

RECHT **RdM** DER MEDIZIN

mit Beilage
Ökonomie &
Gesundheit

Schriftleitung **Christian Kopetzki**

Redaktion **Gerhard Aigner, Erwin Bernat, Meinhild Hausreither, Thomas Holzgruber,
Dietmar Jahnelt, Matthias Neumayr, Reinhard Resch, Hannes Schütz,
Lukas Stärker, Felix Wallner, Johannes Zahrl**

August 2013

04

121 – 160

Beiträge

Niedergelassene Vertragsärzte als Täter von Korruptionsdelikten?

Pilar Koukol und Markus Machan ➔ 124

Zur Aufklärungspflicht über „Außenseitermethoden“

Stephan Kallab ➔ 133

Rechtsfragen im präklinischen Umgang mit
psychiatrischen Patienten *Michael Halmich* ➔ 137

Rechtsprechung

Keine Aufklärungspflicht über veraltete Behandlungsmethode

Aline Leischner-Lenzhofer ➔ 149

„Körperspende“ als höchstpersönliches Recht keiner Vertretung
durch Sachwalter zugänglich *Veronika Kräftner* ➔ 151

Bericht

Gmundner Medizinrechts-Kongress 2013

Barbara Fördermayr, Michael Slezak und Manuela Stadler ➔ 158

Niedergelassene Vertragsärzte als Täter von Korruptionsdelikten?

Die Rechtslage nach dem Korruptionsstrafrechtsänderungsgesetz 2012

RdM 2013/77
§§ 74, 304 ff StGB

BGH 29. 3. 2012,
GSSt 2/11

Vertragsarzt;
Korruption;
Amtsträger;
Beauftragter;
Bestechung;
Geschenknahme

Korruptionsvorwürfe iZm umstrittenen Vertriebsmethoden einzelner Arzneimittelhersteller haben wiederholt die Frage nach der strafrechtlichen Verantwortung von Pharmaindustrie und Ärzteschaft aufgeworfen. Während die Bestechung von Ärzten öffentlicher Spitäler von §§ 304 ff StGB erfasst sein kann, scheint eine Strafbarkeit niedergelassener Vertragsärzte mangels tauglicher Tütereigenschaft ausgeschlossen. Die in Deutschland mit Spannung erwartete BGH-E zur Frage, ob niedergelassene Vertragsärzte vom Amtsträgerbegriff erfasst werden oder Beauftragte der gesetzlichen Krankenkassen sind, sorgt erstmals für Rechtssicherheit bei den Betroffenen. In Österreich ist eine umfassende Aufarbeitung dieser Rechtsfragen noch ausständig.

Von Pilar Koukol und Markus Machan

Inhaltsübersicht:

- A. Ausgangslage
- B. Die Grundsatzentscheidung des deutschen BGH
 1. Vertragsärzte als Amtsträger iSd § 11 Abs 1 Z 2 dStGB?
 2. Vertragsärzte als Beauftragte iSd § 299 dStGB?
- C. Strafbarkeit niedergelassener Vertragsärzte in Österreich nach dem Korruptionsstrafrechtsänderungsgesetz 2012
 1. Vertragsärzte als Amtsträger iSd § 74 Abs 1 Z 4 a StGB?
 - a) Der Amtsträgerbegriff
 - b) Vertragsärzte sind keine Amtsträger
 2. Vertragsärzte als Beauftragte der Krankenkassen iSd § 309 StGB?
 - a) Der Beauftragtenbegriff
 - b) Vertragsärzte sind Beauftragte der Krankenkassen
 - c) Die weiteren Tatbestandsmerkmale des § 309 StGB
- D. Ausblick

A. Ausgangslage

In den letzten Jahren hat die mediale Berichterstattung über Korruptionsskandale in vielen Bereichen des öffentlichen Sektors und der Privatwirtschaft das Bewusstsein der Bürger über die Verbreitung und Schädlichkeit „korrupten“ Verhaltens geschärft und das Verlangen nach effektiver Korruptionsbekämpfung geweckt. Damit rückte auch das Gesundheitswesen zunehmend in den Fokus der Ermittlungsbehörden:¹⁾ Enorme Geldmittel, ein hoher Grad an Komplexität und Intransparenz und eine Vielzahl an involvierten Akteuren machen das System anfällig für Missbrauch.²⁾ Der harte Wettbewerb der Medizin- und Pharmaindustrie um Marktpositionen belastet das Gesundheitswesen zusätzlich. Um Marktstellungen gegen Mitbe-

werber zu verteidigen, hegen Pharmaunternehmen ein großes Interesse an guten Beziehungen zu Ärzten, damit diese im Rahmen ihrer Verschreibungstätigkeit die eigenen Präparate bevorzugt verordnen.

Versuche von Pharmareferenten, Ärzte mit unlauteren Methoden bei ihrer Verordnungspraxis zu beeinflussen, haben in Deutschland zur Einleitung von zahlreichen Ermittlungsverfahren geführt.³⁾ Das als Pharma-Marketing bekannte Phänomen hat nun auch den deutschen BGH in einer Grundsatzentscheidung des Großen Senats beschäftigt.⁴⁾ Dieser liegt ein Verfahren gegen eine Pharmareferentin zugrunde, die ein Prämiensystem für die ärztliche Verordnung von Medikamenten betrieb. Für die Verordnung eines Arzneimittels des Unternehmens sollte der verschreibende Arzt 5% des Herstellerabgabepreises als Prämie erhalten. Auf Grundlage dieses Prämiensystems geleistete Zahlungen wurden als Honorar für fiktive wissenschaftliche Vorträge ausgewiesen.⁵⁾ Der BGH hatte zu klären, ob ein niedergelassener, für die vertragsärztliche Versorgung

1) *Pragal*, Das Pharma-„Marketing“ um die niedergelassenen Kassenärzte: „Beauftragtenbestechung“ gemäß § 299 StGB! NSTz 2005, 133; *Reese*, Vertragsärzte und Apotheker als Straftäter? – eine strafrechtliche Bewertung des „Pharma-Marketings“, PharmR 2006, 92; *Diener*, Niedergelassene Vertragsärzte als „Beauftragte der Krankenkasse“? – Von der Überdehnung eines Straftatbestandes, PharmR 2010, 613.

2) Transparency International – Austrian Chapter, Transparenzmängel im Gesundheitswesen: Einfallstore zur Korruption – Grundsatzpapier, 2. Ausgabe März 2010, www.ti-austria.at/uploads/media/Grundsatzpapier_Gesundheitswesen_aufgabe2_2010_02.pdf, 5 ff.

3) Transparency International – Austrian Chapter, Transparenzmängel im Gesundheitswesen: Einfallstore zur Korruption – Grundsatzpapier, 2. Ausgabe März 2010, www.ti-austria.at/uploads/media/Grundsatzpapier_Gesundheitswesen_aufgabe2_2010_02.pdf, 11; vgl auch *Diener/Taschke*, Die Kooperation der medizinischen Industrie mit Ärzten und Krankenhäusern – Die aktuelle Rechtsprechung und ihre Konsequenzen, PharmR 2000, 309; *Runge*, Korruptionsvorwürfe: Reaktionen und Konzepte der Industrie, PharmR 2001, 86.

4) BGH 19. 3. 2012, GSSt 2/11.

5) Dieses Verfahren war beim 5. Strafsenat des BGH anhängig (Beschluss v 20. 7. 2011, 5 StR 115/11). Auch der 3. Strafsenat, der einen ähnlichen Sachverhalt betreffend die Verordnung von Hilfsmitteln zu beurteilen hatte, rief den Großen Senat an; die Entscheidung über

zugelassener Arzt Amtsträger iSd §§ 331 dStGB ist, wenn er im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung von Kassenpatienten diesen Medikamente oder Hilfsmittel verordnet. Nach § 331 dStGB machen sich Amtsträger oder ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter strafbar, wenn sie für die Dienstausbübung einen Vorteil für sich oder einen Dritten fordern, sich versprechen lassen oder annehmen. Subsidiär wurde die Frage vorgelegt, ob ein niedergelassener Vertragsarzt Beauftragter der gesetzlichen Krankenkassen iSd § 299 dStGB ist.⁶⁾ Nach § 299 dStGB macht sich strafbar, wer als Angestellter oder Beauftragter eines geschäftlichen Betriebs im geschäftlichen Verkehr einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er einen anderen beim Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen im Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzugt.

Mit Blick auf das in Deutschland kaum noch überschaubare veröffentlichte Schrifttum zur Strafbarkeit des Pharma-Marketings überrascht es, dass in Österreich dieses Thema in der Strafrechtswissenschaft noch nicht eingehend behandelt wurde.

