

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 Ärztekorrption	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 (GSSSt 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 Er widerungen 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 Voraussetzungsanon 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 Vermögensmehrung	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