

Josefine Schütz*

Urteilsanmerkung zum Beschluss des *Bundesgerichtshofs* vom 11.5.2021 – 4 StR 350/20

Abstract

Der Beitrag befasst sich mit einem Beschluss des *vierten Senats des Bundesgerichtshofs* vom 11.5.2021 (Az. 4 StR 350/20) zur umstrittenen Vertragsarztuntreue im Rahmen des § 266 StGB. Dabei hat sich der BGH erneut mit der Frage der Vermögensbetreuungspflicht von Vertragsärzten gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen auseinandergesetzt und eine solche bei der Verordnung häuslicher Krankenpflege gem. § 37 V SGB V abgelehnt. Stattdessen wurde der Angeklagte wegen Beihilfe zum Abrechnungsbetrug gem. §§ 263, 27 StGB verurteilt. Der Beitrag analysiert die Herleitung der Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes und seine tatsächliche Notwendigkeit für eine sachgerechte Strafverfolgung. Ziel sollte bleiben einer übermäßigen Ausdehnung des Untreuetatbestands entgegenzuwirken.

*Die Verfasserin studiert Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und befindet sich in der Examensvorbereitung für das Erste Juristische Staatsexamen. Sie ist wissenschaftliche Hilfskraft bei Prof. Dr. A. Katarina Weilert LL.M. (UCL). Der Beitrag basiert auf einer im Wintersemester 2022/23 im Rahmen eines Seminars zum Gesundheitsstrafrecht bei Prof. Dr. Dr. h.c. Gerhard Dannecker verfassten Seminararbeit.

A. Einleitung

Um die Fallgruppe der Vertragsarztuntreue herrscht schon lange eine kontrovers diskutierte Debatte.¹ Der *vierte Senat* des BGH hat in seinem Urteil vom 11.5.2021 dazu Stellung genommen und eine Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes bei der Verordnung von häuslicher Krankenpflege gemäß § 37 Abs. 2 SGB V abgelehnt.² Damit bleibt der BGH seiner bisherigen Rechtsprechungslinie treu.³ Bereits die letzte Entscheidung des *vierten Senats*⁴ ist vielfach auf Kritik gestoßen.⁵ Vor dem Hintergrund der Mutation der Untreuestrafbarkeit zu einem Universaldelikt⁶ mit sehr weitreichendem Anwendungsbereich,⁷ ist auch die neue Entscheidung des *vierten Senats* kritisch zu würdigen.

B. Sachverhalt

Der Angeklagte betrieb als kassenärztlich zugelassener Facharzt für Allgemeinmedizin eine Praxis in Bochum. Seine Ehefrau war an der Gründung eines Pflegedienstes mitbeteiligt, der sich in unmittelbarer räumlicher Nähe der Praxis befand. Bevor sie ihre Approbation verlor und ihre kassenärztliche Zulassung zurückgeben musste, arbeitete sie einige Zeit als Ärztin mit ihrem Ehemann zusammen. Dabei verfolgte sie die Absicht, ärztliche Verordnungen auszustellen, um Anträge für einige von ihren ehemals gesetzlich krankenversicherten Patienten auf häusliche Krankenpflege zu stellen. Dafür spiegelte sie nur vor, dass die Patienten bestimmte näher angeführte Behandlungsmaßnahmen nicht selbst vornehmen könnten und daher häuslicher

¹ Übersicht über den Streitstand: *Saliger*, in: Satzger/Schluckebier/Werner, 6. Aufl. 2024, § 266 Rn. 16.

² BGH, NJW 2021, 3134 f.

³ *Steenbreker*, Der Stand der Rechtsprechung zur Vertragsarztuntreue nach BGH, Beschl. v. 11.5.2021 – 4 StR 350/20, medstra 2022, 233 (235).

⁴ BGH, NJW 2016, 3253 ff.

⁵ *Rackow*, Neues zur Untreue des Kassenarztes, jM 2017, 215 ff.; *Schneider*, Neues zur Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen – Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 16.08.2016 – 4 StR 163/16, HRRS 2017, 231 ff.; *Steinhilper*, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 16.8.2016 – 4 StR 163/16 (LG Halle), MedR 2017, 138 ff.; *Wäßmer/Zeller*, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 16.9.2016 – 4 StR 163/16 (LG Halle), wistra 2017, 71 ff.; *Wengenroth/Wallerstorfer*, Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes gegenüber den Krankenkassen – Kommentar zu BGH, Beschl. v. 16.8.2016 – 4 StR 163/16 (LG Halle), NZWiSt 2017, 152 ff.

⁶ *Ulsenheimer*, Der Vertragsarzt als Sachwalter der Vermögensinteressen der gesetzlichen Krankenkassen?, MedR 2005, 622 (624).

⁷ *Ransiek*, Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil bei der Untreue, ZStW 116 (2004), 634 (634).

Krankenpflege bedürften. Sie nahm an, dass eine verordnungsgemäße Genehmigung der beantragten Pflegeleistungen erfolgen würde. Deswegen veranlasste sie die jeweiligen Patienten zum Abschluss eines Behandlungsvertrages mit dem von ihr mitbegründeten Pflegedienst, sodass sie die jeweiligen Leistungen im Anschluss gegenüber den Krankenkassen abrechnen konnte. Der Angeklagte verordnete im Zeitraum vom 31.10.2014 bis zum 15.12.2015 auf „Anforderung“ seiner Ehefrau in 16 Fällen für fünf Patienten häusliche Krankenpflege. Dabei täuschte er unter anderem die Erforderlichkeit der verordneten Pflegemaßnahmen wahrheitswidrig vor. Dass die tatsächlichen Voraussetzungen für die häusliche Krankenpflege nicht vorlagen, weil die Patienten keine externe Unterstützung benötigten, nahm er im finanziellen Interesse seiner Ehefrau jedenfalls billigend in Kauf. Die Verordnungen des Angeklagten bewirkten in der Folge, dass die entsprechenden Anträge bei unterschiedlichen gesetzlichen Krankenversicherungen und Ersatzkassen gestellt wurden. Nach der antragsgemäßen Erteilung der erforderlichen Genehmigung kam es unter Einschaltung eines Abrechnungsdienstes der Krankenkassen zu einer Rechnungsstellung über die verordneten Leistungen durch den von der Ehefrau des Angeklagten mitbegründeten Pflegedienst. Zusätzlich wurden die Leistungen nicht oder nur zu einem geringen Teil erbracht, sodass die Rechnungen mit inhaltlich falschen Leistungsnachweisen versehen waren. Dem Angeklagten war dies spätestens ab Herbst 2015 auch bekannt. Insgesamt zahlten die Krankenkassen im Vertrauen auf die Richtigkeit der Abrechnungsunterlagen eine Gesamtsumme in Höhe von 35.014,34 €.

Der *vierte Senat* des BGH entschied, dass die vorangegangene Verurteilung des Angeklagten wegen Untreue in 16 Fällen durch das *LG Bochum* keinen Bestand haben könne, da dem Angeklagten als Vertragsarzt bei der Verordnung von häuslicher Krankenpflege gemäß § 37 Abs. 2 SGB V keine Vermögensbetreuungspflicht obliegt. Er änderte den Schuldspruch gemäß § 354 Abs. 1 StPO zur Strafbarkeit wegen Beihilfe zum Abrechnungsbetrug gemäß §§ 263, 17 StGB. Diese Änderung des Schuldspruchs entzog den Einzelstrafen und der Gesamtstrafen die Grundlage, sodass die Sache im Umfang der Aufhebung des Strafausspruches zur neuen Verhandlung an eine weitere Kammer des *LG Bochum* zurückzuweisen ist.

C. Rechtliche Einordnung der Entscheidung des BGH

Die Kernaussage und der Leitsatz des Urteils des *vierten Senats* beinhalten, dass einem Kassenarzt bei der Verordnung von häuslicher Krankenpflege gemäß § 37

Abs. 2 SGB V keine Vermögensbetreuungspflicht i. S. d. § 266 Abs. 1 StGB hinsichtlich des Vermögens der gesetzlichen Krankenkassen obliegt.⁸

Die Begründung im Einzelnen: Zur Beantwortung der Frage, ob dem Vertragsarzt bei der Verordnung von häuslicher Krankenpflege eine Vermögensbetreuungspflicht hinsichtlich der gesetzlichen Krankenkassen zukommt, wird zunächst die Begrifflichkeit der Vermögensbetreuungspflicht sowie deren Auslegung skizziert.⁹ Davon ausgehend nimmt der BGH bei der Verordnung von Heilmitteln gemäß § 15 Abs. 1 S. 1 SGB V eine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen an und¹⁰ begründet dies damit, dass durch die vom Vertragsarzt in eigener Verantwortung ausgestellte Verordnung der gesetzliche Leistungsanspruch des Versicherten aus § 2 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 SGB V auf Sachleistungen konkretisiert wird.¹¹ Die daraus resultierende Rechtsmacht unter Berücksichtigung des Wirtschaftlichkeitsgebots begründe eine besondere Verantwortung für das Vermögen der Krankenkasse.¹² Gleiches nahm die Rechtsprechung des BGH bereits für den Fall an, dass der Vertragsarzt Sprechstundenbedarf verordnet.¹³ Hinsichtlich der dem Sachverhalt zugrunde liegenden Verordnung von häuslicher Krankenpflege lehnt der *vierte Senat* jedoch eine Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes mit der Begründung ab, dass den gesetzlichen Krankenkassen in solchen Fällen weitergehende verfahrensrechtliche Kontrollmöglichkeiten zur Verfügung stehen, sodass die Entscheidung über die Leistungserbringung auf Kosten der Krankenkasse nicht mehr allein in der Hand des Vertragsarztes liege.¹⁴ Nach bisheriger Rechtsprechung ist bei der Verordnung von Heilmitteln oder Sprechstunden keine Genehmigungsentscheidung durch die Krankenkasse erforderlich.¹⁵ Dagegen kommt es bei der häuslichen Pflege in formaler Hinsicht erst zum Leistungsfall, wenn die zuständige gesetzliche Krankenkasse vor Leistungsbeginn eine entsprechende Bewilligungsentscheidung erlässt.¹⁶ Zwar ist ebenfalls eine

⁸ BGH, NJW 2021, 3134 (3134).

⁹ Ebd., S. 3135.

¹⁰ Ebd.

¹¹ Ebd.

¹² Ebd.

¹³ BGH, NStZ-RR 2017, 313 (314).

¹⁴ BGH, NJW 2021, 3134 (3135).

¹⁵ BSG, NZS 2012, 296 (297).