Mit der E des BGH hat sich in Deutschland erstmals ein HöchstG mit dem Strafbarkeitsrisiko niedergelassener Vertragsärzte auseinandergesetzt. Ob seine rechtliche Beurteilung zukünftig auch für die österr Vertragsärzte von Bedeutung sein wird, sollen – unter Berücksichtigung des Korruptionsstrafrechtsänderungsgesetzes 2012 – die anschließenden Überlegungen zur derzeitigen Rechtslage zeigen. Es wird dargestellt, wann Vertragsärzte die Grenze zur Strafbarkeit überschreiten und Korruption iS des Strafrechts vorliegt.

B. Die Grundsatzentscheidung des deutschen BGH

Der Große Senat des BGH hat in seinem Beschluss GSSt 2/11 v 29. 3. 2012 die Vorlagefrage des 5. Strafsenats verneint: „*Ein niedergelassener, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassener Arzt handelt bei der Wahrnehmung der ihm in diesem Rahmen übertragenen Aufgaben (§ 73 Abs 2 SGB V, hier: Verordnung von Arzneimitteln) weder als Amtsträger im Sinne des § 11 Abs 1 Nr 2 Buchst. c StGB noch als Beauftragter der gesetzlichen Krankenkassen im Sinne des § 299 StGB.*“

Damit hat der BGH die in Literatur und Rsp lang diskutierte Frage,⁷⁾ ob Vertragsärzte taugliche Täter der Bestechungstatbestände des dStGB sein können – zumindest im Bereich der Heilmittelverordnung – beantwortet.

1. Vertragsärzte als Amtsträger iSd § 11 Abs 1 Z 2 dStGB?

Der Amtsträgerbegriff des dStGB umfasst Beamte und Richter (§ 11 Abs 1 Z 2 lit a); Personen, die in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis stehen (§ 11 Abs 1 Z 2 lit b), und Personen, die sonst dazu bestellt sind, bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform wahrzunehmen (§ 11 Abs 1 Z 2 lit c). Beantragt wurde die Klarstellung der Frage, ob ein Vertragsarzt Amtsträger iSd lit c sein könnte.

Der Große Senat bejaht die Stellung der gesetzlichen Krankenkassen als „sonstige Stellen der öffentlichen Verwaltung“ iSd § 11 Abs 1 Z 2 lit c dStGB, weil die Krankenkassen aufgrund gesetzlichen Auftrags (§§ 1 und 2 SGB IV) den beitragspflichtigen Pflichtmitgliedern Leistungen zur Verfügung stellen und somit in mittelbarer Staatsverwaltung Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehmen. Daraus ergibt sich ein spezifisch öffentlich-rechtlicher Bezug, der es rechtfertigt ihre Tätigkeit mit behördlichem Handeln gleichzustellen. An dieser Auslegung ändert nach Ansicht des BGH auch der bestehende Wettbewerb zwischen den verschiedenen Krankenkassen nichts – vorherrschenden Einfluss auf das Handeln der Krankenkassen hätten nämlich trotzdem sozialversicherungsrechtliche Normen, die den Interessen der Allgemeinheit dienen.

Der Große Senat führt aber weiter aus, dass Vertragsärzte nicht dazu bestellt seien, im Auftrag der gesetzlichen Krankenkassen Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen. Aufgaben öffentlicher Verwaltung können zwar auch durch die Tätigkeit von Privatrechtssubjekten ausgeübt werden, doch sei in diesen Konstellationen eine Gleichordnung zwischen demjenigen, der die Aufgabe der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt, und dem Bürger gerade nicht zu erkennen. Vielmehr würde ein Amtsträger dem Bürger als „ausführendes Organ hoheitlicher Gewalt“ gegenüberreten. In dieser Beziehung fehlen laut BGH die Elemente der Gleichordnung und der Gestaltungsfreiheit. Steht das persönliche Verhältnis zwischen den Beteiligten im Vordergrund, so spräche das für die Verneinung der Amtsträgereigenschaft. Letzteres ist nach Ansicht des BGH im Verhältnis zwischen Vertragsarzt und Patient der Fall, weil der Arzt aufgrund der individuellen, freien Auswahl des versicherten Patienten tätig wird. Die Krankenkassen haben keinerlei Einfluss darauf, welchen Arzt der Versicherte auswählt und auch Ausgestaltung und Ablauf der Behandlung ergeben sich allein aus der Beziehung zwischen Arzt und Patient. In den Prozess der Verordnung von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln ist die Krankenkasse nicht miteinbezogen – dieser sei „untrennbarer Bestandteil der ärztlichen Behandlung“ und werde „innerhalb des personal geprägten Vertrauensverhältnisses“ zwischen Vertragsarzt und Kassenpatient vollzogen.⁸⁾

Der Vertragsarzt wird somit nach der Auffassung des Großen Senats nicht als „verlängerter Arm“ des Staates wahrgenommen.⁹⁾ Auch die Landgerichte argumentierten dementsprechend.¹⁰⁾ →

diese Vorlagefrage (Beschluss v 5. 5. 2011, 3 StR 458/10) wurde vom BGH aber vorerst zurückgelegt.

6) BGH 20. 7. 2011, 5 StR 115/11.

7) Vgl Sahan, Entscheidungsanm zu GSSt 2/11 ZIS 2012, 386 mwN.

8) Zust Rübenthal, Korruptionsdelikte und Pharmamarketing – Sind Vertragsärzte Amtsträger oder Beauftragte der Krankenkassen? HRRS 2011, 324 (328 f); eine ähnliche Rechtsansicht findet sich bei Reese, PharmR 2006, 92 (94) und Taschke, Die Strafbarkeit des Vertragsarztes bei der Verordnung von Rezepten, StV 2005, 406 (409 f); aA Neupert, Risiken und Nebenwirkungen: Sind niedergelassene Vertragsärzte Amtsträger im strafrechtlichen Sinne? NJW 2006, 2811.

9) Zust Rübenthal, HRRS 2011, 324 (327), und Klötzer, Ist der niedergelassene Vertragsarzt tatsächlich tauglicher Täter der §§ 299, 331 StGB? NSTz 2008, 12 (16).

10) Vgl BGH 5. 5. 2011, 3 StR 458/10; 20. 7. 2011, 5 StR 115/11.

In der Begründung des Beschlusses wird zudem darauf hingewiesen, dass der BGH in Zivilsachen ausgeführt hat, dass „die ärztliche Heilbehandlung ihrem Grundgedanken nach mit der Ausübung eines öffentlichen Amtes unvereinbar sei“ und dass zwischen Vertragsarzt und Patienten ein zivilrechtliches Behandlungsverhältnis zustande komme.

Der Vertragsarzt ist somit nach Ansicht des Großen Senats kein Amtsträger und kann daher nicht Täter der §§ 331 ff dStGB sein.

2. Vertragsärzte als Beauftragte iSd § 299 dStGB?

Geschütztes Rechtsgut des § 299 dStGB ist der freie Wettbewerb. Die Vorschrift dient aber neben dem Interesse der Allgemeinheit an der Sicherung des freien Wettbewerbs auch dem Schutz potenzieller Geschäftsinteressen von Mitbewerbern und dem Schutz des Geschäftsherrn bei intern pflichtwidrigem Verhalten.¹¹⁾

Nach Rsp und Lehre ist Beauftragter, „wer, ohne Angestellter oder Inhaber eines Betriebs zu sein, auf Grund seiner Stellung im Betrieb berechtigt und verpflichtet ist, auf Entscheidungen dieses Betriebs, die den Waren- oder Leistungsaustausch betreffen, unmittelbar oder mittelbar Einfluss zu nehmen“.¹²⁾ Dem Begriff des Beauftragten ist die Übernahme einer Aufgabe im Interesse des Auftraggebers immanent, der sich den Beauftragten frei auswählt und ihn bei der Ausübung seiner Tätigkeit durch Weisungen oder Bevollmächtigungen anleitet.¹³⁾ Ebenso kann der Beauftragte faktisch mit einer für den geschäftlichen Betrieb wirkenden Befugnis handeln.¹⁴⁾

Der BGH hat ausgeführt, dass allein das Fehlen unmittelbarer Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkasse und Vertragsarzt und die freie Berufsausübung einer Beauftragtenstellung noch nicht entgegenstehen. Er verweist aber sogleich auf § 72 Abs 1 Satz 1 SGB V, wonach Vertragsärzte mit den Krankenkassen zur Sicherstellung der ärztlichen Versorgung zusammenwirken und gemeinsam eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung der Versicherten zu gewährleisten haben. Bei der Besorgung dieser Aufgabe begegnen sich Krankenkassen und Vertragsärzte in „kooperativem Zusammenwirken“ auf einer Ebene der Gleichordnung.¹⁵⁾ Insofern spreche bereits das Konzept des gleichgeordneten Zusammenwirkens gegen eine Beauftragung des Vertragsarztes.

