

## Genehmigung der Vorteilsnahme

tragsärztliche Versorgung entsprechend.<sup>50</sup> Nach § 116b Abs. 2 SGB V können die Krankenhäuser den ihnen ursprünglich zugewiesenen Bereich der stationären Versorgung verlassen und im Bereich der ambulanten Versorgung tätig werden. Diese transsektorale Behandlungsform bringt im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG verfassungsrechtliche Probleme mit sich.

Es stellt sich die Frage, ob durch die Zulassung von Krankenhäusern zur ambulanten Versorgung auf Grundlage von § 116b Abs. 2 SGB V das Grundrecht niedergelassener Konkurrenten auf freie Berufsausübung gemäß Art. 12 Abs. 1 GG verletzt wird.<sup>51</sup> Zentrales Problem ist die Übertragbarkeit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur transsektoralen Konkurrentenklage im Vertragsarztrecht auf diese Konkurrenzsituation.<sup>52</sup> Zu untersuchen ist daher, ob durch die Zulassung der Krankenhäuser in die Berufsfreiheit der niedergelassenen Vertragsärzte eingegriffen wurde und, sofern man dies bejaht, der Eingriff verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist.

#### a) Eingriff in die Berufsfreiheit der niedergelassenen Vertragsärzte

Das Bundesverfassungsgerichtsurteil vom 17.8.2004 hat in der Ermächtigung von Krankenhausärzten nach §§ 116 SGB V, 31a Ärzte-ZV einen Eingriff in die Berufsfreiheit niedergelassener Ärzte gesehen, wenn die Vertragsärzte und sonstigen Leistungserbringer durch jede Öffnung ihres gesetzlichen Marktes für Dritte belastet würden. Die Ermächtigung schränke die Erwerbsmöglichkeiten über das dem Vertragsarztrecht immanente Maß hinaus ein.<sup>53</sup> Die vom Bundesverfassungsgericht beurteilte Konkurrenzsituation zwischen Vertragsarzt und Krankenhausarzt ist aber nicht auf die des § 116b Abs. 2 SGB V übertragbar. Schon im Hinblick auf die Vergütung sind keine Gemeinsamkeiten feststellbar. Die Vergütung der Krankenhausärzte erfolgt nicht aus der der vertragsärztlichen Gesamtvergütung, § 116b Abs. 5 SGB V. Daher besteht für die niedergelassenen Ärzte nicht die Gefahr, dass die Punktwerte sinken. Ein solcher Vertragsarzt konkurriert nicht mehr mit anderen niedergelassenen Vertragsärzten, die ebenso wie er in die Praxisausstattung investieren, sondern mit einem Krankenhaus. Das knappe Gut ist daher lediglich ein allgemeiner Marktanteil. Ferner passt sich die Höhe der Vergütung gem. § 116 Abs. 5 SGB V an die der vertragsärztlichen Versorgung an, jedoch besteht für die Krankenhäuser keine Deckelung der Gesamtvergütung.<sup>54</sup> Würde man die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf § 116b Abs. 2 SGB V übertragen, so käme dies einer Bestandsgarantie für freiberufliche niedergelassene Vertragsärzte gleich. Führt man diesen Gedanken konsequent weiter, so würde dies bedeuten, dass Art. 12 Abs. 1 GG auch Schutz vor Konkurrenz gewährt.

#### b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Selbst wenn man von einem Eingriff in die Berufsfreiheit der niedergelassenen Vertragsärzte ausgeht, so ist dieser zumindest verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Ziel der Teilöffnung der Krankenhäuser für die ambulante Versorgung ist die Sicherstellung der Versorgung der Versicherten. Diese transsektorale Behandlungsmöglichkeit ist geeignet, erforderlich und insbesondere zumutbar, denn hinsichtlich Behandlungen von Krankheitsverläufen, die durch wiederkehrende stationäre Aufenthalte gekennzeichnet sind, ist ein durchgängiges abgestimmtes Versorgungskonzept erstrebenswert.<sup>55</sup> Darüber hinaus sind die für die Vertragsärzte hervorgerufenen Nachteile gering. Der Leistungskatalog des § 116b Abs. 2 und 3 SGB V ist sehr eingeschränkt, sodass sich die Ermächtigung der Krankenhäuser nur unwesentlich auf das Tagesgeschäft der Vertragsärzte auswirkt.

