



RECHTSANWÄLTE WIGGE

BERATUNG IM MEDIZINRECHT

## **Rechtsgutachtliche Stellungnahme**

**Zur Auswirkung des Antikorruptionsgesetzes auf die Abrechnung von KM-Pauschalen**

**abgegeben von**

**Rechtsanwalt Prof. Dr. Peter Wigge**

**Rechtsanwalt René T. Steinhäuser**

**Juni 2016**

## **A. Einführung**

Mit dem vorliegenden Rechtsgutachten nehmen wir zu der Frage Stellung, ob die Vorteile bei Kontrastmitteleinkäufen unterhalb der Sprechstundenbedarf-Pauschale in Hinblick auf § 299a StGB von Vertragsärzten an die Kassenärztlichen Vereinigungen oder Krankenkassen weitergegeben werden müssen oder rechtlich unbedenklich sind.

Die Frage stellt sich aktuell vor dem Hintergrund der Einführung der Straftatbestände der §§ 299a bis 302 StGB durch das am 04.06.2016 in Kraft getretene Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen.<sup>1</sup> Während die wirtschaftliche Betätigung von Vertragsärzten oder bei einem Vertragsarzt oder Medizinischen Versorgungszentrum mit Genehmigung des jeweiligen Zulassungsausschusses angestellten Ärzten im Rahmen des Kontrastmitteleinkaufes u.U. bisher nur gegen die geltenden Bestimmungen der Berufsordnung der zuständigen Ärztekammer über die Wahrung der ärztlichen Unabhängigkeit bei der Zusammenarbeit mit Dritten (entsprechend der §§ 30 – 33 Musterberufsordnung- Ärzte) und dem Verbot der Patientenzuweisung im Vertragsarztrecht nach den §§ 73 Abs. 7, 128 Abs. 2 SGB V verstoßen haben könnten, wären derartige Verstöße nunmehr nach den Straftatbeständen in den §§ 299a ff. StGB möglicher Weise strafrechtlich relevant.

Insofern besteht aus der Sicht der radiologisch tätigen Vertragsärzte und bei einem Vertragsarzt oder Medizinischen Versorgungszentrum mit Genehmigung des jeweiligen Zulassungsausschusses angestellten Ärzten ein grundsätzlicher rechtlicher Klärungsbedarf hinsichtlich der pauschalen Abrechnung im Bereich des Kontrastmitteleinkaufs.

## **B. Sachverhalt**

In den Bezirken der Kassenärztlichen Vereinigungen Hamburg, Niedersachsen, Bremen, Westfalen-Lippe und Bayern bestehen ein Ergänzungsvereinbarung zur Sprechstundenbedarfsvereinbarung, die eine pauschale Abrechnung von Kontrastmitteln in der vertragsärztlichen Versorgung vorsieht. In den Bezirken der Kassenärztlichen Vereinigungen Schleswig-Holstein, Mecklenburg-Vorpommern, Brandenburg, Berlin, Sachsen-Anhalt, Thüringen, Sachsen, Hessen, Nordrhein, Rheinland-Pfalz, Saarland und Baden-Württemberg erfolgt die Verordnung von Kontrastmitteln über den Sprechstundenbedarf.

In der Öffentlichkeit kursieren verschiedene Äußerungen und Stellungnahmen, die Zweifel entstehen lassen, ob die Abrechnung der Kontrastmittelpauschale gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung rechtlich zulässig ist, wenn die Vertragsärzte die Kontrastmittel für einen Preis unterhalb der in der Ergänzungsvereinbarung festgelegten Pauschale einkaufen und infolge der Erstattung des höheren Pauschalbetrages einen Gewinn erzielen.

---

<sup>1</sup> Vom 30.05.2016, BGBl. v. 03.06.16, 1254; Gesetzentwurf vom 21.10.2015, BT-Drucks. 18/6446

## **C. Gegenstand der Begutachtung**

Gegenstand der Stellungnahme ist die Vereinbarkeit des Kontrastmitteleinkaufs durch Vertragsärzte bzw. und bei einem Vertragsarzt oder Medizinischen Versorgungszentrum mit Genehmigung des jeweiligen Zulassungsausschusses angestellten Ärzten unterhalb der Pauschale der Ergänzungsvereinbarung zur Sprechstundenbedarfsvereinbarung (SSB-Vereinbarung) für Röntgenkontrastmittel mit strafrechtlichen Normen, wobei ein besonderer Fokus auf den korruptionsrechtlichen Tatbestand des verabschiedeten § 299a StGB gelegt wird. Zudem werden Probleme im Zusammenhang mit berufs- und vertragsärztlichen Normen aufgezeigt.

## **D. Rechtliche Begutachtung**

### **I. Grundlagen der Kontrastmittelabrechnung innerhalb der vertragsärztlichen Versorgung**

Die Abrechnung von Kontrastmitteln in der vertragsärztlichen Versorgung erfolgt mehrheitlich Fällen über die Sprechstundenbedarfsvereinbarung einer Kassenärztlichen Vereinigung.

Die SSB-Vereinbarung stellt einen Gesamtvertrag i. S. d. § 83 Abs. 1 Satz 1 SGB V dar. Gesamtverträge sind öffentlich-rechtliche Verträge (§ 53 SGB X), die als Kollektivvertrag für die Gesamtvertragspartner und die Mitglieder der jeweiligen Kassenärztlichen Vereinigung verbindlich sind. Demzufolge handelt es sich um Normenverträge.<sup>2</sup> Folgerichtig ist die SSB-Vereinbarung als Rechtsnorm anzusehen.<sup>3</sup> Dies gilt gleichermaßen für Ergänzungsvereinbarungen, da diese wie die SSB-Vereinbarung ebenfalls von den Gesamtpartnern ausgehandelt wird.

In den fünf Kassenärztlichen Vereinigungen Hamburg, Niedersachsen, Bremen, Westfalen-Lippe und Bayern sind die Röntgenkontrastmittel dagegen als Pauschalen abzurechnen. Damit verfolgen die Partner des Gesamtvertrages in der Regel das Ziel, die Ausgaben der Krankenkassen durch eine pauschalierte Vergütung der Röntgenkontrastmittel und deren schrittweise Absenkung aufgrund veränderter Marktbedingungen soweit wie möglich zu entlasten. Zugleich soll für die beteiligten Vertragsärzte Rechtsklarheit geschaffen und deren Engagement für günstige Bezugsmöglichkeiten gefördert werden.

Dabei betrifft die Pauschalvergütung nur solche Röntgenkontrastmittel, die nicht mit der Gebühr für die Untersuchung nach der jeweils gültigen Gebührenordnung abgegolten sind. Auch gilt nach den Bestimmungen der Ergänzungsvereinbarungen zur SSB-Vereinbarung der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz, indem normiert wird, dass Röntgenkontrastmittel für Anspruchsberechtigte der SSB-Vereinbarung in der bei sorgsamer Handhabung erforderlichen Menge bei günstigen Lieferanten zu beziehen sind.

---

<sup>2</sup> vgl. Axer, in Schnapp/Wigge, Handbuch für das Vertragsarztrecht, 2. Auflage, 2006, § 10 Rdn. 27

<sup>3</sup> LSG Niedersachsen-Bremen, Urteil v. 26.11.2008, Az.: L 3 KA 169/06; LSG NRW, Beschl. v. 28.12.2010, Az.: L 11 KA 60/10 B ER.

Die Krankenkassen erstatten pauschal die Kosten für Kontrastmittel für den verordneten, vom Arzt tatsächlich benötigten Sprechstundenbedarf nach Maßgabe des Wirtschaftlichkeitsgebots zu mit den Kassenärztlichen Vereinigungen verhandelten Beträgen. Unterschiedlich ist dabei, ob mit den in den vereinbarten Vergütungen auch die zur Kontrastmitteleinbringung erforderlichen Infusionsbestecke (Nadeln, Schläuche und dgl.) abgegolten sind. Sind diese mit der Pauschale abgegolten, dann sind diese nicht zusätzlich als Sprechstundenbedarf ordnungsfähig.

Die Abrechnung der Kontrastmittel auf der Grundlage von Pauschalvergütungen hat zur Folge, dass der Vertragsarzt, der das Kontrastmittel unterhalb der Pauschalbeträge einkaufen kann oder vom Hersteller sonstige Vorteile im Rahmen des Einkaufes erhält, nicht verpflichtet ist, den günstigen Einkaufspreis oder die erlangten Vorteile an die Krankenkassen weiter zu geben, da die Krankenkassen zur Zahlung des Pauschalbetrages verpflichtet sind.