Zudem hat die Krankenkasse keinen und der Vertragsarzt nur geringen Einfluss auf das Zustandekommen eines Behandlungsverhältnisses mit einem Patienten. Die Entscheidung liegt vielmehr beim Patienten selbst, der seinen Vertragsarzt frei auswählen kann (§ 76 SGB V). Nicht die Krankenkasse beauftragt den Vertragsarzt, sondern der Versicherte selbst.

Der BGH stützt sich in seiner Argumentation auch auf die sozialrechtlichen Regelungen zur ärztlichen Medikamentenverordnung. Die Apotheken geben Medikamente nur an Versicherte der Krankenversicherung ab, wenn diese vertragsärztlich verordnet wurden. In Deutschland entsteht mit der Verordnung gem § 129 SGB V ein öffentlich-rechtlich ausgestalteter gesetzlicher Anspruch auf Vergütung gegen die Krankenkas-

sen. Daraus folge, dass der Vertragsarzt beim Zustandekommen der einzelnen Kaufverträge über ein verordnetes Medikament nicht als Vertreter der Krankenkassen tätig wird, weshalb sich für den BGH auch die Beantwortung der Folgefrage erübrigt, ob eine solche Vertreterstellung tauglicher Anknüpfungspunkt für die Beauftragteneigenschaft des Vertragsarztes sein kann.

Nach Ansicht des BGH stellt der Vertragsarzt nur die medizinischen Voraussetzungen des Eintritts des Versicherungsfalles der Krankheit fest. Die endgültige Konkretisierung und Reichweite der Leistungspflicht der Krankenkasse wird durch den Arzt jedoch nicht abschließend bestimmt. Es greifen abstrakt-generelle Regelungen, die den Umfang der Arzneimittelleistungen im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung beschreiben. Aus der Regelung zur aut-idem-Substitution, wonach der Apotheker ein wirkstoffgleiches, aber günstigeres Medikament an den Versicherten abgeben kann, folgt, dass in vielen Fällen letztlich erst der Apotheker entscheidet, welches Arzneimittel an den Patienten ausgehändigt wird.

Selbst aus der Verpflichtung des Vertragsarztes zur Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots sei für eine allfällige Beauftragtenstellung nichts zu gewinnen. Bei der ärztlichen Behandlung sei in erster Linie das Interesse des Patienten zu beachten. Auch bei einer wertenden Analyse des Behandlungsverhältnisses stehe letztlich die Bindung an den Patienten – und damit dessen Auftrag – im Vordergrund.¹⁶⁾

Nach einer zivil- und sozialrechtlichen Gesamtbeurteilung ist der BGH daher zum Ergebnis gekommen, dass der Vertragsarzt auch kein Beauftragter der Krankenkasse ist und dementsprechend eine Anwendung des § 299 dStGB versagt bleibt.

C. Strafbarkeit niedergelassener Vertragsärzte in Österreich nach dem Korruptionsstrafrechtsänderungsgesetz 2012

1. Vertragsärzte als Amtsträger iSd § 74 Abs 1 Z 4 a StGB?

a) Der Amtsträgerbegriff

Seit Inkrafttreten des Korruptionsstrafrechtsänderungsgesetzes 2012 am 1. 1. 2013 kennt das österreichi-

11) Heine in Schönke/Schröder, StGB²⁸ § 299 Rz 2; Diemer/Krick in MünchKomm StGB § 299 Rz 2.

12) BGH 13. 5. 1952, 1 StR 670/51 BGHSt 2, 396 (402); Kühl, StGB²⁷ § 299 Rz 2; Diemer/Krick in MünchKomm StGB § 299 Rz 5; Tiedemann, LK-StGB¹² § 299 Rz 16; Rosenau, SSW-StGB § 299 Rz 9; Fischer, StGB²⁹ § 299 Rz 10; Dannecker, NK-StGB³ § 299 Rz 22; Heine in Schönke/Schröder, StGB²⁸ § 299 Rz 8.

13) Dannecker, NK-StGB³ § 299 Rz 22; Tiedemann, LK-StGB¹² § 299 Rz 16.

14) Zum sog „personalen Befugnisselement“ vgl Geis, Tatbestandsüberdehnungen im Arztstrafrecht am Beispiel der „Beauftragtenbestechung“ des Kassenarztes nach § 299 StGB, wistra 2005, 369 f; ders, Ist jeder Kassenarzt ein Amtsarzt? – Zu „Vorschlägen“ neuer Strafbarkeiten nach § 299 und den §§ 331 ff StGB, wistra 2007, 361 (362); Reese, PharmR 2006, 92 (97); Schmidl, Der Fluch der bösen Tat – Finder's Fees und Bestechlichkeit von Beratern, wistra 2006, 286 (287 f); Dieners, PharmR 2010, 613 (617).

15) So auch Tasche, StV 2005, 406 (409).

16) Diese Ansicht teilt Rübenstahl, HRRS 2011, 324 (330); einen bestimmenden Einfluss der Krankenkassen vermeint auch Dieners, PharmR 2010, 613 (618 f).

sche StGB drei Gruppen von Amtsträgern (§ 74 Abs 1 Z 4 a StGB).

Amtsträger ist jeder, der für den Bund, ein Land, einen Gemeindeverband, eine Gemeinde, für eine andere Person des öffentlichen Rechts (ausgenommen Kirchen oder Religionsgesellschaften), für einen anderen Staat oder für eine internationale Organisation Aufgaben der Gesetzgebung, Verwaltung oder Justiz als deren Organ oder Dienstnehmer wahrnimmt (§ 74 Abs 1 Z 4 a lit b StGB).

Personen, die befugt sind im Namen einer der in lit b genannten Körperschaften in Vollziehung der Gesetze Amtsgeschäfte vorzunehmen, sind Amtsträger nach lit c. Diese Gruppe der sog „Beliehenen“ erfasst Personen, die im Rahmen einer speziellen Funktion für den Staat einzelne hoheitliche Aufgaben ausüben.

Die dritte Gruppe von Amtsträgern erfasst Personen, die als Organe oder Bedienstete eines Unternehmens tätig sind, an dem eine oder mehrere inländische oder ausländische Gebietskörperschaften unmittelbar oder mittelbar mit mindestens 50% des Stamm-, Grund- oder Eigenkapitals beteiligt sind (§ 74 Abs 1 Z 4 a lit d StGB). Auch erfasst sind Organe und Bedienstete von Unternehmen, die von einer oder mehreren solchen Gebietskörperschaften betrieben oder durch finanzielle oder sonstige wirtschaftliche oder organisatorische Maßnahmen tatsächlich beherrscht werden. Darüber hinaus sind jedenfalls Organe oder Dienstnehmer von Unternehmen, deren Gebarung der Überprüfung durch den Rechnungshof, dem Rechnungshof gleichartige Einrichtungen der Länder oder eine vergleichbare internationale oder ausländische Kontrolleinrichtung unterliegt, Amtsträger nach lit d.

Bisher waren Amtsträger nach lit d nur Organe oder Dienstnehmer von Unternehmen, die der Kontrolle des Rechnungshofs unterliegen und die weit überwiegend Leistungen für die Verwaltung des Bundes, eines Bundeslands, eines Gemeindeverbands, einer Gemeinde, eines Sozialversicherungsträgers oder dessen Hauptverband, eines anderen Staates oder einer internationalen Organisation erbringen.

Gerade die gesetzliche Bestimmung in lit d bereitete Schwierigkeiten – einerseits war nicht klar, wann „weit überwiegend“ Leistungen für eine der in lit b genannten Körperschaften erbracht werden;¹⁷⁾ andererseits führte die Kombination von lit b und lit d zu unsachlichen Wertungswidersprüchen. Hierzu ein in der Literatur wiederholt vorgebrachtes Beispiel aus dem medizinischen Bereich: Ist ein Bundesland Träger eines öffentlichen Krankenhauses, so sind die dort tätigen Ärzte als Dienstnehmer der Gebietskörperschaft Amtsträger (§ 74 Abs 1 Z 4 a lit b StGB). Ihre Tätigkeit ist als Verwaltungstätigkeit für das Land zu qualifizieren, weil definitionsgemäß nur Gesetzgebung, Justiz und (Privatwirtschafts-)Verwaltung als Tätigkeitsformen für die Gebietskörperschaften in Frage kommen. Ist allerdings eine vom Land privatrechtlich gegründete GmbH Träger des Krankenhauses, sind die Ärzte deren Dienstnehmer und damit keine Amtsträger nach lit b. Aber auch lit d aF war nicht anwendbar, weil selbst wenn die Träger-GmbH gänzlich im Eigentum des Landes steht und damit der Rechnungshofkontrolle unterliegt, erbringt das Krankenhaus nicht überwiegend Leistun-

gen für die Infrastruktur einer Gebietskörperschaft. In beiden Fällen sind die Dienstnehmer dem Einfluss derselben Gebietskörperschaft unterworfen und erbringen dieselben Leistungen – trotzdem waren nur diejenigen Amtsträger, die direkt bei der Gebietskörperschaft angestellt sind.¹⁸⁾

