

Tamara Schneider

Vertragsarztuntreue

Der Vertragsarzt im Spannungsverhältnis zwischen
Patientenbehandlung und Vermögensfürsorge



Nomos

Studien zum Strafrecht

Band 98

Herausgegeben von

Prof. Dr. Martin Böse, Universität Bonn

Prof. Dr. Gunnar Duttge, Universität Göttingen

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Urs Kindhäuser, Universität Bonn

Prof. Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. Claus Kreß, LL.M., Universität zu Köln

Prof. Dr. Hans Kudlich, Universität Erlangen-Nürnberg

Prof. Dr. Dr. h.c. Lothar Kuhlen, Universität Mannheim

Prof. Dr. Ursula Nelles, Universität Münster

Prof. Dr. Dres. h.c. Ulfrid Neumann, Universität Frankfurt a. M.

Prof. Dr. Henning Radtke, Universität Hannover

Prof. Dr. Klaus Rogall, Freie Universität Berlin

Prof. Dr. Frank Saliger, Universität München

Prof. Dr. Helmut Satzger, Universität München

Prof. Dr. Brigitte Tag, Universität Zürich

Prof. Dr. Thomas Weigend, Universität Köln

Prof. Dr. Wolfgang Wohlers, Universität Basel

Prof. Dr. Rainer Zaczyk, Universität Bonn

Tamara Schneider

Vertragsarztuntreue

Der Vertragsarzt im Spannungsverhältnis zwischen
Patientenbehandlung und Vermögensfürsorge



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Tübingen, Univ., Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-5762-6 (Print)

ISBN 978-3-8452-9938-9 (ePDF)

D21

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2018/19 von der juristischen Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen als Dissertation angenommen.

Mein größter Dank gilt Herrn Professor Bernd Hecker, der mir nach seinem Wechsel an die Eberhard Karls Universität Tübingen die Möglichkeit gab, diese Arbeit im Rahmen meiner Tätigkeit als akademische Mitarbeiterin an seinem Lehrstuhl fertigzustellen. Dabei übernahm er nicht nur ohne Zögern die Betreuung, sondern füllte diese Rolle auch sehr gewissenhaft und sorgsam aus, wobei er mir jeden Raum zur persönlichen Entfaltung ließ, den ich benötigte.

Ferner möchte ich Herrn Professor Frank Saliger danken, der mir die Anregung zu diesem Thema gab und mich auch nach seinem Wechsel nach München stets ermutigte, meine Gedanken und Ideen niederzuschreiben und mit der Fachwelt zu teilen.

Schließlich danke ich Herrn Professor Jörg Eisele für dessen Bereitschaft, meine Arbeit als Zweitgutachter zu betreuen sowie für die prompte Erstellung des Zweitgutachtens, die jene zügige Beendigung des Promotionsverfahrens noch im Wintersemester 2018/19 erst ermöglichte.

Gesondert und ganz besonders möchte ich schließlich meiner ehemaligen Kommilitonin und lieben Freundin Raziye Tiras-Utku danken, die es übernommen hat, meinen Text sorgfältig Korrektur zu lesen und das neben Beruf und Mutterschaft innerhalb des sehr kleinen Zeitfensters, welches ich ihr dafür eingeräumt habe.

Tübingen im Februar 2019

Tamara Schneider

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	19
1. Kapitel: Präliminarien	21
I. Einführung in die Problematik	21
II. Gang der Darstellung	29
B. Hauptteil	31
2. Kapitel: Materiell-rechtliche Grundlagen	33
I. Sozialrechtliche Grundlagen: Das System der gesetzlichen Krankenversicherung	33
1. Vorbemerkung	33
2. Grundzüge: Der „Vertragsarzt“	38
3. Die Rechtsbeziehungen im Überblick	42
a) Erster Bereich: Krankenkassen und Kassenärztliche Vereinigungen	43
b) Zweiter Bereich: Der Versicherte und der Vertragsarzt	46
4. Die Tätigkeit des Vertragsarztes	47
a) Ausgangspunkt	47
b) Die Behandlungstätigkeit im engeren Sinne	50
c) Die Verordnungstätigkeit	53
d) Restriktionen bei Ausübung der Behandlung i.w.S.	61
aa) Hintergrund	61
bb) Die heutige Situation	65
(1) Systematisierung der Steuerungsinstrumente	67
(2) Das allgemeine Wirtschaftlichkeitsgebot	69
(3) Die Konkretisierung des allgemeinen Wirtschaftlichkeitsgebots	71
(4) Kontrolle der Einhaltung des Wirtschaftlichkeitsgebots	74
(a) Restriktionen im Vorfeld der ärztlichen Tätigkeit	74

(b)	Kontrolle vor Zurverfügungstellung der verordneten Leistungen durch nichtärztliche Leistungserbringer	75
(c)	Kontrolle nach Zurverfügungstellung der verordneten Leistungen	76
5.	Zusammenfassung und Zwischenfazit	79
II.	Strafrechtliche Grundlagen	83
1.	Vorüberlegungen	83
2.	Die Untreue, § 266 StGB	84
a)	Der Tatbestand der Untreue	84
aa)	Grundlagen im Überblick: Rechtsgut, Funktion und Struktur	84
bb)	Bestimmung der Täterqualität: Die Vermögensbetreuungspflicht	88
(1)	Inhaltliche Abhängigkeit der Täterqualität von der einschlägigen Tatvariante?	88
(a)	Das Verhältnis der beiden Varianten	88
(b)	Der Begriff der Befugnis im Sinne des Missbrauchstatbestands	89
(aa)	Allgemeines Verständnis	89
(bb)	Zivilrechtsunabhängige Befugnis und deren Grenzen bei der Verordnungstätigkeit	93
(c)	Zwischenergebnis	98
(2)	Inhaltliche Bestimmung der Vermögensbetreuungspflicht in Rechtsprechung und Literatur	99
(a)	Treuverhältnis	100
(b)	Pflicht aus dem Treuverhältnis	103
(3)	Der Kriterienkatalog der Rechtsprechung und Lehre	104
(a)	Selbstständigkeit	106
(b)	Tätigkeit von einer „gewissen Bedeutung und Dauer“	108
(c)	Hauptpflicht	109
b)	Zusammenfassung und Zwischenfazit	110