Eine solche Regelung existiert auch in § 44 Bundesmantelvertrag für Ärzte (BMV-Ä). Gemäß § 44 Abs. 1 BMV-Ä hat der Vertragsarzt die Abrechnungsbestimmungen der Kassenärztlichen Vereinigung zu beachten. Ferner hat der Vertragsarzt gemäß § 44 Abs. 6 BMV-Ä die Kosten für Materialien, die gemäß Kapitel 7.3 Allgemeine Bestimmungen des Einheitlichen Bewertungsmaßstabes (EBM) nicht in den berechnungsfähigen Leistungen enthalten sind und darüber hinaus nicht über Sprechstundenbedarf bezogen werden können, gesondert abzurechnen. Dabei ist der Vertragsarzt gemäß § 44 Abs. 6 S. 7 BMV-Ä verpflichtet, die tatsächlich realisierten Preise in Rechnung zu stellen und ggf. vom Hersteller bzw. Lieferanten gewährte Rückvergütungen, wie Preisnachlässe, Rabatte, Umsatzbeteiligungen, Bonifikationen und rückvergütungsgleiche Gewinnbeteiligungen mit Ausnahme von Barzahlungsrabatten bis zu 3 % weiterzugeben.

Die Regelung stellt somit klar, dass die gesetzlichen Krankenkassen bei den vom Vertragsarzt gesondert abzurechnenden Kosten für Materialien nur verpflichtet sind, Kostenersatz in tatsächlich erfolgter Höhe zu leisten. Daher sind nach dieser Vorschrift sogenannte Kick-back-Geschäfte unzulässig und ein Vertragsarzt, der entgegen diesen Vorgaben Preisnachlässe nicht an die Krankenkassen weitergibt, kann sich wegen Betruges gemäß § 263 StGB<sup>4</sup> bzw. Untreue zum Nachteil der Krankenkassen gemäß § 266 StGB strafbar machen.<sup>5</sup> Die Partner der Gesamtverträge können jedoch Pauschalvereinbarungen treffen. Zur Rechtsgrundlage der Pauschalvereinbarungen durch die Partner der Gesamtverträge werden zwei verschiedene Ansichten vertreten. Nach § 44 Abs. 6 S. 9 BMV-Ä können die Partner der Gesamtverträge jedoch abweichende Regelungen treffen, insbesondere für einzelne gesondert berechnungsfähige Materialien Maximal- oder Pauschalbeträge vereinbaren:

*„Die Partner der Gesamtverträge können abweichende Regelungen treffen, insbesondere für einzelne gesondert berechnungsfähige Materialien Maximal- oder Pauschalbeträge vereinbaren.“*

---

<sup>4</sup> Unentgeltliche Übernahme von Entsorgungskosten bei Kontrastmitteln als „Schmiergeldzahlung“, vgl. OLG Hamm, Urt. v. 22.12.2004, Az.: 3 Ss 431/04, GesR 2005, 177 ff.

<sup>5</sup> BGH, Beschl. v. 27. 04.2004, Az.: 1 StR 165/03, MedR 2004, 613 ff.; BGH, Urt. v. 22.08.2006, Az.: 1 StR 547/05, MedR 2006, 721 ff..

In diesen Fällen ist dann der gesamtvertraglich vereinbarte Betrag abrechnungsfähig, unabhängig davon, welche Kosten dem Vertragsarzt tatsächlich entstanden sind.<sup>6</sup> Das Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen (LSG NRW) hat in einem Beschluss vom 28.12.2010 (Az.: L 11 KA 60/10 B ER) dagegen vertreten, dass § 44 Abs. 6 BMV-Ä auf Materialien beschränkt ist und auf Arzneimittel keine Anwendung findet. Es weist aber darauf hin, dass es sich bei Kontrastmitteln um Arzneimittel handelt, die nach Ziff. 7.3. der Allgemeinen Bestimmungen des EBM nicht in der Gebührenordnungsposition (GOP) enthalten sind. Nach Ziff. 7.4. EBM besteht die Möglichkeit, die Kosten für Arzneimittel gesamtvertraglich regional gemäß §§ 82 Abs. 2 Satz 1, 83 Satz 1 SGB V zu regeln. Folglich besteht nach jeder vertretenen Auffassung eine taugliche Rechtsgrundlage für die Vereinbarung von Kontrastmittelpauschalen.

In den Bezirken der fünf Kassenärztlichen Vereinigungen mit einer Pauschalerstattung besteht folgende Abrechnungssituation im Kontrastmittelbereich:

Vertragsärzte sind aufgrund der in der Vereinbarung geregelten Pauschalbeträge prinzipiell berechtigt, etwaige Preisvorteile oder sonstige Vorteile zu behalten, die sie im Rahmen des Einkaufs von Kontrastmitteln erwirtschaften.

Die Regelungen der Vereinbarung haben zur Folge, dass Vertragsärzte Kontrastmittel gegenüber ihrer Kassenärztlichen Vereinigung ausschließlich zu den vereinbarten Pauschalen abrechnen können. Soweit der Vertragsarzt das Kontrastmittel unterhalb der in der Ergänzungsvereinbarung zur SSB-Vereinbarung festgelegten Pauschale einkauft, darf dieser die Differenz nun einbehalten, ohne sich wegen Abrechnungsbetruges nach § 263 StGB oder Untreue gemäß § 266 StGB strafbar zu machen. Für den Fall, dass die Preise von Kontrastmitteln oberhalb der Pauschalen liegen, erhält der Vertragsarzt nur Kostenersatz in Höhe des Pauschalbetrages und hat einen etwaigen Differenzbetrag selbst zu tragen. Die sich an diesem Punkt anschließende Rechtsfrage, ob ein Kostenerstattungsanspruch nicht stets die vollständigen entstehenden Kosten zu kompensieren hat, bedarf hier keiner weiteren Erörterung.

Das LSG NRW<sup>7</sup> hat festgestellt, dass die Gesamtvertragspartner nicht gehindert sind, den Verbrauch von Kontrastmitteln einer pauschalierenden Regelung zu unterwerfen. Eine entsprechende Änderung der SSB-Vereinbarung sei durch § 82 Abs. 2 S. 1 SGB V gedeckt. Auch verstößt die Einführung einer Pauschalregelung im Bereich der Kostenerstattung für Kontrastmittel in der SSB-Vereinbarung nicht gegen das ärztliche Berufsrecht:

*„(3) Auch einen Verstoß gegen das ärztliche Berufsrecht vermag der Senat entgegen der Auffassung der Antragstellerin nicht zu erkennen. Sie meint, die Anreizstruktur der Kontrastmittelpauschalen gehe dahin, dass der Arzt das jeweilige Mittel nicht nach Indikation, sondern nach dem potentiellen Gewinnanteil auswählt. Dem ist schon deswegen nicht zu folgen, weil jedes Handeln*

<sup>6</sup> *Trieb*, in: Schiller, Bundesmantelvertrag für Ärzte, 1. Auflage 2014, § 46 Rn. 19; a.A. LSG NRW, Beschl. v. 28.12.2010, Az.: L 11 KA 60/10 B ER, wonach sich § 44 Abs. 6 BMV-Ä auf Materialien beschränkt und auf Arzneimittel keine Anwendung findet. Da es sich bei Kontrastmitteln um Arzneimittel handelt, sind diese nach Ziff. 7.3. der Allgemeinen Bestimmungen des EBM nicht in der GOP enthalten. Nach Ziff. 7.4. EBM besteht jedoch die Möglichkeit die Kosten für Arzneimittel gesamtvertraglich regional gemäß §§ 82 Abs. 2 Satz 1, 83 Satz 1 SGB V zu regeln.

<sup>7</sup> Beschl. v. 28.12.2010, Az.: L 11 KA 60/10 B ER.

