

## Heft 2

15. November 2011

S. 41–80

PVSt 24054

Wirtschaftsstrafrecht  
Steuerstrafrecht  
Unternehmens-,  
Gesellschafts- und  
Wirtschaftsrecht  
Arbeitsrecht

### Aufsätze

**Arzt als Amtsträger:** Der niedergelassene Vertragsarzt – k/ein Amtsträger? (RAin Anja Sturm) 41

**Umsatzsteuerberichtigung:** Zur Korrektur von Umsatzsteuer-Erklärungen nach der Neuregelung der Selbstanzeige (RA Dr. Jörg Schauf und RA Dr. Markus Adick) 47

**Ombudsmann:** Rechtliche Rahmenbedingungen des anwaltlichen Ombudsmannes (RA Dr. Thomas Keul und RA Dr. Martin Wulf) 50

### Rechtsprechung

**Wirtschaftsstrafrecht:** Kassenärzte als Amtsträger i.S.d. §§ 331 ff. StGB oder als „Beauftragte“ i.S.d. § 299 StGB – II (BGH v. 20.7.2011) m. Anm. Prof. Dr. Hans Kudlich 62

**Wirtschaftsstrafrecht:** Schadensfeststellung bei Betrug und Untreue (BGH v. 14.4.2011) m. Anm. RA Christoph Lepper 68

**Steuerstrafrecht:** Lesezugriff auf ein betriebliches Dokumentenmanagementsystem bei Betriebsprüfung (BFH v. 9.2.2011) m. Anm. RA Dr. Rainer Spatscheck und RA Lothar Jansen 71

**Zivilrecht:** Zahlungen an ein Aufsichtsratsmitglied für Dienstverpflichtungen außerhalb seiner Tätigkeit als Aufsichtsrat (OLG Frankfurt v. 15.2.2011) m. Anm. RAin Dr. Anna Catharina Gottschall 77

**Arbeitsrecht:** Kein Anspruch auf rückständige Sozialversicherungsbeiträge gegen den Betriebsübernehmer (LSG Sachsen-Anhalt v. 11.1.2011) m. Anm. RA Dr. Burkard Göpfert 79

# ZWH

Zeitschrift für  
Wirtschafts-  
strafrecht und  
Haftung im  
Unternehmen

Inhalt  
1. Jahrgang  
Heft 2/2011  
S. 41-80

ISSN 1869-5891

## Beirat

RA Dr. Burkard Göpfert  
RAin Dr. Simone Kämpfer  
RA Dr. Christoph Knauer  
RA Prof. Dr. Gerd Krieger  
Prof. Dr. Hans Kudlich  
RA Dr. Rainer Spatscheck  
RAin Renate Verjans  
(geschäftsführend)

RA Dr. Markus Adick  
RAin Dr. Margarete  
Gräfin von Galen  
RA Dr. Ferdinand Gillmeister  
RA Dr. Thomas Keul  
RA Dr. Stefan Kirsch  
RA Christoph Lepper, LL.M.  
RA Prof. Dr. Holger Matt  
RA Dr. Bernd Rainer Mayer  
RA Jes Meyer-Lohkamp  
RAin Dr. Regina Michalke  
RA Dr. Panos Pananis  
RA Dr. Markus S. Rieder  
RAin Dr. Heide Sandkuhl  
RA Dr. Jörg Schauf  
RAin Dr. Hellen Schilling  
RA Dr. Bernd Wilhelm Schmitz  
RA Dr. Oliver Sieg  
RA Dr. Gerson Trüg  
RA Dr. Florian Ufer  
RA Nikolai Venn  
RA Dr. Marko Voß  
RA Dr. Martin Wulf

## Aufsätze

- Der niedergelassene Vertragsarzt – (kein Amtsträger?)  
*RAin Anja Sturm* 41
- Zur Korrektur von Umsatzsteuer-Erklärungen nach der Neuregelung der  
Selbstanzeige  
*RA Dr. Jörg Schauf und RA Dr. Markus Adick* 47
- Rechtliche Rahmenbedingungen des anwaltlichen Ombudsmannes  
*RA Dr. Thomas Keul und RA Dr. Martin Wulf* 50

## Rechtsprechung

### ■ Wirtschaftsstrafrecht

- Kassenärzte als Amtsträger i.S.d. §§ 331 ff. StGB oder als „Beauftragte“ i.S.d.  
§ 299 StGB – I  
(BGH, Beschl. v. 5.5.2011 – 3 StR 458/10) 58
- Kassenärzte als Amtsträger i.S.d. §§ 331 ff. StGB oder als „Beauftragte“ i.S.d.  
§ 299 StGB – II  
(BGH, Beschl. v. 20.7.2011 – 5 StR 115/11)  
m. Anm. *Prof. Dr. Hans Kudlich* 62
- Bestechung durch Schulfotografen  
(BGH, Ur. v. 26.5.2011 – 3 StR 492/10)  
m. Anm. *Prof. Dr. Hans Kudlich* 64
- Schadensfeststellung bei Betrug und Untreue  
(BGH, Beschl. v. 14.4.2011 – 2 StR 616/10)  
m. Anm. *RA Christoph Lepper* 68

### ■ Steuerstrafrecht

- Lesezugriff auf ein betriebliches Dokumentenmanagementsystem bei Be-  
triebsprüfung  
(BFH, Beschl. v. 9.2.2011 – I B 151/10)  
m. Anm. *RA Dr. Rainer Spatscheck und RA Lothar Jansen* 71
- Steuerhinterziehung: Unberechtigter Vorsteuerabzug für Lieferungen im Rah-  
men eines auf Hinterziehung von Umsatzsteuern angelegtem Systems  
(BGH, Beschl. v. 8.2.2011 – 1 StR 24/10)  
m. Anm. *RA Dr. Rainer Spatscheck und RA Christian Höll* 74

### ■ Zivilrecht

- Zahlungen an ein Aufsichtsratsmitglied für Dienstverpflichtungen außerhalb  
seiner Tätigkeit als Aufsichtsrat  
(OLG Frankfurt, Beschl. v. 15.2.2011 – 5 U 30/10)  
m. Anm. *RAin Dr. Anna Catharina Gottschall* 77

...

Rain Anja Sturm

## Der niedergelassene Vertragsarzt – (k)ein Amtsträger?

*Nun hat die mit dem Siemens-Skandal laut gewordene, nahezu hysterisch durch Gesellschaft, Politik, Medien und Strafverfolgungsbehörden verfolgte Korruption den großen Zweig der freien Berufe – die niedergelassenen Vertragsärzte – erreicht. Gleich zwei in diesem Jahr ergangene Vorlagebeschlüsse des BGH geben Anlass, diesem die Korruptionsstrafbarkeit gem. §§ 331 ff. StGB eröffnenden Begriff der Amtsträgereigenschaft auf den Grund zu gehen. Eine Diagnose der Begründungen zeigt einerseits die Gefahren auch für andere Berufsgruppen auf. Andererseits verbindet sich damit mittelbar die Aufforderung, den Gesetzesvorbehalt bei der Strafverfolgung ernst zu nehmen und bei der Umsetzung politisch erwünschter Ziele den Gesetzgeber tätig werden zu lassen.*