3. Die Korruptionsdelikte	112
a) Die allgemeinen Korruptionstatbestände (§§ 299, 331 StGB)	112
aa) Der Amtsträger, § 331 StGB i.V.m. § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c) StGB	112
(1) Auslegung des Begriffs anhand der Legaldefinition des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB	112
(2) Auslegung unter Berücksichtigung des Rechtsguts und der Systematik	114
bb) Der Beauftragte i.S.v. § 299 StGB	116
(1) Rechtsgut des § 299 StGB	117
(2) Systematische Auslegung	120
b) Die medizinstrafrechtlichen Spezialtatbestände: §§ 299a, 299b StGB	121
4. Der Betrug (§ 263 StGB) im Leistungserbringerrecht	122
a) Einführung	122
b) Der Tatbestand des Betrugs, § 263 StGB	124
c) Betrugskonstellationen im Gesundheitswesen	125
aa) Der Abrechnungsbetrug durch den Vertragsarzt	125
(1) Anerkannte Fallkonstellationen	125
(2) Verordnungstätigkeit als Täuschungshandlung?	127
bb) Betrug durch nichtärztliche Leistungserbringer oder Versicherte	128
5. Zusammenfassung und Zwischenfazit	129
3. Kapitel: „Vertragsarztuntreue“ und „Ärzttekorrption“	131
I. Die Rechtsprechung zur „Vertragsarztuntreue“	131
1. Judikatur vor 2003	131
a) Betrugsstrafbarkeit	131
b) Die Entscheidungen der Landgerichte Halle und Mainz	132
2. Die Entscheidungen des Bundessozialgerichts	133
a) Die Entwicklung der „Vertretertheorie“	133
aa) Die Entscheidungen im Einzelnen	133
bb) Stellungnahme	134
b) Die Aufgabe der „Vertreterthese“	137
aa) Die Entscheidung im Einzelnen	137
bb) Stellungnahme: Konsequenzen für die Vertragsarztuntreue?	138
3. BGH, Beschluss vom 25.11.2003 (4 StR 239/03)	140
a) Sachverhalt	140

b) Die Entscheidung im Einzelnen	141
c) Stellungnahme	142
4. Die weitere Entwicklung der Rechtsprechung	146
a) BGH, Beschluss vom 27.04.2004 (1 StR 165/03)	146
aa) Ausgangspunkt	146
bb) Sachverhalt	146
cc) Die Entscheidung im Einzelnen	147
dd) Stellungnahme	148
b) OLG Hamm, Urteil vom 22.12.2004 (3 SS 431/04)	150
aa) Sachverhalt	150
bb) Die Entscheidung im Einzelnen	150
cc) Stellungnahme	152
5. Zusammenfassung und abschließende Würdigung	154
II. Die Rechtsprechungsentwicklung zur Ärztekorruption	157
1. Vorbemerkung	157
2. Die „Entdeckung“ einer möglichen Anwendung der §§ 299, 331 StGB auf den Vertragsarzt bei dessen Verordnungstätigkeit	159
3. Obiter dictum des OLG Braunschweig, Beschluss vom 23.02.2010 (Ws 17/10)	162
4. Der Weg zur Entscheidung des Großen Senats, Beschluss vom 29.03.2012 (GSSt 2/11)	164
a) LG Stade, Urteil vom 04.04.2010 (12 KLS 19/09) und LG Hamburg, Urteil vom 09.12.2010 (618 KLS 10/09)	164
aa) Die Sachverhalte	164
bb) Die Entscheidungen im Einzelnen	166
(1) Der Vertragsarzt als Amtsträger i.S.v. § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c) StGB	166
(2) Der Vertragsarzt als Beauftragter i.S.v. § 299 StGB	168
b) Die Revisionsinstanzen	172
aa) BGH, Beschluss vom 05.05.2011 – 3 StR 458/10 (LG Stade) und BGH, Beschluss vom 20.07.2011 – 5 StR 115/11 (LG Hamburg)	172
(1) Der Vertragsarzt als Amtsträger i.S.v. § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c) StGB	173
(2) Der Vertragsarzt als Beauftragter i.S.v. § 299 StGB	175
bb) Der Vorlagebeschluss des 5. Strafsenats	176
c) Stellungnahme	178

5. Die Entscheidung des Großen Senats, BGH, Beschluss vom 29.03.2012 (GSSt 2/11)	180
a) Ausgangspunkt	180
b) Im Einzelnen	181
aa) Keine Amtsträgereigenschaft	181
bb) Keine Beauftragtenstellung	182
cc) Appell an den Gesetzgeber	184
c) Reaktionen in der Literatur	184
aa) Ausgangspunkt: Meinungsbild vor dem Beschluss des Großen Senats	184
bb) Reaktionen des rechtswissenschaftlichen Schrifttums	186
(1) Begründung der Entscheidung	186
(2) Bewertung des Appells an den Gesetzgeber	189
cc) Konsequenzen für die Vertragsarztuntreue?	190
6. Zusammenfassung und Zwischenfazit	193
III. Die weitere Entwicklung	196
1. Reformbestrebungen aus dem Jahre 2013	196
2. Die „neue“ Korruption im Gesundheitswesen (§§ 299a, 299b StGB)	197
3. Die Entwicklung der Rechtsprechung bezüglich der Vermögensdelikte	199
a) Entwicklung bis 2016	199
b) Die Rechtsansicht des Oberlandesgerichts Stuttgart	199
aa) Ausgangspunkt	199
bb) Der 1. Senat des Oberlandesgerichts Stuttgart	199
cc) Der 4. Senat des Oberlandesgerichts Stuttgart	202
c) Die erste Entscheidung nach dem Vertragsarztbeschluss: BGH, Beschluss vom 16.08.2016 (4 StR 163/16)	204
d) Bestätigung von BGH, Beschluss vom 16.08.2016 (4 StR 163/16) durch BGH, Urteil vom 25.07.2017 (5 StR 46/17)	205
aa) Sachverhalt	205
bb) Die Entscheidung im Einzelnen	207
(1) Ausgangspunkt: Die Vorinstanz	207
(2) Die Revisionsentscheidung des 5. Senats des Bundesgerichtshofs	208
cc) Stellungnahme	209
(1) Die Entscheidung des Landgerichts Hamburg	209
(2) Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs	211

IV. Zusammenfassung und Zwischenfazit	213
4. Kapitel: Analyse und eigene Auseinandersetzung	217
I. Überlegungen und Rezeption in der Literatur	217
1. Ansichten in der Literatur vor der Entscheidung des Großen Senats	217
a) Die Argumente der Befürworter der Vertragsarztuntreue	217
b) Die Erwiderungen der Gegner der Vertragsarztuntreue	220
aa) Mangelhafte Begründung in der Grundentscheidung zur Vertragsarztuntreue	220
bb) Überblick zu den Gegenargumenten im Einzelnen	222
(1) Kritik an der Vertretertheorie	222
(2) Zweifel am Vorliegen eines Treueverhältnisses	223
(3) Zweifel bezüglich einer vermögensbezogenen Hauptpflicht gegenüber den Krankenkassen	224
(4) Zweifel am Wirtschaftlichkeitsgebot als Grundlage für die Begründung einer wesentlichen Pflicht mit Vermögensbezug	226
(5) Misslungene oder fehlende Übersetzung der sozialrechtlichen Grundlagen	227
c) Zusammenfassung und Stellungnahme	229
2. Ansichten in der Literatur nach der Entscheidung des Großen Senats	231
a) Begründung und Ausgestaltung des Treueverhältnisses	232
aa) Die (fehlende) Nähe zwischen Vertragsarzt und Krankenkassen	232
bb) Die (fehlende) Selbstständigkeit des Vertragsarztes bei der Verordnungstätigkeit	236
b) Begründung der Vermögensbetreuungspflicht	238
aa) Die Verordnungstätigkeit als Hauptpflicht gegenüber den Krankenkassen	238
bb) Das Wirtschaftlichkeitsgebot als Grundlage der Vermögensbetreuungspflicht	241
c) Stellungnahme	244
aa) Begründung und Ausgestaltung des Treueverhältnisses	245
bb) Die Vermögensbetreuungspflicht	247
(1) Die Vermögensfürsorge als eine von mehreren Hauptpflichten	247
(2) Das Wirtschaftlichkeitsgebot als Quelle zur Begründung der Hauptpflicht	253