¹⁶ BSG, NZS 2001, 89 (91); *Knispel*, in: BeckOK-Sozialrecht, 75. Aufl. 2024, § 37 SGB V Rn. 45; *Nolte*, in: KassKomm Sozialversicherungsrecht, SGB V, 129. Aufl. 2025, § 37 Rn. 5a; *Wagner*, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung – Pflegeversicherung, 123. Aufl. 2024, § 37 SGB V Rn. 3.

kassenärztliche Verordnung erforderlich, § 73 Abs. 2 S. 1 Nr. 8 SGB V, § 27 BMV-Ä.¹⁷ Allerdings führt dies, im Gegensatz zur Verordnung von Heilmitteln, nicht zu einer Bindung der Krankenkasse an diese Verordnung.¹⁸ Bei Zweifeln der gesetzlichen Krankenkasse an der Notwendigkeit der häuslichen Pflege, weil sie es als möglich erachtet, dass der Versicherte die verordneten Maßnahmen selbst vornehmen kann und dies ihm auch zumutbar ist, kann sie eine gutachterliche Stellungnahme durch einen medizinischen Dienst einholen, § 275 Abs. 1 Nr. 1 SGB V, § 6 Abs. 2 HKP-RL.¹⁹ Diese weiterreichende Kontrollmöglichkeit der gesetzlichen Krankenkassen führt zu einer Unterbrechung der Bindung an die vertragsärztliche Verordnung. Durch diese Unterbrechung fällt die Entscheidung über die häusliche Pflege letztlich nicht alleinig dem Vertragsarzt zu. Eine Strafbarkeit des angeklagten Vertragsarztes wegen Untreue gemäß § 266 Abs. 1 StGB scheitert deshalb am Tatbestandsmerkmal der Vermögensbetreuungspflicht.²⁰

Die Änderung des Schuldspruches zur Beihilfe zum Betrug gemäß §§ 263 Abs. 1, 27 StGB des angeklagten Vertragsarztes wird nicht weitergehend begründet.²¹

D. Rechtliche Würdigung

Die Entscheidung des *vierten Senats* wirft – erneut – die kontrovers diskutierte Frage nach der Vertragsarztuntreue auf. Der letzte Beschluss des *vierten Senats* dazu²² ist im Schrifttum auf scharfe Kritik gestoßen. Für den Tatbestand des § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB muss der Vertragsarzt eine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber der gesetzlichen Krankenkasse haben.²³ Eine solche bejaht der *vierte Senat* bei der Verordnung von Heilmitteln.²⁴ Und eben diese Herleitung der Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes über das Vermögen der Krankenkasse wurde mehrfach (und teilweise scharf) kritisiert.²⁵ Die nun erfolgte Ablehnung der Vermögensbetreuungspflicht des

¹⁷ BGH, NJW 2021, 3134 (3135).

¹⁸ Ebd.

¹⁹ BSG, NZS 2001, 89 (91); Knispel, in: BeckOK-Sozialrecht (Fn. 16), § 37 SGB V Rn. 45; Nolte, in: KassKomm Sozialversicherungsrecht, SGB V (Fn. 16), § 37 Rn. 5a; Brosius-Gersdorf, in: Berchtold/Huster/Rehborn, Gesundheitsrecht, 2. Aufl. 2018, § 37 SGB V Rn. 17.

²⁰ BGH, NJW 2021, 3134 (3135).

²¹ Ebd.

²² BGH, NJW 2016, 3253 ff.

²³ Ebd., S. 3253.

²⁴ Ebd., S. 3254.

²⁵ Siehe nur Saliger, in: Satzger/Schluckebier/Werner (Fn. 1), § 266 Rn. 16 m. w. N.

Vertragsarztes durch den *vierten Senat* stellt jedoch keine Rechtsprechungswende dar. Denn das Urteil vom 11.5.2021 bezieht sich ausschließlich auf die Verordnung von häuslicher Krankenpflege gemäß § 37 Abs. 2 SGB V. Die Rechtsprechung zur Verordnung von Heilmitteln nach § 15 Abs. 1 S. 2 SGB V bleibt davon unberührt.

Insgesamt scheint es so, als ob der *vierte Senat* der bisherigen Entscheidungspraxis der Gerichte treu bleibt. Damit sei allerdings nicht gleichzeitig gesagt, dass ihm uneingeschränkt zuzustimmen ist. Vielmehr ist durch das Urteil vom 11.5.2021 ein – erneuter – Blick auf die Vertragsarztuntreue und insbesondere die Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes unvermeidbar geworden.

I. Genehmigungsvorbehalt

Der *vierte Senat* differenziert zwischen dem vorliegenden Fall und der Entscheidung des BGH vom 16.8.2016.²⁶ Im vorliegenden Fall nimmt der *vierte Senat* an, dass eine Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes bei der Verordnung von Heilmittel- und Sprechstunden besteht.²⁷ Denn der Genehmigungsvorbehalt der Krankenkasse bei der Verordnung von häuslicher Krankenpflege gemäß § 37 Abs. 2 SGB V (sog. Behandlungssicherungspflege²⁸) stellt nicht nur eine nachgelagerte Kontrollmöglichkeit dar.²⁹ Um eine solche handelte es sich aber bei der Wirtschaftlichkeitskontrolle nach den §§ 106 ff. SGB V, die der Entscheidung von 2016 zugrunde lag.³⁰

Anhand dessen wird deutlich, dass der BGH sich bei der Bestimmung der Vermögensbetreuungspflicht maßgeblich an der tatsächlichen Herrschaft über die Leistungserbringung orientiert. Eine wesentliche Rolle soll dabei das Vorhandensein von Kontrolle spielen, verstanden als eine gleichzeitige Steuerung und Überwachung der Leistungserbringung.³¹

Dies ist insofern auch konsequent, als aus einer fehlenden Kontrolle desjenigen, auf dessen Kosten die Leistung erbracht wird, die Obhutsherrschaft über ein fremdes Vermögen folgt, aus der sich wiederum die

²⁶ BGH, NJW 2016, 3253 ff.

²⁷ BGH, NJW 2021, 3134 (3135).

²⁸ Knispel, in: BeckOK-Sozialrecht (Fn. 16), § 37 SGB V Rn. 19.

²⁹ BGH, NJW 2021, 3134 (3135).

³⁰ Bülte, Der Vertragsarzt-Beschluss des Großen Senats und die Vertragsarztuntreue – zugleich eine Besprechung von OLG Stuttgart, Urte. v. 18.12.2012 – 1 Ss 559/12, NZWiSt 2013, 346 (351).

³¹ BGH, wistra 2008, 427 (428); NJW 2013, 1615 (1615); Schünemann, in: Leipziger Kommentar StGB, 14. Aufl. 2024, § 266 Rn. 21, 86.

Vermögensbetreuungspflicht i. S. d. § 266 StGB ergeben kann.³² Es erscheint daher zunächst folgerichtig, wenn der *vierte Senat* annimmt, dass durch die Genehmigungsentscheidung der Krankenkasse, auf deren Kosten die Leistung erbracht wird, eine Kontrollmöglichkeit vorliegt.³³ Dabei geht der *vierte Senat* nicht auf die teilweise vorgebrachten Zweifel³⁴ ein, ob diese Genehmigungsentscheidung der Krankenkasse überhaupt zusteht. Vor dem Hintergrund des Regel-Ausnahme-Prinzips³⁵ ist im Folgenden daher – mit dem *vierten Senat* – davon auszugehen, dass für die Verordnung von häuslicher Krankenpflege das Regelprinzip gilt, nach welchem von den Krankenkassen grundsätzlich eine vorherige Bewilligung und Genehmigung der beantragten Leistung vorzunehmen ist,³⁶ zumal gewichtige Gründe für diesen Genehmigungsvorbehalt sprechen, etwa der Wortlaut des § 6 Abs. 1 HKP-RL und des § 27 Abs. 3 S. 1 BMV-Ä.³⁷ Dagegen bedarf es für die Verordnung von Heilmitteln – mit Ausnahme der längerfristigen Versorgung in bestimmten Fällen – grundsätzlich keiner Genehmigung der Krankenkasse, vgl. § 30 BMV-Ä i.V.m. Heilmittel-RL. Anzumerken ist, dass eine vertragsärztliche Verordnung (selbstverständlich) in beiden Fällen erforderlich ist (für die Verordnung von Heilmitteln: § 30 Abs. 1, 3 BMV-Ä, §§ 3, 13 Heilmittel-RL; für die Verordnung von häuslicher Krankenpflege: § 27 Abs. 1, § 2 BMV-Ä). Der Differenzierung des *vierten Senats* hinsichtlich der unterschiedlichen Voraussetzungen für den Leistungseintritt in den beiden Fällen ist zuzustimmen.

Darüber hinaus haben die Krankenkassen die Möglichkeit, eine gutachterliche Stellungnahme des medizinischen Dienstes der Krankenkassen gemäß § 275 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB V, § 6 Abs. 2 HKP-RL einzuholen, wenn Zweifel am Vorliegen der Voraussetzungen für eine Verordnung bestehen. Dies soll laut dem *vierten Senat* als Zeichen der Kontrolle seitens der Krankenkasse eine Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes ausschließen.³⁸ Von der Verordnung der häuslichen Krankenpflege bis zu ihrem tatsächlichen Leistungseintritt bestehen also die Hürde der Genehmigung durch die

³² Dierlamm/Becker, in: MüKo-StGB IV, Band IV, 4. Aufl. 2022, § 266 Rn. 54; Schuhr, in: Spickhoff, Medizinrecht, 4. Aufl. 2022, § 266 StGB Rn. 21.

³³ Schulz, Untreuetatbestand: Vermögensbetreuungspflicht des häusliche Krankenpflege verordnenden Kassenarztes, jurisPR-StrafR 1/2022, Anm. 2.

³⁴ Richter/Bohlken, Zur Frage des Genehmigungsvorbehalts bei Leistungen der häuslichen Krankenpflege, NZS 2000, 236 ff.

³⁵ Dazu BSG SozR 3 – 2500 § 132a Nr 3.

³⁶ BSG, NZS 2001, 89 (91); Knispel, in: BeckOK-Sozialrecht, § 37 SGB V (Fn. 16), Rn. 45; Wagner, in: Krauskopf (Fn. 16), § 37 SGB V Rn. 4.

³⁷ BGH, NJW 2021, 3134 (3135).

³⁸ Ebd.

Krankenkasse und die Möglichkeit zu einer gutachterlichen Stellungnahme des medizinischen Dienstes.

Diese Kontrollmöglichkeiten stehen den Krankenkassen allerdings erst mit Eingang des Antrags des Versicherten zur Verfügung. Obwohl der *vierte Senat* den Antrag des Versicherten als Voraussetzung für den Leistungseintritt nennt,³⁹ geht er nicht auf den Zeitpunkt des Eintritts der Kontrollmöglichkeiten der Krankenkassen ein. Gemäß § 13 Abs. 3a S. 1 SGB V besteht zur Vorbescheidung des Antrags eine Frist von drei Wochen und bei Einsatz des medizinischen Dienstes eine Frist von fünf Wochen. Wird der Krankenkasse die Verordnung bis zum dritten Arbeitstag nach Ausstellung vorgelegt, trägt die Krankenkasse bis zur Genehmigungsentscheidung die Kosten für die verordnete und vom entsprechenden Dienstleister zwischenzeitlich zur vereinbarten Vergütung erbrachten Leistung gemäß § 37 Abs. 4 SGB V i. V. m. § 6 Abs. 4 S. 1 HKP-RL. In diesem Schwebezustand kommt es also zu einer Leistung auf Kosten der Krankenkasse.⁴⁰

Die Verordnung des Vertragsarzt entfaltet somit schon ohne die Genehmigungsentscheidung der Krankenkasse eine bindende Wirkung, sodass dem Vertragsarzt eben doch eine gewisse Herrschaftsmacht in Bezug auf das Vermögen der Krankenkasse zukommt. Durch die noch nicht eingesetzte Kontrollmöglichkeit der Krankenkasse hat es der Vertragsarzt letztlich ebenso in der Hand, eine Leistungserbringung herbeizuführen wie bei der Verordnung von Heilmittel- oder Sprechstundenbedarf.⁴¹ Wirft man einen Blick auf die zeitliche Abfolge, so bedeutet dies, dass nach der Ausstellung der Verordnung ein Antrag des Versicherten bei der Krankenkasse eingeht, die dann die Verordnung prüft und eine Genehmigungsentscheidung fällt, währenddessen sie aber bereits die Kosten für die Leistungserbringung trägt. Faktisch ist die Genehmigungsentscheidung zumindest einem Teil der Zahlungen nachgelagert.⁴²

Damit unterscheidet sich die Verordnung von häuslicher Krankenpflege dann allerdings wenig von der Verordnung von Heilmittel- und Sprechstundenbedarf, bei der die Möglichkeit einer nachträglichen Kontrollen im Sinne einer Wirtschaftlichkeitsprüfung nach §§ 106ff. SGB V besteht. Eine solche nachgeschaltete (Wirtschaftlichkeits-)Kontrolle soll nach der Entscheidung des

³⁹ *Ebd.*

⁴⁰ BSG, NZS 2014, 869 (869); Wagner, in: Krauskopf (Fn. 16), §37 SGB V Rn. 36.