### I. Einleitung

Spätestens mit den Vorlagebeschlüssen des 3. und des 5. Strafsenats beim BGH,<sup>1</sup> die den Großen Senat gegenwärtig beschäftigen, sollte ein Ruck durch die Juristen gehen: Die Frage, ob der niedergelassene Arzt mit Kassenzulassung zugleich Amtsträger i.S.d. § 11 Nr. 2c StGB ist mit der Folge, dass er den Strafbarkeitsrisiken der Sonderdelikte für Amtsträger ausgesetzt wird, ist für die große Gruppe der Kassenärzte von exorbitanter Bedeutung. Indes ist nicht nur der Vertragsarzt betroffen. Mitglieder der freien Berufe sind schon seit 1998 – seit der Entscheidung des BGH zum Ingenieur mit der Funktion eines Amtsträgers – vor einer solchen Entwicklung nicht mehr gefeit.<sup>2</sup> Eine dramatische Ausweitung – über die Grenzen des Art. 103 Abs. 2 GG hinaus – des Amtsträgerbegriffs ist

zu befürchten. Genährt wird diese Sorge einerseits aus der vordergründig ausführlichen Argumentation des 3. Senats, mit der dieser diese Frage bejahen will. Andererseits alarmiert das von beiden Senaten nicht verheimlichte, sondern explizit formulierte politische Ziel, mit strafrechtlichen Sanktionen die regelmäßig für Negativschlagzeilen sorgende Beziehung von Ärzten zu Pharmaunternehmen,<sup>3</sup> das Pharma-Marketing, regulieren zu wollen.<sup>4</sup>

Es kann dahingestellt bleiben, ob der Große Senat für Strafsachen die richtige Institution ist, eine solch grundsätzliche Regulierung mit im Einzelnen nicht abschätzbaren Konsequenzen im Bereich der Gesundheitsvorsorge vorzunehmen. Wohin letztendlich eine am Verfolgungsziel orientierte Rechtsprechung führt, lässt sich an der verblüffend parallelen Entwicklung der ebenfalls am Ziel orientierten Rechtsprechung zur Untreue gem. § 266 StGB ablesen,<sup>5</sup> in der auch die – wenngleich herausragende – Entscheidung des BVerfG vom letzten Jahr<sup>6</sup> gerade „bewusst keinen endgültigen Schlusspunkt unter die Diskussion setzte“.<sup>7</sup> Im Bereich des Korruptionsstrafrechts stellt der Beschluss des OLG Braunschweig vom 23.2.2010<sup>8</sup> einen traurigen Höhepunkt dar: Aus dem Umstand, dass der 1. Strafsenat des BGH in seiner Entscheidung vom 27.4.2004 eine Vermögensbetreuungspflicht i.S.d. § 266 StGB für Kassenärzte bejaht hatte,<sup>9</sup> leitete das OLG in einem obiter dictum die Beauftragteneigenschaft der Kassenärzte ab.<sup>10</sup>

In dem Bestreben, die Dreiecksbeziehung Vertragsarzt – Krankenkasse<sup>11</sup> – Pharmaunternehmen durch Strafandrohungen zu reglementieren, wurde seit 2005 nicht nur in

▷ Die Autorin, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Strafrecht, ist Sozius der wirtschaftsstrafrechtlichen Kanzlei Ufer Knauer Rechtsanwälte in München.

1 BGH, Beschl. v. 5.5.2011 – 3 StR 458/10, ZWH 2011, 58; Beschl. v. 20.7.2011 – 5 StR 115/11, ZWH 2011, 62 (beide in diesem Heft).

2 BGH v. 29.1.1998 – 1 StR 64/97, NJW 1998, 2373 = NStZ 1998, 564.

3 *Korzilius/Osterloh*, Dtsch. Ärztebl. 2011, 108.

4 S. Beschluss des 3. Senats, Fn. 1, Rz. 52; Beschluss des 5. Senats, Fn. 1, Rz. 22.

5 Zur post-Verfassungsgerichtsentscheidungsära und der Umsetzung durch die Instanzgerichte vgl. *Kudlich*, ZWH 2011, 1 ff.; *Knauer*, Anmerk. zu BGH v. 13.4.2011 – 1 StR 94/10 – ZWH 2011, 28.

6 BVerfG v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 105/09, 491/09, NStZ 2010, 626 = NJW 2010, 3209.

7 *Kudlich*, ZWH 2011, 1.

8 OLG Braunschweig v. 23.2.2010 – Ws 17/10, NStZ 2010, 392.

9 BGH v. 27.4.2004 – 1 StR 165/03, NStZ 2004, 568 = MedR 2004, 613.

10 OLG Braunschweig v. 23.2.2010 – Ws 17/10, NStZ 2010, 392 (394).

11 Im Folgenden KK.

## Der niedergelassene Vertragsarzt – (klein) Amtsträger?

der Literatur,<sup>12</sup> sondern auch in der Rechtsprechung<sup>13</sup> über den Vertragsarzt als Beauftragtem i.S.d. § 299 StGB mit bislang nicht einheitlichem Ergebnis heftig diskutiert.

Es würde den Rahmen sprengen, die Vorlagebeschlüsse auch hinsichtlich der Frage der Beauftragteneigenschaft der niedergelassenen Vertragsärzte i.S.d. § 299 StGB zu analysieren.<sup>14</sup> Für die Praxis und in der Beratung wird man künftig davon auszugehen haben, dass diese Frage bejaht werden wird.

## II. Der Amtsträger im StGB

In § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB ist legaldefiniert, wer als Amtsträger im Strafgesetzbuch gilt: Die ersten beiden Begrifflichkeiten gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2a und b StGB normieren allgemeinverständlich – sozusagen formell-institutionell<sup>15</sup> –, dass Amtsträger ist, wer nach deutschem Recht Beamter oder Richter (Nr. 2a) ist oder in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis steht (Nr. 2b). Nr. 2c hingegen gibt eine materiell-funktionelle<sup>16</sup> Definition: „wer sonst dazu bestellt ist, bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform wahrzunehmen“. Kern dieses materiell-funktionellen Begriffs ist die funktionelle Wahrnehmung öffentlicher Verwaltungsaufgaben, vgl. Art. 130 Abs. 1 GG.<sup>17</sup>

Dieser Legaldefinition im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches<sup>18</sup> kommt eine rechtstechnische Funktion zu.<sup>19</sup> Sie gibt vor, welche der Amtsdelikte<sup>20</sup> einschließlich der Regelbeispiele<sup>21</sup> als Sonderdelikte auf einen bestimmten Personenkreis einschlägig sind.

Rechtspraktisch ist diese Vorschrift vor allen Dingen bei der Bekämpfung der Korruption von großer Bedeutung, weil sie entweder über die Strafbarkeit nach den §§ 331 ff. StGB überhaupt<sup>22</sup> oder über die Anwendbarkeit der schärferen §§ 331 ff. StGB im Verhältnis zu § 299 StGB (vor

1997: § 12 UWG) entscheidet.<sup>23</sup> Genau hier soll sie im Bereich des Pharma-Marketings – nun auch<sup>24</sup> in Bezug zu den niedergelassenen Vertragsärzten – zum Einsatz gebracht werden.