cc) Weitere Einwände	258
II. BGH, Beschluss vom 16.08.2016 (4 StR 163/16)	259
1. Überblick zur Entscheidung	259
a) Zum Sachverhalt	259
b) Im Einzelnen	260
2. Reaktionen in der Literatur	262
a) Überblick	262
aa) Begründung und Ausgestaltung des Treueverhältnisses	263
(1) Die Grundlage des Treueverhältnisses	263
(2) Die Selbstständigkeit des Vertragsarztes bei der Verordnungstätigkeit	265
bb) Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht	268
(1) Die Gesundheits- und Vermögensfürsorge als Hauptpflichten	268
(2) Das Verhältnis von Beauftragten und Vermögensbetreuungspflichtigen	271
cc) Methodische Schwächen in der Begründung	272
(1) Einschränkung der Reichweite der Entscheidung	272
(2) Verstoß gegen das Verschleifungsverbot	273
b) Zusammenfassung und Zwischenfazit	273
3. Eigene Auseinandersetzung mit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs	276
a) Die Verdienste der Entscheidung	276
b) Kritik an der Begründung der Vermögensbetreuungspflicht	277
aa) Vorbemerkung	277
bb) Begründung und Ausgestaltung eines Treueverhältnisses	277
(1) Die Grundlage des Treueverhältnisses	277
(2) Die Selbstständigkeit des Vertragsarztes bei der Verordnungstätigkeit	278
cc) Die Vermögensbetreuungspflicht: Das Wirtschaftlichkeitsgebot als dogmatisches Fundament	280
(1) Abgrenzung im engeren Sinne: Das Vorliegen mehrerer Hauptpflichten	280
(2) Abgrenzung im weiteren Sinne: Der Beauftragte und der Vermögensbetreuungspflichtige	285

dd) Methodische Schwächen in BGH, Beschluss vom 16.08.2016 (4 StR 163/16)	287
(1) Reichweite der Entscheidung	287
(a) Die Einschränkung im Leitsatz	287
(b) Einschränkungen in der Entscheidungsbegründung	288
(aa) Beschränkung auf Verordnungen von Heilmitteln	288
(bb) Beschränkung auf Fälle kollusiven Zusammenwirkens	290
(cc) Konsequenzen der Beschränkungen: „Partielle Vermögensbetreuungspflicht“?	293
(2) Verfassungsrechtliche Bedenken der Begründung: Entgrenzungs- und Verschleifungsverbot	298
(a) Allgemeine Vorbemerkung	298
(aa) Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts als Ausgangspunkt	298
(bb) Grundlagen zur Entwicklung und Konzeption des Entgrenzungs- und Verschleifungsverbot	299
(b) Das Entgrenzungs- und Verschleifungsverbot bei der Untreue	302
(aa) Allgemeine Erwägungen	302
(bb) Kritik an der Verfassungswidrigkeit der Verschleifung von Täterschaft und Tathandlung	304
(cc) Die Verschleifung des täterschaftskonstituierenden Tatbestandsmerkmals und der Tathandlung	306
(c) Verstoß gegen das Verschleifungsverbot	308
4. Zusammenfassung und Zwischenfazit	310
5. Kapitel: Alternativen	313
I. Alternative Begründung einer Vermögensbetreuungspflicht?	313
1. Ergänzung der bisher vorgebrachten Begründungsansätze	313
a) Vorbemerkung	313

b) Zwei Hauptpflichten: Das Verhältnis von Gesundheitsfürsorge und Vermögensfürsorge	313
aa) Hintergrund der Verordnungsmacht des Vertragsarztes	315
bb) Weitere vermögensrelevante Verpflichtungen auch im Rahmen des Arzt-Patienten-Verhältnisses?	318
cc) Zwischenergebnis	324
c) Verhältnis zu den Korruptionsdelikten: Die Amtsträger- bzw. Beauftragtenstellung und Position als Vermögensbetreuungspflichtiger	325
aa) Die Amtsträgereigenschaft und die Vermögensbetreuungspflicht	326
(1) Ausgangspunkt: Die Erwägungen des 3. Senats und des Großen Senats	326
(2) Übertragung der Kriterien auf die Auslegung der Vermögensbetreuungspflicht	328
(a) Vermögensbetreuungspflicht bei Bejahung einer Amtsträgerstellung	328
(b) Vermögensbetreuungspflicht bei Verneinung einer Amtsträgerstellung	328
(3) Zwischenfazit	331
bb) Die Beauftragteneigenschaft und die Vermögensbetreuungspflicht	332
(1) Ausgangspunkt: Die Erwägungen des 3. Senats und des Großen Senats	332
(2) Begründung eines Treueverhältnisses aufgrund einer besonderen Nähe des Vertragsarztes zur Krankenkasse?	333
(a) Ausgangspunkt	333
(b) Verordnungstätigkeit im Interesse der Krankenkassen?	334
(3) Ausfüllung des Treueverhältnisses: Die Möglichkeit der Einflussnahme als „Selbstständigkeit“	336
(a) Ausgangspunkt	337
(b) Letztentscheidungsbefugnis des Vertragsarztes als Indiz für eine ausreichende Selbstständigkeit?	338
(aa) Die Erwägungen des Großen Senats	338

(bb) Fehlende Letztentscheidungsbefugnis wegen der einschränkenden Wirkung des Wirtschaftlichkeitsgebots auf die ärztliche Verordnungstätigkeit	339
(cc) Fehlende Letztentscheidungsbefugnis wegen der Ausgestaltung des Rechts der nichtärztlichen Leistungserbringer als weitere Kontrollinstanz	340
(c) Zusammenfassung und Fazit	343
2. Alternativer Voraussetzungskanon zur Begründung der Vermögensbetreuungspflicht	345
a) Ausgangspunkt	345
b) „Surrogationskonzeption“	346
aa) Ausgangspunkt: Grundlegende Überlegungen	346
bb) Verortung der gängigen Kriterien für eine Vermögensbetreuungspflicht	349
cc) Zusätzliches Kriterium: Fähigkeit zur Vermögenmehrung	350
dd) Zusammenfassung und Fazit	351
c) Anwendung auf den Vertragsarzt	352
aa) Vorliegen eines Treueverhältnisses?	352
(1) Das „Treueverhältnis“ i.S.v. § 266 StGB	352
(a) Ein „faktisches“ Treueverhältnis?	353
(b) Verhältnis zwischen Vertragsarzt und Krankenkasse	355
(c) Zwischenergebnis und Fazit	359
(2) Ein Treueverhältnis unter „Einschalten Dritter“?	361
bb) Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht nach der „Surrogations“-Idee	362
II. Andere Lösungsmöglichkeiten: Alternative Straftatbestände	366
1. Medizinisch nicht indizierte Verordnungen als Betrugsunrecht?	367
a) Ausgangspunkt: Das Verhältnis zwischen Betrug und Untreue	367
b) Betrugsstrafbarkeit im konkreten Fall	367
aa) Täterschaftliche Strafbarkeit des Vertragsarztes: Abrechnungsbetrug durch Luftleistungen	367