Dieses Beispiel macht klar, dass der Amtsträgerbegriff in lit d zu eng formuliert war. Dominiert der staatliche Einfluss in einem Unternehmen (unmittelbar oder mittelbar), werden meist öffentliche Aufgaben wahrgenommen. Dann aber sollten die Dienstnehmer Amtsträger sein.¹⁹⁾

Die neue – im Vergleich zur alten Regelung – doch sehr weite Formulierung der lit d hat zur Konsequenz, dass im staatsnahen Sektor nun alle Bediensteten eines Unternehmens Amtsträger sind, sofern eine Gebietskörperschaft beherrschenden Einfluss ausübt; sei es über die Beteiligung am Stamm-, Grund- oder Eigenkapital oder über die tatsächliche Beherrschung. Jedenfalls erfasst sind Organe und Dienstnehmer von Unternehmen, die einer Überprüfung durch den Rechnungshof oder einer vergleichbaren Einrichtung unterliegen.²⁰⁾ Die Neufassung enthält damit klare Abgrenzungskriterien und entspricht außerdem den internationalen Vorgaben für den Amtsträgerbegriff.²¹⁾

b) Vertragsärzte sind keine Amtsträger

Auch in Österreich erfüllen Vertragsärzte nicht den Amtsträgerbegriff des StGB. Anders als in Deutschland liegt dies aber weniger an der Art ihrer Aufgaben und ihrem Auftreten gegenüber den Patienten, sondern an der mangelnden organisatorischen Eingliederung in Gebietskörperschaften oder staatsnahe Unternehmen.

Da es sich bei den Krankenkassen um Sozialversicherungsträger (SVTr) handelt,²²⁾ die in der alten Fassung des § 74 Abs 1 Z 4 a lit b StGB noch ausdrücklich genannt waren und in der Fassung ab 1. 1. 2013 als „andere Person des öffentlichen Rechts“ erfasst sind, muss geklärt werden, ob Vertragsärzte für die Krankenkassen als deren Organ oder Dienstnehmer Aufgaben der Verwaltung wahrnehmen.

Der Amtsträgerbegriff nach lit b ist ein organisatorischer. Amtsträger ist, wer eine der genannten Körperschaften als Organ nach außen hin vertritt oder dort als Dienstnehmer in die Organisationsstruktur eingebunden ist.²³⁾ Dienstnehmer sind Personen, die von einer der genannten Körperschaften persönlich und wirtschaftlich abhängig sind. Sie werden dort gegen Entgelt und unter Einbindung in die spezifische Organisationsstruktur beschäftigt.²⁴⁾ Dies ist bei den Vertragsärzten

17) Vgl dazu JAB 273 zu IA 671/A BlgNR 24. GP 2; *Reindl-Krauskopf*, Korruptionsstrafrecht neu – ein Überblick, *ecolex* 2009, 732.

18) *Reindl-Krauskopf*, *ecolex* 2009, 732 (733); *Jerabek/Reindl-Krauskopf/Schroll* in *WK-StGB*² § 74 Rz 19 e; aA *Medigovic*, Was vom Korruptionsstrafrecht übrig bleibt, *ÖJZ* 2010/31 (256).

19) *Reindl-Krauskopf*, *ecolex* 2009, 732 (733); aA *Medigovic*, *ÖJZ* 2010/31 (254 ff).

20) Derartiges hat *Reindl-Krauskopf* bereits 2009 vorgeschlagen: *Reindl-Krauskopf*, *ecolex* 2009, 732 (733).

21) Vgl dazu Art 1 der OECD-Konvention gegen die Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr; Art 2 der UN-Konvention gegen Korruption; JAB 1833 zu IA 1950/A BlgNR 24. GP 4.

22) § 23 Abs 1 ASVG.

23) *Jerabek/Reindl-Krauskopf/Schroll* in *WK-StGB*² § 74 Rz 19 b.

24) *Medigovic*, *ÖJZ* 2010/31 (253).

im Verhältnis zu den Krankenkassen nicht der Fall. Vertragsärzte sind freiberuflich tätig und werden gerade nicht in die Organisationsstruktur der SVTr eingebunden. Ebenso erhalten sie keine Gehaltszahlungen. Vielmehr erfolgt eine Abrechnung der einzelnen ärztlichen Leistungen im Rahmen der abgeschlossenen Gesamt- und Einzelverträge.²⁵⁾ Die Vertragsärzte sind auch keine Organe der Krankenkassen. Den Krankenkassen obliegt es für die Krankenbehandlung der Versicherten ausreichend Vorsorge zu treffen (§ 23 Abs 5 und § 116 Abs 1 ASVG).²⁶⁾ Die Krankenbehandlung umfasst die ärztliche Hilfe, die wiederum durch Vertragsärzte und Vertrags-Gruppenpraxen sowie durch Wahlärzte und Wahl-Gruppenpraxen und Ärzte in eigenen Einrichtungen (oder Vertragseinrichtungen) gewährt wird (§ 133 Abs 1 und § 135 Abs 1 ASVG).²⁷⁾ Um dieser Verpflichtung nachkommen zu können, schließt der Hauptverband der SVTr mit den Ärztekammern Gesamtverträge ab, die wiederum Basis für die mit den einzelnen Vertragsärzten zu treffenden Abmachungen (Einzelverträge) sind. Die Gesamtverträge regeln auch die Vergütung der Vertragsärzte, die nach Einzelleistungen oder pauschal erfolgt (§§ 341, 342 Abs 1 Z 3 und Abs 2 ASVG).²⁸⁾ Werden vom Arzt Arzneimittel verschrieben, erfolgt die Abrechnung direkt mit den Apotheken (§ 136 Abs 1 und 2 ASVG).²⁹⁾ Aus diesem System ergibt sich, dass die Vertragsärzte zu den Trägern der Sozialversicherung zwar in einem leistungsvertraglichen Verhältnis stehen, aber keine typischen organschaftlichen Rechte oder Pflichten innehaben. Insbesondere erfolgt keine Vertretung der SVTr nach außen. Die Vertragsärzte treten bei ihrer Leistungserbringung stets im eigenen Namen auf. Vertragsärzte sind daher nicht als Amtsträger iSd § 74 Abs 1 Z 4 a lit b StGB zu qualifizieren.

Eine Qualifikation der Vertragsärzte als Amtsträger nach § 74 Abs 1 Z 4 a lit d StGB scheidet ebenso aus. Sowohl nach bisheriger, als auch nach neuer Rechtslage erfasst lit d nur Organe oder Bedienstete von Unternehmen, an denen eine entsprechende staatliche Beteiligung besteht bzw die der Kontrolle des Rechnungshofs unterliegen. Die Krankenkassen als SVTr unterliegen gem § 20 Rechnungshofgesetz der Kontrolle durch den Rechnungshof. Doch mangelt es wiederum an der nötigen Stellung der Vertragsärzte – sie sind weder Organe noch Bedienstete der SVTr. Der Begriff „Bediensteter“ zielt, wie der Begriff „Dienstnehmer“ in lit b, auf das Bestehen eines Dienstverhältnisses ab.³⁰⁾

Auch eine Amtsträgerstellung nach § 74 Abs 1 Z 4 a lit c ist auszuschließen. Vertragsärzte sind nicht dazu befugt, im Namen der SVTr in Vollziehung der Gesetze Amtsgeschäfte vorzunehmen. Sie werden weder bei der Behandlung von Patienten noch bei der Verschreibung von Heil- und Hilfsmitteln hoheitlich tätig. Diese Ansicht wird auch durch die Argumentation des BGH gestützt. Die österr Bestimmung in lit c deckt sich mit der deutschen Amtsträgerdefinition in § 11 Abs 1 Z 2 lit c dStGB, deren Anwendbarkeit auf Vertragsärzte in der aktuellen E des BGH verneint wurde.³¹⁾

Der österr Amtsträgerbegriff ist im Grunde weiter gefasst als die deutsche Bestimmung in § 11 Abs 1 Z 2 dStGB. So ist in den Fällen der lit b und lit d ein hoheitliches Tätigwerden des Organs bzw Bediensteten nicht

verlangt. Trotzdem sind die Vertragsärzte auch in Österreich keine Amtsträger. Wie ausgeführt fehlt es an der entsprechenden Beziehung zwischen den SVTr und den Vertragsärzten. Vertragsärzte können somit nicht Täter der §§ 304 ff StGB sein.