### 1. Grundsätzliches zum materiell-funktionellen Amtsträgerbegriff gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB

Im Gegensatz zu den ersten beiden Tatbestandsalternativen des Amtsträgerbegriffs sind die Auslegungsmöglichkeiten in der 3. Alternative weitaus vielfältiger. Im Zuge der zunehmenden Privatisierung öffentlicher Aufgaben ist diese Fallgruppe zugleich die mit Abstand bedeutendste in der Judikatur der letzten Jahre.<sup>25</sup>

Erst im Hinblick auf das offen kommunizierte Ziel, dem Amtsträgerbegriff mit Blick auf seine Anwendung im Korruptionsstrafrecht näher zu kommen, und insbesondere zur Vermeidung von Strafbarkeitslücken<sup>26</sup> war durch das KorrbekG 1997 der Zusatz betreffend die Organisationsform in § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB aufgenommen worden. Damit wurde die sich bereits abzeichnende Rechtsprechung beim BGH<sup>27</sup> ausweislich der Gesetzbegründung<sup>28</sup> klargestellt.

### 2. Die beiden Tatbestandsalternativen des § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB

Zu differenzieren ist der zu subsumierende Sachverhalt dahingehend, ob es sich um die Wahrnehmung von Aufgaben bei einer Behörde/sonstigen Stelle oder um die Wahrnehmung von Aufgaben im Auftrag einer Behörde/sonstigen Stelle handelt. In letzterem Fall ist die Aufgaben wahrnehmende Person behördenextern. Immer erforderlich ist zur Begründung der Amtsträgereigenschaft ein – wenn auch keiner besonderen Form bedürftiger – Beststellungsakt.<sup>29</sup>

Bei den „sonstigen Stellen“ muss es sich um eine behördenähnliche Institution handeln,<sup>30</sup> wobei der Organisati-

12 Vgl. *Pragal*, NStZ 2005, 133 ff.; *Taschke*, StV 2005, 406 ff.; *Klötzer*, NStZ 2008, 12 ff.; *Geis*, wistra 2005, 369 ff., *Sahan*, ZIS 2007, 69; *Sahan/Urban*, ZIS 2011, 519 ff. mit einer aktuellen Darstellung zum Meinungsstand.

13 OLG Braunschweig, s. Fn. 8; AG Ulm v. 26.10.2010 – 3 Cs 37 Js 9933/07.

14 Dazu etwa *Sahan/Urban*, ZIS 2011, 23; *Rübenstahl*, HRRS 2011, 324; *Dieners*, PharmR 2010, 613; *Brockhaus/Damm/Teubner/Tsambikakis*, wistra 2010, 418; *Wartjen/Schelling*, PharmR 2010, 509; *Krüger*, ZIS 2011, 692.

15 *Saliger* in *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, 3. Aufl. 2010, § 11 StGB Rz. 15.

16 Vgl. *Radtke* in *MünchKommStGB*, 1. Aufl. 2003, § 11 Rz. 17.

17 *Saliger* in *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, 3. Aufl. 2010, § 11 StGB Rz. 26.

18 Gemäß Art. 1 EStGB gilt sie für das gesamte Strafrecht des Bundes und der Ländern.

19 BGH v. 29.7.1986 – 1 StR 330/86, BGHSt 34, 146 (149) = MDR 1986, 1043 = NStZ 1987, 23 = NJW 1986, 3093.

20 §§ 97b Abs. 2, 120 Abs. 2, 133 Abs. 3, 174b Abs. 1, 201 Abs. 3, 203 Abs. 2 Nr. 1, 206 Abs. 4, 258a Abs. 1, 331 bis 334, 339, 340 Abs. 1, 343 bis 345, 348 Abs. 1, 352 Abs. 1, 353, 353b, 355, 357 Abs. 2 StGB.

21 §§ 240 Abs. 4 S. 2 Nr. 3, 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4, 264 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 und 3, 266a Abs. 4 Satz 2 Nr. 3, 267 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 StGB.

22 Vgl. z.B. BGH v. 18.4.2007 – 5 StR 506/06, NJW 2007, 2932; OLG Stuttgart v. 15.10.2008 – 2 Ss 371/08, StV 2009, 77.

23 Vgl. BGH v. 15.3.2001 – 5 StR 454/00, BGHSt 46, 310 (311) = NJW 2001, 2102; BGH v. 16.7.2004 – 2 StR 486/03, BGHSt 49, 214 (227) = NJW 2004, 3129 = NStZ 2004, 677; BGH v. 2.12.2005 – 5 StR 119/05, BGHSt 50, 299 (303) = NJW 2006, 925 = NStZ 2006, 210 = StV 2006, 626; BGH v. 29.8.2007 – 5 StR 103/07, NStZ 2008, 87; BGH v. 14.1.2009 – 1 StR 470/08, wistra 2009, 229 = StV 2009, 239 = NStZ 2009, 562.

24 Im Klinikbereich ist die Bestimmung einfacher: Ein Klinikarzt, der gleichzeitig verbeamteter Hochschullehrer ist, ist gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2a Alt. 1 StGB Amtsträger. Aber auch der angestellte Arzt oder Pfleger eines Krankenhauses, welches ungeachtet der Trägerschaft irgendetwie der staatlichen Steuerung unterliegt, ist regelmäßig Amtsträger, vgl. *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Aufl. 2008, S. 499 m.w.N.

25 *Saliger* in *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, 3. Aufl. 2010, § 11 StGB Rz. 26.

26 Vgl. BGH v. 29.1.1992 – 5 StR 338/91, BGHSt 38, 199 = MDR 1992, 600 (203) = NJW 1992, 847 = NStZ 1992, 279.

27 BGH v. 19.12.1997 – 2 StR 521/97, BGHSt 43, 370 = MDR 1998, 546 (377) = NJW 1998, 1874 = StV 1998, 183 = wistra 1998, 143; BGH v. 15.3.2001 – 5 StR 454/00, BGHSt 46, 310 (312) = NJW 2001, 2102 = wistra 2001, 267.

28 BT-Drucks. 13/5584.

29 *Fischer*, 58. Aufl. 2011, § 11 StGB Rz. 20 m.w.N.

30 *Fischer*, 58. Aufl. 2011, § 11 StGB Rz. 19 m.w.N. zur Rspr.

## Der niedergelassene Vertragsarzt – (klein) Amtsträger?

onsform lediglich eine indizielle Bedeutung beizumessen ist.<sup>31</sup> Der Bestellte muss zur Wahrnehmung von Aufgaben öffentlicher Verwaltung tätig werden. Entsprechend dem das öffentliche Recht beherrschenden Über-Unterordnungsprinzip betrifft dies zunächst solche Aufgaben, die aus der Staatsgewalt abgeleitet sind und den Zwecken der Aufgaben der Hoheitsträger dienen.<sup>32</sup> Dies umfasst die Eingriffsverwaltung wie aber auch die Leistungsverwaltung beispielsweise im Bereich der Daseinsvorsorge und die fiskalische Verwaltung.<sup>33</sup>

### III. Der Begriff des Amtsträgers in den Vorlagebeschlüssen

Die Fragestellung der beiden Vorlagebeschlüsse an den Großen Senat ist identisch: „Handelt ein niedergelassener, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassener Arzt bei Wahrnehmung der ihm in diesem Rahmen übertragenen Aufgaben (...) als Amtsträger i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB?“<sup>34</sup>

#### 1. Der Beschluss des 3. Strafsenats vom 5.5.2011

Das dem Vorlagebeschluss zugrunde liegende Urteil des LG Stade betraf den Vertrieb einer Handlungsfirma mit sog. TENS-Geräten, die Hilfsmittel i.S.d. sozialrechtlichen Bestimmungen über die gesetzliche Krankenversicherung darstellen. Der Vertrieb erfolgte über Handelsvertreter, die als Vergütung Provision erhielten. Das hier vorliegende Geschäftsmodell sah vor, dass einem niedergelassenen Arzt, der ein hochwertiges medizinisches Gerät aus der von der Handlungsfirma angebotenen Produktpalette mietete oder leaste, das hierfür zu zahlende Entgelt anteilig erstattet oder vollständig erlassen wurde. Im Gegenzug sollte er Verordnungen über TENS-Geräte ausstellen und der Firma zukommen lassen; eine bestimmte Zahl an Verordnungen pro Monat bzw. der finanzielle Gegenwert war zwischen den Beteiligten festgelegt worden.