*des Vertragsarztes im Bereich der GKV den Vorgaben des § 12 Abs. 1 SGB V unterworfen ist und der Senat derzeit keinen Anlass für die Annahme sieht, dass Vertragsärzte sich dem gleichsam flächendeckend entziehen. Zudem ist einer pauschalierenden Kostenerstattung naturgemäß eigen, dass die realen Kosten höher, aber auch niedriger liegen können. Aus diesen Zusammenhängen herzuleiten, Vertragsärzte würden Kontrastmittel nunmehr nicht indikations-bezogen sondern nur noch nach pekuniären Gesichtspunkten beziehen, erachtet der Senat als überzogen. Ungeachtet dessen führt die Pauschalierung dazu, dass Vertragsärzte – allerdings wiederum unter Beachtung der Vorgaben des § 12 Abs. 1 SGB V - tendenziell dazu neigen werden, das preislich günstigere Mittel zu beziehen. Das wiederum wäre ein legitimes Ziel der Ergänzungsvereinbarung."*

Die Preisvorteile, die ein Vertragsarzt aufgrund einer unterhalb der Pauschale liegenden Einkaufspreises erhält, stehen daher im Ergebnis dem Vertragsarzt zu. Ein Anspruch auf Weitergabe der Preisvorteile besteht seitens der Krankenkassen, aufgrund der, zwischen der Kassenärztlichen Vereinigung und den Krankenkassen vereinbarten Pauschalvergütungen für Kontrastmittel, nicht.

## **II. Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen**

Gegenstand der nachfolgenden weiteren Ausführungen sind die neu eingeführten Straftatbestände auf der Grundlage des „Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen“.<sup>8</sup> Den Anstoß zu dem Gesetz gab insbesondere eine Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen des Bundesgerichtshofes (BGH).<sup>9</sup> Mit ihr wurde höchstrichterlich entschieden, dass niedergelassene Vertragsärzte weder als Beauftragte eines geschäftlichen Betriebes im Sinne des § 299 Abs. 1, Abs. 2 StGB, noch als Amtsträger im Sinne der §§ 331 ff. StGB zu qualifizieren sind. Dies führt dazu, dass nach der derzeitigen Rechtslage Verstöße von niedergelassenen Ärzten gegen die Bestimmungen des ärztlichen Berufsrechts über das Verbot der Zuweisung gegen Entgelt straflos sind.

Der Beschluss des BGH löste zunächst den Gesetzentwurf des Bundesrates aus der letzten Legislaturperiode zur Schaffung eines Straftatbestandes „Bestechung und Bestechlichkeit im Gesundheitswesen“<sup>10</sup> sowie die Aussage der aktuellen Bundesregierung im Koalitionsvertrag aus: „Wir werden einen neuen Straftatbestand der Bestechlichkeit und Bestechung im Strafgesetzbuch schaffen.“<sup>11</sup> Auch von Seiten der Bundesländer sind Gesetzesvorschläge unterbreitet worden. Zu nennen ist einerseits der Gesetzesvorschlag der Bundesländer Hamburg und Mecklenburg Vorpommern<sup>12</sup> und andererseits derjenige aus Bayern.<sup>13</sup> Angelehnt an die genannten Gesetzesvorschläge folgte am 04.02.2015 ein Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV). Am 21.10.2015 legte die Bundesregierung einen Gesetzesentwurf zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen vor, dessen Schwerpunkt die Einführung des § 299a RegE-StGB (Bestechlichkeit im Gesundheitswesen, sog. passive Korruption) und der hierzu spiegelbildlichen Strafvorschrift des § 299b RegE-StGB (Bestechung im Gesundheitswesen, sog. aktive Korruption)

<sup>8</sup> Vom 30.05.2016, BGBl. v. 03.06.16, 1254.

<sup>9</sup> BGH, Beschl. v. 29.03.2012, Az.: GSSSt 2/11, GesR 2012, 479 ff.

<sup>10</sup> BT-Drs. 17/14575 v. 14.08.2013.

<sup>11</sup> "Deutschlands Zukunft gestalten", Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD v. 14.12.2013, S. 55.

<sup>12</sup> BR-Drs. 451/13 v. 30.05.2013; Gesetzesentwurf des Bundesrates: BR-Drs. 17/14575 v. 14.08.2015.

<sup>13</sup> BR-Drs. 16/15 v. 15.01.2015.

tion) bildete.<sup>14</sup> Der Gesetzesentwurf weist nach der Beratung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz gegenüber dem Regierungsentwurf Änderungen auf. Reagiert worden ist vor allem auf die Kritik an der im Regierungsentwurf in § 299a Abs. 2 RegE-StGB gesonderten Regelung zu den Bezugsentscheidungen. Das am 04.06.2016 in Kraft getretene Gesetz sieht keinen Absatz 2 mehr vor und hat die Bezugsentscheidungen nunmehr in § 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB und § 299b Abs. 1 Nr. 2 StGB untergebracht. Auf eine Verletzung der „berufsrechtlichen Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit“ kommt es nicht mehr an; diese wurde in beiden Absätzen gestrichen.

Bereits am 13.11.2015 hat die erste Lesung des Gesetzes stattgefunden. Nachdem man sich im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz am 13.04.2016 auf eine abschließende Fassung des Gesetzestextes verständigt hat, ist das Gesetz am 14.04.2016 vom Deutschen Bundestag in der dritten Lesung verabschiedet worden und hat am 13.05.2016 den Bundesrat passiert. Das Gesetz ist nunmehr am 04.06.2016 am Tage nach der Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt in Kraft getreten.

## **1. Tatbestand des § 299a StGB**

### **a. Inhalt der Vorschrift**

Der neue Straftatbestand des § 299a StGB zur Bestechlichkeit im Gesundheitswesen ist mit folgendem Wortlaut nach seiner letzten Überarbeitung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz in Kraft getreten:

*„Wer als Angehöriger eines Heilberufs, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert, im Zusammenhang mit der Ausübung seines Berufs einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er*

- 1. bei der Verordnung von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten,*
- 2. bei dem Bezug von Arznei- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten, die jeweils zur unmittelbaren Anwendung durch den Heilberufsangehörigen oder einen seiner Berufshelfer bestimmt sind, oder*
- 3. bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial*

*einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“*

Der neue § 299b StGB zur Bestechung im Gesundheitswesen ist folgendermaßen gefasst:

---

<sup>14</sup> BT-Drs. 18/6446 v. 21.10.2015

*„Wer einem Angehörigen eines Heilberufs im Sinne des § 299a im Zusammenhang mit dessen Berufsausübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er*

- 1. bei der Verordnung von Arznei-, Heil-oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten,*
- 2. bei dem Bezug von Arznei- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten, die jeweils zur unmittelbaren Anwendung durch den Heilberufsangehörigen oder einen seiner Berufshelfer bestimmt sind, oder*
- 3. bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial*

*ihn oder einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“*

In besonders schweren Fällen der §§ 299a und 299b StGB droht § 300 StGB eine Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren an. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn die Tat sich auf einen Vorteil großen Ausmaßes bezieht oder der Täter gewerbsmäßig handelt oder als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat. Gerade die Qualifikation des gewerbsmäßigen Handelns wird in der Praxis häufig erfüllt sein. Der Regierungsentwurf sah in § 301 RegE-StGB noch ein Antragserfordernis zur Verfolgung von Straftaten nach den §§ 299a und 299b RegE-StGB vor. Dieses Strafantragserfordernis wurde in der letzten Entwurfsfassung gestrichen. Zur Begründung führte der Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz aus, dass ein solches Strafantragserfordernis nur dann gerechtfertigt sei, wenn durch die Begehung einer bestimmten Straftat die Allgemeinheit in aller Regel wenig berührt werde.<sup>15</sup> Das Vertrauen in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen sei aber ein über-individuelles Rechtsgut von großer Bedeutung, sodass ein Interesse der Allgemeinheit an der Verfolgung von Taten nach § 299a, b StGB bestehen wird.

Mit den Straftatbeständen wird ein doppelter Rechtsgüterschutz bezweckt. Neben dem „Schutz des fairen Wettbewerbs“ soll das „Vertrauen des Patienten in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen“ geschützt werden.<sup>16</sup> Mittelbar soll §§ 299a und b StGB zudem dem Schutz der Vermögensinteressen der Wettbewerber im Gesundheitswesen, der Patienten und der GKV dienen.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drucks. 18/8106, S. 16.

<sup>16</sup> Gesetzesentwurf der Bundesregierung v. 21.10.2015, BT-Drucks. 18/6446, S. 16.

<sup>17</sup> Gesetzesentwurf der Bundesregierung v. 21.10.2015, BT-Drucks. 18/6446, S. 16.