bb) Mittäterschaftliche Strafbarkeit des Vertragsarztes: Betrug durch kollusives Zusammenwirken mit den nichtärztlichen Leistungserbringern	368
(1) Kriterien des § 25 Abs. 2 StGB	369
(2) Tatherrschaft des Vertragsarztes	370
(3) Bewertung der Lösung des 4. Senats	371
c) Allgemeine (Neu-)Ausrichtung des Verhältnisses von Betrug und Untreue bezüglich der vertragsärztlichen Verordnungstätigkeit	373
aa) Der objektive Tatbestand	374
(1) Täuschung durch die Verordnung oder durch Weitergabe des Rezeptes?	374
(2) Irrtum	376
(a) Irrtum des nichtärztlichen Leistungserbringers?	376
(b) Irrtum des zuständigen Sachbearbeiters der Krankenkasse?	378
(3) Vermögensverfügung und Vermögensschaden	378
bb) Der subjektive Tatbestand	380
cc) Stellungnahme	380
2. Medizinisch nicht indizierte Verordnungen als Korruptionsunrecht?	382
a) Der objektive Tatbestand des § 299a Nr. 1 StGB	382
b) Der subjektive Tatbestand	384
III. Ergebnis	385
 C. Schluss	 387
 6. Kapitel: Darstellung und Konsequenzen der Ergebnisse	 389
I. Zusammenfassung	389
II. Ausblick	393
 Literaturverzeichnis	 403

A. Einleitung

1. Kapitel: Präliminarien

1. Einführung in die Problematik

Bei der Frage nach Strafbarkeitsrisiken für (Vertrags-)Ärzte im Rahmen ihrer Behandlungstätigkeit nahm über lange Zeit vor allem der „Behandlungsfehler“ die Zentralrolle im wissenschaftlichen Diskurs ein. So waren Straftatbestände wie die fahrlässige Körperverletzung (§ 229 StGB) oder Tötung (§ 222 StGB) Kern des „Arztstrafrechts“.¹ Dementsprechend gehen frühere Gesamtdarstellungen auch nur auf diesen Aspekt ein, spezielle Abhandlungen zur etwaigen Strafbarkeit von Ärzten wegen Vermögens- oder Korruptionsdelikten gab es nicht.² Erst in den 1980er Jahren gelangte „urplötzlich“ der sogenannte Abrechnungsbetrug (§ 263 StGB) „ans Tageslicht“³. Im Jahre 2003 „entdeckte“ man die Untreue als mögliches Instrument gegen ärztliche Delinquenz, indem der Bundesgerichtshof die sogenannte Vertragsarztuntreue als neue Fallgruppe des § 266 StGB entwickelte. Von diesem Zeit- und Ausgangspunkt an erschien es manchen gar eine logische Konsequenz, eine Strafbarkeit des Vertragsarztes wegen Korruptionsdelikten in Betracht zu ziehen. Dies gipfelte schließlich in derart lebenswirklichen Konsequenzen für einige Ärzte, dass zwei Senate des Bundesgerichtshofes die Frage nach der Tätertauglichkeit der Vertragsärzte bezüglich §§ 299, 331 StGB dem Großen Senat vorlegten. Diese Verschiebung des Fokus weg von den Körper- und Lebensschutzdelikten hin zum Wirtschaftsstrafrecht⁴ dürfte maßgeblich mit der konkreten Ausgestaltung und dem heutigen Zustand des Systems der gesetzlichen Krankversicherung

1 *Schreiber* in: Steinhilper (Hrsg.): *Arzt und Abrechnungsbetrug*, S. 19: „Hauptkriegsschauplatz“; *Schmidt* in: Ratzel/Luxenburger, Kap. 15 Rn. 1.

2 *Ulsenheimer* in: Laufs/Kern, *Handbuch des Arztrechts*, § 151 Rn. 1.

3 *Erlinger/Warntjen/Bock* in: MAH *Strafverteidigung*, § 50 Rn. 142; *Schroth/Joost* in: Roxin/Schroth (2010), S. 182; *Brandts/Seier* in: FS Herzberg, S. 811; eine Übersicht der darunterfallenden Fallkonstellationen findet sich bei *Ulsenheimer* in: Laufs/Kern, *Handbuch des Arztrechts*, § 151 Rn. 6 ff.; dazu aus jüngerer Zeit *Kudlich* in: *Korruption im Gesundheitswesen*, S. 111 ff.

4 *Weimer* in: FS Steinhilper, S. 237 (241): „An allen Tatorten [im Gesundheitswesen] steht dabei zwischenzeitlich das Wirtschaftsstrafrecht im Brennpunkt des Geschehens“; siehe ferner *Saliger* in: FS I. Roxin, S. 307: Es sei ein Zuwachs der „Strafbarkeitsrisiken aus dem wirtschaftsstrafrechtlichen Dreigestirn Betrug, Untreue und Korruption“ in den letzten Jahrzehnten auszumachen.

(GKV) zusammenhängen: Wegen der Versicherungspflichtigkeit (vgl. § 5 SGB V) eines jeden Bundesbürgers sind etwa 90% der Bevölkerung Mitglieder der gesetzlichen Krankenversicherung.⁵ Bemerkenswert ist auch der demographische Wandel: Menschen werden nicht zuletzt wegen der ständig besser werdenden medizinischen Versorgung immer älter,⁶ müssen aber zugleich auch häufiger medizinisch behandelt werden als die jüngeren Mitbürger.⁷ Hinzu kommt eine Kostensteigerung in qualitativer Sicht: Neue Behandlungsmethoden haben zwar in der Regel eine bessere Erfolgsrate, werden aber ebenso immer kostspieliger.⁸ Die große Anzahl an Versicherungsnehmern zusammen mit den steigenden Kosten für deren Behandlung erzeugen eine „Fortschritts-Ausgaben-Spirale“⁹ und generieren derart hohe Ausgaben, dass sich das Gesundheitswesen zur Versorgungsgewährleistung auch wirtschaftlich ausrichten und strukturieren muss. Begreift man es aber als einen eigenen Wirtschaftszweig, wird auch die Kontrollierbarkeit des erschaffenen „Gesundheitsmarktes“ unabdingbar,¹⁰ was ein nur kurzer Streifzug durch die Ausgabendimensionen der gesetzlichen Krankenversicherung eindrucksvoll belegen dürfte: Diese beliefen sich im Jahre 2017 auf insgesamt 230,6 Milliarden Euro.¹¹ Bei diesen Summen erscheint die Umschreibung einer „zunehmende[n] Ökonomisierung des [öf-

5 *Schimmelpfeng-Schütte* MedR 2002, 286 (287); vgl. auch *Schnapp* in: FS 50 Jahre BSG, S. 497 (514).