#### a) Rechtliche Beurteilung durch das LG Stade

Das LG hatte sich im Zuge des Verfahrens über eine selbständige Verfallsanordnung mit der Frage zu befassen, ob die niedergelassenen Vertragsärzte Amtsträger gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB oder Beauftragte eines geschäftlichen Betriebes i.S.d. § 299 StGB seien. Beides wurde durch das LG verneint.

Die Beauftragteneigenschaft scheiterte an der rechtlichen Ausgestaltung der Praxis im Umgang mit der Verordnung von Hilfsmitteln – im Gegensatz zur Verordnung von Arzneimitteln –, weil dem Arzt die sog. „Letztentschei-

dungszuständigkeit“ fehle, er kein verbindliches Votum gegenüber der KK für einen bestimmten Anbieter abgebe.

Die Amtsträgereigenschaft lehnte das LG unter Verweis auf den fehlenden öffentlich-rechtlichen Bestellungsakt ab, der nicht in der ärztlichen Zulassung gem. § 95 SGB V gesehen werden könne. Darüber hinaus erscheine der Arzt nicht als „verlängerter Arm des Staates“.<sup>35</sup>

#### b) Die rechtliche Bewertung durch den 3. Strafsenat

Der 3. Senat qualifiziert die Vertragsärzte als Amtsträger, da die Voraussetzungen des § 11 Abs. 1 Nr. 2c Alt. 2 StGB „im Auftrag einer sonstigen Behörde“ gegeben seien.<sup>36</sup>

aa) Bei den KK handele es sich um „sonstige Stellen“ i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB. Sie seien behördenähnliche Institutionen, die im Rahmen der staatlichen Daseinsvorsorge gem. § 1 Satz 1 SGB V öffentliche Aufgaben wahrnehmen. Wenngleich deren Organisationsform als Körperschaft des öffentlichen Rechts hierfür nicht konstitutiv sei, habe diese eine indizielle Bedeutung.<sup>37</sup>

Das Kriterium, ob die KK bei einer Gesamtbetrachtung der sie kennzeichnenden Merkmale als „verlängerter Arm“ des Staates erscheinen, sei unerheblich. Dieses Abgrenzungskriterium gelte ausschließlich bei privatrechtlich organisierten Einrichtungen und Unternehmen der öffentlichen Hand. Auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben in Organisationsformen des öffentlichen Rechts sei dieses Kriterium daher nicht übertragbar.<sup>38</sup>

bb) Die für die Begründung der Amtsträgereigenschaft erforderliche Bestellung der Vertragsärzte zur Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung liege vor.<sup>39</sup> Sie setze keinen förmlichen Akt voraus. Vielmehr werde sie durch die bewirkte Einbeziehung in die Organisation der öffentlichen Verwaltung bestimmt, wie sie durch die Zulassung der Ärzte gem. § 95 SGB V erfolge.

Durch den Verwaltungsakt der Zulassung werde der Vertragsarzt Mitglied der kassenärztlichen Vereinigung<sup>40</sup> und würden die damit verbundenen besonderen Kompetenzen und Verhaltenspflichten nach außen verdeutlicht.<sup>41</sup> Über die durch die Zulassung erfolgte organisatorische Anbindung an die KV – wenngleich sie „in erster Linie den Teilbereich ihrer Vergütung“ betreffe – habe diese „weit“ darüber hinausgehende Wirkungen.

Zu diesen „weit darüber hinausgehenden Wirkungen“ führt der Senat unter Bezugnahme auf ein Urteil des BVerfG aus dem Jahr 1960 betreffend eine Verfassungsbeschwerde aus dem Jahr 1951<sup>42</sup> an, dass der Vertragsarzt in ein „subtil organisiertes öffentlich-rechtliches System“

31 BGH v. 9.7.2009 – 5 StR 263/08, BGHSt 54, 39 (41) = NJW 2009, 3248 = StV 2009, 581 = wistra 2009, 428; BGH v. 27.11.2009 – 2 StR 104/09, BGHSt 54, 202 (208) = NJW 2010, 784 = StV 2011, 359 = wistra 2010, 137.

32 Kühn in Lackner/Kühl, 27. Aufl. 2011, § 11 StGB Rz. 9 m.w.N. zur Rspr.

33 Fischer, 58. Aufl. 2011, § 11 StGB Rz. 22 m.w.N.

34 Für den Fall der Verneinung dieser Frage soll Stellung dazu genommen werden, ob der niedergelassene Vertragsarzt i.S.d. § 299 StGB als Beauftragter eines geschäftlichen Betriebs im geschäftlichen Verkehr handelt.

35 BGH v. 5.5.2011 – 3 StR 458/10, Rz. 9; der Generalbundesanwalt sieht hingegen sowohl die Beauftragteneigenschaft wie auch die Amtsträgerschaft gegeben, Rz. 10, ZWH 2011, 58 ff. (in diesem Heft)

36 BGH v. 5.5.2011 – 3 StR 458/10, Rz. 20.

37 BGH v. 5.5.2011 – 3 StR 458/10, Rz. 23.

38 BGH v. 5.5.2011 – 3 StR 458/10, Rz. 25.

39 BGH v. 5.5.2011 – 3 StR 458/10, Rz. 26.

40 Im Folgenden KV.

41 BGH v. 5.5.2011 – 3 StR 458/10, Rz. 29.

42 BVerfG v. 23.3.1960 – 1 BvR 216/51, BVerfGE 11, 30 (39).

## Der niedergelassene Vertragsarzt – (klein) Amtsträger?

einbezogen werde und mit der Behandlung der Versicherten eine ihm im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung übertragene Aufgabe ausübe.<sup>43</sup> Dem Vertragsarzt komme eine Schlüsselstellung im sozialrechtlichen System zu, da ausschließlich ihm die Kompetenz zugewiesen sei, die Voraussetzungen des Versicherungsfalls festzustellen.<sup>44</sup>

Schließlich führt der Senat zu den „weit darüber hinausgehenden Wirkungen“ aus, dass der Vertragsarzt Zahlungen der Versicherten gem. § 43b Abs. 1 Satz 1 SGB V und die Praxisgebühr gem. § 28 Abs. 4 SGB V einziehe. Er habe Aufzeichnungen zu erstellen und die notwendigen Angaben den KK mitzuteilen, § 295 SGB V. Durch Beratungen und Prüfungen überwachten die KK wiederum die Wirtschaftlichkeit der vertragsärztlichen Versorgung. Schlussendlich sei der Vertragsarzt zur „peinlich genauen Abrechnung“ gem. § 106 Abs. 3 SGB V verpflichtet.