## **b. Täterkreis**

Die Vertragsärzte und angestellten Ärzte gehören als „Angehöriger eines Heilberufs, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert“ zum tauglichen Täterkreis des § 299a Abs. 1 StGB. Nach § 299a Abs. 1 StGB können sich allerdings nicht nur Ärzte, sondern auch Angehörige anderer Heilberufe strafbar machen.

## **c. Tathandlung**

Gemäß § 299a StGB macht sich ein Angehöriger der Heilberufsgruppen strafbar, wenn er im Zusammenhang mit seiner Berufsausübung einen Vorteil für sich oder einen Dritten fordert, sich versprechen lässt oder annimmt. Da die Tathandlungen mit denen nach § 299 StGB vorausgesetzten Tathandlungen identisch sind, richtet sich das Begriffsverständnis nach den für § 299 StGB geltenden Grundsätzen.<sup>18</sup> Dabei ist für die Verwirklichung der Tatbestandsvarianten „annehmen“ und „sich-versprechen-lassen“ eine Vereinbarung zwischen Geber und Nehmer erforderlich.<sup>19</sup> Dagegen ist das Tatbestandsmerkmal des Forderns schon dann verwirklicht, wenn die Vereinbarung nur von einer Seite beabsichtigt ist, unabhängig vom Erfolg des Ansinnens.<sup>20</sup> Die Tathandlung muss im Zusammenhang mit der Berufsausübung erfolgen. Auch hier wird die Anlehnung an § 299 StGB, der ein Handeln im geschäftlichen Verkehr verlangt, deutlich. Eine Orientierung an § 299 StGB ist daher möglich, so dass etwa rein privates Handeln von den §§ 299a, b StGB ebenso wenig erfasst wird, wie von § 299 StGB.<sup>21</sup>

## **d. Vorteil**

Das Fordern, Sich-Versprechen-Lassen oder Annehmen durch den Angehörigen des Heilberufs muss sich auf einen „Vorteil“ beziehen. Der Vorteil muss nicht tatsächlich eingetreten sein, da als Tathandlungen bereits das Fordern<sup>22</sup> oder Sich-Versprechen-Lassen<sup>23</sup> ausreichen und somit der Vorteil nicht angenommen<sup>24</sup> worden sein muss. Das Annehmen ist nur eine von drei möglichen Handlungsvarianten. Wird er jedoch angenommen, bedeutet dies, dass der Vorteil tatsächlich entgegengenommen wird, also eintritt.<sup>25</sup>

Dabei entspricht der Vorteilsbegriff des § 299a StGB nach dem Gesetzesentwurf dem Vorteilsbegriff, wie er auch in § 299 StGB und in den §§ 331 ff. StGB verwendet wird.<sup>26</sup> Demnach ist unter Vorteil jede Zuwendung zu verstehen, auf die der Täter keinen Rechtsanspruch hat und die seine wirtschaftliche, rechtliche und persönliche Lage objektiv verbessert.<sup>27</sup> Für die Feststellung eines Vorteils im Sinne des § 299a StGB spielt es keine Rolle, ob es sich dabei um einen materiellen, wie etwa die Gewährung von Rabatten, Zuwendung von Gebrauchsgütern und Stundungen, oder im-

<sup>18</sup> Gesetzesentwurf der Bundesregierung v. 21.10.2015, BT-Drucks. 18/6446, S. 17.

<sup>19</sup> Fischer, StGB, 62. Auflage 2015, § 299 Rn. 17.

<sup>20</sup> Fischer, StGB, § 299 Rn. 17.

<sup>21</sup> Krick, Münchener Kommentar, StGB, 2. Auflage 2014, § 299 Rn. 17.

<sup>22</sup> Spiegelbildlich reicht bei § 299 b RegE-StGB das „Anbieten“ aus.

<sup>23</sup> Spiegelbildlich reicht bei § 299 b RegE-StGB das „Versprechen“ aus.

<sup>24</sup> Spiegelbildlich ist bei § 299 b RegE-StGB das „Gewähren“ des Vorteils vorgesehen.

<sup>25</sup> Dannecker, in: Kindhäuser, Neumann, Paeffgen, 4. Auflage 2013, § 299 StGB, Rn. 34 m.w.N.

<sup>26</sup> Gesetzesentwurf der Bundesregierung v. 21.10.2015, BT-Drucks. 18/6446, S. 17.

<sup>27</sup> BGH, Urt. v. 11.04.2001, Az.: 3 StR 503/00, NJW 2001, 2558, 2559.

materiellen Vorteil, wie Ehrungen und Ehrenämter, handelt oder ob dieser dem Täter direkt oder einem Dritten zufließt.<sup>28</sup> Insoweit deckt sich der Vorteilsbegriff mit dem Vorteilsbegriff zu § 31 Abs. 1 Musterberufsordnung-Ärzte. Bei strenger Betrachtung lässt sich vertreten, dass damit eine Strafbarkeit bereits mangels eines nachweisbaren Vorteils ausscheidet. Ein günstiger Einkaufspreis stellt für sich genommen keinen Vorteil dar, da er zu keiner Verbesserung der Lage des Empfängers beiträgt. Vielmehr ist die Zahlung eines Einkaufspreises grundsätzlich etwas nachteiliges, da bestehendes Vermögen vermindert wird. Durch den Erwerb der Kontrastmittel wird diese Vermögensminderung wieder ausgeglichen. Ein Vorteil verbleibt aber nur dann, wenn die Kontrastmittel einen höheren Wert hätten, als dafür gezahlt werden musste. Davon ist nicht auszugehen, weil kein Händler seine Ware unter deren Wert verkaufen wird, da er sonst mit dem Verkauf keinen Gewinn mehr erzielen würde. Ein Vorteil im strafrechtlichen Sinne entsteht aber auch dann nicht, wenn der Vertragsarzt später die Kontrastmittelpauschale abrechnet und den Differenzbetrag zwischen dem Einkaufspreis und der pauschalen Erstattungssumme einbehält. Denn nach der Definition eines Vorteils, die der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung vertritt, darf auf die Leistung kein Anspruch bestehen. Ein Anspruch auf die Erstattung der Kontrastmittelpauschale ergibt sich aber aus der Ergänzungsvereinbarung zur SSB-Vereinbarung zwischen einer Kassenärztlichen Vereinigung und den Krankenkassen über die Kontrastmittelpauschalen.

Damit stellt auch die Auszahlung des Erstattungsbetrages nach unserer Rechtsauffassung keinen Vorteil im strafrechtlichen Sinne dar. Dem Vertragsarzt bleibt auch keine andere Wahl. Durch das Wirtschaftlichkeitsgebot ist er gehalten, Kontrastmittel möglichst günstig einzukaufen. Die Verpflichtung zur peinlich genauen Abrechnung, die das Bundessozialgericht in seiner ständigen Rechtsprechung annimmt<sup>29</sup>, zwingt den Vertragsarzt andererseits dazu, die in der Ergänzungsvereinbarung vorgegebenen Pseudoziffern für die Kontrastmittelverwendung einzusetzen. Es ist ihm dagegen nicht gestattet, diese Ziffern nicht abzurechnen. Der wirtschaftliche Vorteil, der aus einer Saldierung des Einkaufspreises und des pauschalen Erstattungspreises resultiert, führt zwar zu einer Verbesserung der Lage des Empfängers, ist jedoch auf Grund des Anspruches auf die Erstattung des Pauschalbetrages kein strafwürdiger Vorteil im Sinne der Rechtsprechung zu § 299 StGB.

Zudem ist festzustellen, dass die Vertragsärzte an die Bestimmungen der Gesamtverträge und damit auch der Ergänzungsvereinbarung gebunden sind, da es sich nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts um sog. normsetzende Verträge handelt.<sup>30</sup> Der Radiologe ist daher nicht berechtigt, andere Beträge als die Pauschale gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung in Rechnung zu stellen. Den Krankenkassen ist es als Körperschaft des öffentlichen Rechts nach § 4 Abs. 1 SGB V nicht gestattet, über die Pauschalvergütung hinaus, zusätzliche Beträge zu vereinnahmen, denn jedes Handeln der Sozialversicherungsträger, durch das Rechte und Pflichten begründet, festgestellt, geändert oder aufgehoben werden, bedarf nach § 31 SGB I einer gesetzlichen Grundlage (sog. Gesetzesvorbehalt).

