtswidrig hält, sondern er muss sich der ihm von der Rechtsprechung zu-

¹⁶ MedR 2005, S. 239.

¹⁷ *Steinhilper*, MedR 2010, S. 499.

¹⁸ *Ulsenheimer*, MedR 2005, S. 627.

gewiesenen Vermögensbetreuungspflicht bzw. Beauftragtenstellung gegenüber der Krankenkassen bewusst sein und den entsprechenden sachlichen Gehalt dieser Pflichtenstellung abschätzen können.

Zusammengefasst kann also festgehalten werden, dass die auf sozialrechtliche Vorarbeiten zurückgreifende Zuweisung des Vertragsarztes in das Lager der Krankenkassen durch die strafrechtliche Rechtsprechung zu einem für den Vertragsarzt unerwarteten Strafbarkeitsrisiko führt. Hieraus folgt: Sowohl im Hinblick auf den Straftatbestand der Untreue wie auch der Angestelltenbestechung ist eine sorgfältige Prüfung der subjektiven Tatseite unerlässlich¹⁹, um der extensiven Anwendung dieser ohnehin in ihren Grenzen und Voraussetzungen vagen und verschwommenen Delikte entgegenzutreten. Während eine Korrektur der Rechtsprechung des BGH zur Untreue wohl kaum erwartet werden darf, bleibt zu hoffen, dass die bisher vereinzelte Entscheidung des OLG Braunschweig höchstrichterlich keine Bestätigung findet.²⁰ Abgesehen von der sozialrechtlich unzureichenden Begründung des OLG Braunschweig bieten Berufs- und Heilmittelwerberecht²¹ ausreichende Handhabe gegen unzulässige Einflussnahme auf die vertragsärztlichen Verwaltungsentscheidungen, so dass es einer zusätzlichen strafrechtlichen Ahndung auch nicht bedarf.

2. Unerwünschte Strafbarkeitsrisiken der ärztlichen Berufsausübung

Während die vorstehend skizzierten, für den Arzt *unerwarteten* Konfliktfelder auf jüngere Entwicklungen in Literatur und Rechtsprechung zurückgehen, zeigen sich (möglicherweise) *unerwünschte* Strafbarkeitsrisiken an zum Teil altbekannten neuralgischen Punkten des ärztlichen Wirtschaftsstrafrechts, nämlich im Zusammenhang mit dem Vorwurf der unrichtigen Abrechnung ärztlicher Leistungen.

Der Abrechnungsbetrug i.S.d § 263 StGB ist ein Vermögensdelikt, es schützt somit die Gesamtheit aller geldwerten Güter.²² Eine Strafbarkeit setzt deshalb einen sog. Vermögensschaden voraus, also ein Vermögensminus im Anschluss an die täuschungsbedingte Vermögensverfügung.

¹⁹ Ulsenheimer, MedR 2005, S. 627.

²⁰ Insofern bleibt eine Entscheidung des BGH abzuwarten. Mit Beschluss v. 05.05.2011 (Az.: 3 StR 458/10) hat der 3. Strafsenat dem Großen Senat für Strafsachen die „vorrangig“ zu prüfende Frage vorgelegt, ob der Vertragsarzt (sogar) Amtsträger ist. In der Pressemitteilung zum Vorlagebeschluss heißt es, dass im Falle des Verneinens der Amtsträgerschaft die Frage der Beauftragtenstellung zu entscheiden sei.

²¹ Siehe HWG, Berufsordnung.

²² Fischer, 57. Aufl. 2010, § 263 StGB, Rn 91.

Von besonderem Interesse sind nun unter dem Gesichtspunkt des Vermögensschadens die Konstellationen, in denen die abgerechnete ärztliche Leistung tatsächlich und in fachlicher Hinsicht zudem einwandfrei erbracht wurde, allerdings sozial- bzw. vertragsarztrechtliche Vorschriften der Abrechnungsfähigkeit entgegenstehen. In der Diskussion stehen dabei zwei Fallkonstellationen: Einerseits geht es um Verstöße gegen den Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung. Der zugelassene Vertragsarzt hat die vertragsärztliche Tätigkeit gemäß § 32 Abs. 1 Satz 1 Zulassungsverordnung/Ärzte persönlich in freier Praxis auszuüben; entsprechend darf auch der ermächtigte Arzt seine vertragsärztliche Tätigkeit nur persönlich ausüben (§ 32a Zulassungsverordnung/Ärzte). Ein Verstoß gegen diesen Grundsatz steht also dann in Rede, wenn der zugelassene oder ermächtigte Arzt Leistungen nicht persönlich erbracht hat.²³ Eine Zurechnung der von angestellten Ärzten erbrachten Leistungen ist nur möglich, wenn deren Anstellung genehmigt wurde, § 15 Bundesmantelvertrag/Ärzte. Andererseits geht es um die Frage, ob die von Ärzten als Gemeinschaftspraxispartner erbrachten Leistungen abrechenbar sind, wenn es sich tatsächlich um Angestellte handelt (Scheinselbständigkeit).