Der Wortlaut des § 72 Abs. 1 Satz 1 SGB V, wonach die KK und Ärzte zur Sicherstellung der Versorgung der Patienten „zusammenwirken“, spreche angesichts der Vieltätigkeit der Rechtsbeziehungen nicht gegen ein Tätigwerden im Auftrag einer sonstigen Stelle,<sup>45</sup> ebenso wenig der Umstand, dass der Vertragsarzt mit einer Vielzahl an KK in Beziehung träte.

Schlussendlich erfolge die Zulassung auf Dauer, so dass eine über den einzelnen Auftrag hinausgehende, längerfristige Tätigkeit gegeben sei.<sup>46</sup>

Die freiberufliche und damit bezüglich der Behandlung und Verordnung weisungsunabhängige Tätigkeit stehe der Amtsträgereigenschaft jedenfalls dann nicht entgegen, wenn die übrigen Voraussetzungen des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB gegeben seien.<sup>47</sup> Wesentlich sei die mit der Zulassung erfolgte Einbindung der Vertragsärzte in die öffentlich-rechtlichen Strukturen der kassenärztlichen Versorgung.

## 2. Der Beschluss des 5. Strafsenats vom 20.7.2011

Dem Beschluss des 5. Strafsenats vom 20.7.2011 lag ein Urteil des LG Hamburg vom 9.12.2010 zugrunde. Die Angeklagte war als Pharmareferentin für ein Unternehmen tätig, welches ein Prämiensystem für die ärztliche Verordnung von Medikamenten aus ihrem Betrieb vorsah. Der Arzt sollte 5 % der Herstellerabgabepreise als Prämie dafür erhalten, dass er Arzneimittel des Unternehmens

verschrieb. Die Prämienzahlung erfolgte getarnt als Honorar für wissenschaftliche Vorträge, die tatsächlich nicht gehalten worden waren.<sup>48</sup>

### a) Die rechtliche Bewertung des LG Hamburg

Das LG Hamburg hat die Bezahlungen durch die Pharmareferentin als Bestechung im geschäftlichen Verkehr gem. § 299 Abs. 2 StGB gewertet.<sup>49</sup> Eine Anwendung des § 334 Abs. 1 StGB lehnte es hingegen mit der Begründung ab, dass die Vertragsärzte ungeachtet ihrer kassenärztlichen Zulassung nicht zur Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung bestellt seien. Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung seien das hohe Maß an Eigenverantwortung und Entscheidungsbefugnis zu berücksichtigen, welches dazu führe, dass auch die Allgemeinheit ihn nicht als „verlängerten Arm der Verwaltung“ wahrnehme.<sup>50</sup>

### b) Die Auffassung des 5. Strafsenats

Im Gegensatz zum Beschluss des 3. Senats nimmt der 5. Senat keine ausführliche eigene rechtliche Bewertung vor. Er weist indes auf die beiden Beschlüssen zugrunde liegenden Sachverhalte hin, die möglicherweise im Rahmen der eigentlichen Problembetrachtung beachtliche Abweichungen enthielten,<sup>51</sup> nämlich die Verordnung von Hilfsmitteln ohne Letztentscheidungsbefugnis gegenüber der Verordnung von Medikamenten.<sup>52</sup>

Insoweit klingt eine gewisse Skepsis gegenüber dem Beschluss des 3. Senats an, soweit dieser die Amtsträgereigenschaft auch bei der Verordnung von Hilfsmitteln annehmen will.<sup>53</sup>

## 3. Kritik

Mit der vom 3. Senat angestrebten Regulierung des Pharma-Marketings durch das Korruptionsstrafrecht ist eine Funktionalisierung einer Legaldefinition im Allgemeinen Teil des StGB durch kriminalpolitische Anliegen<sup>54</sup> herausgekommen.<sup>55</sup> Anschaulich wird dies durch die mit dem Amtsträger zitierten Normen, wonach die Vertragsärzte „als Amtsträger i.S.d. §§ 333 Abs. 1, 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB tätig“<sup>56</sup> werden. Es ist eine Binsenweisheit, dass der Begriff des Amtsträgers in der Rechtsprechung seine nähere Bestimmung durch einen Rückgriff auf die – ihn eigentlich voraussetzenden – Korruptionsdelikte erfahren hat; nicht zuletzt wird dies – analog zu den Urteilen<sup>57</sup> des „mit dem Bestimmtheitsgebot noch zu vereinbaren(d)en“<sup>58</sup> Untreuetatbestands – deutlich an der Ka-

43 BGH v. 5.5.2011 – 3 StR 458/10, Rz. 33.

44 Indikation und Verordnung.

45 BGH v. 5.5.2011 – 3 StR 458/10, Rz. 38, so muss er verstanden werden, wenngleich es so nicht formuliert wird.

46 BGH v. 5.5.2011 – 3 StR 458/10, Rz. 40.

47 BGH v. 5.5.2011 – 3 StR 458/10, Rz. 41.

48 BGH v. 20.7.2011 – 5 StR 115/11, Rz. 4, ZWH 2011, 62 ff. (in diesem Heft).

49 BGH v. 20.7.2011 – 5 StR 115/11, Rz. 7.

50 BGH v. 20.7.2011 – 5 StR 115/11, Rz. 8.

51 BGH v. 20.7.2011 – 5 StR 115/11, Rz. 17.

52 BGH v. 20.7.2011 – 5 StR 115/11, Rz. 19.

53 So im Ergebnis auch *Rübenstahl*, HRRS 2011, 324 (325).

54 Analog zum Untreuetatbestand insoweit *Knauer*, NSStZ 2009, 151.

55 Vgl. *Bernsmann*, StV 2009, 308 (310).

56 BGH v. 20.7.2011 – 5 StR 115/11, Rz. 20.

57 BGH v. 13.9.2010 – 1 StR 220/09 – AUB, NSStZ 2011, 37 = NJW 2011, 88; BGH v. 29.8.2008 – 2 StR 587/07 – ENEL, NSStZ 2009, 995 = BGHSt 52, 323 = NJW 2009, 89; BGH v. 18.10.2006 – 2 StR 499/05 – Kanther-Weyrauch, NJW 2007, 1760, um nur einige zu nennen.

58 BVerfG v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, NSStZ 2010, 626, Rz. 7.

## Der niedergelassene Vertragsarzt – (Klein) Amtsträger?

suistik,<sup>59</sup> den Entscheidungen Namen zu geben wie „GTZ“,<sup>60</sup> „TLG“,<sup>61</sup> „AVG“ etc.<sup>62</sup>

Die Entscheidung des 3. Senats genügt nicht mehr den sich aus den Vorgaben des Bestimmtheitsgebots gem. Art. 103 Abs. 2 GG ergebenden und erst zuletzt wieder vom BVerfG bei den Instanzgerichten eingeforderten Anforderungen. Die knappen Ausführungen des 5. Senats in hauptsächlich tatsächlicher Hinsicht nähren den Verdacht, dass dort nur die bereits vorherrschende Kasuistik<sup>63</sup> weiterbetrieben werden soll.