⁴¹ Schulz (Fn. 33); Steenbreker (Fn. 3), S. 236.

⁴² Steenbreker (Fn. 3), S. 236.

vierten Senat aus 2016 eine Vermögensbetreuungspflicht gerade nicht ausschließen.⁴³ Wenn der *vierte Senat* die Vermögensbetreuungspflicht mit der tatsächlichen Herrschaft des Vertragsarztes bei zeitgleich fehlender Kontrollmöglichkeit der Krankenkasse begründet, hätte er (konsequenterweise) auch bei der Verordnung von Behandlungssicherungspflege gemäß § 37 Abs. 2 SGB V eine Vermögensbetreuungspflicht annehmen müssen.

Seine dennoch vorgenommene Unterscheidung ließe sich allenfalls damit begründen, dass ein formales Vorhandensein irgendeines Genehmigungsverfahrens zur Leistungsbewilligung als ausreichende Kontrollmöglichkeit gilt. Das würde bedeuten, dass die zeitliche Abfolge des Verfahrens und damit der Eintritt der Kontrollmöglichkeiten nicht von Bedeutung wäre. Für ein solches Verständnis hat der *vierte Senat* allerdings keine Anzeichen gegeben.⁴⁴ Im Gegenteil geht er auf den zeitlichen Ablauf des Genehmigungsverfahrens ein, indem er behauptet, dass die Leistung der häuslichen Krankenpflege formal gesehen erst mit der vorherigen Bewilligungsentscheidung der Krankenkasse eintrete.⁴⁵ Diese Aussage deutet eher darauf hin, dass der zeitliche Ablauf des Genehmigungsverfahrens eine durchaus entscheidende Rolle spielt. Angesichts der bisherigen Entscheidungspraxis der Gerichte ist dies auch nicht auszuschließen.

Hätte der *vierte Senat* einen genaueren Blick auf das Genehmigungsverfahren der häuslichen Krankenpflege geworfen, wäre dies vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung aufgrund der zwingenden Kostenübernahme gemäß § 6 HKP-RL nicht als ausreichende Kontrollmöglichkeit zu bewerten gewesen.

Auch wenn angenommen wird, dass die zeitliche Abfolge der Genehmigung nicht von Relevanz ist, sondern die Existenz einer formalen Kontrollmöglichkeit ausreicht, ist insgesamt zweifelhaft, ob das Kriterium der Genehmigungspflicht allein einer Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes entgegensteht. Dafür ist ein Blick auf die Bestimmung der Vermögensbetreuungspflicht im Tatbestand des § 266 StGB zu werfen.

⁴³ BGH, NJW 2016, 3253 (3254).

⁴⁴ Steenbreker (Fn. 3), S. 236.

⁴⁵ BGH, NJW 2021, 3134 (3135).

II. Vermögensbetreuungspflicht

Es wurde immer wieder in Frage gestellt, ob der Tatbestand des § 266 StGB mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar ist.⁴⁶ Um dem Bestimmtheitsgebot Rechnung zu tragen ist daher eine restriktive Auslegung der Norm geboten.⁴⁷ Demnach sind auch an das Tatbestandsmerkmal der Vermögensbetreuungspflicht strenge Anforderungen zu stellen.⁴⁸ Es muss eine vertragliche oder gesetzliche Rechtsbeziehung bestehen, die durch eine inhaltlich besonders herausgehobene Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen geprägt ist.⁴⁹ Diese muss über eine allgemeine, für jedermann geltende Pflicht hinausgehen, das Vermögensinteresse des entsprechenden Beziehungspartner zu berücksichtigen; es muss eine tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit auf dessen materielle Güter bestehen.⁵⁰ Die Vermögensbetreuungspflicht ist ein täterbezogenes Tatbestandsmerkmal.⁵¹ Es beschreibt das Innenverhältnis zwischen Täter und Vermögensinhaber.⁵² Aus diesem Innenverhältnis heraus muss die Vermögensschädigung erfolgen.⁵³ Der Untreuetatbestand beschreibt demnach eine Vermögensschädigung von innen heraus.⁵⁴

Das Bestehen einer solchen herausgehobenen Pflicht ist mittels einer Gesamtbetrachtung zu bestimmen.⁵⁵ Die Würdigung aller Umstände wurde

⁴⁶ Dabs, § 266 StGB – Viel zu oft missverstanden, NJW 2002, 272 (272); Matt, Missverständnis zur Untreue – Eine Betrachtung auch zum Verhältnis von (Straf-)Recht und Moral, NJW 2005, 389 (389); Reese, Vertragsärzte und Apotheker als Straftäter? – eine strafrechtliche Bewertung des „Pharma-Marketings“, PharmR 2006, 92, (99); Dierlamm/Becker, in: MüKo-StGB IV (Fn. 32), § 266 Rn. 3 ff.; Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch – Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 266 Rn. 1a.

⁴⁷ RGSt 69, 58 (61); BVerfG, NJW 2010, 3209 (3211); Kindhäuser/Hoven, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, 6. Aufl. 2023, § 266 Rn. 32.

⁴⁸ Reese (Fn. 46), S. 100; Hoyer, in: Systematischer Kommentar zum StGB, 9. Aufl. 2019, § 266 Rn. 27, 50; Ulsenheimer (Fn. 6), S. 625.

⁴⁹ Wittig, in: BeckOK-StGB, 64. Aufl. 2025, § 266 Rn. 15.

⁵⁰ BVerfG, NJW 2010, 3209 (3214); BGH, NJW 2011, 2819 (2819); NJW 2018, 1330 (1330), Kühl, Wirtschaftlichkeitsgebot und Vertragsarzt im Strafrecht – eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Arzneimittelverordnung, 2014, S. 113; Dierlamm/Becker, in: MüKo-StGB IV (Fn. 32), § 266 Rn. 41; Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I – Vermögensdelikte, 26. Aufl. 2024, § 18 Rn. 18 ff.

⁵¹ Kindhäuser/Hoven, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 47), § 266 Rn. 31; Schönemann, Die „gravierende Pflichtverletzung“ bei der Untreue: dogmatischer Zauberschut oder taube Nuss?, NStZ 2005, (473) 474.

⁵² Kindhäuser/Hoven, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 47), § 266 Rn. 31.

⁵³ Ebd.

⁵⁴ Ebd.

⁵⁵ BGHSt 13, 315 (317); BVerfGE 126, 170 (196); Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 46), § 266 Rn. 24; Hoyer, in: Systematischer Kommentar StGB (Fn. 48), § 266 Rn. 29.

durch einen Indizienkatalog konkretisiert, der gewisse Anhaltspunkte für das Vorliegen der Vermögensbetreuungspflicht vorlegt.⁵⁶ Maßgeblich sollen der Stellenwert der in Frage stehenden Verpflichtung und die Frage, ob es sich um eine Haupt- oder (bloße) Nebenpflicht handelt, sein sowie der Spielraum und der Grad der Selbstständigkeit des Verpflichteten bei der Pflichterfüllung und zuletzt Dauer oder Umfang des Pflichtenkreises.⁵⁷

Der *vierte Senat* hält es im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung generell für möglich, dass eine solche Pflichtenstellung eine Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes begründet.⁵⁸ Dies sei jedenfalls bei der Verordnung von Heilmittel- und Sprechstundenbedarf der Fall.⁵⁹ Denn der Vertragsarzt gebe mit seiner eigenverantwortlich erstellten Verordnung eine verbindliche Feststellung ab, die ein für den Eintritt des Versicherungsfalls erforderliches Vorliegen der medizinischen Voraussetzungen sowie die Notwendigkeit und Wirtschaftlichkeit des verordneten Mittels erklärt.⁶⁰ Damit erfolgt eine Konkretisierung des gesetzlichen Leistungsanspruchs des Versicherten aus § 2 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 SGB V gegen die Krankenkasse. Die Verbindlichkeit dieser Verordnung verschaffe dem Vertragsarzt eine Rechtsmacht, aus der in Verbindung mit der Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots eine besondere Pflichtenstellung des Vertragsarztes für das Vermögen der Krankenkasse resultiere.⁶¹

Es wird deutlich, dass die gesamte Rechtsprechung insbesondere das Kriterium der Hauptpflicht⁶² und jenes der Eigenverantwortlichkeit⁶³ betont.

Wenn das Bestehen der Vermögensbetreuungspflicht bei der Verordnung von Heilmittel- und Sprechstundenbedarf mittels einer Gesamtbetrachtung zu bestimmen ist, ist im Umkehrschluss auch die Ablehnung im Fall der Verordnung von Behandlungssicherungspflege mittels einer Gesamtbetrachtung zu begründen. Der *vierte Senat* folgt dieser Auslegung der Vermögensbetreuungspflicht und den genannten Kriterien für die

⁵⁶ RGSt 69, 58 (62); *Saliger*, in: Satzger/Schluckebier/Werner (Fn. 1), § 266 Rn. 10.

⁵⁷ BGH, NJW 1991, 2574 (2574); NJW 2015, 1618 (1620); *BVerfG*, NJW 2010, 3209 (3214); *Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 46), § 266 Rn. 24, *Hoyer*, in: Systematischer Kommentar StGB (Fn. 48), § 266 Rn. 29; *Saliger*, in: Satzger/Schluckebier/Werner (Fn. 1), § 266 Rn. 10.

⁵⁸ BGH, NJW 2021, 3134 (3135).

⁵⁹ *Ebd.*

⁶⁰ *Ebd.*

⁶¹ BGH, NJW 2016, 3253 (3254); NJW 2021, 3134 (3135).

⁶² BGHSt 1, 186 (188); 5, 61 (64); 13, 315 (317); 24, 386 (388); 33, 244 (250).

⁶³ BGHSt 3, 289 (293); 4, 170 (171); 28, 20 (23 ff.); BGH, NStZ 1983, 455 (455); NJW 2000, 529 (530).

Gesamtbetrachtung.⁶⁴ Eine sorgfältige Bestimmung der Vermögensbetreuungspflicht bei der Verordnung von häuslicher Krankenpflege im Wege der Gesamtbetrachtung nimmt der *vierte Senat* im Urteil allerdings nicht vor. Denn er lehnt, wie dargelegt, die Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes grundsätzlich allein aufgrund der (formalen) Hürde der Genehmigungsentscheidung der Krankenkassen ab.⁶⁵

Dem wäre nur zuzustimmen, wenn das Kriterium der fehlenden Kontrollmöglichkeit im Rahmen der Gesamtbetrachtung zur Bestimmung der Vermögensbetreuungspflicht ein derartig starkes Gewicht zukommt, dass die restlichen Aspekte der Gesamtbetrachtung nicht überwiegen können. Dazu sind die genannten Kriterien genauer zu betrachten und die fehlende Gesamtbetrachtung bei der Entscheidung des *vierten Senats* nachzuholen.