6 Berechnungen haben ergeben, dass jede Steigerung der Lebenserwartung über 72 Jahren hinaus den Alterseffekt bei der Ausgabenentwicklung verstärkt, zu den Untersuchungen *Fuchs* MedR 1993, 323; dazu ferner *Ulsenheimer* MedR 2015, 757 (759) sowie *Miranowicz* MedR 2018, 131 (134).

7 *Laufs* in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 2 Rn. 5: steigendes Krankheitsvolumen; vgl. auch *Krämer* MedR 1996, 1 (3) und *Uhlenbruck* MedR 1995, 427 (431); *Laufs* NJW 1999, 2717 (2718).

8 *Laufs* in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 2 Rn. 6: steigendes Behandlungsvolumen. So bereits vor über 20 Jahren auch *Uhlenbruck* MedR 1995, 427 und *Ulsenheimer* MedR 1995, 438.

9 Bezeichnung von *Fuchs* MedR 1993, 323, der insoweit den negativ konnotierten Begriff der „Fortschrittsfalle“ von *Krämer*, Die Krankheit des Gesundheitswesens, (insb. S. 28 ff.), kritisiert. Die Wortwahl wurde gleichwohl namensgebend für das „Forum Fortschrittsfalle Medizin“; dazu *Spielberg* DÄBl. 2010 (Jg. 107, Heft 7), A-266: Die Medizin werde Opfer ihres eigenen Erfolges (unter Berufung auf ein Interview-Zitat von *Krämer*).

10 *Ulsenheimer* in: FS Kohlmann, S. 321 (322); *Jung* JZ 2015, 1113 (1113 f., 1117); vgl. aber *Schmidt* in: *Ratzel/Luxenburg*, Kap. 15 Rn. 3, der auf die andere Seite dieses Fortschrittes, nämlich auf das „übersteigerte [...] Anspruchsdenken seitens der Patienten“ hinweist.

11 https://www.bah-bonn.de/redakteur_filesystem/public/Bah_Zahlenbroschuer22017_web.pdf, S. 10 (abgerufen am 15.02.2019).

fentlichen] Gesundheitswesens“¹² sachgerecht und die neue, zusätzliche Fokussierung auf ehemals arztfremde und wegen ihrer Schutzrichtung dem Wirtschaftsstrafrecht zuzuordnende Delikte wird verständlich.¹³ Auch die Hinwendung nicht nur zum Betrug, sondern nunmehr ebenfalls zur Untreue in diesem Bereich überrascht angesichts der besonderen Rolle des § 266 StGB im Wirtschaftsstrafrecht nicht, die sicherlich nicht zuletzt auf die semantische Weite des Tatbestandes zurückzuführen ist,¹⁴ welche einer Auslegung und Anwendung auf unterschiedlichste Fallkonstellationen viel Raum belässt.¹⁵ Auch wenn die Fallzahlen der Untreue im Allgemeinen trotz einer Zunahme der Strafverfahren seit 1995 im Verhältnis zum Betrug oder dem Diebstahl nach wie vor gering ist,¹⁶ liegt ihre kriminalpolitische Bedeutung in dem häufig sehr hohen Schadensausmaß und in dem vermutlich sehr großen Dunkelfeld.¹⁷ Insofern lässt sich § 266 StGB mit Fug als „konzeptionelles Zentraldelikt des modernen Wirtschaftsstraf-

-
- 12 Erlinger/Warntjen/Bock in: MAH Strafverteidigung, § 50 Rn. 142 fügen hinzu, dass derartige Verhaltensweisen erst zu diesem Zeitpunkt „neu ins Visier der Ermittlungsbehörden“ geraten seien; zur historischen Entwicklung des Abrechnungssystems ausführlich *Hancock*, S. 35 ff.
 - 13 Zum „Medizinwirtschaftsstrafrecht“ als neuere Erscheinungsform des Medizinstrafrechts instruktiv *Jung* JZ 2015, 1113 (1117); ferner *Gaede* medstra 2018, 1, der diesem Bereich „Konjunktur“ bescheinigt.
 - 14 Graf/Jäger/Wittig-Waßmer, § 266 StGB Rn. 16a; i.E. auch *Seier* in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Hdb Wirtschaftsstrafrecht, Teil 5, 2. Kap. Rn. 20.
 - 15 Auf diese Weise ist eine kuriose Sammlung an Attributen entstanden, die § 266 StGB wegen der permanenten Rezipitation bis heute nachhängen. Begonnen mit dem „Klassiker“ von *Mayer*, Die Untreue: Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 1: Gutachten der Strafrechtslehrer, S. 333 (337), wonach, „sofern nicht einer der klassischen alten Fälle der Untreue vorliegt, [...] kein Gericht und keine Anklagebehörde [weiß], ob § 266 StGB vorliegt oder nicht“. In diese Richtung etwa auch *Dierlamm* NStZ 1997, 534, der feststellt, dass § 266 StGB „so weitreichend in seinem Anwendungsbereich und zugleich so unbestimmt“ sei; ferner *Ransiek* ZStW 116 (2004), 634 mit der Aussage: „§ 266 StGB passt immer“, direkt von *Matt* NJW 2005, 389 (390) rezipiert; *Seier*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Hdb Wirtschaftsstrafrecht, Teil 5, 2. Kap. Rn. 18, der im Hinblick auf die Auslegung in der Praxis das Bild einer „unberechenbaren [...] willkürlichen ‚Von-Fall-zu-Fall-Rechtsprechung‘“ zeichnet; schließlich *Geis* GesR 2011, 641, der „von eine[r] [...] eher zu einem Hauptschlachtfeld der Dogmatik des Strafgesetzbuchs mutierten Untreuenorm“ spricht. Positiver *Jahn* JuS 2011, 1133: „Allroundtalent“.
 - 16 Dazu Graf/Jäger/Wittig-Waßmer, § 266 StGB Rn. 12 ff., der auf den erheblich größeren Gesamtschaden als beim Betrug (Rn. 13) sowie auf das vermutlich hohe Dunkelfeld verweist (Rn. 14).
 - 17 *Schünemann*, LPK-Untreue, Rn. 15.