### a) Krankenkasse als „sonstige Stelle“

Angesichts der zunehmenden Kritik an der Rechtsprechung zum Amtsträgerbegriff als „ausufernd, kaum noch voraussehbar und widersprüchlich unter dem Aspekt des Bestimmtheitsgebots nach Art. 103 Abs. 2 GG“<sup>64</sup> und der auch seitens der höchstrichterlichen Rechtsprechung geforderten restriktiven Auslegung des § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB,<sup>65</sup> ist zu wünschen, dass der Große Senat sich mit der Frage der Krankenkasse als „sonstiger Stelle“ i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB befasst. Er sollte die Gelegenheit nutzen, die in den Alternativen des § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB vorgesehenen Unterschiede, die in der Alt. 2 zu der Einbindung einer behördenexternen Person führen kann, qualitativ in die Anforderungen an die Tatbestandsmerkmale einfließen zu lassen.

aa) In dem Vorlagebeschluss weist der Senat zutreffend darauf hin, dass der Organisationsform der KK als Körperschaft des öffentlichen Rechts eine indizielle, erhebliche Bedeutung zukomme. Allerdings schließt er unter Verweis auf ein vorausgehendes Urteil desselben Senats angeblich zur Amtsträgereigenschaft eines Vorstandsmitglieds einer KK<sup>66</sup> auf die Stellung einer KK als sonstige Stelle; die KK nähmen eine „wesentliche“ Aufgabe im Rahmen der Gesundheitsfürsorge wahr, mithin eine öffentliche Aufgabe staatlicher Daseinsvorsorge. Tatsächlich wird in der gesamten Entscheidung die Frage der Amtsträgereigenschaft nicht aufgeworfen. Ungeachtet der Tatsache, dass gute Gründe dafür sprechen mögen, die den KK zugewiesenen Aufgaben als öffentliche Aufgaben staatlicher Daseinsvorsorge zu bezeichnen, wird diese vom Senat gewählte Argumentationsweise durch die Hintertür einer tatsächlich nicht einschlägigen Entscheidung dem an ihn zu stellenden Anspruch, juristisch und dogmatisch die Rechtsfortbildung zu betreiben, nicht gerecht.

bb) Sodann nimmt der 3. Senat einen Kunstgriff vor, indem er die Frage, ob die KK bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben derart einer staatlichen Steuerung unterliegen,

dass sie in einer Gesamtbetrachtung als „verlängerter Arm“ des Staates erscheinen, unbeantwortet lässt.<sup>67</sup> Er begründet dies unter Bezugnahme auf ein Urteil des 2. Senats vom 27.11.2009<sup>68</sup> damit, dass das Kriterium des „verlängerten Arms des Staates“ auf Organisationsformen des öffentlichen Rechts nicht übertragbar sei. Dort heißt es, dass dieses Abgrenzungskriterium für den Bereich der Tätigkeit privatrechtlich organisierter Einrichtungen/Unternehmen der öffentlichen Hand entwickelt worden sei. Tatsächlich hatte der 2. Senat erstmals 1997 aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber bei der Definition des Amtsträgers die „sonstige Stelle“ den Behörden gleichgestellt habe, geschlussfolgert, dass erstere die Gleichstellung rechtfertigende Merkmale aufweisen müssten.<sup>69</sup> Entweder ergäbe sich dies aus ihrer gesetzlich vorgeschriebenen, institutionellen Einbeziehung in bestimmte Entscheidungsabläufe des Gesetzesvollzugs; oder aber auch bei privatrechtlich organisierten Einrichtungen, die derart staatlicher Steuerung unterlägen, dass sie gleichsam als verlängerter Arm des Staates erschienen. Letzteres ist also ein aus dem Begriff der Behörde abgeleitetes Kriterium. Wenn die Körperschaft des öffentlichen Rechts nicht per se einer Behörde gleichzustellen sei, muss zumindest das Kriterium der staatlichen Steuerung in Form des „verlängerten Armes des Staates“ gegeben sein.<sup>70</sup> Andernfalls handelt es sich um einen klassischen Zirkelschluss, der darauf hinausläufe, der Organisationsform nicht nur eine indizielle, sondern konstituierende Wirkung beizumessen.

Die Notwendigkeit, sich mit der KK als sonstiger Stelle zu befassen, deutete sich in der landgerichtlichen Entscheidung an; bestätigt wurde sie durch die Entscheidung des LG Hamburg: beide Kammern begründeten ihre Entscheidung u.a. damit, dass der Vertragsarzt in der Öffentlichkeit nicht als „verlängerter Arm des Staates“ wahrgenommen werde. Offenkundig war demnach für die Gerichte dieses Merkmal für den Handelnden selbst relevant. Dass dies nicht mit dem Hinweis abgetan werden könne, dieses Kriterium sei lediglich im Zusammenhang mit der Differenzierung öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Stellen von der Rechtsprechung entwickelt worden, wird daran deutlich, dass bereits bei den beiden von Nr. 2c vorgegebenen Alternativen „bei einer Behörde/sonstigen Stelle“ und „im Auftrag einer Behörde/sonstigen Stelle“ qualitativ zu differenzieren ist<sup>71</sup>: Auf der einen Seite (Alt. 1) ist die tätig werdende Person organisatorisch in eine sonstige Stelle eingegliedert, auf der anderen Seite gilt dies in Alt. 2 für die behördenexterne Person nicht mehr. Ebenfalls mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot wird daher bei der Tätigkeit behördenexterner Pri-

<sup>59</sup> So schon für die Untreue *Knauer*, NStZ 2009, 151.

<sup>60</sup> BGH v. 19.12.1997 – 2 StR 521/97, BGHSt 43, 370 = MDR 1998, 546 = NJW 1998, 1874 = StV 1998, 183 = wistra 1998, 143.

<sup>61</sup> BGH v. 12.7.2001 – 4 StR 550/00, NJW 2001, 3062 = StV 2003, 5.

<sup>62</sup> Vgl. *Bernsmann*, StV 2009, 308 (309).

<sup>63</sup> *Bernsmann*, StV 2009, 308 prognostiziert bereits 2009 eine „entgrenzte Auslegung“ des sonstigen Amtsträgers.

<sup>64</sup> Vgl. *Bernsmann*, StV 2005, 687; *Zwiehoff* in FS Herzberg 2008, S. 156; *Simmer*, HRRS 2008, 327, (330); *Zieschang*, StV 2009, 76. *Knauer/Kaspar*, GA 2005, 385 (390).

<sup>65</sup> Vgl. BGHSt 43, 96 (104 ff); *Hilgendorf* in LK, § 11 StGB Rn. 33; *Satzger* in SSW, 2009, § 11 StGB Rn. 22; *Eser/Hecker* in Schönke/

Schröder, 28. Aufl. 2010, § 11 StGB Rn. 21; *Radtke* in Münch-KommStGB, 1. Aufl. 2003, § 11 Rz. 31; *Lenckner*, ZStW 1994, 530.

<sup>66</sup> BGH v. 28.10.2004 – 3 StR 460/03, NStZ 2005, 214.

<sup>67</sup> BGH v. 5.5.2011 – 3 StR 458/10, Rz. 25.

<sup>68</sup> BGH v. 27.11.2009 – 2 StR 104/09, BGHSt 54, 202 (212) = NJW 2010, 784 = NStZ 2010, 207.