1. Näheverhältnis: Stellung des Vertragsarztes

Für die Vermögensbetreuungspflicht ist eine über die für jedermann geltende Verpflichtung zur Wahrung der Vermögensinteressen hinausgehende Pflicht erforderlich.⁶⁶ Ausgangspunkt ist daher eine gewisse Nähebeziehung zwischen Verpflichtetem und Treugeber. Nur wenn der Treugeber sein Vermögen einer Person anvertraut, mit der er ein hinreichend intensives und nahes Verhältnis pflegt, kann ein dem Schutzzweck des Untreuetatbestandes entsprechender Angriff von innen erfolgen.⁶⁷ Es ist daher zunächst die Stellung des Vertragsarztes im Rahmen seiner Verordnungstätigkeit zu erörtern.

a) Vertretertheorie

Eine – früher auch vom BGH vertretene – Ansicht nimmt eine Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes bereits dann an, wenn er als Vertreter der Krankenkassen i. S. d. § 164 Abs. 1 S. 1 BGB handelt.⁶⁸ Damit kommt beim Einlösen eines Kassenrezeptes zwischen der Krankenkasse und dem jeweiligen Leistungserbringer ein Vertrag öffentlich-rechtlicher Natur

⁶⁴ BGH, NJW 2021, 3134 (3135).

⁶⁵ Ebd.

⁶⁶ Kindhäuser/Hoven, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 47), § 266 Rn. 31; Schönemann (Fn. 51), 474.

⁶⁷ Dierlamm/Becker, in: MüKo-StGB IV (Fn. 32), § 266 Rn. 46; Kindhäuser/Hoven, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 47), § 266 Rn. 31; Schneider, Vertragsarztuntreue – Der Vertragsarzt im Spannungsverhältnis zwischen Patientenbehandlung und Vermögensfürsorge, 2019, S. 102.

⁶⁸ BGHSt 49, 17 (24); BGH, NStZ 2004, 568 (569).

zustande.⁶⁹ Übertragen auf das Ausstellen von Verordnungen für Sachleistungen sollte der Vertragsarzt kraft der Kompetenzen, die ihm gemäß §§ 72 Abs. 1, 73 Abs. 2 Nr. 7 SGB V durch das Kassenarztrecht verliehen wurden, bei Verordnungen als Vertreter der Krankenkasse handeln. Er gibt dementsprechend eine Willenserklärung zum Abschluss eines Kaufvertrages über die verordnete Sachleistung mit Wirkung für als auch gegen die Krankenkasse ab.⁷⁰ Diese Vertreterstellung des Vertragsarztes suggeriert eine verhältnismäßig intensive Nähebeziehung des Vertragsarztes zu den Krankenkassen.⁷¹ Eine Erörterung der Kritik an dieser Vertreter-Konstellation bedarf es vorliegend nicht, da die Vertretertheorie auch von der Rechtsprechung bereits verworfen wurde.⁷² Ob die Aufgabe der Vertretertheorie zur Folge hat, dass die Missbrauchsvariante des § 266 StGB im Verhältnis zwischen Vertragsarzt und Krankenkasse gar keine Anwendung mehr findet, ist nicht abschließend geklärt.⁷³ Letztlich ist dies vorliegend auch nicht ausschlaggebend, da der *vierte Senat* sich mit dem Vorliegen der Vermögensbetreuungspflicht auseinandergesetzt hat, die in beiden Varianten des § 266 StGB erforderlich ist.⁷⁴

b) Rechtsbeziehungen zwischen Vertragsarzt und Krankenkasse

Es stellt sich weiterhin die Frage, welche Rechtsbeziehung zwischen Vertragsarzt und Krankenkassen besteht. Grundsätzlich sind alle Rechtsbeziehungen der Krankenkassen (und ihrer Verbände) abschließend im dritten und vierten Kapitel des SGB V geregelt. Insbesondere aus § 72 Abs. 1 S. 1 SGB V wird ein allgemeines Verbot der Schädigung des Vermögens der Krankenkassen

⁶⁹ BSGE 77, 194 (200); BGH, NJW 2004, 454 (455); *Pragal*, Das Pharma-„Marketing“ um die niedergelassenen Kassenärzte: „Beauftragtenbestechung“ gem. § 299 StGB!, NStZ 2005, 133 (133).

⁷⁰ BSGE 77, 194 (200); BGH, NJW 2004, 454 (455).

⁷¹ *Kühl* (Fn. 50), S. 115.

⁷² BSGE 105, 157 (161); BGH, NJW 2012, 2530 (2534).

⁷³ Dafür: *Brand/Hotz*, Das „vertragsärztliche Wirtschaftsstrafrecht“ nach BGH, Beschl. v. 29.03.20212, GSSt 2/11, PharmR 2012, 317 (321); *Reese* (Fn. 46), S. 99; *Wafßmer/Zeller* (Fn. 5), S. 73; dagegen: *Bülte* (Fn. 30), S. 349.

⁷⁴ BGHSt 24, 386 (387 f.); 33, 244 (250); 35, 224 (227); *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. 2023, § 266 Rn. 4; *Dierlamm/Becker*, in: MüKo-StGB IV (Fn. 32), § 266 Rn. 31; *Kindhäuser/Hoven*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, § 266 Rn. 26; *Hoyer*, in: Systematischer Kommentar StGB (Fn. 48), § 266 Rn. 17.

hergeleitet.⁷⁵ Darüber hinaus ergeben sich aus § 72 Abs. 1 S. 1 SGB V keine Bestimmungen der Rechtsbeziehungen.⁷⁶

Die Krankenkassen bedienen sich, im Sinne des Sachleistungsprinzips⁷⁷, regelmäßig Dritter, um die Versorgungsansprüche der Versicherten zu erfüllen. Es entsteht eine gewisse Dreieckskonstellation zwischen Leistungsempfänger (Versichertem), tatsächlichem Leistungserbringer (Apotheke etc.) und Sozialleistungsträger (Krankenkasse), die durch Zwischenschaltung der Kassenärztlichen Vereinigungen zu einem Viereck-Verhältnis ergänzt wird.⁷⁸ Eine unmittelbare Beziehung der Krankenkasse als Sozialleistungsträger zu den Vertragsärzten als Leistungserbringer wird durch die Zwischenschaltung der Kassenärztlichen Vereinigungen verhindert. Unmittelbare Beziehungen bestehen zwischen den Krankenkassen und den Kassenärztlichen Vereinigungen sowie zwischen den Vertragsärzten und den Kassenärztlichen Vereinigungen.⁷⁹ Die Kassenärztlichen Vereinigungen sollen gemäß § 75 Abs. 1 SGB V im Interesse der Krankenkassen die vertragsärztliche Versorgung und die Einhaltung der gesetzlichen und vertraglich vereinbarten Voraussetzungen zur Versorgung sicherstellen. Der Sicherstellungsauftrag umfasst gemäß § 75 Abs. 2 SGB V auch die Beachtung der vertragsärztlichen Rechte und finanzielle Interessen. Den Kassenärztlichen Vereinigungen kommt damit eine Doppelfunktion im Sinne einer Vermittlerrolle zu.⁸⁰ Dies verdeutlicht, dass grundsätzlich keine unmittelbare Rechtsbeziehung zwischen den Krankenkassen und den Ärzten vorliegt.⁸¹

Zwar bestehen gewisse rechtliche Berührungspunkte, unter anderem bei der Vertragsarztzulassung und Wirtschaftlichkeitsprüfung nach §§ 106 ff. SGB V, dies aber auch nur mittelbar. Den Krankenkassen steht keine Rechtsmacht zu, um unmittelbar gegen die Vertragsärzte vorzugehen. Sie haben keine

⁷⁵ *Leimenstoll*, Der Vertragsarzt – Tauglicher Täter einer Untreue zu Lasten der gesetzlichen Krankenkassen?, *wistra* 2013, 121 (124); *Noak*, Betrugstäterschaft bzw. -teilnahme von Ärzten beim Bezug von Röntgenkontrastmittel – Ein Beitrag aus dem Grenzbereich von Strafrecht und Vertragsarztrecht, *MedR* 2002, 76 (81).

⁷⁶ *Klötzer*, Ist der niedergelassene Vertragsarzt tatsächlich tauglicher Täter der §§ 299, 331?, *NStZ* 2008, 12 (14); *Kühl* (Fn. 50), S. 119; *Reese* (Fn. 46), S. 92.

⁷⁷ *Nebendahl*, in: *Spickhoff* (Fn. 32), § 2 Rn. 12.

⁷⁸ *Kühl* (Fn. 50), S. 120; *Clemens*, in: *Quaas/Zuck/Clemens*, *Medizinrecht*, 4. Aufl. 2018, § 18 Rn. 3.

⁷⁹ *Clemens*, in: *Quaas/Zuck/Clemens* (Fn. 78), § 18 Rn. 3.

⁸⁰ *Schiller*, in: *Schnapp/Wigge*, *Handbuch des Vertragsarztrechts*, 3. Aufl. 2017, § 5 A. Rn. 191; *Zierrmann*, in: *Sodan*, *Krankenversicherungsrecht*, 3. Aufl. 2018, § 20 Rn. 73.

⁸¹ *Schneider* (Fn. 67), S. 44; *Wigge*, in: *Schnapp/Wigge* (Fn. 80), § 2 Rn. 39; *Clemens*, in: *Quaas/Zuck/Clemens* (Fn. 78), § 18 Rn. 52.

durchsetzbaren Rechte und Pflichten gegenüber den Vertragsärzten.⁸² Demgegenüber sind die Vertragsärzte auch nur den Kassenärztlichen Vereinigungen (und den Patienten) gegenüber berechtigt und verpflichtet.⁸³ Ausnahmen bestehen bei der Vereinbarung von Sonderverbindungen zwischen Vertragsärzten und Krankenkassen gemäß § 72a SGB V. Da ansonsten keine bedeutenden Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Vertragsärzten bestehen, zeugt dies von einer eher wenig herausgehobenen Verpflichtung des Vertragsarztes.⁸⁴

2. Selbstständigkeit

Im vorliegenden Urteil hat der *vierte Senat* die Ablehnung der Vermögensbetreuungspflicht bei der Verordnung von Behandlungssicherungspflege (ausschließlich) mit dem Vorhandensein von Kontrolle und im Rückschluss mit der mangelnden Selbstständigkeit des Vertragsarztes begründet.⁸⁵ Es gilt daher noch dringender als bisher die Frage zu beantworten, ob das Vorhandensein von Kontrollmöglichkeiten durch die Krankenkasse taugliches Kriterium für die Annahme der Vermögensbetreuungspflicht ist. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass der verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz eine restriktive Auslegung der Vermögensbetreuungspflicht gebietet,⁸⁶ ist eine dogmatisch schlüssige Erklärung dieses Kriteriums zu erörtern.

a) Entscheidungsspielraum als Kriterium

Das spezifische Handlungsunrechts der Untreue stellt sich dar als Fehlgebrauch der dem Verpflichteten obliegenden Obhutspflicht bzw. Dispositionsbefugnis über das fremde Vermögen. Mithin ist ein Eingreifen des Tatbestandes unmöglich, wenn dem Verpflichteten zu enge Grenzen in seinen Handlungsspielräumen gesetzt sind, als dass er dem Wortsinn nach noch eine Dispositionsbefugnis hat.⁸⁷ Nach dem Wortlaut des § 266 StGB ist eine „Betreuung“ von Vermögensinteressen erforderlich. Betreuen bedeutet nichts anderes, als dass dem Verpflichteten Vermögensinteresse anvertraut wird. Ein

⁸² BSGE 77, 194 (200); *Clemens/Wiegand*, in: Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 31 Rn. 16; *Reese* (Fn. 46), S. 96; *Ulsenheimer* (Fn. 6), S. 626.

