



Ines Butenschön

## Der Vertragsarzt zwischen Untreue und Betrug

Verordnung unwirtschaftlicher  
Medikamente und Vereinbarung  
von „Kick-backs“ – insbesondere  
zur Vermögensbetreuungspflicht  
von Vertragsärzten



# Einleitung und Gang der Arbeit

In der Praxis des Wirtschaftsstrafrechts spielt der Untreuetatbestand eine wichtige Rolle. Die Anwendungspalette in der Justizpraxis ist vielfältig; sie umfasst Sachverhaltskonstellationen ganz unterschiedlicher Art.<sup>1</sup> So konnte man in den letzten Jahren in der Zeitung regelmäßig Berichte über neue Untreuevorwürfe und -verfahren gegen Angehörige in leitenden Positionen lesen, den Alt-Bundeskanzler oder Landesschatzmeister einer politischen Partei, gegen Landräte, Oberbürgermeister, Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder großer und kleiner Aktiengesellschaften, gegen Geschäftsführer, Treuhänder, Wirtschaftsprüfer und Anwälte, Klinikdirektoren, Initiatoren und Prospektverantwortliche von Kapitalanlagegesellschaften, gegen Leiter öffentlicher Versorgungs- und Verkehrsbetriebe, Vereinsfunktionäre und Theaterintendanten.<sup>2</sup> Angesichts der vielfältigen Untreuefälle sprechen manche von einer Tendenz, „nahezu jeden als „unangemessen“ empfundenen Umgang mit Geld und Vermögen durch Verantwortliche aus der Wirtschaft, Verwaltung und Politik in den Bereich des Untreuetatbestandes zu rücken“.<sup>3</sup> Andere sprechen davon, dass die Untreue eine „Hochkonjunktur“ in allen Lebensbereichen erlebt.<sup>4</sup> Die Anwendungsvielfalt von § 266 StGB ist bedingt durch die Unbestimmtheit des Tatbestands und seiner Auslegung. Da deshalb andererseits § 266 StGB immer „passt“<sup>5</sup> und man nie weiß, ob § 266 StGB vorliegt oder nicht, bis nicht der Richter entschieden hat, führt das zu einer nicht unerheblichen Unsicherheit in der Praxis. Die Unbestimmtheit birgt insofern die Gefahr, dass der Bestimmtheitsgrundsatz<sup>6</sup> und das ultima-ratio-Prinzip aufgeweicht werden. Die umfassenden Verurteilungen sind deshalb mit Vorsicht zu betrachten; sie werfen die Frage auf, ob die Rechtsprechung jenen Grundsätzen noch hinreichend Rechnung trägt.

Das gilt auch für die den oben bereits angesprochenen Fallgruppen der Anwaltsuntreue, Bankuntreue, Gesellschaftsuntreue, Haushaltsuntreue, Konzernuntreue, Parteienuntreue, Schmiergelduntreue<sup>7</sup> seit 2003 neu hinzugefügte „Ver-

---

1 Dierlamm, NStZ 1997, 534.

2 Ulsenheimer, MedR 2005, 622, 623.

3 Matt, NJW 2005, 389, 390.

4 Seier in: Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen, S. 145.

5 Ransiek, ZStW 226 (2004), 634.

6 Siehe zur Vereinbarkeit des Untreuetatbestands nach § 266 StGB mit dem Bestimmtheitsgebot nach Art. 103 Abs. 2 GG BVerfG, BeckRS 2010, 51599 Rz. 85 ff.

7 Vgl. Seier in: Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen, S. 145, 147 u.a.

tragsarztuntreue“.<sup>8</sup> Dieses Delikt hat der BGH Ende 2003 kreiert, als er den Vertragsarzt als Sachwalter der Vermögensinteressen der Krankenkassen, mithin als gegenüber den Krankenkassen Treupflichtigen i.S.d. § 266 StGB qualifizierte.<sup>9</sup> Diese Entscheidung hat in der Literatur erhebliche Kritik erfahren, die vor allem auf dem Grundsatz der Subsidiarität des Strafrechts und dem Gebot der restriktiven Auslegung des unbestimmt weit gefassten Untreuetatbestandes basiert.<sup>10</sup> Die Entscheidung könnte ein Beispiel für die Tendenz der Rechtsprechung sein, auf den unbestimmt gefassten Untreuetatbestand zurückzugreifen, wenn und weil kein anderer passt. So formulieren *Brandts/Seier* im Hinblick darauf, dass der Betrug abgelehnt und eine Untreue bejaht wurde: „*Was lag näher, als den Ausfall mit § 263 StGB mit Hilfe der Untreue zu überbrücken, die ja dank ihrer Weite und Formbarkeit – wie manche sagen – ‚immer passt‘ und die sich deshalb als Auffangtatbestand geradezu anbietet.*“<sup>11</sup>

Zumindest stellt sich die Frage, ob die Bejahung der Untreue in diesem Fall mit dem materialen Wesen der Untreue und der Grundstruktur der Untreue im Einklang steht.<sup>12</sup> Eine genauere Auseinandersetzung mit der Frage, ob ein Vertragsarzt Täter einer Untreue zu Lasten der verschiedenen Krankenkassen sein kann, ist bisher in der Literatur nicht erfolgt. Anliegen dieser Arbeit ist es deshalb, diese Lücke zu schließen. Die Arbeit untersucht, ob sich Vertragsärzte durch die Verordnung unwirtschaftlicher Medikamente oder die Vereinbarung von „Kick-backs“ mit Pharmaherstellern bei der Verordnung von Sprechstundenbedarf einer Untreue gegenüber den Krankenkassen strafbar machen können. Besonderes Augenmerk wird darauf gerichtet, ob bzw. inwiefern den Vertragsärzten eine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen zukommen kann. Diese Untersuchung bildet den Schwerpunkt der Arbeit. Ergänzend wird darauf eingegangen, ob und inwiefern eine Strafbarkeit wegen Betrugs in Betracht kommt.