---

<sup>28</sup> Gesetzesentwurf der Bundesregierung v. 21.10.2015, BT-Drucks. 18/6446, S. 17 m.w.N.

<sup>29</sup> BSG, Urt. v. 24. November 1993 – 6 RKa 70/91 –, SozR 3-2500 § 95 Nr 4, BSGE 73, 234-244.

<sup>30</sup> Vgl. oben D. I.

Da es sich dennoch nicht ausschließen lässt, dass die Staatsanwaltschaften oder Strafgerichte dieser strengen Auslegung des Vorteilsbegriffs trotz Verankerung in der BGH-Rechtsprechung nicht folgen, soll nachfolgend beleuchtet werden, dass eine Strafbarkeit auch aus anderen Gründen ausscheidet.

#### **e. Unrechtsvereinbarung**

Das Vorliegen eines Vorteils reicht für die Strafwürdigkeit des Verhaltens nicht aus. Ebenso wie für die Bestechungsdelikte nach z. B. §§ 299, 331, 332, 333, 334 StGB muss auch für § 299a StGB zwingend eine sog. Unrechtsvereinbarung gegeben sein. Dies bedeutet, dass ein irgendwie gearteter Vorteil nicht ausreicht. Vielmehr muss sich dieser - damit eine Unrechtsvereinbarung vorliegt - gerade auf eine bestimmte Gegenleistung des Angehörigen des Heilberufs beziehen.<sup>31</sup>

Eine Unrechtsvereinbarung liegt dann vor, wenn bei der Verordnung oder der Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten oder bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial die unlautere Bevorzugung eines anderen im (inländischen oder ausländischen) Wettbewerb zumindest angestrebt wird (§ 299a Abs. 1 Nr. 1 StGB).

Für § 299a Nr. 1 StGB reicht die *Verordnung* (von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten) oder in Nr. 3 die *Zuführung* (von Patienten oder Untersuchungsmaterial) aus. Hingegen wird in § 299a Nr. 2 StGB der *Bezug* (von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten) vorausgesetzt, der jegliche Form des Sich-Verschaffens<sup>32</sup> erfasst. Die Verordnung von Hilfsmitteln durch den Arzt ist kein Bezug des Arztes, sondern des Patienten<sup>33</sup> und wird folglich von § 299a Nr. 1 StGB erfasst, nicht jedoch von § 299a Nr. 2 StGB.

In der Handlungsvariante des Forderns<sup>34</sup> ist die Tat bereits mit Vornahme dieser Tathandlung vollendet.<sup>35</sup> Ausreichend ist daher, dass das Verhalten auf den Abschluss einer Unrechtsvereinbarung *abzielt*.<sup>36</sup> Das Zustandekommen einer Unrechtsvereinbarung ist nicht erforderlich.<sup>37</sup> Hingegen muss in den Handlungsvarianten des Sich-Versprechen-Lassens<sup>38</sup> oder Annehmens<sup>39</sup> eine Unrechtsvereinbarung zustande kommen.<sup>40</sup> Beendet ist die Tat erst mit der Annahme des letzten von der Unrechtsvereinbarung erfassten Vorteils.<sup>41</sup>

---

<sup>31</sup> Das Fordern, Versprechen-Lassen oder Annehmen des Vorteils muss *für* (zumindest) eine der drei genannten Gegenleistungen erfolgen. Insoweit handelt es sich hierbei um eine so genannte "konkrete Unrechtsvereinbarung" die im Gegensatz zu der "gelockerten Unrechtsvereinbarung" der §§ 331, 333 StGB (Vorteilsannahme durch Amtsträger) enger im Anwendungsbereich ist. Bei der Unrechtsvereinbarung nach § 331, 333 StGB reicht schon für die Annahme die inhaltliche Verknüpfung von Dienstausbübung und Vorteilszuwendung aus. Ein Gegenleistungsverhältnis wie bei § 299 bzw. 299 a RegE-StGB ist dabei nicht erforderlich, vgl. *Fischer*, StGB, § 331, Rn. 21.

<sup>32</sup> Gesetzesentwurf der Bundesregierung v. 21.10.2015, BT-Drucks. 18/6446, S. 22.

<sup>33</sup> *Dannecker*, in: Kindhäuser, Neumann, Paeffgen, § 299 StGB, Rn. 55a.

<sup>34</sup> Für § 299 b RegE-StGB gilt dies in Bezug auf die Handlungsvariante des „Anbietens“.

<sup>35</sup> *Momsen*, in: Beck'scher Online-Kommentar, StGB, Stand: 02.06.2015, § 299 Rn. 20.

<sup>36</sup> *Heine/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Auflage 2014, § 299 Rn. 31.

<sup>37</sup> *Heine/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 299 Rn. 31.

<sup>38</sup> Für § 299 b RegE-StGB gilt dies in Bezug auf die spiegelbildliche Handlungsvariante „Versprechen“.

<sup>39</sup> Für § 299 b RegE-StGB gilt dies in Bezug auf die spiegelbildliche Handlungsvariante „Gewähren“.

<sup>40</sup> *Heine/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 299 Rn. 31; *Momsen*, in: Beck'scher Online-Kommentar StGB, § 299 Rn. 20.

<sup>41</sup> *Heine/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 299 Rn. 31 m.w.N.

## **f. Unlautere Bevorzugung im Wettbewerb**

Die (angestrebte) Gegenleistung kann in einer unlauteren Bevorzugung im (inländischen oder ausländischen) Wettbewerb bestehen. Die Bevorzugung muss nicht notwendig schon im Detail feststehen.<sup>42</sup> Zumindest bei tatsächlich erfolgter Bevorzugung muss sie jedoch konkret nach Zeit, Ort und Begehungsweise festgestellt werden.<sup>43</sup> Unter Bevorzugung ist die Entscheidung zwischen zumindest zwei Bewerbern zu verstehen, sie setzt also Wettbewerb und Benachteiligung eines Konkurrenten voraus.<sup>44</sup> Hierbei genügt es, wenn die zum Zwecke des Wettbewerbs vorgenommenen Handlungen nach der Vorstellung des Täters geeignet sind, seine eigene Bevorzugung oder die eines Dritten im Wettbewerb zu veranlassen. Dabei muss sich die Vorstellung des Täters nicht schon auf einen bestimmten, verletzten Mitbewerber beziehen.<sup>45</sup> Unlauter ist eine Bevorzugung, die geeignet ist, Mitbewerber durch Umgehung der Regeln des Wettbewerbs und durch Ausschaltung der Konkurrenz zu schädigen.<sup>46</sup> Sofern ein Unternehmen über eine Monopolstellung verfügt, fehlt es an einer Wettbewerbslage.<sup>47</sup> Insgesamt verweist die Gesetzesbegründung auf die Auslegungsgrundsätze des § 299 StGB.

Die Vertragsärzte und angestellten Ärzte unterfallen dem potenziellen Täterkreis des § 299a StGB und zwar in der Tatbestandsvariante des Sich-versprechen-Lassens oder des Annehmens eines Vorteils bei Bezug von Arzneimitteln. Eine tatbestandliche Bevorzugung kommt in Betracht, wenn sich die Vertragsärzte aufgrund eines geringeren Einkaufspreises unterhalb der Kontrastmittelpauschale nach einer Ergänzungsvereinbarung zur SSB-Vereinbarung zur Abrechnung von Röntgenkontrastmitteln für das Angebot eines günstigeren Händlers anstatt das eines Mitbewerbers entscheiden, der einen höheren Einkaufspreis anbietet. Diese Bevorzugung im Wettbewerb ist allerdings nur dann strafwürdig, wenn sie unlauter ist, also dazu geeignet ist, Mitbewerber unter Umgehung der Regeln des Wettbewerbs zu schädigen. Das Merkmal grenzt sachwidrige von sachgemäßen Motiven für die Bevorzugung ab.<sup>48</sup>

In den Ergänzungsvereinbarungen zur SSB-Vereinbarung wird in auf die Verpflichtung zur Einhaltung des Wirtschaftlichkeitsgebotes hingewiesen. Somit kann nach unserer Rechtsauffassung die Sachwidrigkeit der Entscheidung für einen günstigeren Kontrastmittellieferanten nicht bereits auf die Bevorzugung auf Grund des angebotenen Einkaufspreises desselben Kontrastmittels gestützt werden, da dieses wirtschaftliche Verhalten von Ärzten gerade erwünscht ist. Ein Vergleich der Einkaufspreise und die Entscheidung für den günstigeren ist ein sachgemäßes Motiv und damit nicht unlauter.