<sup>69</sup> BGH v. 19.12.1997 – 2 StR 521/97, MDR 1998, 546 = NJW 1998, 1874 (1876).

<sup>70</sup> So im Ergebnis ebenfalls *Rübenstahl*, HRRS 2001, 324 (325).

<sup>71</sup> Vgl. *Eser/Hecker* in Schönke/Schröder, 28. Aufl. 2010, § 11 StGB Rz. 20 m.w.N.

## Der niedergelassene Vertragsarzt – (Klein) Amtsträger?

vatpersonen zu Recht bei dieser Alternative eine Beschränkung auf verwaltungsspezifische Handlungsformen gefordert<sup>72</sup>. Eine Abgrenzung wie Vorhersehbarkeit ist andernfalls nicht mehr gewährleistet.

Auch weist die vom Senat angeführte Entscheidung vom 27.11.2009 im Vergleich zum Vorlagebeschluss einen erheblichen Unterschied auf: dort ging es um Alt. 1, d.h. die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben bei einer sonstigen Stelle.<sup>73</sup> Demgegenüber hat der Senat hier das Tätigwerden **im Auftrag** einer sonstigen Stelle gewertet.

Entsprechend dem Gesetzeswortlaut ist die Amtsträgereigenschaft über die konkrete, unmittelbare Tätigkeit als Erfüllung öffentlicher Aufgaben beim Handeln „im Auftrag“ zu konstituieren.<sup>74</sup> Dafür spricht die von den LG vorgenommene Einbeziehung des Kriteriums, dass der Tätige als „verlängerter Arm des Staates“ angesehen werden müsse. Ein Behördenexterner kann nur dann als Amtsträger zum Repräsentanten des Staates werden, wenn er dem Staat vorbehaltene, für ihn spezifische Aufgaben erfüllt<sup>75</sup> – nichts anderes besagt das vielzitierte Kriterium.

Abschließend sei die Frage aufgeworfen, ob – wie vom Generalbundesanwalt angenommen – KK einerseits Behörden gleichzusetzende „sonstige Stellen“, andererseits Geschäftsbetriebe i.S.d. § 299 StGB sein können: wo doch Behörden gerade nicht den Gesetzen des freien Marktes unterworfen sein sollen. Eine „sonstige Stelle“ soll jedenfalls nicht vorliegen, wenn das Unternehmen in seinem Erscheinungsbild von der Bevölkerung nicht als behördengleich, sondern als gewerbliches Unternehmen wahrgenommen wird.<sup>76</sup>

Insoweit sei auf die „PBDE“-Entscheidung ebenfalls des 3. Senats verwiesen.<sup>77</sup> Darin war die Gesellschaft u.a. deshalb als „sonstige Stelle“ qualifiziert worden, weil sie **nicht** gewerblich tätig wurde und **nicht** zu anderen Unternehmen im Wettbewerb stand. Beides ist indes bei KK der Fall. Auch dies wird der Große Senat zu erörtern haben.

### b) Bestellung zur Wahrnehmung der öffentlichen Aufgaben

Schwer nachvollziehbar ist die Begründung des 3. Senats, mit der er die Bestellung des Vertragsarztes zur Wahrnehmung der öffentlichen Aufgaben annimmt<sup>78</sup>.

Vorzustellen ist auch hier, dass mit Blick auf die allgemein geforderte restriktive Handhabung des § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB strengere Anforderungen an den Akt der Bestellung zu stellen sind. Die Vorgehensweise in der Begründung des Senats, das Nichtvorliegen bestimmter, bislang in der Rechtsprechung entwickelter Voraussetzungen zwar zu konstatieren, sich dann aber ausführlich mit der

Frage zu befassen, weshalb im vorliegenden Fall jene nicht erforderlich seien, stellt sich nachgerade als nur noch am Einzelfall orientierte Rechtsprechung dar, die sich mit der Frage der Vorhersehbarkeit nicht mehr abgibt.

**aa)** Dass an den Bestellungsakt selbst keine besonderen Anforderungen zu stellen sind, ist ständige Rechtsprechung und einheitlich anerkannt. Dies betrifft indes die formelle Gestaltung.

**bb)** Soweit der Senat unter Anführung der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung von 1960<sup>79</sup> ausführt, dass der Arzt durch die Zulassung in ein „subtil organisiertes öffentlich-rechtliches System“ einbezogen werde, ignoriert er schlicht die Entwicklung im Gesundheitswesen, der sich die Rechtsprechung der Bundessozialgerichtsbarkeit angepasst hat.<sup>80</sup> In dem öffentlich-rechtlichen System kommt dem Vertragsarzt die Funktion zu, aufgrund seiner Kenntnisse das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Verordnung, mithin den Versicherungsfall, festzustellen.

Die bei Klötzer<sup>81</sup> skizzierte Entwicklung der Rechtsprechung des BSG wurde durch den 3. Senat des BSG am 17.12.2009 noch fortgesetzt.<sup>82</sup> Nach der ursprünglichen Rechtsprechung hatte der Vertragsarzt noch als Vertreter der KK fungiert und durch die Verordnung eines Arzneimittels auf Kassenrezept ein Kaufvertragsangebot der KK abgegeben.<sup>83</sup> Diese Rechtsprechung wurde nun expressis verbis durch den 1. Senat aufgegeben. Danach ergäbe sich aus dem SGB V eine öffentlich-rechtliche Beziehung zwischen den Apotheken und den Versicherten einerseits und den Apotheken und den KK andererseits.<sup>84</sup> Dem Vertragsarzt komme in diesem Beziehungsgeflecht die Funktion zu, das Vorliegen der Voraussetzungen des Versicherungsfalles festzustellen.<sup>85</sup>

**cc)** Die weitere, vom Senat angeführte Argumentation, wonach der Vertragsarzt einen wesentlichen Teil der Aufgaben der KK und damit der öffentlich-rechtlichen Verwaltung übernehme, verfängt ebenfalls nicht. Insoweit kann auf die oben dargestellten Ausführungen des 1. Senats des BSG verwiesen werden. Fest steht, dass die vertragsärztliche Versorgung den KV obliegt, nicht den KK selbst.<sup>86</sup>

**dd)** Soweit der Senat darauf abstellt, dass über den Aspekt der Vergütung hinaus weitere, gewichtige Rechtsbeziehungen zwischen KK und Vertragsarzt bestünden, welche in der Folge aufgezählt werden, ist dem entgegenzuhalten, dass auch jene Argumente weitestgehend finanzieller Art sind: Einziehen von Zuzahlungen, Einziehen der Praxisgebühr, peinlich genaue Abrechnungspflicht, Überwachung der Wirtschaftlichkeit. Von einer „weit“

<sup>72</sup> Radtke in MünchKomm/StGB, 1. Aufl. 2003, § 11 Rz. 31, 53.

<sup>73</sup> BGH v. 27.11.2009 – 2 StR 104/09 Rz. 35, BGHSt 54, 202 = NJW 2010, 784 = NSStZ 2010, 207.

<sup>74</sup> Radtke in MünchKomm/StGB, 1. Aufl. 2003, § 11 Rz. 31.

<sup>75</sup> Haf, NJW 1995, 1113 (1114).