⁸³ *Schneider* (Fn. 67), S. 44.

⁸⁴ *Kühl* (Fn. 50), S. 115.

⁸⁵ BGH, NJW 2021, 3134 (3135).

⁸⁶ Siehe oben **D. II.**

⁸⁷ *Esser*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, AnwaltKommentar StGB, 3. Aufl. 2020, § 266 Rn. 50; *Dierlamm/Becker*, in: MüKo-StGB IV (Fn. 32), § 266 Rn. 54; *Kindhäuser/Hoven*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 47), § 266 Rn. 34.

solches Anvertrauen kann allerdings nur vorliegen, wenn dem Verpflichteten gewisse Entscheidungsfreiheiten gegeben sind und auch gegeben sein sollen.⁸⁸ Denn anstelle des Vermögensinhabers muss jetzt der Verpflichtete über die ihm überlassenen Vermögensinteressen entscheiden können.⁸⁹ Über eine gewisse Eigenverantwortlichkeit bei der Wahrung eines fremden Vermögens herrscht grundsätzlich Einigkeit.⁹⁰ Denn nur bei Vorliegen einer gewissen Entscheidungsfreiheit des Verpflichteten bei der Vermögensbetreuung ist der Vermögensinhaber dem Verpflichteten ähnlich ausgeliefert wie einem Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugten.⁹¹ Da sich die Vermögensbetreuungspflicht des Verpflichteten gerade aus der ihm übertragenen Herrschaft über das Vermögen ergibt, setzt das zwangsläufig einen gewissen Handlungsspielraum voraus.⁹²

b) Vertragsärztlicher Entscheidungsspielraum

Zur Bestimmung des vertragsärztlichen Entscheidungsspielraums bei der Verordnungstätigkeit ist zunächst anzuführen, dass der Beruf des Arztes ein freier Beruf ist, § 1 Abs. 1 BÄO. Trotz gesetzgeberischer Reglementierung der Tätigkeitsausübung überwiegt der freiberufliche Kern des Arztberufes.⁹³ Daraus folgt auch, dass der Vertragsarzt nicht zu einer Behandlungsübernahme und damit Verordnungserstellung gezwungen werden kann;⁹⁴ es besteht kein Anspruch des Versicherten darauf.⁹⁵ Bei Verstoß gegen sozialrechtliche Vorgaben folgen insoweit (nur) disziplinarrechtliche Konsequenzen.⁹⁶ Eine wichtige sozialversicherungsrechtliche Aufgabe der Vertragsärzte ist gemäß

⁸⁸ Dierlamm/Becker, in: MüKo-StGB IV (Fn. 32), § 266 Rn. 46; Schneider (Fn. 67), S. 103.

⁸⁹ Kraatz, Wider eine Vermögensbetreuungspflicht von Vertragsärzten gegenüber den Krankenkassen – zugleich eine Anmerkung zu BGH vom 16.8.2016 – 4 StR 163/16, medstra 2017, 336 (339); Leimenstoll (Fn. 75), S. 126; Dierlamm/Becker, in: MüKo-StGB IV (Fn. 32), § 266 Rn. 54.

⁹⁰ Dierlamm/Becker, in: MüKo-StGB IV (Fn. 32), § 266 Rn. 54; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger (Fn. 74), § 266 Rn. 4, 8; Kindhäuser/Hoven, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 47), § 266 Rn. 33 f.; Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 46), § 266 Rn. 23a.

⁹¹ Dierlamm/Becker, in: MüKo-StGB IV (Fn. 32), § 266 Rn. 54; Kindhäuser/Hoven, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 47), § 266 Rn. 33 f.

⁹² Ebd.

⁹³ Lipp, in: Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 8. Aufl. 2021, II. A. Rn. 4; Schmidbauer, in: Schnapp/Wigge (Fn. 80), § 3 Rn. 33; Ulsenheimer (Fn. 6), S. 626.

⁹⁴ Wigge, in: Schnapp/Wigge (Fn. 80), § 2 Rn. 9.

⁹⁵ Hesral, in: Ehlers, Disziplinarrecht für Ärzte und Zahnärzte, 2. Aufl. 2013, Rn. 92.

⁹⁶ Krieger, Die Behandlungsverweigerung bei Kassenpatienten, insbesondere wegen unzureichender Honorierung, MedR 1999, 519 (519); Wigge, in: Schnapp/Wigge (Fn. 80), § 2 Rn. 8 f.

§ 73 Abs. 2 SGB V die Feststellung der medizinischen Voraussetzungen für das Vorliegen des Versicherungsfalls und den Beginn der notwendigen Gesundheitsleistungen. Diese Entscheidung über die ärztlichen Behandlungsmaßnahmen oder auch Gesundheitsleistungen anderer Leistungserbringer trifft der Vertragsarzt in eigener Verantwortung, §§ 15 Abs. 1 S. 2, 73 Abs. 2 Nr. 7 SGB V. Im Sinne des allgemeinen Wirtschaftlichkeitsgebots gemäß § 12 Abs. 1 SGB V entscheidet der Vertragsarzt über die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der Therapie.⁹⁷ Diese grundgesetzlich verankerte Therapiefreiheit wird durch mehrere Faktoren beschränkt.⁹⁸ Zum einen geschieht dies durch das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, da niemand ohne Einwilligung behandelt werden darf, § 630d BGB. Zum anderen ist der Vertragsarzt durch die Regeln der ärztlichen Kunst in seiner Therapiefreiheit beschränkt, etwa gemäß § 28 Abs. 1 S. 1 SGB V.⁹⁹ Zusätzlich zu diesen Anforderungen ergeben sich auch aus sozialrechtlichen Vorgaben weitere, insbesondere wirtschaftlich-rechtliche Beschränkungen der Entscheidungsfreiheit des Vertragsarztes.¹⁰⁰ Zwar nahm der *vierte Senat* in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2016 an, dass die Kontrollmöglichkeiten der Krankenkassen in Form der Wirtschaftlichkeitskontrolle gemäß §§ 106 ff. SGB V einer eigenständigen Tätigkeit des Vertragsarztes nicht entgegenstehen.¹⁰¹ Dies bestätigte auch die Annahme des *Großen Senats*, dass der Wirtschaftlichkeitsprüfung gemäß §§ 106 ff. SGB V aufgrund der nachträglichen Kontrolle im Zusammenwirken mit den Kassenärztlichen Vereinigungen nur eine geringe Kontrollwirkung zukommt.¹⁰² Allerdings verkennt der *vierte Senat* dabei, dass neben der Wirtschaftlichkeitskontrolle gemäß §§ 106 ff. SGB V weitere Kontrollmöglichkeiten zur Umsetzung des Wirtschaftlichkeitsgebots bestehen.¹⁰³ Verträge und Richtlinien konkretisieren das Wirtschaftlichkeitsgebot bereits im Vorfeld so weit, dass der Vertragsarzt nur aus einem eingeschränkten

⁹⁷ BSGE 73, 271 (282); *Kühl* (Fn. 50), S. 137; *Schwerdtfeger*, Die Leistungsansprüche der Versicherten im Rechtskonkretisierungskonzept des SGB V (Teil 2), NZS 1998, 97 (101).

⁹⁸ *Peick*, in: Sodan (Fn. 80), § 10 Rn. 69.

⁹⁹ *Clemens*, in: Laufs/Kern/Rehborn (Fn. 82), § 28 Rn. 27.

¹⁰⁰ BGH, NJW 2012, 2530 (2534); *Dierlamm/Becker*, in: MüKo-StGB IV (Fn. 32), § 266 Rn. 81; *Laufs*, Immer weniger Freiheit ärztlichen Handelns, NJW 1999, 2717 (2718); *Schimmelpfeng-Schütte*, Der Arzt im Spannungsfeld der Inkompatibilität der Rechtssysteme, MedR 2002, 289 (289); *Schwerdtfeger* (Fn. 97), S. 101.

¹⁰¹ BGH, NJW 2016, 3253 (3256).

¹⁰² BGHSt 57, 202 (217).

¹⁰³ *Schneider* (Fn. 67), S. 279.

Leistungskatalog wählen kann.¹⁰⁴ Demnach kommt dem Vertragsarzt ein relativ großer medizinischer Spielraum zu, ein vermögensrechtlicher Entscheidungsspielraum besteht aber nicht.¹⁰⁵

Dagegen wird eingewandt, dass die soziale Stellung des Vertragsarztes für die Bestimmung einer Verpflichtung irrelevant sei, da mit der Verordnung durch den Vertragsarzt der Sachleistungsanspruch des Patienten erfüllt wird und damit die geforderte Dispositionsfreiheit über das Vermögen der Krankenkasse gegeben ist.¹⁰⁶ Die Pflichten des Vertragsarztes gegenüber seinen Patienten und seine Pflichten gegenüber der Krankenkasse sind zur Bestimmung der Vermögensbetreuungspflicht voneinander abzugrenzen.¹⁰⁷ Die Entscheidung, ob eine Verordnung zur Behandlung überhaupt geboten ist, trifft der Vertragsarzt im Rahmen seines medizinischen Entscheidungsspielraums. Trifft der Vertragsarzt (nach medizinischer Einschätzung) die Entscheidung, dass eine Verordnung auszustellen ist, so stellt sich anschließend die Frage, wie die Verordnung auszustellen ist. Die Auswahl des Mittels nach seiner Rentabilität bei gleicher Wirksamkeit und Verträglichkeit trifft der Vertragsarzt nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten. Das Kriterium der Freiheit von Kontrolle bei der Ausübung der Herrschaft über ein fremdes Vermögen sei daher erfüllt; eine Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes somit anzunehmen.¹⁰⁸

Eine alleine darauf basierende Annahme der Vermögensbetreuungspflicht könnte allerdings dazu führen, dass ihre Auslegung nur noch davon abhängt, wie die Kontrollmechanismen im Innenverhältnis nach Außen gestaltet sind.¹⁰⁹ Aufgrund des Bestimmtheitsgebots gemäß Art. 103 Abs. 2 GG sind an das Merkmal der Selbstständigkeit im Rahmen der Bestimmung der Vermögensbetreuungspflicht strenge Anforderungen zu stellen.¹¹⁰ Es ist daher danach zu fragen, ob der Treupflichtige tatsächlich anstelle des Vermögensinhabers handelt.¹¹¹ Bewertungsmaßstab ist der normative Rahmen der Verordnungstätigkeit des Vertragsarztes.¹¹² Im Rahmen der Viereck-

¹⁰⁴ Schlottmann/Weddehage, Verfügbarkeit medizinischer Leistungen zwischen individuellem Bedarf und allgemeiner Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses, NZS 2008, 411 ff.

¹⁰⁵ Ulsenheimer (Fn. 6), S. 626 f.

¹⁰⁶ BGH, NStZ 1982, 331 (332); Bülte (Fn. 30), S. 352.

¹⁰⁷ Bülte (Fn. 30), S. 352 f.

¹⁰⁸ Bülte (Fn. 30), S. 351; Schünemann, in: Leipziger Kommentar (Fn. 31), § 266 Rn. 86.