Zu hinterfragen ist in diesem Zusammenhang die Begründung zur Beschlussempfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, in der es heißt *„Eine Strafbarkeit entfällt, wenn der Heilberufsangehörige die ihm beim Bezug gewährten Rabatte und sonstigen Vorteile zugunsten des*

---

<sup>42</sup> Krick, Münchener Kommentar, StGB, § 299 Rn. 25 m.w.N.

<sup>43</sup> BGH wistra 2010, S. 447.

<sup>44</sup> Fischer, StGB, § 299 Rn. 14.

<sup>45</sup> BGHSt 49, 214, 228.

<sup>46</sup> Fischer, StGB, § 299 Rn. 16.

<sup>47</sup> Heine/Eiserle, in: Schönke/Schröder, StGB, § 299 Rn. 23.

<sup>48</sup> Fischer, StGB, § 299 Rn. 16.

*Patienten bzw. des zuständigen Kostenträgers annimmt, um sie an diesen weiterzugeben.*<sup>49</sup> Diese Ausführungen beziehen sich jedoch auf Regelungen im SGB V, die eine an sich unzulässige Zusammenarbeit zwischen Leistungserbringern und Vertragsärzten dann als zulässig ansehen, wenn sie zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern zur Erschließung von Wirtschaftlichkeitsreserven geschlossen werden. Eine solche Regelung ist z.B. in § 128 Abs. 6 S. 2 SGB V enthalten:

*„Hiervon unberührt bleiben gesetzlich zulässige Vereinbarungen von Krankenkassen mit Leistungserbringern über finanzielle Anreize für die Mitwirkung an der Erschließung von Wirtschaftlichkeitsreserven und die Verbesserung der Qualität der Versorgung bei der Verordnung von Leistungen nach den §§ 31 und 116b Absatz 7.“*

Diese Regelung wurde durch die 15. AMG-Novelle in das SGB V aufgenommen. In dem Gesetzentwurf zur 15. AMG-Novelle vom 16.03.2009<sup>50</sup> wird die Regelung wie folgt begründet:

*„[...] Dagegen bleibt es weiterhin zulässig, dass Krankenkassen im gesetzlich vorgesehenen Rahmen mit Leistungserbringern vereinbaren, finanzielle Anreize zu gewähren, insbesondere für eine Mitwirkung an der Erschließung von Wirtschaftlichkeitsreserven und einer Verbesserung der Qualität der Versorgung.“*

Die Regelung bestätigt die bereits oben getroffene Feststellung, dass Krankenkassen mit einzelnen Vertragsärzten oder auch im Rahmen der Gesamtverträge mit den Kassenärztlichen Vereinigungen Vereinbarungen abschließen können, die im Ergebnis auch zu Vorteilen auf Seiten der Vertragsärzte führen. In diesem Fall fehlt es bereits an einem rechtswidrig erlangten Vorteil auf Seiten des Vertragsarztes, soweit hierfür eine gesetzliche Regelung vorhanden ist.

Eine solche Privilegierung stellt die untergesetzliche Ermächtigung an die Partner der Gesamtverträge zur Schaffung von Pauschalen in § 44 Abs. 6 S. 9 BMV-Ä bzw. §§ 82 Abs. 2 Satz 1, 83 Satz 1 SGB V dar. Durch diese Regelung wird den Gesamtvertragspartnern die Möglichkeit eingeräumt, als Ausnahme zu § 44 Abs. 6 S. 7 BMV-Ä, auf die Weitergabe von Vorteilen durch den Vertragsarzt zu verzichten, um langfristig auf die Preisgestaltung im Kontrastmittelmarkt Einfluss zu nehmen und damit günstigere Abgabepreise zu erzielen.

Ferner ist anhand der Gesetzesbegründung und der Beschlussbegründung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz zu erkennen, dass der Gesetzgeber ganz andere Beispiele bei der Schaffung des neuen Korruptionstatbestandes vor Augen hatte. Als Beispiele für eine unmittelbare Anwendung von erworbenen Arzneimitteln werden dort die ambulante Krebstherapie und die Substitutionstherapie hervorgehoben. Da sich die oben zitierte Aussage offensichtlich auf Arzneimittel im allgemeinen bezieht und keine Ausführungen zu einer pauschalen Kostenerstattung gemacht werden, ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber bei seiner Aussage zu rabattierten Arzneimitteln die Kontrastmittel nicht im Blick hatte und die Problematik im Zusammenhang mit unter dem Pauschalpreis liegenden Einkaufspreisen für Kontrastmittel nicht erkannt hat. Dies bedeutet schließ-

<sup>49</sup> Beschluss des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 13.04.2016, Ausschuss-Drucks. 18/8106, S. 15.

<sup>50</sup> BT-Drucksache 16/12256, S. 65

lich aber, dass er die zitierte Aussage nicht auf Kontrastmittel bezogen hat und sie daher für die strafrechtliche Beurteilung nicht zu berücksichtigen ist.

## **2. Verweis auf berufsrechtliche Pflicht zur heilberuflichen Unabhängigkeit**

Während § 299a RegE-StGB in dem Regierungsentwurf in beiden Absätzen noch vorsah, dass der Täter die „*berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit*“ verletzen müsse, ist dieser Verweis nunmehr entfallen. Damit soll den Bedenken hinsichtlich der Unbestimmtheit und Uneinheitlichkeit der verschiedenen Berufsordnungen der Länder Rechnung getragen werden<sup>51</sup>. Die Tatbestandsvariante sollte zur Anwendung kommen, wenn es beispielsweise bei Vorliegen einer Monopolstellung an einer Wettbewerbssituation fehlte. Diese Konstellation erschien dem Gesetzgeber jedoch als äußerst selten und selbst in diesen Fällen soll nach seiner Vorstellung auch die Vorteilsgewährung durch einen Monopolisten u.U. wettbewerbsrelevant sein, sodass der Wegfall dieses Verweises keine besonderen Auswirkungen mit sich bringt. Auch eine Einführung der Regeln der Berufsordnung über den Umweg des Verweises auf das Wettbewerbsrecht in den Tatbestand des § 299a StGB liegt nicht vor. Zwar findet sich im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) in § 3a folgende Regelung:

### *§ 3a UWG (Rechtsbruch)*

*„Unlauter handelt, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln, und der Verstoß geeignet ist, die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen.“*

Danach könnte man zunächst annehmen, dass auch jeder Verstoß gegen eine Vorschrift des Berufsrechts als „gesetzliche Vorschrift“ über den Verweis in § 299a StGB die Tathandlung des § 299a StGB verwirklicht und so trotz der Streichung des Abs. 2 nunmehr über diesen Umweg der Verweis auf die Berufsordnung erhalten bleibt. Jedoch soll das Merkmal der Unlauterkeit in § 299a StGB, auf den das Begriffsverständnis in § 299 StGB nach der Gesetzesbegründung anwendbar sein sollen, gerade nicht deckungsgleich mit dem Begriff des § 3 UWG oder § 138 BGB sein<sup>52</sup>. Insofern stimmen wir der in einem fremden Gutachten geäußerten Auffassung nicht zu, dass allein weil dem Vertragsarztrecht jede wirtschaftliche Betätigung fremd sei, ein Bezug von Kontrastmitteln unterhalb der vereinbarten Pauschale ausgeschlossen ist. Selbst wenn ein Vertragsarzt, um einen Mengenrabatt zu erhalten, der einen Vorteil in strafrechtlichem Sinne darstellen würde, eine größere Anzahl eines Kontrastmittels einkauft, lässt sich aus strafrechtlicher Sicht nicht sofort auf ein korruptives Verhalten schließen. Das Wirtschaftlichkeitsgebot nach § 12 Abs. 1 SGB V gilt trotz der Einführung der Kontrastmittelpauschalen fort, sodass es kein tatbestandliches Handeln darstellt, wenn ein Arzt ein Kontrastmittel bei einem günstigeren Anbieter einkauft. Dies beeinträchtigt das Rechtsgut des lautereren Wettbewerbs nicht. Aber auch eine Beeinträchtigung des Rechtsguts des Vertrauens in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen ist nicht zu erkennen. Im Strafrecht gilt das sog. Simultanitätsprinzip gemäß §§ 8, 16 StGB. Danach müssen Vorsatz und Tathandlung

<sup>51</sup> Beschluss des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 13.04.2016, Ausschuss-Drucks. 18/8106, S. 15.