<sup>76</sup> Bernsmann/Gatzweiler, Verteidigung bei Korruptionsfällen, Rz. 50; BGH v. 18.4.2007 – 5 StR 506/06, BGHSt 49, 214 (227) = NJW 2007, 2932.

<sup>77</sup> BGH v. 19.6.2008 – 3 StR 490/07, Rz. 16, BGHSt 52, 290 = NJW 2008, 3724 = NSStZ 2008, 560.

<sup>78</sup> BGH v. 5.5.2011 – 3 StR 458/10, Rz. 26.

<sup>79</sup> BVerfG v. 23.3.1960 – 1 BvR 216/51, BVerfGE 11, 30, 39.

<sup>80</sup> Sehr übersichtlich dargestellt wird dies von Klötzer, NSStZ 2008, 12.

<sup>81</sup> Klötzer, NSStZ 2008, 12.

<sup>82</sup> BSG v. 17.12.2009 – B 3 KR 13/08 R.

<sup>83</sup> BSG SozR 4-2500 § 129 Nr. 2 Rz. 20.

<sup>84</sup> BSG v. 17.12.2009 – B 3 KR 13/08 R, Rz. 16.

<sup>85</sup> Entsprechend der Darstellung bei Sahan/Urban, ZIS 2011, 23.

<sup>86</sup> Sahan/Urban, ZIS 2011, 23 (26) m.w.N.



## Zur Korrektur von Umsatzsteuer-Erklärungen nach der Neuregelung der Selbstanzeige

über die die Vergütung betreffenden Wirkungen der Einbindung der Vertragsärzte kann mitnichten die Rede sein. Die Einziehung von Zahlungen der Versicherten durch Vertragsärzte erfolgt ausschließlich aufgrund der Seiten der KK geforderten Minimierung des damit einhergehenden Verwaltungsaufwands. Organisatorische Zwecke stellen keine dem Staat übertragene hoheitliche Aufgabe dar.

ee) Dem Wortlaut des § 72 Abs. 1 Satz 1 SGB V, wonach Ärzte und KK zur Sicherstellung der gesundheitlichen Versorgung „zusammenwirken“, soll keine Bedeutung beizumessen sein. Dabei ergibt sich aus dieser Formulierung, dass der Gesetzgeber keinesfalls die Vertragsärzte in das System der KK eingebunden sah. Für diesen Fall hätten hier andere Formulierungen nahegelegen.

ff) Schlussendlich ist noch auf das vom Senat ebenfalls als unerheblich bezeichnete Argument der Freiberuflichkeit im Zusammenhang mit der Bestellung einzugehen. Beiläufig hat der Senat ohne Begründung festgestellt, dass durch die Zulassung die Einbeziehung in die Organisation der öffentlichen Verwaltung „bewirkt“ sei. Auch hier offenbart sich ein Zirkelschluss: Die Freiberuflichkeit stehe einer Amtsträgereigenschaft nicht entgegen, sofern die übrigen Voraussetzungen erfüllt seien – jene sollen erfüllt sein, weil die Ärzte durch die Zulassung in relevanter Weise in die öffentlich-rechtlichen Strukturen der kassenärztlichen Versorgung der Versicherten eingebunden würden. Damit aber wird die Zulassung zur Voraussetzung dessen, was der Bedeutung der Zulassung unter dem Gesichtspunkt der Freiberuflichkeit nicht entgegenstehen soll.

#### IV. Ausblick

Es bleibt zu hoffen, dass sich der Große Senat der bisherigen Kasuistik entzieht und Voraussetzungen für ein dog-

matisch nachvollziehbares und damit für den Einzelfall vorhersehbares Ergebnis formuliert.

Mit Blick auf die Entscheidung des 1. Senats des BSG von 2009 ist anzumerken, dass künftig auch Apotheker sich unter Umständen als „pharmazeutische Amtsträger“ wiederfinden könnten. Insgesamt kann daher allgemeingültig und angesichts der nicht prognostizierbaren Entscheidung des Großen Senats generell geraten werden, sich entsprechend der Kodizes, die die Pharma- und Medizinprodukteindustrie in der Folge mehrerer vieldiskutierter Skandale erlassen hat, aber auch der MBO-Ä<sup>87</sup> zu verhalten. In diesem Beitrag kann nur ein Hinweis auf die zur Vermeidung einer Strafbarkeit entwickelten Prinzipien der Trennung bzw. Kontendistanz, der Transparenz, der Dokumentation, der Äquivalenz, der Bargeldlosigkeit sowie der Fremdnützigkeit gegeben werden.<sup>88</sup>

Das allgemeine Problem der Finanzierbarkeit des staatlichen Gesundheitssektors hat jedenfalls nicht das Pharma-Marketing alleine zu verantworten. So rangiert Deutschland beim Pro-Kopf-Umsatz mit Medikamenten im Jahr 2009 der OECD zufolge lediglich an 6. Stelle mit 50 % des Umsatzes im Verhältnis zu den USA.<sup>89</sup> Das sich aus der engen Kooperation zwischen Industrie, medizinischen Einrichtungen und Ärzten, die zwar von staatlicher Seite im öffentlichen Interesse gefordert und gefördert wird, ergebende Spannungsverhältnis durch die gleichzeitige Unterwerfung unter eine strikte Trennungslinie durch das Strafrecht, das öffentliche Dienstrecht und das ärztliche Berufsrecht<sup>90</sup> sollte nicht durch eine Entscheidung des Großen Senats gelöst werden. Vielmehr ist, entsprechend dem bereits gestellten Antrag im Bundestag<sup>91</sup>, der Gesetzgeber gefordert, durch ergänzende Regelungen im Strafgesetzbuch sicherzustellen, dass auch Korruptionshandlungen niedergelassener Vertragsärzte Straftatbestände erfüllen.

87 Hierzu *Dieters* in *Dieters* (Hrsg.), Hdb. Compliance im Gesundheitswesen, S. 67; *Biener*, *PharmaR* 2008, 533; *Klümper*, *PharmaR* 2006, 304.

88 *Dieters* in *Dieters* (Hrsg.), Hdb. Compliance im Gesundheitswesen, S. 90.

89 IMS Health, OECD, VFA, abgedr. in *Financial Times Deutschland*, 14.10.2011, S. 6.

90 *Dieters* in *Dieters* (Hrsg.), Hdb. Compliance im Gesundheitswesen, S. 5.

91 BT-Drucks. 17/3685.

RA Dr. Jörg Schauf und RA Dr. Markus Adick

## Zur Korrektur von Umsatzsteuer-Erklärungen nach der Neuregelung der Selbstanzeige

*Die strikte Rechtsprechung im Steuerstrafrecht, höhere Sensibilisierung von Steuerprüfern für potentiell strafbares Verhalten und die Vernetzung zwischen Finanz- und Ermittlungsbehörden führen dazu, dass steuerliche Verfeh-*

*lungen immer häufiger auch strafrechtlich geahndet werden. Fehler im Bereich der Umsatzsteuer unterliegen einem erhöhten Aufgriffsrisiko. Finanzbehörden prüfen die betrugsanfällige Behandlung umsatzsteuerlicher Sach-*

▷ Dr. Jörg Schauf, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht, ist Partner der Kanzlei Flick Gocke Schaumburg in Bonn; Dr. Markus

Adick ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Flick Gocke Schaumburg in Bonn.