¹⁰⁹ Kraatz (Fn. 89), S. 339.

¹¹⁰ Kraatz (Fn. 89), S. 339; Steenbreker (Fn. 3), S. 237.

¹¹¹ Siehe oben **D. II. 2.**

¹¹² Kraatz (Fn. 89), S. 339; Dierlamm/Becker, in: MüKo-StGB IV (Fn. 32), § 266 Rn. 61.

Konstellation der gesetzlichen Krankenversicherung erbringen die Krankenkassen ärztlichen Leistungen nicht selbst.¹¹³ Ihnen obliegt allerdings die Pflicht, die garantierten medizinischen Leistungen durch Verträge mit Leistungserbringern zu verschaffen.¹¹⁴ Die Krankenkasse stellt ihren Versicherten entgeltliche Leistungen anderer Leistungserbringer zu Verfügung.¹¹⁵ Die tatsächliche vertragsärztliche Versorgung wird durch die Kassenärztlichen Vereinigungen sichergestellt, § 75 Abs. 1 SGB V. Für diese wird der Vertragsarzt nach freier Wahl des Patienten tätig. In dieser Systematik wird deutlich, dass im Rahmen der Leistungsversorgung die Organisation der Kostenträger und die der Ärzte bewusst getrennt wurde.¹¹⁶ Eine Interessenkollision der (Vertrags-)Ärzte und die dadurch drohenden Gefahren für die Sicherstellung einer qualitativen vertragsärztlichen Versorgung gilt es zu verhindern.¹¹⁷ Zur Vermeidung der Interessenkollision ist der Vertragsarzt ein medizinischer Fachmann für den Patienten.¹¹⁸ Es ist zwar mit dem *vierten Senat* und der bisherigen Rechtsprechung anzunehmen, dass der Vertragsarzt den Sachleistungsanspruch des Patienten konkretisiert.¹¹⁹ Die Konkretisierung erfolgt allerdings nur in medizinischer Hinsicht.¹²⁰ Sie erfolgt im Interesse des Patienten, so wie auch der Medizinische Dienst der Krankenversicherung die vertragsärztlichen Feststellungen überprüft und in medizinischen Fragen als Spezialist der Krankenkasse in deren Interesse tätig wird.¹²¹ Die soziale – und mithin auch sozialrechtliche – Betrachtung des Arztberufes ist daher hinsichtlich der Anspruchskonkretisierung von Belang.¹²² Die Konkretisierung wird in Abhängigkeit von der Patientenfürsorge, wirtschaftlichen Bestimmungen und Eigeninteresse des Arztes vorgenommen. Es handelt sich dabei um einen für Versicherungsfälle geradezu typischen dreipoligen Interessenwiderstreit. Daher ist die Anspruchskonkretisierung durch den Vertragsarzt nur durch eine Gesamtschau aller vertragsärztlichen Tätigkeiten zu bewerten.¹²³

¹¹³ Siehe oben **D. II. 1. b).**

¹¹⁴ Kingreen, in: Becker/Kingreen, SGB V – Gesetzliche Krankenversicherung, 9. Aufl. 2024, § 69 Rn. 4.

¹¹⁵ BSGE 73, 271 (282); Kingreen, in: Becker/Kingreen, SGB V (Fn. 114), § 69 Rn. 4.

¹¹⁶ Leimenstoll (Fn. 75), S. 126.

¹¹⁷ BSGE 81, 143; Herffs, Ärztlicher Abrechnungsbetrug bei Beschäftigung von Strohpartnern, wistra 2004, 281 (283); Leimenstoll (Fn. 75), S. 126.

¹¹⁸ Kraatz (Fn. 89), S. 340.

¹¹⁹ BGH, NJW 2021, 3134 (3135).

¹²⁰ BSGE 73, 271 (282); BGH, NJW 2012, 2530 (2534); Klötzer (Fn. 76), S. 15; Kraatz (Fn. 89), S. 340; Leimenstoll (Fn. 75), S. 125; Schwerdtfeger (Fn. 97), S. 50.

¹²¹ Kraatz (Fn. 89), S. 340; Leimenstoll (Fn. 75), S. 125.

¹²² Leimenstoll (Fn. 75), S. 125.

¹²³ Leimenstoll (Fn. 75), S. 128.

c) Wirtschaftlichkeitsgebot

Auch das Wirtschaftlichkeitsgebot vermag dem Vertragsarzt keine eigenständige Finanzverantwortung aufzutragen.¹²⁴ Beim Wirtschaftlichkeitsgebot handelt es sich um ein allgemein geltendes Verbot der Schädigung, vgl. §§ 2 Abs. 1 S. 1, 4 Abs. 3, Abs. 4, 12 Abs. 1, 70 Abs. 1 S. 2 SGB V.¹²⁵ Denn es ist nicht nur von den Vertragsärzten allein einzuhalten, sondern auch von anderen Leistungserbringern und den Krankenkassen selbst zu beachten, § 70 Abs. 1 S. 2 SGB V.¹²⁶ Dies bewirkt lediglich eine Begrenzung der ärztlichen Vergütungsansprüche und gerade nicht, dass der Vertragsarzt dem Lager der Krankenkasse angehört.¹²⁷ Auch das verdeutlicht, dass der Vertragsarzt nicht der Sphäre der Krankenkasse zuzuschreiben ist, sondern ein externer Leistungserbringer der Krankenkasse bleibt. Es lässt sich daher feststellen, dass der Vertragsarzt gerade nicht anstelle der Krankenkasse über ihr Vermögen entscheidet. Dem Vertragsarzt kommt daher keine eigenverantwortliche Finanzverantwortung zu.¹²⁸ Die Kostenübernahme zu Lasten der Krankenkassen, die durch seine Verordnungen ausgelöst wird, hat lediglich eine Reflexwirkung.¹²⁹

d) Zwischenergebnis

Die unterschiedlichen Ansichten hinsichtlich der medizinischen und/oder der wirtschaftlichen Entscheidungskompetenz des Vertragsarztes zeigen, dass dem Kriterium der Selbstständigkeit in der Literatur ein hohes Gewicht beigemessen wird.¹³⁰ Dagegen wird diesem Kriterium von der Rechtsprechung grundsätzlich nur eine gewisse Indizwirkung zugesprochen.¹³¹ Vor diesem Hintergrund ist es erstaunlich, dass der *vierte Senat* nur dieses Kriterium heranzieht, um die Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes bei der Verordnung von

¹²⁴ Kraatz (Fn. 89), S. 340.

¹²⁵ Böse/Mölders, Die Durchführung sog. Anwendungsbeobachtungen durch den Kassenarzt als Korruption durch den Kassenarzt als Korruption im Geschäftsverkehr (§ 299 StGB)?, MedR 2008, 585 (591); Roters, in: KassKomm Sozialversicherungsrecht (Fn. 16), § 12 SGB V Rn. 2; Köhl (Fn. 50), S. 129 ff.

¹²⁶ BSG, GesR 2010, 263 (266); BGH, NJW 2016, 3253 (3254); Leimenstoll (Fn. 75), S. 127.

¹²⁷ Kraatz, Arztstrafrecht, 3. Aufl. 2023, Rn. 377; Ulsenheimer (Fn. 6), S. 626.

¹²⁸ LG Halle, wistra 2000, 279 (280); Schneider (Fn. 67), S. 266; Ulsenheimer (Fn. 6), S. 626.

¹²⁹ BGHSt 57, 202 (216); Ransiek, Zur Untreuestrafbarkeit des Vertragsarztes, medstra 2015, 92 (94).

¹³⁰ Dierlamm/Becker, in: MüKo-StGB IV (Fn. 32), § 266 Rn. 55; Kindhäuser/Hoven, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 47), § 266 Rn. 34; Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 46), § 266 Rn. 24; Wessels/Hillenkamp/Schubert, Strafrecht Besonderer Teil 2, 47. Aufl. 2025, § 21 Rn. 873.

¹³¹ BGHSt 4, 170 (171); 13, 315 (319).

häuslicher Krankenpflege abzulehnen,¹³² zumal er sich dazu noch auf das verfassungsrechtlich problematische Argument stützt, dass dem Vertragsarzt die Kontrolle fehle. Vor dem Hintergrund des vertypen Handlungsunrechts des Untreuetatbestands, dem Fehlgebrauch der eingeräumten Dispositionsmacht, wird der Ansatz der fehlenden Kontrolle den restriktiven Anforderungen, insbesondere in Betracht von Art. 103 Abs. 2 GG, nicht gerecht.¹³³

Insgesamt ist dem *vierten Senat* dahingehend zuzustimmen, dass dem Vertragsarzt keine Selbstständigkeit bei der Verordnung der Behandlungssicherungspflege zukommt. Dies beruht aber darauf, dass dem Vertragsarzt bei jeder seiner Verordnungstätigkeiten kein Entscheidungsspielraum gewährt wird.¹³⁴ Mit ähnlicher Begründung hat bereits der *Große Senat* 2012 eine Selbstständigkeit des Vertragsarztes bei der Verordnung von Arzneimitteln abgelehnt.¹³⁵ Dass der *vierte Senat* im vorliegenden Urteil eine Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes für diese Fallgruppe dennoch grundsätzlich für möglich hält, zeugt nur davon, dass er eine Selbstständigkeit des Vertragsarztes bei seiner Verordnungstätigkeit bereits ohne weitere Begründung vorausgesetzt hat.¹³⁶

3. Hauptpflicht

Auch wenn dem Vertragsarzt keine Selbstständigkeit bei der Verordnungstätigkeit zukommt, schließt dies die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht grundsätzlich nicht zwingend aus. Im Rahmen der Gesamtbetrachtung sind alle Kriterien zu erwägen und abzuwägen.¹³⁷ Als weiteres wichtiges Kriterium für die Vermögensbetreuungspflicht wird herangezogen, dass die Vermögensbetreuung des Vertragsarztes charakteristisch im Innenverhältnis zum Treugeber wirken muss.¹³⁸ Teilweise wird gefordert, dass diese Pflicht gerade hauptsächlicher Natur sein soll.¹³⁹ Dagegen wird das Kriterium der Vermögensbetreuungspflicht als Hauptpflicht teilweise auch für überflüssig und irreführend gehalten.¹⁴⁰ Zum einen ergebe sich aus einer sinnvollen Interpretation des Wortlauts des Untreuetatbestands bereits dasselbe

¹³² Brand/Hotz (Fn. 73), S. 322.

¹³³ Kraatz (Fn. 89), S. 339; Steenbreker (Fn. 3), S. 237.

¹³⁴ Siehe oben **D. II. 2.**

¹³⁵ BGH, NJW 2012, 2530 ff.

¹³⁶ Schneider (Fn. 5), S. 232; Steenbreker (Fn. 3), S. 237.

¹³⁷ Siehe oben **D. II.**

¹³⁸ BVerfGE 126, 170 (220); Dierlamm/Becker, in: MüKo-StGB IV (Fn. 32), § 266 Rn. 69; Kindhäuser/Hoven, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 47), § 266 Rn. 33; Hoyer, in: Systematischer Kommentar StGB (Fn. 48), § 266 Rn. 35.

¹³⁹ Siehe oben **D. II.**

¹⁴⁰ Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 46), § 266 Rn. 24.