2. Vertragsärzte als Beauftragte der Krankenkassen iSd § 309 StGB?

a) Der Beauftragtenbegriff

Die Geschenkkannahme von Bediensteten oder Beauftragten nach § 309 Abs 1 StGB³²⁾ ist ein Sonderdelikt. Täter können nur Bedienstete oder Beauftragte eines Unternehmens sein. Typische Bedienstete sind weisungsgebundene Arbeitnehmer – die Weisungsgebundenheit ist zentrales Element der Bediensteteneigenschaft.³³⁾ Es wurde bereits dargelegt, dass weder Gesamt- noch Einzelvertrag zwischen dem SVTr und dem niedergelassenen Vertragsarzt ein Dienstverhältnis begründet.³⁴⁾ Der Vertragsarzt unterliegt keiner Kontrolle und Weisung des Versicherungsträgers und ist nicht in dessen Unternehmensstruktur integriert. Die hL verneint selbst eine „arbeitnehmerähnliche“ Position des Vertragsarztes.³⁵⁾

Schwierigkeiten bereitet die Frage, ob der Vertragsarzt bei der Verordnung von Medikamenten Aufgaben des jeweiligen SVTr erledigt und deshalb Beauftragter iSd § 309 Abs 1 StGB ist oder ob er ausschließlich in seinem eigenen Aufgabenbereich tätig wird.

Den Materialien ist zum Beauftragten folgende Definition zu entnehmen: „Ein Beauftragter ist berechtigt, für ein Unternehmen geschäftlich zu handeln, oder zumindest in der Lage, Einfluss auf betriebliche Entscheidungen zu nehmen.“³⁶⁾ Nicht klar ist, ob letztere Voraussetzung ein zwingendes Element der Beauftragtenstellung ist und deshalb nur Personen, die maßgeblichen Einfluss auf betriebliche Entscheidungen haben, Beauftragte sein können, oder ob es bereits ausreicht, dass geschäftliche Handlungen vorgenommen werden. Im Zi-

25) Zu den einzelnen Vertragspartnern und dem Verhältnis zwischen Gesamt- und Einzelverträgen vgl §§ 341 ff ASVG.

26) Vgl *Schober in Sonntag*, ASVG – Allgemeines Sozialversicherungsgesetz § 116 Rz 2.

27) Vgl *Schober in Sonntag*, ASVG § 133 Rz 1 ff und § 135 Rz 3.

28) Vgl *Kletter in Sonntag*, ASVG § 341 Rz 1 und 17 ff und § 342 Rz 123 ff.

29) Der Gesamtvertrag zwischen dem Hauptverband der SVTr und der Österreichischen Apothekerkammer sieht vor, dass die Abrechnung über die Pharmazeutische Gehaltskasse erfolgt (§ 348 a Abs 4 ASVG); zum Abrechnungsprozess vgl *Seyfried in Sonntag*, ASVG § 348 g Rz 6 ff.

30) Vgl *Jerabek/Reindl-Krauskopf/Schroll in WK-StGB² § 74 Rz 19 b und 19 d*. Leider wurde auch durch das Korruptionsstrafrechtsänderungsgesetz 2012 keine Begriffsvereinheitlichung vorgenommen.

31) Siehe dazu oben B.1.

32) Die Bestechung im privaten Bereich war vor dem KorStrÄG in §§ 168 c ff StGB geregelt. Diese Bestimmungen wurden zum neuen § 309 StGB zusammengefasst. Die Tatbestände blieben inhaltlich gleich, es wurden aber neue Wertqualifikationen eingefügt und das Delikt ist nun zur Gänze ein Officialdelikt. Die Geringfügigkeitsgrenze ist entfallen. Vgl dazu *Koukol*, Das neue Korruptionsstrafrecht, JAP 2012/2013/15.

33) *Rauch*, Korruptionsstrafrecht (2012) 107; *Kirchbacher/Presslauer in WK-StGB² § 168 c Rz 9*.

34) Siehe bereits die Ausführungen zum Vertragsarzt als Dienstnehmer in C.1.b.

35) *Mosler*, Arzt und gesetzliche Krankenversicherung (1995) 172 ff.

36) ErläutRV 285 BlgNR 23. GP 9; *Kirchbacher/Presslauer in WK-StGB² § 168 c Rz 12*; *Thiele in SbgK § 168 c Rz 24*; *Duursma in Gumpoldsberger/Baumann*, UWG § 10 Rz 2.

vilrecht ist Beauftragter, wer für jemand anderen Rechtsgeschäfte oder Rechtshandlungen vornimmt.³⁷⁾ Wenn gleich das Bestehen eines Vertragsverhältnisses für eine Beauftragung im strafrechtlichen Sinne nicht erforderlich ist,³⁸⁾ und sich die Beauftragung daher nicht allein nach zivilrechtlichen Maßstäben bestimmen lässt, sondern auf tatsächlichen Verhältnissen gründet,³⁹⁾ hat diese Auslegung wohl auch für das Strafrecht Bedeutung.

Auch die Variante, dass jemand zwar Einfluss auf betriebliche Entscheidungen nimmt, aber niemals geschäftlich für das Unternehmen handelt, ist denkbar. In diesem Fall mag zwar eine (strafrechtliche) Beauftragung argumentierbar sein, jedoch wird es immer an einer weiteren Strafbarkeitsvoraussetzung des § 309 StGB fehlen, nämlich der Rechtshandlung.⁴⁰⁾ Auch in Deutschland wird für die Beauftragung auf den Einfluss auf Entscheidungen iZm dem Waren- oder Leistungsaustausch, den jemand aufgrund seiner Stellung im Betrieb hat, abgestellt.⁴¹⁾ Doch ist weitere Strafbarkeitsvoraussetzung des § 299 dStGB nur die unlautere Bevorzugung beim Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen im Wettbewerb, die nicht unbedingt in Form einer Rechtshandlung (man denke nur an falsche Beratung) erfolgen muss.⁴²⁾ Eine Vergleichbarkeit mit dem österr § 309 StGB ergibt sich daher nicht; § 299 dStGB ähnelt vielmehr der Bestimmung des § 10 öUWG.

Eine Beauftragung kann im Ergebnis wohl immer dann angenommen werden, wenn jemand die Pflicht (bzw die Berechtigung) übernimmt, im Interesse eines anderen Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen⁴³⁾ vorzunehmen. Die Befugnis, Einfluss auf betriebliche Entscheidungen zu nehmen, ist nicht unbedingt erforderlich, denn es können auch sämtlich Bedienstete eines Unternehmens – unabhängig davon, ob sie Einfluss auf betriebliche Entscheidungen haben oder nicht – Täter des § 309 Abs 1 StGB sein.

Erfasst werden sollen jedenfalls Personen, die nicht weisungsgebunden sind, wenngleich eine gewisse Weisungsunterworfenheit eine Beauftragung nicht zwingend ausschließt.⁴⁴⁾ Der Beauftragte übernimmt Aufgaben im Interesse eines Unternehmens und wird, ohne in einem Dienstverhältnis zu stehen, dauernd oder zumindest vorübergehend in leitender oder sonstiger Stellung tätig.⁴⁵⁾ Der Umstand, dass der Beauftragte selbständiger Unternehmer und somit nicht in die Unternehmensstruktur des Auftraggebers eingegliedert ist, steht einer Beauftragung iSd § 309 Abs 1 StGB grundsätzlich nicht entgegen.

b) Vertragsärzte sind Beauftragte der Krankenkassen

Im österr Sozialversicherungsrecht gilt der Grundsatz, dass jeder Arzt, unabhängig davon, ob er in einem Dienstverhältnis steht oder freiberuflich tätig wird, seinen Beruf selbständig und eigenverantwortlich ausübt. Der Gesetzgeber garantiert dem Arzt eine berufliche Unabhängigkeit, die es ihm erlaubt, die in § 2 ÄrzteG umschriebenen Tätigkeiten in einem geschützten Autonomiebereich auszuüben.⁴⁶⁾ Im Gegensatz zu Spitalärzten sind Vertragsärzte selbständige, freiberufliche Ärzte, die mit den SVTr Verträge abschließen. Die SVTr bedienen sich der Vertragsärzte, um ihre gesetzlichen Pflichten gegenüber den Versicherungsnehmern

zu erfüllen.⁴⁷⁾ Abweichend vom Privatarzt erfolgt die Behandlung und Verordnung von Arzneimitteln durch den Vertragsarzt „auf Kasse“ des SVTr.

Vertragsärzte werden nicht in das organisatorische Gefüge der SVTr eingegliedert. Sie erbringen ihre Leistungen aus eigenen Produktionsmitteln und behandeln in ihren Ordinationen. Hinsichtlich der Art und Weise ihrer Berufsausübung unterliegen sie keinen fachlichen oder organisatorischen Weisungen und grundsätzlich keiner Kontrolle durch den SVTr.⁴⁸⁾ Eine Ausnahme findet sich im Bereich der Arzneimittelverordnung. Dem SVTr obliegt im Rahmen der Abrechnung die nachträgliche Kontrolle der Einhaltung der Grenzen des vom Hauptverband der SVTr herausgegebenen Erstattungskodizes (§ 31 Abs 3 Z 12 ASVG).