rechts¹⁸ bezeichnen. Die eingangs erwähnte sogenannte Vertragsarztuntreue ist daher je nach Blickwinkel nur das Symptom einer Hypertrophie oder angemessenen Reaktion¹⁹ auf neu aufkommende Konstellationen, die als Wirtschaftskriminalität identifiziert werden sollen. Der Überraschungscharakter rührte demnach aus einem anderen Umstand: Die Fallgruppe des Abrechnungsbetrugs betraf bis dato vor allem die Abrechnung von ärztlichen (Dienst-)Leistungen, nicht Verordnungstätigkeiten. Allerdings wird ein nicht unerheblicher Teil der oben genannten Ausgaben dadurch generiert, dass der Vertragsarzt in seiner Position zur eigenen Dienstleistung der Krankenbehandlung weitere von ihm losgelöste Komponenten hinzufügt, nämlich durch *Verordnung* von Arznei-, Heil- und Hilfsmittel, die von nichtärztlichen Leistungserbringern zur Verfügung gestellt werden. Im Jahr 2017 wurden beispielsweise als Arzneimittel etwa 903 Millionen Medikamentenpackungen verkauft, womit etwa 49,5 Milliarden Euro umgesetzt worden sind²⁰, was knapp ein Viertel des Gesamtvolumens ausmacht. Den größten Teil mit 710 Millionen verkauften Packungseinheiten und einem Umsatzvolumen von etwa 42 Milliarden Euro machen dabei rezeptpflichtige Medikamente aus, also solche, die nur verkauft werden dürfen, wenn ein „Rezept“, das heißt eine vertragsärztliche Verordnung vorliegt. Nur die so entstandenen Kosten für Arznei-, Heil- oder Hilfsmittel werden vom System der gesetzlichen Krankenversicherung getragen. Weitere Leistungen, die nur auf Verordnung eines Vertragsarztes erbracht und abgerechnet werden können, wie Hilfs- oder Heilmittel machen weitere 7 Prozent aus.²¹ Angesichts dieser Ausgaben, die durch ärztliche Verordnungen erzeugt werden, erscheint jedoch der Anteil der Ausgaben am Gesamt-

18 *Schünemann* ZIS 2012, S. 183.

19 *Schünemann* ZIS 2012, S. 183 (184).

20 https://www.bah-bonn.de/redakteur_filesystem/public/Bah_Zahlenbroschuer220_17_web.pdf, S. 8 f. (zuletzt abgerufen am 15.02.2019).

21 https://www.bah-bonn.de/redakteur_filesystem/public/Bah_Zahlenbroschuer220_17_web.pdf, S. 10 (zuletzt abgerufen am 15.02.2019); *Ratzel/Knüpper* in: *Ratzel/Luxenburger*, Kap. 5 Rn. 3, weisen freilich auf darauf hin, dass die Ausgaben im Gesundheitswesen 2011 lediglich 11,3 % des Bruttoinlandsproduktes betragen. Dies ist nach Ansicht der Autoren insofern bemerkenswert, als sich die in der öffentlichen Debatte häufig beschworene „Kostenexplosion“ als Begründung für zahlreiche Regulierungsmaßnahmen jedenfalls nicht in der Ausgabenhöhe widerspiegelt, da diese relativ konstant geblieben ist (2009: 11,8 % des Bruttoinlandsproduktes). Ebenso *Krämer* MedR 1996, 1 (2), der die vermeintliche Kostenexplosion als „Mythos“ und „Trugschluss“ bezeichnet; a.A. *Uhlenbruck* MedR 1995, 427 (436).

volumen (nämlich 18 Prozent²²), der auf die ärztliche Behandlung, die die Vertragsärzte unmittelbar am Patienten erbringen und bei den Krankenkassen direkt abrechnen, eher gering.

Die Schwierigkeiten mit den unterschiedlichen Abrechnungsmodi, die sich unter anderem für die Täuschung im Sinne von § 263 Abs. 1 StGB nach Ansicht des Bundesgerichtshofs ergeben, offenbarten sich wohl erst im Jahre 2003. Anders lässt sich nicht erklären, dass ohne große Reflexion sowohl die Behandlungstätigkeit als solche als auch die Verordnungstätigkeit (sofern diese überhaupt strafrechtlich betrachtet worden ist) unter § 263 StGB subsumiert wurden.²³ Eine Änderung oder überhaupt Pönalisierung durch die Rechtsprechung schien nicht erwartet worden zu sein.²⁴ Die Gründe für jene Einschätzung waren unterschiedlicher Natur. Teilweise war eindeutig § 263 StGB für einschlägig gehalten worden.²⁵ Ferner hatten die Staatsanwaltschaften und Gerichte § 266 StGB zuvor überhaupt nicht in den Blick genommen oder – wenn auch ohne substantielle Auseinandersetzung – abgelehnt.²⁶ Daher erzeugte die Kreation der Vertragsarztuntreue mit dem Beschluss des 4. Senats²⁷ eine Vielzahl von durchwachsenen Reaktionen in der sozial- und strafrechtswissenschaftlichen Literatur, aber auch der Ärzteschaft.²⁸ Nichtsdestotrotz avancierte sie letztlich binnen kürzester Zeit zu einem „feste[n] Bestandteil des strafrechtlichen Maßnahmenprogramms gegen ärztliches Fehlverhalten im Gesund-

22 https://www.bah-bonn.de/redakteur_filesystem/public/Bah_Zahlenbroschuer220_17_web.pdf, S. 10 (zuletzt abgerufen am 15.02.2019).

23 So auch *Leimenstoll*, Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes?, Rn. 3.

24 Vgl. *Brandts/Seier* in: FS Herzberg, S. 811.

25 Exemplarisch BGH, Urteil vom 15.10.1991 – 4 StR 420/91 = wistra 1992, 95 ff.; BGH, Beschluss vom 14.04.1993 – 4 StR 144/93 = wistra 1993, 300.

26 So z.B. LG Halle (Saale), Beschluss vom 03.12.1999 – 22 Qs 31/99 = LG Halle wistra 2000, 279 f.

27 BGH, Beschluss vom 25.11.2003 – 4 StR 239/03 = BGHSt 49, 17 ff.; dem angeschlossen hat sich dann der 1. Strafsenat in einer Entscheidung vom 27.04.2004 für sogenannte „Kick-Back“-Zahlungen (BGH, Beschluss vom 27.04.2004 – 1 StR 165/03 = BGH NStZ 2004, 568 ff.).