Ergebnis.¹⁴¹ Zum anderen sei das Kriterium für eine Begründung der Vermögensbetreuungspflicht bei atypischen Gestaltungen missverständlich.¹⁴² Vor dem Hintergrund der gebotenen restriktiven Auslegung muss die Vermögensbetreuungspflicht jedenfalls zumindest mitbestimmend für die fragliche Pflicht sein.¹⁴³ Fraglich ist daher, ob dem Vertragsarzt eine solche Pflicht zur Wahrnehmung der Vermögensinteressen der gesetzlichen Krankenkasse zukommt. Zwar wird die Vermögensbetreuungspflicht regelmäßig durch gegenseitige Pflichten einer unmittelbaren Rechtsbeziehung geprägt, allerdings kann auch eine einseitige herausgehobene Pflichtenstellung ausreichen.¹⁴⁴ Da aufgrund der Zwischenschaltung der Kassenärztlichen Vereinigungen keine unmittelbare Rechtsbeziehung zwischen Vertragsarzt und Krankenkasse besteht,¹⁴⁵ könnte eine Vermögensbetreuungspflicht nur angenommen werden, wenn die Pflicht zur Wahrnehmung der Vermögensinteressen der Krankenkassen durch den Vertragsarzt aus spezifisch sozialrechtlichen Wertungen oder Normen resultiert.¹⁴⁶

Zur Begründung einer Hauptpflicht wurde früher die Vertreterthese herangezogen. Diese kann, wie dargelegt, heute nicht mehr überzeugen.¹⁴⁷

Als Begründung kommt insbesondere das Wirtschaftlichkeitsgebot in Betracht. Dieses zieht auch der *vierte Senat* heran.¹⁴⁸ Dem Wirtschaftlichkeitsgebot kommt im System der gesetzlichen Krankenversicherung ein hoher Stellenwert zu.¹⁴⁹ Das allgemeine Verbot der Schädigung des Vermögens der Krankenkasse folgt aus § 12 Abs. 1 SGB V und § 72 Abs. 1 S. 1 SGB V.¹⁵⁰ Eine generelle Verpflichtung zur Wahrung der Vermögensinteressen findet sich allerdings bei (fast) jedem Schuldverhältnis in der Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme i. S. d. § 241 Abs. 2 BGB. Eine solche allgemeine Rücksichtnahmepflicht kann die für die Vermögensbetreuungspflicht erforderliche herausgehobene Pflichtenstellung nicht allein begründen. Erforderlich ist eine Pflicht mit

¹⁴¹ *Ebd.*

¹⁴² *Ebd.*

¹⁴³ BGH, NJW 2016, 3253 (3253); Maurach/Schroeder/Mainvald/Hoyer/Momsen, Strafrecht Besonderer Teil – Teilband 1, 11. Aufl. 2019, § 45 Rn. 32; Reese (Fn. 46), S. 99.

¹⁴⁴ Kraatz (Fn. 89), S. 339.

¹⁴⁵ Siehe oben D. II. 1. b).

¹⁴⁶ Kraatz (Fn. 89), S. 341.

¹⁴⁷ Siehe oben D. II. 1. a).

¹⁴⁸ BGH, NJW 2021, 3134 (3135).

¹⁴⁹ BGHSt 57, 202 (216); BGH, NJW 2016, 3253 (3255).

¹⁵⁰ Siehe oben D. II. 2. c).

besonders qualifiziertem Inhalt.¹⁵¹ Eine besonders qualifizierte Pflicht könnte aus dem Wirtschaftlichkeitsgebot resultieren. Insbesondere in Verbindung mit der Entscheidungskompetenz des Vertragsarztes könnte sich eine besonders qualifizierte Pflicht ergeben.

Das Wirtschaftlichkeitsgebot bestimmt die Entscheidungsspielräume des Vertragsarztes bei der Ausstellung von Verordnungen maßgeblich mit. Der Vertragsarzt löst durch seine Verordnungstätigkeit eine Zahlungspflicht der Krankenkassen aus.¹⁵² Dabei kommt ihm einerseits eine Entscheidungskompetenz zu¹⁵³, andererseits hat er dabei aber auch das Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 Abs. 1 SGB V zu beachten.

Adressaten des Wirtschaftlichkeitsgebots sind alle Teilhaber des Systems der gesetzlichen Krankenversicherungen.¹⁵⁴ Das Gebot sieht also den zu Schützenden (die Krankenkassen) gleichzeitig als Adressat des Gebots an.¹⁵⁵ Die zahlreichen allgemeinen oder konkretisierten Normierungen des Wirtschaftlichkeitsgebots im SGB V können eine Pflicht des Vertragsarztes nur gegenüber einer bestimmten Adressatengruppe (hier den Krankenkassen) daher nicht begründen. Die Pflichten jeder Adressatengruppe müssen deshalb gesondert ermittelt werden.

Die Entscheidungskompetenz der Vertragsärzte¹⁵⁶ könnte ein Indiz für die Annahme einer solchen besonderen Stellung sein. Denn die Entscheidungsmacht der Vertragsärzte grenzt diese von den anderen gemäß § 70 Abs. 1 S. 1 SGB V Verpflichteten ab.

Diese Verfügung über die finanziellen Ressourcen der Krankenkassen könnte daher eine vertragstypische Leistung des Vertragsarztes darstellen. Und diese ständige Verfügung über das Vermögen der Krankenkasse, bei der der Vertragsarzt das Wirtschaftlichkeitsgebot beachten muss, könnte damit eine besonders qualifizierte Pflicht begründen.¹⁵⁷ Zu beachten ist allerdings, dass diese Verfügungsbefugnis einen reinen Reflex der Verordnungstätigkeit darstellt.¹⁵⁸

¹⁵¹ BGHSt 1, 186 (188); 28, 20 (23 ff.); BGH, NJW 2000, 529 (530); Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 46), § 266 Rn. 23b; Ulsenheimer (Fn. 6), S. 625.

¹⁵² Siehe oben D. II. 2. b).

¹⁵³ Siehe oben D. II. 2. b).

¹⁵⁴ Siehe oben D. II. 2. c).

¹⁵⁵ Kusnik/Mandera, Anmerkungen zu BGH vom 16.8.2016 – 4 StR 163/16, medstra 2017, 38 (44).

¹⁵⁶ Siehe oben D. II. 2. a).

¹⁵⁷ Bülte (Fn. 30), S. 350.

¹⁵⁸ Siehe oben D. II. 2. c).

Dem Vertragsarzt kommt bei der Verordnungstätigkeit kein eigener wirtschaftlicher Ermessensspielraum zu.¹⁵⁹ Die tatsächliche Überprüfung der Wirtschaftlichkeit erfolgt durch die Krankenkassen und Kassenärztlichen Vereinigungen.¹⁶⁰ Der Vertragsarzt verfolgt bei der ärztlichen Behandlung und der davon umfassten Verordnung von Medikamenten primär die Interessen des Patienten.¹⁶¹ Der Vertragsarzt als Adressat des Wirtschaftlichkeitsgebots wird durch eben dieses vielmehr in seiner Wirkungsmöglichkeit beeinflusst beziehungsweise beschränkt.¹⁶²

Somit lässt sich auch aus dieser besonderen Schädigungsmöglichkeit keine Vermögensbetreuungspflicht schließen. Dem Vertragsarzt wird gesetzlich keine weitergehende Pflicht auferlegt als den anderen Adressaten des Wirtschaftlichkeitsgebots.¹⁶³

Letztlich wäre es auch inkonsequent, ein besonderes Schädigungsverbot des Verpflichteten anzunehmen, während seine Pflichtenstellung nicht gegenüber dem Opfer selbst, sondern nur allgemein besteht. Denn den Krankenkassen kommen keine unmittelbaren Sanktionsmöglichkeiten gegenüber den Vertragsärzten zu.¹⁶⁴ Die vertragsärztliche Pflicht zur Wahrung des Wirtschaftlichkeitsgebots besteht demnach nicht nur speziell gegenüber den Krankenkassen,¹⁶⁵ sondern es handelt sich um eine allgemeine Pflichtenstellung.¹⁶⁶ Es fehlt mithin an der erforderlichen besonders qualifizierten Pflichtenstellung.

Es wäre denkbar, dass neben der Hauptpflicht des Vertragsarztes, seine Patienten medizinisch zu versorgen, die zusätzliche Hauptpflicht besteht, das Vermögen der Krankenkasse zu betreuen.¹⁶⁷ Dafür müsste letztere Pflicht – unabhängig vom Wirtschaftlichkeitsgebot – als eine solche Hauptpflicht zu qualifizieren sein.

Die Krankenkassen bedienen sich Dritter zur Verschaffung der medizinischen Leistungen für ihre Versicherten.¹⁶⁸ Daraus entsteht auch eine Pflicht des

¹⁵⁹ Siehe oben **D. II. 2. b).**

¹⁶⁰ *Kusnik/Mandera* (Fn. 155), medstra 2017, 38 (44).

¹⁶¹ BGHSt 57, 202, 216.

¹⁶² *Ulsenheimer/Gaede*, Arztstrafrecht in der Praxis, 6. Aufl. 2020, Kapitel I Teil 15 Rn. 1718.

¹⁶³ BGHSt 57, 202 (216); *Kraatz* (Fn. 89), S. 341.

¹⁶⁴ Siehe oben **D. I.**

¹⁶⁵ *Kühl* (Fn. 50), S. 131; *Ulsenheimer/Gaede* (Fn. 162), Kapitel I Teil 15 Rn. 1718.

¹⁶⁶ *Ulsenheimer/Gaede* (Fn. 162), Kapitel I Teil 15 Rn. 1719.

¹⁶⁷ BGH, NJW 2016, 3253 (3255 ff.); *Bülte* (Fn. 30), S. 350.

¹⁶⁸ Siehe oben **D. II. 1. b).**

behandelnden Vertragsarztes als Dritter gegenüber den Krankenkassen. Diese Pflicht beinhaltet allerdings nur die fachgerechte Behandlung der Versicherten und damit auch konsequenterweise seine Verordnungstätigkeit.¹⁶⁹ Daneben besteht zwar *auch* die Verpflichtung zur Wirtschaftlichkeit. Diese besteht aber zum einen laut dem *Großen Senat* nicht unmittelbar gegenüber den Krankenkassen.¹⁷⁰ Außerdem ist sie nicht als Hauptpflicht einzuordnen.¹⁷¹ Dafür spricht die rechtliche Auslagerung der Behandlung der Patienten aus der Aufgabensphäre der Krankenkassen¹⁷² und damit die externe Stellung des Vertragsarztes, welche durch die Formulierung des Zusammenwirkens in § 72 Abs. 1 S. 1 SGB V auch gesetzlich betont wird. Denn ein Zusammenwirken bedeutet letztlich die Ergänzung durch die Erfüllung von unterschiedlichen Verantwortungsbereichen.¹⁷³ Bereits bei dieser isolierten Betrachtung des Verhältnisses zwischen Krankenkassen und Vertragsarzt ist die Annahme der Vermögensbetreuung als Hauptpflicht zweifelhaft.¹⁷⁴ Auch bei einer Gesamtschau der Hauptpflichten des Vertragsarztes ergibt sich nichts anderes. Denn primär wird der (Vertrags-)Arzt im Rahmen seiner grundrechtlich geschützten Therapiefreiheit für den Patienten tätig.¹⁷⁵ Er hat sich in erster Linie nicht an der Wirtschaftlichkeit der Behandlung, sondern an einer medizinisch fachgerechten Behandlung zu orientieren; er ist ein medizinischer Sachwalter, der primär die Gesundheitsinteressen der Versicherten zu wahren und erst sekundär die Vermögensinteressen der Krankenkasse zu bedenken hat.¹⁷⁶ Letztlich ist das Leitbild des (Vertrags-)Arztes der *homo empathicus* und nicht der *homo oeconomicus*.¹⁷⁷

4. Gesamtbetrachtung

Zur abschließenden Bestimmung der Vermögensbetreuungspflicht erfolgt eine Gesamtbetrachtung aller Aspekte.¹⁷⁸ Eine für die Untreue erforderliche Schädigung von innen soll insbesondere dann vorliegen, wenn die

¹⁶⁹ Leimenstoll (Fn. 75), S. 127; Reese (Fn. 46), S. 100; Ulsenheimer (Fn. 6), S. 626.