Für den Vertragsarzt in Österreich gelten die vom BGH vorangestellten Überlegungen zum Beauftragungsbegriff sinngemäß. Selbständigkeit und Eigenverantwortlichkeit sowie Weisungsfreiheit oder eine (zum Teil) fehlende Kontrolle stehen einer Beauftragung nicht entgegen.⁴⁹⁾

Das österr Vertragsarztsystem ist gekennzeichnet durch Gesamt- und Einzelverträge. Ein zwischen dem Hauptverband der SVTr und den örtlich zuständigen Ärztekammern abgeschlossener Gesamtvertrag bildet den rechtlichen Rahmen der unmittelbaren Rechtsbeziehung zwischen Arzt und SVTr. Das ASVG legt lediglich die Eckpunkte fest und überlässt den konkreten Inhalt des Gesamtvertrags weitestgehend den Vertragspartnern. Der Gesamtvertrag regelt wesentliche Bereiche der Beziehung zwischen Arzt und SVTr. Enthalten sind insb Regelungen über die Zahl und Verteilung der Ärzte, deren Rechte und Pflichten sowie Vereinbarungen über die Vergütung der erbrachten Leistungen.⁵⁰⁾ Der Abschluss eines Gesamtvertrags ermächtigt den Arzt weder für den Versicherungsträger zu handeln noch verpflichtet er zur Behandlung der Versicherungsnehmer. Erst der Abschluss eines Einzelvertrags begründet die Leistungsverpflichtung.⁵¹⁾ Dieser wird zwischen dem SVTr und dem einzelnen Vertrags-

37) *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ (2007) 209.

38) BGHSt 2, 396 (401); *abw Sahan*, Die Unbestechlichkeit niedergelassener Vertragsärzte, ZIS 1/2011, 23 (24).

39) *Diemer/Krick* in MünchKomm, StGB § 299 Rz 5 mwN; *Dannecker in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, StGB³ § 299 Rz 22; *Rauch*, Korruptionsstrafrecht 110.

40) Siehe dazu unten c).

41) Vgl FN 12.

42) Vgl *Diemer/Krick* in MünchKomm StGB § 299 Rz 16; *Heine in Schönke/Schröder*, StGB²⁶ § 299 Rz 18.

43) Zum Unterschied zwischen Rechtsgeschäft und Rechtshandlung s *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 99; zur Rechtshandlung s auch unten c).

44) *Rauch*, Korruptionsstrafrecht 111; *Plöckinger*, Bestechungs-, Provisions- und Schmiergeldzahlungen im geschäftlichen Bereich, ÖJZ 2009/23 (209); *Momsen in Heintschel-Heinegg*, StGB § 299 Rz 11.

45) ErläutRV 285 BlgNR 23. GP 9; *Kirchbacher/Presslauer* in WK-StGB² § 168 c Rz 9.

46) *Firlei*, Heilmittelverschreibung (2006) 81.

47) *Schroth*, Sponsoring niedergelassener Vertragsärzte aus strafrechtlicher Sicht, in FS Roxin (2012) 332.

48) *Mosler*, Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 168 ff; *Firlei*, Heilmittelverschreibung 81; *Mosler in Grillberger/Mosler*, Ärztliches Vertragspartnerrecht (2012) 95.

49) Vgl zur Selbständigkeit und Eigenverantwortung BGH 19. 3. 2012, GSSt 2/11.

50) *Schrammel*, Vertragsloser Zustand im Vertragspartnerrecht der Krankenversicherung, RdA 2007, 347 (349).

51) *Schrammel*, RdA 2007, 347 (352).

arzt abgeschlossen und konkretisiert den Gesamtvertrag. Der Einzelvertrag enthält die dem Arzt originär zugewiesenen Aufgaben, zu denen ua auch die Verordnung von Arzneimitteln zählt.

Bei der Heilmittelverordnung stellt der Vertragsarzt für den Patienten Verordnungen aus, die nach hL die Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenkasse gegenüber ihren Versicherungsnehmern begründen.⁵²⁾ Liegt eine ordnungsgemäße Heilmittelverordnung vor, verpflichtet der Arzt zugleich den SVTr zur Begleichung der dem Apotheker – der typischerweise das verordnete Medikament dem Patienten gegen Vorlage des Rezepts und Zahlung einer Rezeptgebühr ausfolgt – entstandenen Kosten.⁵³⁾ Eine Verordnung ist ordnungsgemäß, wenn die im Gesamtvertrag vereinbarten Formerfordernisse erfüllt sind und sie dem Erstattungskodex (§ 31 Abs 3 Z 12 ASVG) und den Richtlinien über die ökonomische Verschreibweise (§ 31 Abs 5 Z 13 ASVG) entspricht. In diesem Fall hat der Apotheker aufgrund des zwischen dem SVTr und der Apothekerkammer abgeschlossenen Gesamtvertrags (§ 348 a Abs 1 ASVG) das Arzneimittel auf Rechnung des SVTr zu expedieren. Der Apotheker überprüft die Verordnung nur auf das Vorhandensein aller Formalerfordernisse, nicht aber auf ihre (medizinische) Notwendigkeit. Aus dieser – teils vertraglich, teils gesetzlich geregelt – Systematik ergibt sich eine Befugnis des im eigenen Namen auftretenden Arztes, den SVTr zur Leistung (nämlich zur Begleichung der Kosten des Medikaments) zu verpflichten. Verordnet er ein Medikament, muss der SVTr die Kosten für den Patienten tragen, eine Verweigerung der Übernahme der Kosten kann im Nachhinein nur noch gegenüber dem verordnenden Arzt in Form eines Regresses erfolgen, nicht aber gegenüber dem Patienten. Der Arzt ist somit beauftragt, für den SVTr geschäftlich zu handeln.

Das österr Gesundheitssystem und das Vertragsverhältnis von Arzt und Versicherungsträger weisen einen bedeutenden Unterschied zum deutschen Recht auf. Während in Deutschland die Vertragsärzte in einem gesetzlichen Zulassungsverfahren berufen werden, die Krankenkassen nur mit der kassenärztlichen Vereinigung in eine vertragliche Verbindung treten, und es zu jedem Zeitpunkt an einem direktem Kontakt zwischen Versicherungsträger und Arzt mangelt,⁵⁴⁾ treten der österr Arzt und der SVTr in eine unmittelbare Rechtsbeziehung zueinander.⁵⁵⁾ Zwar steht das Fehlen von unmittelbaren Rechtsbeziehungen allein einer Beauftragtenstellung noch nicht endgültig entgegen, doch konnte der BGH die Beauftragung auch auf keine weitere Grundlage stützen. Gerade diese unmittelbare Rechtsbeziehung ist aber Basis der Beauftragtenstellung des Vertragsarztes in Österreich. Während nämlich in Deutschland die im Gesetz normierte Gleichordnung von Arzt und Krankenkasse⁵⁶⁾ und der in § 129 SGB V geregelte öffentlich-rechtlich ausgestaltete gesetzliche Anspruch auf Vergütung bei der Medikamentenverordnung eine Beauftragung ausschließt, begründen die als privatrechtliche Verträge ausgestalteten Gesamt- und Einzelverträge eine Befugnis des Vertragsarztes, die Krankenkassen zur Leistung zu verpflichten.⁵⁷⁾

Der österr Gesetzgeber hat sich bewusst für die Freiheit des Patienten bei der Arztwahl entschieden. Weder

die gesetzlichen Krankenkassen noch die Ärzte können Einfluss auf die Entscheidung des Versicherten bei der Wahl des Arztes nehmen. Der Patient wählt seinen Arzt frei aus und „beauftragt“ diesen gewissermaßen, ihn in seinem Interesse zu behandeln. Für den BGH steht diese Bindung an den Patienten im Vordergrund und damit einer Beauftragtenstellung des Arztes gegenüber dem SVTr entgegen.⁵⁸⁾ Doch betrifft diese „Beauftragung“ einzig den Behandlungsvertrag zwischen Arzt und Patient und ist einer Verpflichtung des SVTr zur Zahlung der entstandenen Kosten für das verordnete Arzneimittel vorgelagert. Das subjektive Empfinden des Patienten, der Arzt sei von ihm beauftragt worden und im Zeitpunkt der Krankenbehandlung primär in seinem Interesse tätig,⁵⁹⁾ berührt die Rechtsbeziehung zwischen Vertragsarzt und SVTr nicht. Der Behandlungsvertrag tritt nicht anstelle, sondern neben das Vertragsverhältnis von Arzt und SVTr. Es mag zwar ein gewisser Interessenskonflikt bestehen, weil die SVTr eine Kostenminimierung im Gesundheitssystem anstreben, während für den Patienten allein sein gesundheitliches Wohlergehen im Vordergrund steht; doch auch dieser Konflikt besseitigt nicht die Tatsache, dass der Arzt dem SVTr aus dem Vertragsverhältnis verpflichtet ist. Trotz des Spannungsverhältnisses ergibt sich keine Pflichtenkollision für den Arzt, denn die Beachtung des Patientenwohls ist nicht nur oberstes Gebot in der Beziehung zwischen Arzt und Patienten, sondern ebenso ein Bestandteil der Gesamt- und Einzelverträge und somit auch eine Pflicht, die direkt gegenüber dem SVTr besteht.⁶⁰⁾ Das Verbot des § 309 StGB, sich bestechen zu lassen und damit im Interesse eines Dritten statt im Interesse seines Auftraggebers zu handeln, beeinflusst die Wahrnehmung der Pflichten des Arztes gegenüber seinem Patienten nicht. Das Wohl des Patienten, das es jedenfalls zu beachten gilt, ist kein „Drittinteresse“, sondern betrifft auch die Vertragsbeziehungen zwischen Arzt und SVTr.