28 Allein die Reaktionen auf BGH, Beschluss vom 25.11.2003 – 4 StR 239/03 = BGHSt 49, 17 ff. und auf die Folgeentscheidung (BGH, Beschluss vom 27.04.2004 – 1 StR 165/03 = NStZ 2004, 568 ff.): *Weidhaas* ZMGR 2005, 52 ff.; *Ulsenheimer* MedR 2005, 622 ff.; *Taschke* StV 2005, 40 ff.; *Herffs* wistra 2006, 63 ff. sowie die beiden Monographien von *Butenschön*, Der Vertragsarzt zwischen Untreue und Betrug – Verordnung unwirtschaftlicher Medikamente und Vereinbarung von „Kick-backs“ – insbesondere zur Vermögensbetreuungspflicht von Vertragsärzten (2012) und *Leimenstoll* Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes? (2012).

heitswesen²⁹. Besondere Aufmerksamkeit erfuhr das Tatbestandsmerkmal der Vermögensbetreuungspflicht. Denn für eine Strafbarkeit wegen Untreue müsste dem Vertragsarzt das Vermögen der Krankenkassen zur Betreuung anvertraut sein. Insofern brachte die Vertragsarztuntreue eine weitere Fokusverschiebung mit sich: Im Mittelpunkt stand jetzt das Verhältnis der Vertragsärzte zu den Krankenkassen und nicht mehr das zu den Patienten. Gegen diese neue Rolle als „Finanzbetreuer“ wehrte sich die Ärzteschaft vehement, die sich nach wie vor als im Dienste der Patienten stehend einordnete. Aber auch im rechtswissenschaftlichen Schrifttum löste die noch dazu sehr knappe Begründung der Vermögensbetreuungspflicht³⁰ auf Basis des Wirtschaftlichkeitsgebots im Hinblick auf das allgemeine Verständnis des ärztlichen Berufs Irritationen aus. Diese generellen Zweifel an einer möglichen Untreuestrafbarkeit spiegeln sich auch in der zwar stetigen, in sich aber nicht stringenten Entwicklung der Rechtsprechung in den Jahren von 2003 bis 2012 wider. Sie offenbarte einerseits erneut die Schwierigkeiten bei der Handhabung ärztlichen Fehlverhaltens³¹ und andererseits illustrierte sie den nicht immer souveränen Umgang sowohl mit dem sozialrechtlichen Grundlagen als auch mit der Auslegung des § 266 StGB (insbesondere der Vermögensbetreuungspflicht): Während zunächst die Missbrauchsvariante des § 266 StGB für einschlägig gehalten worden war, weil man dort den Vertragsarzt unzweifelhaft unter Berufung auf diverse Entscheidungen des Bundessozialgerichts als Vertreter der Krankenkassen qualifiziert hatte, wurden später zumindest Zweifel bezüglich der Vertretungsmacht des Vertragsarztes geäußert, freilich sodann „jedenfalls“ der Treuebruchtatbestand als einschlägig angesehen.³² Das Bundessozialgericht hat schließlich in einer Entscheidung von 2009 die sogenannte Vertretertheorie explizit aufgegeben.³³ Auch für eine daneben tretende Strafbarkeit des Vertragsarztes wegen Beihilfe zu einem Betrug sprach sich zumindest das Oberlandesgericht Hamm aus.³⁴ Neuen Zündstoff für die Kontroverse lieferte der bereits erwähnte Beschluss des Großen

29 Sebastian/Lorenz medstra 2018, 283.

30 So wurde die Begründung beispielsweise auch von Sebastian/Lorenz JZ 2017, 876 (877) eingeordnet.

31 Krit. zu der Begriffsverwendung in diesem Zusammenhang Martiny in: Tatort Gesundheitsmarkt, S. 15 (17): „euphemistisch“.

32 BGH, Urteil vom 22.08.2006 – 1 StR 547/05 = GesR 2007, 77 (81).

33 BSG, Beschluss vom 17.12.2009 – B 3 KR 13/08 R = BSGE 105, 157 ff.

34 OLG Hamm, Urteil vom 22.12.2004 – 3 Ss 431/04 = OLG Hamm NStZ-RR 2006, 13. In dem Fall ging es um eine etwaige Beteiligung des Arztes zum Betrug eines Pharmareferenten zum Nachteil der Krankenkasse; offen gelassen bzgl. der Mög-

Senats des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 2012³⁵ zur (möglichen) Korruption im Gesundheitswesen. Zwei Senate hatten die Frage(n) vorgelegt, ob dem Vertragsarzt die Eigenschaft als Amtsträger im Sinne von § 11 Nr. 2 StGB (und damit die Täterqualität im Sinne von § 331 StGB) bzw. die als Beauftragter im Sinne von § 299 StGB zukomme. Auch wenn sich der Bundesgerichtshof demnach nicht mit der Vertragsarztuntreue, ja noch nicht einmal mit genuin vermögensstrafrechtlichen Fragestellungen auseinandersetzen hatte,³⁶ findet sich ein inhaltlicher Schnittbereich beider Materien, nämlich darin, dass es sich bei beiden Deliktgruppen um Sonderdelikte handelt und damit jeweils der Stellung des Vertragsarztes im System der gesetzlichen Krankenversicherungen eine maßgebliche Bedeutung für die Strafbarkeit zukommt.³⁷ Da jedoch auch gewichtige Unterschiede zwischen den Tatbestandsmerkmalen der Korruptionsdelikte einerseits und der Untreue andererseits bestehen und der Große Senat sich in keiner Weise zu dem Schicksal der Vertragsarztuntreue äußerte, stand ab diesem Zeitpunkt trotzdem die Frage im Raum,³⁸ inwiefern der Beschluss Einfluss auf die bisherige Untreuerechtsprechung haben könnte. Insbesondere war zu prüfen, ob nach wie vor an der Annahme festgehalten werden könne, dem Vertragsarzt komme bei seiner Verordnungstätigkeit eine Vermögensbetreuungspflicht zu. Auch der Gesetzgeber zog – anders als im Bereich der Korruption³⁹ – im Hinblick auf die Fallgruppe der Vertragsarztuntreue keine Konsequenzen. Solche wurden zwar in der Wissenschaft in den Blick genommen⁴⁰ und in zwei *obiter dicta* des Oberlandesgericht Stuttgart auf-

lichkeit einer mittelbaren Täterschaft des Vertragsarztes von BGH, Beschluss vom 27.04.2004 – 1 StR 165/03 = BGH NSTZ 2004, 568, 570.

35 BGH, Beschluss vom 29.03.2012 – GSSt 2/11 = BGHSt 57, 202 ff.

36 *Lindemann* in: Korruption im Gesundheitswesen, S. 129 (137).

37 Nicht umsonst wird wegen dieser Schnittmengen immer wieder darauf hingewiesen, dass die Korruption gerade nicht „als Sonderfall der Untreue zu verstehen und interpretieren“ sei, z.B. *Dannecker/Schröder* in: Korruption im Gesundheitswesen, S. 43.

38 Exemplarisch *Gaede* in: Korruption im Gesundheitswesen, S. 145 (147); *Seier* in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Hdb Wirtschaftsstrafrecht, Teil 3, 2. Kap. Rn. 21; *Bülte* NZWiSt 2013, 346 (349).

39 Nämlich durch die Schaffung der § 299a und § 299b StGB, eingefügt in das Strafgesetzbuch durch das Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen vom 30.05.2016 (BGBl. I S. 1254), in Kraft getreten am 04.06.2016; zu den neuen Tatbeständen siehe näher 2. Kap. II. 3. b) sowie 3. Kap. III. 1. und 2.