¹⁷⁰ BGH, NJW 2012, 2530 (2535).

¹⁷¹ Kübl (Fn. 50), S. 131; Leimenstoll (Fn. 75), S. 128; Taschke, Strafbarkeit des Vertragsarztes bei der Verordnung von Rezepten – Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 25.11.2003, 4 StR 239/03, StV 2005, 406 (406); Ulsenheimer (Fn. 6), S. 626.

¹⁷² Siehe oben D. II. 2. c).

¹⁷³ Kraatz (Fn. 127), Rn. 325d.

¹⁷⁴ Leimenstoll (Fn. 75), S. 128.

¹⁷⁵ Siehe oben D. II. 2. b).

¹⁷⁶ Kusnik/Mandera (Fn. 155), S. 44; Ulsenheimer (Fn. 6), S. 627.

¹⁷⁷ Dettling, Funktionsbedingungen des Wettbewerbs und des Gesundheitswesens, GesR 2008, 169 (177); Leimenstoll (Fn. 75), S. 125.

¹⁷⁸ Siehe oben D. II.

Vermögensbetreuung eine Hauptpflicht des Vertragsarzt darstellt, bei dessen Ausübung ihm ein ausreichender Entscheidungsspielraum gegeben ist.¹⁷⁹ Die Entwicklung und Heranziehung dieser Merkmale sind dabei auch nicht zu beanstanden. Mangels anerkannter Gewichtung der verschiedenen Merkmale ist allerdings problematisch, dass eben diese Gewichtung je nach Einzelfall unterschiedlich vorzunehmen ist.¹⁸⁰ Grundsätzlich durfte der *vierte Senat* daher dem Kriterium der Selbstständigkeit auch eine entsprechend große Bedeutung zumessen. Dabei verkennt der *vierte Senat* allerdings, dass die angeführten Kontrollmöglichkeiten der Krankenkasse bei genauerer Betrachtung gar kein so weitreichendes Kontrollinstrument sind, wie es auf den ersten Blick scheint und wie er es in seiner Entscheidung angenommen hat.¹⁸¹ Zudem sind dieser Begründung des *vierten Senats* verfassungsrechtlich Bedenken hinsichtlich des Bestimmtheitsgebots entgegenzusetzen.¹⁸² Darüber hinaus lässt die sonstige Rechtsprechung dem Kriterium der Selbstständigkeit ohnehin geringe Bedeutung zukommen.¹⁸³ Nach alledem erscheint es zweifelhaft und widersprüchlich, wenn der *vierte Senat* die Ablehnung der Vermögensbetreuungspflicht bei der Verordnung von häuslicher Krankenpflege allein damit begründet. Denn letztlich läuft eine solche Ansicht Gefahr, dass das alleinige Vorhandensein von Kontrollmöglichkeiten der Krankenkassen zu einem selbstständigen Kriterium für das Vorliegen des Untreuetatbestandes nach § 266 StGB wird.¹⁸⁴

III. Erforderlichkeit des Untreuetatbestands

Die Entscheidung des *vierten Senats* zeigt, dass bei einer restriktiven Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Vermögensbetreuungspflicht und der damit verbundenen Ablehnung der Vertragsarztuntreue im vorliegenden Fall keine Strafbarkeitslücken entstehen. Denn der Schuldspruch wurde in den zur Beihilfe zum Betrug gemäß §§ 263 Abs. 1, 27 StGB abgeändert. Tatsächlich liegt eine Strafbarkeit wegen Betrugs viel näher. Denn durch die Ausstellung einer Verordnung schafft der Vertragsarzt eine Grundlage dafür, dass der böswillige Leistungserbringer einen Angriff von außen auf das Vermögen der Krankenkasse verüben kann. Es ist daher nicht verständlich, warum in solchen Fällen eine

¹⁷⁹ Siehe oben **D. II.**

¹⁸⁰ *Schneider* (Fn. 67), S. 105.

¹⁸¹ Siehe oben **D. II. 1. b).**

¹⁸² Siehe oben **D. II.**

¹⁸³ Siehe oben **D. II. 2. e).**

¹⁸⁴ *Kraatz* (Fn. 89), S. 339; *Steenbreker* (Fn. 3), 236 f.; *Ulsenheimer/Geade* (Fn. 162), Kapitel 1 Teil 15 Rn. 1716.

abstruse Konstruktion der Vertragsarztuntreue notwendig sein soll.¹⁸⁵ Weil immer dann, wenn kein Betrug (wie der der Ehefrau) in Frage steht, Straflosigkeit vorläge. Die Möglichkeit einer Sanktionierung gemäß §§ 299a, 299b StGB bestand für den *vierten Senat* wegen des Rückwirkungsverbots des Art. 103 Abs. 2 GG noch nicht. Diese Straftatbestände traten am 4.6.2016 in Kraft, wohingegen die fraglichen Verordnungen im Zeitraum vom 31.10.2014 bis zum 15.12.2015 ausgestellt wurden. Für alle Fälle nach dem Inkrafttreten der §§ 299a, 299b StGB wird in solchen Fallkonstellationen die Frage zu stellen sein, ob eine Unrechtsvereinbarung bei der Zuführung von Patienten i. S. d. § 299a bzw. § 299b StGB zwischen Vertragsarzt und Leistungserbringer geschlossen wurde.¹⁸⁶ Letztlich erfolgt eine Sanktionierung von (vertrags-)ärztlichem Fehlverhalten bereits durch disziplinar- und berufsrechtliche Konsequenzen, die bis hin zur Entziehung der Approbation reichen.¹⁸⁷ Diese Maßnahmen können sich im Ergebnis auf die berufliche und private Existenz ähnlich vernichtend auswirken wie eine strafrechtliche Sanktionierung.¹⁸⁸

Aufgrund anderweitiger Sanktionsmöglichkeiten bedarf es einer strafrechtlichen Sanktionierung über § 266 StGB daher grundsätzlich nicht unbedingt.

IV. Folgen für die Praxis

Durch die Entscheidung des *vierten Senats* wurde den Kontrollmöglichkeiten der Krankenkassen bei der Bestimmung der Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarzt ein erhebliches Gewicht zugesprochen. In Zukunft wird genau zu prüfen sein, für welche Leistungen eine Genehmigung der Krankenkasse erforderlich ist und insbesondere auch in welchem Umfang.¹⁸⁹ Problematisch wird sich dabei gestalten, dass die Genehmigung teilweise von Zufälligkeiten abhängig ist.¹⁹⁰ Insbesondere bei der Fallgruppe der Hilfsmittelversorgung ist zu beachten, dass die Krankenkassen die Genehmigungspflicht für einige Hilfsmittel aussetzen können. Dann erhält der Versicherte das Hilfsmittel bereits aufgrund einer ordnungsgemäßen Verordnung.¹⁹¹ So regelt etwa der Hilfsmittelversorgungsvertrag gemäß § 127 Abs. 2 SGB V zwischen dem

¹⁸⁵ Schneider (Fn. 5), S. 236; Ulsenheimer/Geade (Fn. 162), Kapitel 1 Teil 15 Rn. 1717.

¹⁸⁶ Schulz (Fn. 33).

¹⁸⁷ Dittrich/Dittrich, Neues zur Untreue von Ärzten und Strafbarkeitsrisiken bei „Digitalen Luftleistungen“, ZWH 2022, 101 (105); Steinhilper, in: Laufs/Kern/Rehborn (Fn. 82), § 29 Rn. 39; Schroeder-Printzen, in: Schnapp/Wigge (Fn. 80), § 17 Rn. 13 ff.

¹⁸⁸ Noak (Fn. 75), S. 83.

¹⁸⁹ Schulz (Fn. 33).

¹⁹⁰ Kraatz (Fn. 89), S. 339; Schulz (Fn. 33); Steenbreker (Fn. 3), S. 236.

¹⁹¹ Knispel, in: BeckOK-Sozialrecht (Fn. 16), § 33 SGB V Rn. 54b.

Bayerischen Apothekerverband und der AOK Bayern,¹⁹² dass die Verordnung eines Blutzuckermessgeräts durch einen Vertragsarzt bei einem insulinpflichtigen Patienten keiner Genehmigung bedarf.¹⁹³ Dem Vertragsarzt käme hier also eine Vermögensbetreuungspflicht zu. Dagegen hätte er – nach der Entscheidung des *vierten Senats* – einem nicht insulinpflichtigen Patienten gegenüber keine Vermögensbetreuungspflicht inne, da in diesem Fall eine Genehmigung für das Gerät erforderlich ist. Möglicherweise käme dem Vertragsarzt bei der Verordnung von Hilfsmitteln auch schon keine Vermögensbetreuungspflicht zu. Denn in diesem Bereich soll eine vertragsärztliche Verordnung grundsätzlich nicht erforderlich sein.¹⁹⁴ Anhand dieser Fallgruppe wird deutlich, dass mit dem Urteil des *vierten Senats* keine endgültige Rechtsklarheit geschaffen wurde. Es wird in Zukunft ein genauerer Blick darauf zu werfen sein, ob die Kontrollmöglichkeiten des Treuegebers einer Eigenverantwortlichkeit des Treuenehmers tatsächlich entgegenstehen können.¹⁹⁵

V. Fazit

Diese letztlich doch sehr kritische Auseinandersetzung mit der Entscheidung des BGH rührt daher, dass die Untreuestrafbarkeit in den letzten Jahren zu einem Universaldelikt mutiert ist, das immer passt – oder eben passend gemacht wird. Darin ruht auch die Gefahr, dass eine Verurteilung wegen Untreue vom Ergebnis her vorgenommen wird und dazu den Kriterien mit Indizwirkung im Rahmen der Gesamtbetrachtung der Vermögensbetreuungspflicht das Gewicht von Tatbestandsmerkmalen zugeschrieben wird. Zur Fallgruppe der Vertragsarztuntreue lässt sich abschließend sagen, dass es zu vermeiden gilt, dass das Damoklesschwert der Untreue über jeder ihrer unwirtschaftlichen Ordnungsentscheidungen hängt. Das bedeutet freilich nicht, dass ein rechtswidriges Verhalten des Vertragsarztes ungestraft bleiben soll. Dazu stehen allerdings andere Sanktionsmöglichkeiten zur Verfügung.

¹⁹² Abrufbar unter: https://www.aok.de/gp/fileadmin/user_upload/Hilfsmittel/Hilfsmittel_aus_Apotheken/by_hilfsmittelversorgungsvertrag_apotheken.pdf (zuletzt abgerufen am 25.3.2025).

¹⁹³ Hilfsmittelversorgungsvertrag zwischen dem Bayerischen Apothekerverband und der AOK Bayern, Anlage 2j Position 21.34.02.1, S. 40.

¹⁹⁴ BT-Drucks. 17/ 10170, S. 12.

¹⁹⁵ Ziemann/Corsten, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 11.5.2021 – 4 StR 350/ 20, medstra 2022, 243 (245).