<sup>52</sup> Fischer, StGB, § 299, Rn. 16 mwN.

gleichzeitig vorliegen. Kauft ein Arzt aber zunächst auf Vorrat Kontrastmittel ein, weiß er zu diesem Zeitpunkt nicht, für welche konkreten Patienten er diese später verwenden wird. Insbesondere kann er nicht vorhersagen, ob dieses Kontrastmittel überhaupt für einen GKV-Patienten eingesetzt werden wird oder aber für einen PKV-Patienten. Da im letzteren Fall eine genaue Abrechnung nach Verbrauch stattfindet, kann in diesem Fall kein Vorsatz bestehen, sich einen Vorteil zu verschaffen. Folglich kann ein Vorsatz daher nicht unterstellt werden, solange dem Arzt nicht klar ist, ob er das eingekaufte Kontrastmittel für einen GKV- oder PKV-Patienten einsetzen wird. Allein bei Ärzten, die ausschließlich GKV-Patienten behandeln, besteht daher die nachfolgende Problematik des vermuteten Vorsatzes. Dem Arzt müsste daher nachgewiesen werden, dass er bereits beim Einkauf der Kontrastmittel in Erwägung zog, diese später ohne Rücksicht auf die Indikation diese bei Patienten anzuwenden, bei denen entweder überhaupt keine Indikation für eine Kontrastmittelgabe oder aber für die Verwendung eines anderen Kontrastmittels vorlag. Um dem vorzubeugen, dass ein Richter jedoch zulässigerweise bei Ärzten, die ausschließlich GKV-Patienten behandeln, von den äußeren Umständen auf einen entsprechenden (bedingten) Vorsatz schließt, ist jedem Vertragsarzt – nicht nur aus ethischen und Haftungsgründen - dringend anzuraten, keine Kontrastmittel entgegen der Indikation zu verabreichen, da sich nach Einführung des § 299a StGB auch eine Strafbarkeit wegen Bestechlichkeit aufdrängen würde, zusätzlich zu einer in diesem Fall ohnehin gegebenen Strafbarkeit wegen Körperverletzung.

### **3. Wegfall des § 299a Abs. 2 StGB**

In der letzten Beratung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz ist der zweite Absatz des früheren Regierungsentwurfs des § 299a StGB gestrichen worden.<sup>53</sup>

Nach der vormaligen Tatbestandsstruktur sollten Bezugsentscheidungen gesondert in einem zweiten Absatz geregelt werden und nicht an eine unlautere Bevorzugung im Wettbewerb, da sich die Unlauterkeit einer Bevorzugung auch aus Verstößen gegen Preis- und Rabattvorschriften ergeben könne, bei denen es an einem korruptionsspezifischen Unrechtsgehalt und an einer Beeinträchtigung des Vertrauens in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen fehlen kann<sup>54</sup>. Mit der Streichung des Absatz 2 und der Einbettung der Bezugsentscheidungen in den Absatz 1 Nr. 2 ist eine Beschränkung der Bezugsentscheidung hinsichtlich derer Arznei- und Heilmittel sowie Medizinprodukte verbunden, die zur unmittelbaren Anwendung am Patienten (also ohne vorherige Verordnung) bestimmt sind, denn in diesen Fällen sollen nach der Vorstellung des Gesetzgebers die beiden Schutzgüter des lautereren Wettbewerbs und der Integrität heilberuflicher Entscheidungen auch bei Bezugsentscheidungen in strafwürdiger beeinträchtigt werden können<sup>55</sup>. Die Kritik am vorherigen Absatz 2 wurde jedoch nicht aufgenommen. Kritik kam beispielsweise von Seiten der Bundesrechtsanwaltskammer, die in der Integrität heilberuflicher Entscheidungen kein korruptionstaugliches Rechtsgut sah.<sup>56</sup> Dieses Rechtsgut soll nach der Beschlussbegründung des Ausschusses

---

<sup>53</sup> Beschluss des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 13.04.2016, Ausschuss-Drucks. 18/8106, S. 5.

<sup>54</sup> Gesetzesentwurf der Bundesregierung v. 21.10.2015, BT-Durcks. 18/6446, S. 22.

<sup>55</sup> Beschluss des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 13.04.2016, Ausschuss-Drucks. 18/8106, S. 14.

<sup>56</sup> <http://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2015/november/stellungnahme-der-brak-2015-40.pdf>, Seite 7, zuletzt aufgerufen am 28.04.2016.

für Recht und Verbraucherschutz aber trotz Wegfall des Absatzes 2 dennoch durch § 299a StGB geschützt werden.

#### **4. Strafrechtliche Beurteilung des Bezuges von Kontrastmitteln unterhalb der SSB-Pauschale durch Vertragsärzte**

Die größte Herausforderung in der Praxis dürfte zukünftig die Grenzziehung zwischen einem strafrechtlich irrelevanten und einem strafbaren Verhalten nach § 299a StGB sein, da die Voraussetzungen, unter denen eine Unrechtsvereinbarung angenommen werden kann, nicht rechtssicher feststehen. Größere Rechtssicherheit wird allenfalls sukzessiv im Laufe der Zeit durch die Rechtsprechung und Handhabungspraxis der Strafverfolgungsbehörden entstehen.

Nach unserer Rechtsauffassung ist eine Verurteilung wegen Bestechlichkeit im Gesundheitswesen durch Vertragsärzte, die Kontrastmittel unterhalb der festgelegten Pauschalbeträge einkaufen und den Einkaufsvorteil nicht an die Krankenkassen weiterreichen, nicht zu befürchten, da es an dem Tatbestandsmerkmal der Unlauterkeit regelmäßig fehlen wird, solange der Arzt seine heilberuflichen Entscheidungen sorgfältig trifft und für jeden Patienten individuell prüft, ob und welches Kontrastmittel einzusetzen ist und nicht aus wirtschaftlichen Gründen, einem Patienten Kontrastmittel verabreicht, obwohl es nicht erforderlich gewesen wäre für die beabsichtigte Bilddiagnostik. Das die Staatsanwaltschaften dennoch einen Anfangsverdacht annehmen und Ermittlungen einleiten, lässt sich jedoch nicht vermeiden, solange keine gefestigte Rechtsprechung zu den §§ 299a, b StGB vorliegt.

#### **5. Tatbestand des § 299b StGB**

In § 299b StGB wird spiegelbildlich zu § 299a StGB die aktive Bestechung, also das Anbieten, Versprechen oder Gewähren des Vorteils an Angehörige eines Heilberufs unter Strafe gestellt. Der Täterkreis des § 299b StGB ist weiter als in § 299a StGB und erstreckt sich auf jede Person, die auf der Geberseite auftritt und die tatbestandliche Handlung des § 299b StGB vornimmt.<sup>57</sup> Da der Vertragsarzt selbst keine Kontrastmittel vertreibt, sondern lediglich bezieht, scheidet bereits bezogen auf den vom Tatbestand erfassten Täterkreis eine Strafbarkeit des Vertragsarztes aus. Im Übrigen kann auf die oben stehenden Ausführungen zu § 299a StGB verwiesen werden.

#### **6. Zwischenergebnis**

Bei der Bewertung einer zukünftigen Strafbarkeit nach § 299a StGB wird es insbesondere darauf ankommen, ob ein Verstoß gegen §§ 30 ff. BO ÄKW und der §§ 73 Abs. 7, 128 Abs. 2 SGB V vorliegt. Hinsichtlich der Anwendung des § 299a StGB bestehen jedoch erhebliche Rechtsunsicherheiten.

---

<sup>57</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 21.10.2015, BT-Drucks. 18/6446, S. 23.