40 Z.B. von *Brand/Hotz* PharmR 2012, 317, 321 f., ausführlich *Ransiek* medstra 2015, 92 ff.

gegriffen.⁴¹ Bis zur ersten höchstrichterlichen Auseinandersetzung mit der Thematik vergingen jedoch wiederum fast fünf Jahre. Mit dem Beschluss des 4. Senats aus dem Jahre 2016 liegt eine erste Entscheidung und inzwischen sogar die Bestätigung durch einen weiteren Senat vor:⁴² Der Bundesgerichtshof scheint sich vorerst für eine stärkere oder zumindest gleichstarke Betonung der Vermögensfürsorge neben der Gesundheitsfürsorge ausgesprochen zu haben. Damit sind die rechtspolitischen und strafrechtsdogmatischen Schwierigkeiten, wie noch zu zeigen sein wird, freilich nicht beseitigt worden; vielmehr sind zu den seit jeher offenen Fragen neue hinzugekommen:⁴³ Nach wie vor klärungsbedürftig ist es demnach, wie die Stellung des Vertragsarztes im sozialrechtlichen Regelungsgefüge strafrechtlich, insbesondere bezüglich einer möglichen Untreuestrafbarkeit, einzuordnen ist, nachdem er weder Amtsträger noch Beauftragter im Sinne der Korruptionsdelikte ist. Ferner wirft der Wegfall der Vertreterthese als Grundlage für die Annahme einer Missbrauchsuntreue Fragen im Hinblick auf die Vermögensbetreuungspflicht auf. Das gilt auch bezüglich einer möglichen Treubruchsuntreue. Handelt der Vertragsarzt bei seiner Verordnungstätigkeit ausschließlich oder schwerpunktmäßig im Rahmen der Patientenbehandlung oder betreibt er Vermögensfürsorge zugunsten der Krankenkassen?

41 Das erste *Obiter dictum* erfolgte bereits 2012; dort äußerte das Gericht im Hinblick auf die Zukunft der Vertragsarztuntreue „erhebliche Zweifel“ (Urteil vom 18.12.2012 – 1 Ss 559/12 = NStZ-RR 2013, 174 [175]). Das zweite – bestätigende – erfolgte nur eine Woche vor der ersten Entscheidung des Bundesgerichtshofs nach dem Vertragsarztbeschluss (BGH, Beschluss vom 29.03.2012 – GSSt 2/11 = BGHSt 57, 202 ff.) aus dem Jahre 2012, (BGH Beschluss vom 10.08.2016 – 4 Ws 282/15 = StraFo 2016, 393; ausführlich zu den Entscheidungen 4. Kap. III. 3. b) [OLG Stuttgart] und 4. Kap. III. c) sowie 5. Kap. II. [BGH]).

42 BGH, Beschluss vom 16.08.2016 – 4 StR 163/16 = BGH NJW 2016, 3253 ff., BGH, Urteil vom 25.07.2017 – 5 StR 46/17 = BGH NZWiSt 2018, 74 ff.

43 Diese Situation hat sich auch nicht durch die erste, den Beschluss aus dem Jahre 2016 bestätigende Entscheidung des 5. Senats (BGH, Urteil vom 25.07.2017 – 5 StR 46/17 = BGH NZWiSt 2018, 74 ff. m. Anm. Meyer) geändert, weil dieser sich mit einer bloßen Übernahme (inklusive der Unzulänglichkeiten der Entscheidung des 4. Senates) begnügt hat; ausführlich unten 4. Kap. III. 3. d).

II. Gang der Darstellung

Auch wenn der Untersuchungsgegenstand dem wirtschaftsstrafrechtlichen Bereich zuzuordnen ist,⁴⁴ lassen sich die erheblichen Schnittmengen mit dem Sozialrecht, insbesondere mit dem System der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) nicht von der Hand weisen.⁴⁵ Deswegen ist es unerlässlich, der Untersuchung eine – geboten knappe – Skizze dieses Systems, seiner Prinzipien und Akteure voranzuschicken, ohne welche die Problematik nicht verständlich ist.

Im Anschluss erfolgt als Auftakt des Hauptteils in einem erläuternden 2. Kapitel die Darstellung einiger materiell-rechtlicher Grundlagen zu den hier interessierenden Delikten. Beleuchtet werden einzelne Tatbestandsmerkmale der Untreue (§ 266 StGB), der Korruptionsdelikte (§§ 299 ff., 331 StGB) sowie des Betrugs (§ 263 StGB).

Schließlich wird im 3. Kapitel ausführlich die Entwicklung der Rechtsprechung in den betroffenen Bereichen skizziert. Dabei wird sowohl auf die sozialrechtliche als auch auf die strafrechtliche Rechtsprechung eingegangen werden. Bezüglich der strafrechtlichen Judikatur ist es für eine Gesamtdarstellung unabdingbar, nicht nur die Entscheidungen zu skizzieren, die die Vertragsarztuntreue zum Gegenstand haben. Vielmehr müssen auch solche berücksichtigt werden, die den Abrechnungsbetrug und die (vermeintliche) Ärztekorruption behandeln. Besonderes Augenmerk liegt auf der eingangs erwähnten Entscheidung des Großen Senats vom 29.03.2012⁴⁶, dem sogenannten Vertragsarztbeschluss. Ferner steht die erste Entscheidung zur Vertragsarztuntreue aus dem Jahre 2016 zur Vertragsarztuntreue und auch die bestätigende Entscheidung eines weiteren Senats aus dem Jahre 2017 nach dem Vertragsarztbeschluss im Fokus.⁴⁷

Im 4. Kapitel, dem Kernstück der Studie, sollen die konkreten Auswirkungen des Vertragsarztbeschlusses in den Blick genommen werden. Den Auftakt hierzu bieten die in der Literatur vertretenen Positionen, die sodann als Anknüpfungspunkt für die eigenen Überlegungen herangezogen werden. Daneben soll auch die Argumentation des Bundesgerichtshofs in seiner Entscheidung von 2016 kritisch beleuchtet, analysiert und bewertet

44 Zum „medizinischen Feld“ als Teil des Wirtschaftssystems ausführlich *Kölbel* in: *Tatort Gesundheitsmarkt*, S. 87 f.

45 So auch *Krafczyk* in: *FS Mehle*, S. 325.

46 BGH, Beschluss vom 29.03.2012 – GSSt 2/11 = BGHSt 57, 202 ff.

47 BGH, Beschluss vom 16.08.2016 – 4 StR 163/16 = BGH NJW 2016, 3253 ff. und BGH, Urteil vom 25.07.2017 – 5 StR 46/17 = BGH NZWiSt 2018, 74 ff.

1. Kapitel: Präliminarien

werden. Anhand dessen soll in einem letzten Schritt die Überzeugungskraft bzw. Tragfähigkeit der Begründung bewertet, alternative Strafbarkeiten untersucht sowie die Frage nach dem generellen Fortbestand der Vertragsarztuntreue, möglichen Bedingungen dafür sowie alternative Sanktionsmöglichkeiten betrachtet werden.

Abschließend werden im 5. Kapitel die Ergebnisse zusammengefasst und ein kleiner Ausblick im Hinblick auf die Zukunft der Vertragsarztuntreue gewagt.