Der BGH hat zum Umfang der Beauftragung, insb zur Feststellung des Eintritts des Versicherungsfalls, der Konkretisierung des Anspruchs des Versicherten und der Behandlung innerhalb des Sachleistungssystems, argumentiert, dass der Arzt aufgrund abstrakt-genereller Regelungen, die den Umfang der Leistungen beschreiben und die Behandlungsmöglichkeiten einschränken, keine alleinverantwortliche Entscheidungs-

52) *Brodil/Windisch-Graetz*, Sozialrecht in Grundzügen⁶ (2009) 69.

53) *Höcher/Krauskopf*, Zur strafrechtlichen Relevanz von Provisionszahlungen an Vertragsärzte: Korruption im Gesundheitssektor, RdM 2012/107, 164 (169).

54) BGH, 19. 3. 2012, GSSt 2/11, wonach allein die fehlende vertragliche Verbindung zwischen Krankenkasse und Vertragsarzt einer Beauftragung iSd § 299 StGB noch nicht entgegensteht.

55) *Welsler*, Das Zivilrecht und das Dreiecksverhältnis zwischen Sozialversicherungsträger, Arzt und Patient, in *Tomandl*, Sozialversicherung – Grenzen der Leistungspflicht (1975) 101 (104).

56) Vertragsärzte wirken mit den Krankenkassen zur Sicherstellung der ärztlichen Versorgung zusammen und gewährleisten gemeinsam eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung der Versicherten.

57) § 338 ASVG bezeichnet den Gesamtvertrag ausdrücklich als privatrechtlichen Vertrag; vgl auch RIS-Justiz RS0115620; *Krejci*, Probleme des individuellen Kassenarztvertrages, ZAS 1989, 109. Gleiches gilt für den Einzelvertrag, der auf einer übereinstimmenden Willenserklärung der Vertragspartner beruht.

58) BGH 19. 3. 2012, GSSt 2/11 Rz 43.

59) So auch BGH 19. 3. 2012, GSSt 2/11 Rz 33.

60) Vgl zB SVA Gesamtvertrag, www.hauptverband.at/mediaDB/699604_SVA%20Gesamtvertrag.pdf, 4.

befugnis besitzt. Auch in Österreich erlässt der Hauptverband der SVTr verbindliche Richtlinien über die ökonomische Verschreibeweise (§ 31 Abs 5 Z 13 ASVG) und einen Erstattungskodex (§ 31 Abs 3 Z 12 ASVG) für die Abgabe von Arzneyspezialitäten auf Rechnung des Versicherungsträgers. Damit sind dem Vertragsarzt bei der Behandlung der Patienten zwar Grenzen gesetzt – was für eine Beauftragung geradezu typisch ist – doch weder das Wirtschaftlichkeitsgebot noch der Erstattungskodex können den gesetzlichen Anspruch des Versicherten auf Arzneimittel einschränken, wenn diese zur Krankenbehandlung notwendig sind. Die berufliche Unabhängigkeit des Arztes bleibt auch bei der Verordnungstätigkeit, welche er in alleiniger Eigenverantwortung ausübt, gewahrt, weil die Entscheidungsbefugnis des Arztes im Interesse des Patienten – bei entsprechender medizinischer Indikation – letztendlich keiner Beschränkung durch den SVTr unterliegt.⁶¹⁾

Zudem ist in Österreich die Arzneimittelausgabe einer Einflussnahme durch den Apotheker entzogen. Während in Deutschland der Apotheker im Fall, dass der Arzt das Medikament nur unter einer Wirkstoffbezeichnung verordnet, das abzugebende Arzneimittel selbst auswählt und somit auch die Abgabe eines wirkstoffgleichen, aber preisgünstigeren Medikaments möglich ist, hat der Gesetzgeber in Österreich eine autidem-Substitution nicht vorgesehen. Damit konkretisiert allein der niedergelassene Vertragsarzt Leistungspflicht und -umfang des SVTr.

Der Gesetzgeber hat sich bewusst für die Beibehaltung des freien Arztberufs und die damit verbundene eigenverantwortliche und höchstpersönliche Ausübung der Krankenbehandlung entschieden.⁶²⁾ Das System der freiberuflich tätigen Vertragsärzte mag daher auf den ersten Blick mit einer Beauftragung der Vertragsärzte durch die Versicherungsträger nicht vereinbar erscheinen. Die durch zwingendes Recht garantierte Autonomie des Arztes dient aber einzig dem Schutz der besonders sensiblen Arzt-Patienten-Beziehung. Die Rechtsbeziehung zum SVTr wird nicht berührt, sodass die Intention des Gesetzgebers, Ärzte mögen ihren Beruf selbstständig und eigenverantwortlich ausschließlich im Interesse des Patienten wahrnehmen können, durch eine allfällige Beauftragung des Vertragsarztes gegenüber dem SVTr nicht berührt wird.

Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass nach derzeitiger Rechtslage der Vertragsarzt unter den Beauftragungsbegriff subsumiert werden kann.

c) Die weiteren Tatbestandsmerkmale des § 309 StGB

Eine Strafbarkeit nach § 309 StGB kommt nur dann in Betracht, wenn auch die weiteren Tatbestandsmerkmale erfüllt sind.

Der Vertragsarzt müsste Beauftragter eines Unternehmens sein. Unternehmen iS des StGB ist jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, selbst wenn sie nicht auf Gewinn gerichtet ist.⁶³⁾ Die SVTr entsprechen dieser Definition und dürften unter den Unternehmensbegriff des StGB fallen. Trotzdem bleibt anzumerken, dass die Frage, ob SVTr Unternehmenseigenschaft haben, va im Wett-

bewerbsrecht bereits ohne eindeutiges Ergebnis diskutiert wurde.⁶⁴⁾

Tathandlungen des § 309 Abs 1 StGB sind das Fordern, Annehmen oder Sich-Versprechen-Lassen eines Vorteils für sich oder einen Dritten. Die Geschenkannahme muss „im geschäftlichen Verkehr“ erfolgen. Unter dem Begriff „geschäftlicher Verkehr“ ist jede selbständige, auf Erwerb gerichtete Tätigkeit, mithin jede geschäftliche Betätigung im weitesten Sinn, in der eine Teilnahme am Erwerbsleben zum Ausdruck kommt, zu verstehen. Gewinnerzielungsabsicht ist wiederum nicht erforderlich. Nicht im geschäftlichen Verkehr erfolgen rein private oder amtliche Handlungen.⁶⁵⁾ Die Verordnungstätigkeit und auch die Untersuchung von Patienten sind Teil der Erwerbstätigkeit des freiberuflichen Vertragsarztes und erfolgen im geschäftlichen Verkehr der SVTr. Die Sicherstellung der Behandlung der Versicherten – die zum Teil durch die Vertragsärzte gewährleistet wird – zählt zur geschäftlichen Betätigung der SVTr.

Zudem muss der Vorteil für die pflichtwidrige Vornahme oder Unterlassung einer Rechtshandlung gefordert, angenommen oder sich versprochen lassen (bzw auf Geberseite angeboten, versprochen oder gewährt) worden sein. Bloßes Anfüttern oder das Annehmen bzw Gewähren eines Vorteils für die pflichtgemäße Vornahme einer Rechtshandlung sind im privaten Bereich nicht strafbar. Pflichtwidrig ist eine Handlung, wenn sie gegen Ge- oder Verbote verstößt, die sich aus Gesetz, Auftrag, konkreten Weisungen oder anderen Vorschriften ergeben.⁶⁶⁾ Auch ein Verhalten, das betrieblichen und wirtschaftlichen Interessen des Auftraggebers widerspricht, ist pflichtwidrig.⁶⁷⁾ Zum Teil wird auf die Motivation des Beauftragten bei seiner Entscheidungsfindung abgestellt. Lässt er sich nicht (ausschließlich) von wirtschaftlichen Motiven zugunsten des Auftraggebers leiten und handelt er aus sachfremden oder eigennützigen Gründen, läge eine Pflichtwidrigkeit vor. Subjektive Beweggründe können aber nicht Bestandteil der Pflichtwidrigkeit sein. Diese ist stets an objektiven Maßstäben zu messen.⁶⁸⁾ Ebenso kann allein die Annahme eines Vorteils noch keine Pflichtwidrigkeit iSd § 309 Abs 1 StGB begründen.⁶⁹⁾ Für Vertragsärzte kann sich eine Pflichtwidrigkeit aus dem Verstoß gegen die Vorgaben der Gesamt- und Einzelverträge und aus sonstigen den Arzt treffenden gesetzlichen Bestimmungen, die das Innenverhältnis zwischen SVTr und Arzt betreffen, ergeben. →

61) *Firleil*, Heilmittelverschreibung 86 ff.