Nach den Ausführungen des Oberstaatsanwalts *Badle*<sup>58</sup> werden Anwendungsprobleme vor allem bei der Bestimmung des Vorliegens und Nachweises einer Unrechtsvereinbarung entstehen.<sup>59</sup> Mangels tauglicher Abgrenzungskriterien wird insbesondere den Strafverfolgungsbehörden ein weiterer Auslegungsspielraum eröffnet.<sup>60</sup> Dies begründe wiederum die Gefahr, dass diese aufgrund der geringen Voraussetzungen zur Begründung eines Anfangsverdachts gemäß § 152 Abs. 2 StPO vorschnell Ermittlungsmaßnahmen einleiten werden.<sup>61</sup> Zur Klärung des Vorliegens einer Unrechtsvereinbarung werden Durchsuchungen, Vernehmungen von Mitarbeitern in Praxen und Unternehmen nötig sein und direkt zu Beginn des Ermittlungsverfahrens vorgenommen werden.<sup>62</sup> Schon allein diese Maßnahmen, unabhängig davon, ob sie berechtigt sind, können zur Rufschädigung des betroffenen Mediziners oder Unternehmens und Beschädigung des Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und Patienten führen. Es bestehen kaum Chancen solche Maßnahmen zu verhindern, weil diese Maßnahmen meist erfolgen, wenn der betroffene Arzt noch keine Kenntnis von der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gegen sich hat.

### **III. § 299 StGB (Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr)**

Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BGH sind niedergelassene Vertragsärzte weder als Beauftragte eines geschäftlichen Betriebs im Sinne der § 299 Abs. 1, Abs. 2 StGB, noch als Amtsträger im Sinne der §§ 331 ff. StGB zu qualifizieren. Eine Strafbarkeit der Vertragsärzte scheidet somit aus. Bei angestellten Ärzten ist diese aber unverändert geben; insoweit greifen aber die vorstehenden Ausführungen zu den Tatbestandsmerkmalen des § 299a StGB.

### **IV. § 263 StGB (Betrug)**

Ausgangspunkt für die Beurteilung der Frage, ob eine rechtliche Verpflichtung zur Weiterreichung von erlangten Vorteilen an die Kassenärztliche Vereinigung und/oder die Krankenkasse besteht, sind die jeweils zu Grunde liegende Abrechnungsbestimmungen. Besteht, wie in § 44 Abs. 6 S. 7 BMV-Ä geregelt, eine Verpflichtung des Vertragsarztes gegenüber der Kassenärztliche Vereinigung, „die tatsächlich realisierten Preise in Rechnung zu stellen“, besteht für die rechnungsbegleichende Stelle auch die Notwendigkeit, die Abrechnung des Vertragsarztes zu prüfen. Bei einer Abrechnung nach den tatsächlichen Kosten ist der Vertragsarzt verpflichtet, ggf. vom Hersteller bzw. Lieferanten gewährte Rückvergütungen, wie Preisnachlässe, Rabatte, Umsatzbeteiligungen, Bonifikationen und rückvergütungsgleiche Gewinnbeteiligungen mit Ausnahme von Barzahlungsrabatten bis zu 3 % weiterzugeben. Vertragsärzte, die entgegen diesen Vorgaben Preisnachlässe nicht weitergeben, machen sich wegen Betruges nach § 263 StGB zum Nachteil der Kassenärztlichen Vereinigung und ggfls. der Untreue zum Nachteil der Krankenkassen nach § 266 StGB strafbar:

*„Wer in dieser Weise zur Angabe seiner individuell errechneten tatsächlichen Kosten verpflichtet ist, gleichwohl aber ohne jede Berechnung und ohne jede eigene substantiierte Kalkulation pau-*

---

<sup>58</sup> Leiter Zentralstelle zur Bekämpfung von Vermögensstrafataten und Korruption im Gesundheitswesen, Frankfurt am Main.

<sup>59</sup> *Badle*, medstra 2015, 139, 140.

<sup>60</sup> *Badle*, a.a.O., 140.

<sup>61</sup> *Badle*, a.a.O., 140.

<sup>62</sup> *Badle*, a.a.O., 141.

*schal ,Beträge geltend macht(e), die nach seiner Auffassung die tatsächlich entstandenen Kosten ausmachen [...], der täuscht.“<sup>63</sup>*

Der Vertragsarzt hat hier zudem die Richtigkeit seiner Abrechnung durch Unterschrift gegenüber der rechnungsbegleichenden Stelle zu bestätigen.<sup>64</sup> Als Ausnahme von diesem Grundsatz wird die Vereinbarung von Pauschalbeträgen im Sachkostenbereich durch die Vertragspartner der Gesamtverträge angesehen. In diesen Fällen ist der gesamtvertraglich vereinbarte Betrag abrechnungsfähig, unabhängig davon, welche Kosten dem Vertragsarzt tatsächlich entstanden sind.<sup>65</sup>

Die gegenwärtigen Bestimmungen über die Abrechnung von Kontrastmitteln nach den Ergänzungsvereinbarungen zur SSB-Vereinbarung zwischen den Kassenärztlichen Vereinigungen und den Krankenkassen sehen vor, dass eine Abrechnung gegenüber den fünf Kassenärztlichen Vereinigungen über eine Pauschale erfolgt. Bei dieser Konstellation ist der Betrugstatbestand nicht erfüllt, wenn der Vertragsarzt seinen Einkaufsvorteil nicht an die Krankenkasse weiterreicht. Es fehlt nämlich an einer tatbestandlichen Täuschung über eine Tatsache. Rechnet ein Arzt daher wie in der Kontrastmittelvereinbarung über eine Pseudoziffer eine Kontrastmittelpauschale ab, täuscht er sein Gegenüber, in diesem Fall die Kassenärztliche Vereinigung, nicht darüber, dass er das Kontrastmittel für weniger Geld eingekauft hat. Durch die Einführung einer Pauschale nimmt die Kassenärztliche Vereinigung gerade in Kauf, dass der Arzt tatsächlich weniger oder aber auch mehr als den Pauschalbetrag für den Kontrastmitteleinkauf ausgegeben hat. Sie möchte durch eine solche Pauschale gerade nicht über den jeweiligen exakten Einkaufspreis informiert werden und überlässt es ihren Vertragsärzten, Preise mit Kontrastmittelhändlern zu verhandeln. Es fehlt damit an einem unwahren Erklärungsinhalt, wenn der Arzt die Pauschale abrechnet. Er erklärt damit nämlich allein, dass er Kontrastmittel verwendet hat, aber nicht wie viel und zu welchem Preis er dieses eingekauft hat. Eine Strafbarkeit aus § 263 StGB kommt nur dann in Betracht, wenn der Vertragsarzt Kontrastmittel abrechnet, ohne sie tatsächlich beim Patienten eingesetzt zu haben, nicht aber für das Nichtweiterreichen eines Einkaufsvorteils. Dies folgt schon aus der Pflicht zur peinlich genauen Abrechnung. Danach ist es einem Vertragsarzt verwehrt, die Pauschale nicht abzurechnen, wenn er Kontrastmittel tatsächlich verwendet hat.

## **V. Gesamtergebnis**

Der Einkauf von Kontrastmitteln zu niedrigeren Preise, wenn diese auf dem Markt zu erzielen sind, als den zwischen den Kassenärztlichen Vereinigungen und Krankenkassen vereinbarten Pauschalen ist nach unserer Rechtsauffassung in strafrechtlicher Hinsicht nicht zu beanstanden. Es fehlt im Rahmen der Korruptionstatbestände an einem rechtswidrigen Vorteil, da den Vertragsärzten ein Anspruch auf Kostenerstattung in Höhe der Kontrastmittelpauschale zusteht und an der Unlauterbarkeit des ärztlichen Handelns. Ein Betrug scheitert bei ordnungsgemäßer Abrechnung an der Täuschung über eine Tatsache. Solange daher neben einem günstigen Kaufpreis für die Kontrastmittel keine Vorteile in Form materiellen oder immateriellen Zuwendungen, auf die kein

<sup>63</sup> vgl. BGH., Urt. v. 15.10.1991, Az.: 4 StR 420/91 - Radionuklide

<sup>64</sup> vgl. § 44 Abs. 6 S. 8 BMV-Ä

<sup>65</sup> vgl. *Trieb*, in Schiller, Bundesmantelvertrag Ärzte, 2014, § 44 Rn. 19

Rechtsanspruch besteht, seitens des Vertragsarztes angenommen werden und die Vertragsärzte ihre Pflicht zur peinlich genauen Abrechnung gewissenhaft einhalten, ist mit einer Verurteilung aus §§ 299a, b, 299 und 263 StGB nicht zu rechnen.

Münster, den 27.06.2016

Hamburg, den 27.06.2016

Prof. Dr. Peter Wigge  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Medizinrecht

René T. Steinhäuser  
Rechtsanwalt