Die sich jeweils stellenden Fragen sind sozial- und strafrechtlicher Natur. *Sozialrechtlich* gilt in beiden oben skizzierten Konstellationen eine streng formale Betrachtungsweise. Leistungen, die persönlich erbracht werden müssen, aber nicht persönlich erbracht wurden, sind nicht abrechenbar; das schon ausbezahlte Honorar muss von der Kassenärztlichen Vereinigung zurückgefordert werden.²⁴ Gleiches soll nach der aktuellen Entscheidung des BSG zur unechten Gemeinschaftspraxis²⁵ auch in dem Fall gelten, in dem Ärzte die Kooperationsform Gemeinschaftspraxis „missbräuchlich“ nutzen, obwohl faktisch ein – nicht genehmigtes – Anstellungsverhältnis vorliegt. Die strafrechtliche Rechtsprechung bejaht in diesen Konstellationen unter Berufung auf die streng formale Betrachtungsweise des Sozialrechts einen Vermögensschaden.²⁶ Dem Umstand, dass die erbrachte Leistung fachlich einwandfrei war soll erst im Rahmen der Strafzumessung Bedeutung zukommen.²⁷

²³ Nicht ausgeschlossen ist dagegen die Delegation untergeordneter Hilfsleistungen an Personal, vgl. hierzu die Auflistung delegationsfähiger Leistungen durch die gemeinsame Erklärung der Bundesärztekammer und der KBV zur persönlichen Leistungserbringung, Deutsches Ärzteblatt 1988, A-2197.

²⁴ *Steinhilper*, Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 26 Rn 63.

²⁵ BSG, Urt. v. 23.06.2010, Az.: B 6 KA 7/09 R.

²⁶ Etwa BGH, NSTz 1995, S. 85; BGH, GesR 2003, S. 90; OLG Koblenz, MedR 2001, S. 145, ablehnend *Grunst*, NSTz 2004, S. 533.

²⁷ OLG Koblenz, a.a.O. Kritisch *Stein*, MedR 2001, S. 124.

Im Hinblick auf die Annahme eines Vermögensschadens kann m.E. in der Konstellation der nicht persönlich durch den Arzt erbrachten Leistung jedenfalls dann ein Schaden angenommen werden, wenn die in Rede stehende Leistung ihren Wert auch dadurch erhält, dass sie durch einen Arzt mit einer bestimmten fachlichen Qualifikation erbracht wird.²⁸ Die Qualifikation gehört insofern zu den wertbildenden Faktoren, so dass auch bei einer ansonsten fachlich ordnungsgemäßen Erbringung der Leistung durch nicht entsprechend qualifizierte Ärzte ein Vermögensschaden vorliegt.

Problematisch ist hingegen der Fall der unechten Gemeinschaftspraxis. Im Kern weist hier die in Rede stehende ärztliche Leistung *als solche* keinen Mangel auf, der zu der Annahme eines Vermögensschadens führen könnte. Der allein vorliegende Mangel der Selbständigkeit (vgl. § 32 Abs. 2 Zulassungsverordnung/Ärzte: Ausübung der Tätigkeit „in freier Praxis“) wirkt sich unter keinem denkbaren Gesichtspunkt auf die erbrachte Leistung aus und mindert deren Qualität und Wert.²⁹ Die Heranziehung der „streng formalen Betrachtungsweise“ des Sozialrechts würde also dazu führen, die Schutzrichtung des § 263 StGB dergestalt zu überdehnen, als nicht mehr (allein) das Rechtsgut des Vermögens geschützt würde, sondern der Straftatbestand *praeter* und *contra legem* Lenkungsinteressen des Vertragsarztrechts auf der strafrechtlichen Ebene weiterverfolgte.³⁰

Überdies ist festzuhalten, dass das Sozialrecht mit den Prüfungs- und Korrekturmaßnahmen des SGB V wie auch den disziplinarrechtlichen Möglichkeiten bis hin zum Zulassungsentzug selbst wirkungsvolle Regelungs- und Sanktionsinstrumente bereit hält, um legitime Steuerungsinteressen durchzusetzen. Der Einsatz des Strafrechts stellt sich in dieser Konstellation vor dem Hintergrund des *Ultima-ratio*-Prinzips aus normativer Sicht als „unerwünscht“ dar.

²⁸ So *Volk*, NJW 2000, S. 3387.

²⁹ *Volk*, a.a.O.

³⁰ *Volk*, a.a.O.

Der Arzt im Wirtschaftsstrafrecht
Abkehr von unerwünschten und unerwarteten
Strafbarkeitsrisiken in der vertragsärztlichen
Berufsausübung
Wienke, A.; Janke, K.; Kramer, H.-J. (Hrsg.)
2011, XII, 86 S., Softcover
ISBN: 978-3-642-19119-0