62) *Firleil*, Heilmittelverschreibung 81.

63) Zur Auslegung des Unternehmensbegriffs werden § 1 Abs 2 UGB und § 1 Abs 2 KSchG herangezogen. Vgl dazu *Rauch*, Korruptionsstrafrecht 106 f.

64) Vgl *Rihs/Xeniadis*, Überlegungen zur Unternehmenseigenschaft der Österreichischen Krankenversicherungen, ÖZK 2011, 86, und *Höcher/Krauskopf*, RdM 2012/107, 164 (167).

65) *Kirchbacher/Presslauer* in WK-StGB² § 168 c Rz 18; *Thiele* in SbgK § 168 c Rz 36.

66) *Kirchbacher/Presslauer* in WK-StGB² § 168 c Rz 19; *Rauch*, Korruptionsstrafrecht 133.

67) *Rauch*, Korruptionsstrafrecht 136 mwN.

68) Vgl dazu ErläutRV 285 BldNR 23. GP 10; *Rauch*, Korruptionsstrafrecht 137; aA *Höcher/Krauskopf*, RdM 2012/107, 164 (170); OGH 11. 8. 1981, 9 Os 98/81, wonach ein Missbrauch der Amtsgewalt in Form des Ermessensmissbrauchs vorliegt, wenn der Beamte innerhalb seines Ermessensspielraums wesentlich nach unsachlichen Kriterien entscheidet.

69) *Rauch*, Korruptionsstrafrecht 137 f.

Rechtshandlungen sind rechtsgeschäftliche, geschäftsähnliche oder prozessuale Handlungen, die unmittelbare rechtliche Wirkungen haben. Als Beispiele werden der Verzicht auf die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen oder die Zurückziehung einer Klage genannt. Rein faktische Tätigkeiten sind nicht mitumfasst.⁷⁰⁾ Somit können die reine Beratung oder die Vorlage eines unverbindlichen Angebots niemals Rechtshandlungen sein.⁷¹⁾ Wird also ein Vorteil für die Vornahme einer faktischen Handlung angenommen, ist § 309 StGB nicht anwendbar. In einem solchen Fall könnte aber § 10 UWG erfüllt sein. Diese Bestimmung erfasst nämlich auch Fälle, in denen der Vorteil für eine Bevorzugung durch unlauteres Verhalten beim Bezug von Waren oder Leistungen gegeben wird. Hier müsste also nicht unbedingt eine Rechtshandlung vorliegen.⁷²⁾ Grundsätzlich ist § 10 UWG zwar subsidiär zu § 309 StGB, in Bezug auf die Hingabe von Vorteilen für Handlungen, die keine Rechtshandlungen sind, könnte aber ein Anwendungsbereich bleiben. Anzumerken bleibt, dass § 10 UWG zudem verlangt, dass der Vorteil zu Zwecken des Wettbewerbs gegeben wurde.

Stellt der Vertragsarzt nun eine Verordnung aus, die gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot des Gesamtvertrags oder die Richtlinien zur ökonomischen Verschreibeweise verstößt bzw nicht medizinisch indiziert ist, ist dies eine pflichtwidrige Rechtshandlung. Unter der Prämisse, dass der Vertragsarzt im Rahmen seiner Verordnungstätigkeit für den SVTr rechtsgeschäftlich tätig wird, muss die Verordnung eines Arzneimittels eine Rechtshandlung sein. Sie hat rechtliche Wirkung, nämlich die Verpflichtung des SVTr zur Leistung. Natürlich wird es oftmals schwer nachzuweisen sein, ob die Verschreibung eines konkreten Medikaments medizinisch indiziert ist, oder ein anderes (billigeres) Medikament ebenso wirksam oder gar geeigneter gewesen wäre – aber derartige Probleme der Beweisebene bleiben bei einer rechtlichen Analyse grundsätzlich außer Betracht.

Voraussetzung für die Strafbarkeit nach § 309 StGB ist, dass der Vorteil für die pflichtwidrige Rechtshandlung gefordert, angenommen oder sich versprochen lassen bzw angeboten, versprochen oder gewährt worden sein muss. Es wird ein ursächlicher Zusammenhang („do ut des“) zwischen Tathandlung und einer be-

stimmten Rechtshandlung gefordert. Die tatsächliche Vornahme dieser Rechtshandlung ist für eine Strafbarkeit nach § 309 StGB jedoch nicht erforderlich.⁷³⁾ Wurde also ein Vorteil für die pflichtwidrige Verschreibung eines Medikaments an einen Arzt gewährt, begründet dies bereits die Strafbarkeit, eine tatsächliche Verordnung des Heilmittels durch den Arzt ist nicht erforderlich.

Die genannten objektiven Tatbestandsmerkmale müssen, weil es sich bei § 309 StGB um ein Vorsatzdelikt handelt, vom (Eventual-)Vorsatz des Arztes bzw des Vorteilsgebers erfasst sein: Er muss es ernstlich für möglich halten und sich damit abfinden, einen Vorteil für die pflichtwidrige Vornahme oder Unterlassung einer Rechtshandlung im geschäftlichen Verkehr zu fordern, anzunehmen oder sich versprechen zu lassen bzw als Vorteilsgeber anzubieten, zu versprechen oder zu gewähren.

D. Ausblick

In Deutschland hat der BGH mit seiner E über diese vieldiskutierten Rechtsfragen erstmals festgestellt, dass nach der derzeitigen Gesetzeslage niedergelassene Vertragsärzte nicht als Täter der §§ 331 ff dStGB oder des § 299 dStGB in Betracht kommen. Damit blieb der Große Senat dem tragenden Grundsatz des Strafrechts *nulla poena sine lege* treu und hat ausdrücklich dargelegt, dass Strafbarkeitserwägungen nicht den Gerichten, sondern allein dem Gesetzgeber vorbehalten sind. Soll korruptes Verhalten im Gesundheitswesen bekämpft werden können, so ist es Aufgabe des deutschen Gesetzgebers, entsprechende Straftatbestände zu erlassen.

In Österreich dürfte aufgrund des unterschiedlichen Vertragsarztsystems eine Subsumtion des Vertragsarztes unter den Beauftragtenbegriff möglich sein. Die obige Untersuchung zeigt, dass § 309 StGB äußerst unbestimmte Tatbestandsmerkmale enthält und die Anwendung dieser Bestimmung sehr weit reichen könnte.

70) Plöckinger, ÖJZ 2009/23 (210); Leukauf/Steininger, StGB³ § 305 Rz 5; vgl auch Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹³ 99.

71) AA Rauch, Korruptionsstrafrecht 139; anscheinend auch Bertel in WK-StGB² § 305 Rz 4, Stand Juli 2001.

72) Vgl Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht³ § 27 Rz 7; offenbar aA Thiele in Wiebe/Kodek, UWG² § 10 Rz 40 ff.

73) Vgl Kirchbacher/Presslauer in WK-StGB² § 168 c Rz 21; Marek/Jerabek, Korruption und Amtsmissbrauch⁴ 98.

→ In Kürze

Während in Deutschland bestechliche Vertragsärzte nicht Täter der Korruptionsdelikte sein können, kommt in Österreich die Anwendung des § 309 StGB in Betracht.

→ Zum Thema

Über die Autoren:

Mag. Pilar Koukol und Mag. Markus Machan sind Universitätsassistenten am Institut für Strafrecht und Kriminologie an der Universität Wien.
Kontaktadresse: Institut für Strafrecht und Kriminologie, Schenkenstraße 8 – 10, 1010 Wien.
Tel: +43 (0)1 4277-346 45,
E-Mail: pilar.koukol@univie.ac.at
Internet: <http://strafrecht.univie.ac.at/bereiche/fuchs/pilar-koukol/>

Tel: +43 (0)1 4277-346 34
E-Mail: markus.machan@univie.ac.at
Internet: <http://strafrecht.univie.ac.at/bereiche/lewisch/markus-machan/>

→ Literatur-Tipp



Höpfer/Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch – StGB 1. – 94. Lieferung (2013)

MANZ Bestellservice:

Tel: (01) 531 61-100
Fax: (01) 531 61-455
E-Mail: bestellen@manz.at
Besuchen Sie unseren Webshop unter www.manz.at