Der Gang der Arbeit stellt sich wie folgt dar. Zunächst werden die sozialrechtlichen Grundlagen dargestellt; grundlegende Begriffe und die am System der gesetzlichen Krankenversicherung beteiligten Parteien werden erläutert. Die Grundlagen des Sozialversicherungsrechts sind für ein Verständnis der Vorgänge und somit für die Auslegung und Anwendung der Strafrechtsnormen darauf unumgänglich. Anknüpfungs- und Bezugspunkte für einzelne Tatbestandsmerk-

---

8 *Ulsenheimer*, MedR 2005, 622, 624.

9 BGHSt 49, 17. Vgl. *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis, § 15 Rn. 15/2. Vgl. auch *Brandts/Seier* in: FS Herzberg, S. 811, 814 f.

10 Vgl. *Steinhilper*, Anm. MedR 2010, 499 ff.; *Ulsenheimer*, MedR 2005, 622, 624.

11 *Brandts/Seier* in: FS Herzberg, S. 811, 815.

12 Vgl. *Brandts/Seier* in: FS Herzberg, S. 811, 814 ff.

male von § 266 StGB sind gerade diesem Rechtsgebiet zu entnehmen.<sup>13</sup> Wesentlich ist insbesondere, dass der Vertragsarzt im System der gesetzlichen Krankenversicherung eine Schlüsselfigur einnimmt, indem er das Rahmenrecht des gesetzlich versicherten Patienten im Einzelfall konkretisiert. Ohne die Verordnung des Vertragsarztes würde der Patient ein Medikament nicht zu Lasten der Krankenkassen in der Apotheke erhalten. Ein das System der gesetzlichen Krankenversicherung und damit auch den Bereich der Arzneimittelverordnung durchdringendes Prinzip ist das Wirtschaftlichkeitsgebot nach §§ 12 Abs. 1, 70 Abs. 1 SGB V: Es dürfen nur Leistungen erbracht bzw. Medikamente verordnet werden, die notwendig, ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich im engeren Sinn sind.

Die sich daran anschließenden strafrechtlichen Ausführungen haben ihren Ausgangspunkt in zwei Entscheidungen des BGH und untergliedern sich in zwei Teile: der erste Teil untersucht die Fallgruppe der Verordnung unwirtschaftlicher Medikamente; der zweite Teil untersucht die Fallgruppe der Vereinbarung von Rückvergütungen (Kick-backs) im Zusammenhang mit der Verordnung von Sprechstundenbedarf. Beide Teile gehen zunächst auf den Tatbestand der Untreue und anschließend den Tatbestand des Betrugs ein. Die Untersuchung des Untreuetatbestands konzentriert sich dabei wesentlich auf die Frage, ob der Vertragsarzt eine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber der Krankenkasse hat. In der strafrechtlichen Diskussion darüber spielt die Frage eine zentrale Rolle, wie das Handeln des Vertragsarztes bei der Ausstellung eines Rezepts zivilrechtlich zu beurteilen ist. Denn in der oben genannten grundlegenden Entscheidung des BGH wird der Eindruck erweckt, dass die Qualifizierung des Vertragsarztes als Vertreter der Krankenkassen unmittelbar die Bejahung einer Vermögensbetreuungspflicht i.S.d. § 266 StGB nach sich zieht. Deshalb werden die verschiedenen Theorien zu der rechtlichen Qualifizierung der Rolle des Vertragsarztes genauer beleuchtet mit dem Ergebnis, dass ein Handeln des Vertragsarztes als Vertreter der Krankenkassen überzeugend begründet werden kann. Diese Einordnung hat insbesondere nicht zwangsläufig die Bejahung auch einer strafrechtlichen Vermögensbetreuungspflicht zur Folge. Vielmehr ist dieses strafrechtliche Tatbestandsmerkmal eigenständig unter Anwendung der speziell dafür durch die Rechtsprechung entwickelten Kriterien restriktiv auszulegen. Die Untersuchung der Vermögensbetreuungspflicht stellt den entscheidenden Prüfungspunkt im Rahmen der strafrechtlichen Ausführungen dar, die auch die weiteren Tatbestandsmerkmale von § 266 StGB beleuchten. Ergänzend wird im Anschluss darauf eingegangen, ob eine Strafbarkeit des Vertragsarztes als Teilnehmer eines Betrugs des Patienten in Betracht kommt.

---

13 Vgl. *Schnapp* in: FS Herzberg, S. 795, 795 f.

Im zweiten Teil der strafrechtlichen Ausführungen wird untersucht, ob sich ein Vertragsarzt durch die Vereinbarung von Rückvergütungen (Kick-backs) bei der Bestellung von Sprechstundenbarf bei Pharmaherstellern der Untreue strafbar machen kann. Dabei wird zum Teil auf die Ausführungen des ersten strafrechtlichen Teils aufgebaut; zum Teil ist auf die Besonderheiten bei der Verordnung von Sprechstundenbarf gegenüber der Verordnung von Medikamenten für einzelne Patienten einzugehen. Abgerundet wird auch dieser Komplex durch die Untersuchung, ob eine Strafbarkeit wegen Betrugs in Betracht kommt, wobei insbesondere auf einen Betrug durch Unterlassen einzugehen ist. Schließlich erfolgt der Schlussteil, in dem die wesentlichen Thesen der Arbeit zusammengefasst werden.