Die Zulassung der ambulanten Leistungserbringung für Krankenhäuser nach § 116b Abs. 2 SGB V ist daher mit der Berufsfreiheit der niedergelassenen Vertragsärzte vereinbar. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Konkurrenzschutz im Vertragsarztrecht kann somit nicht auf diese Konkurrenzsituation übertragen werden. Art. 12 Abs. 1 GG gewährt keinen Rechtsanspruch auf die Sicherung einer wirtschaftlich ungefährdeten Tätigkeit.

### III. Fazit

Anhand der Entscheidungen des VG Karlsruhe und des VGH Mannheim wird deutlich, dass Konkurrentenklagen im Gesundheitsrecht weiterhin auf dem Vormarsch sind. Die klassische Abgrenzung zwischen positiver und negativer Konkurrentenklage fällt insbesondere im Bereich der transsektoralen Konkurrentenklagen schwer. Für eine exakte Unterscheidung ist die Einordnung des knappen Gutes von tragender Bedeutung. Zu unterscheiden ist zwischen staatlich zugeteilten Positionen und allgemeinen Marktanteilen.

50 BT-Drucks. 16/3100, 140.

51 Schnapp in Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, 2. Aufl. 2006, § 4 Rz. 49 ff.

52 Zu dieser Problematik eingehend Vollmöller, NZS 2006, 572 ff.; Barth/Hänlein, Die Gefährdung der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) niedergelassener Vertragsärzte durch Verträge nach § 116b Abs. 2 SGB V, Kurzgutachten im Auftrag des Berufsverbandes niedergelassener Hämatologen und internistischer Onkologen in Deutschland e.V. (BNHO), abzurufen unter: www.kbv.de.

53 BVerfG v. 17.8.2004 – 1 BvR 378/00, GesR 2004, 470 (472) = NJW 2005, 273 (274).

54 Siehe Vollmöller, NZS 2006, 572 (574).

55 BT-Drucks. 15/1525, 120.

## ARZTSTRAFRECHT

### Die Genehmigung der Vorteilsnahme gem. § 331 Abs. 3 StGB

Dr. Christoph Partsch/Tillmann Scheffner, Berlin

Die Genehmigung gem. § 331 Abs. 3 StGB entscheidet über die Strafbarkeit oder Strafflosigkeit der Vorteilsnahme

und ist damit Kern jeder Compliance-Prüfung. Gerade bei der öffentlichen Hand wächst jedoch erst

## Genehmigung der Vorteilsnahme

langsam die Erkenntnis, dass entsprechende Genehmigungsprozesse zu erfüllen und einzurichten sind, insbesondere aus gebotener Fürsorge für die eigenen Beamten und Angestellten.

## I. Einleitung

§ 331 Abs. 3 StGB<sup>1</sup> wurde durch das EGStGB<sup>2</sup> 1973 eingeführt. Mit der Ausweitung des Anwendungsbereichs des § 331 Abs. 1 durch das KorrbG<sup>3</sup> hat § 331 Abs. 3 einen erheblichen Bedeutungszuwachs erhalten. Hinzu kommen verschärfte Wertvorstellungen in der Gesellschaft insbesondere gegenüber der Politik und dem Gesundheitswesen,<sup>4</sup> die bis zur Tatbestandsüberdehnung reichen.<sup>5</sup> Das lange bestehende Ermittlungsdefizit<sup>6</sup> ist durch die Einrichtung von Schwerpunktstaatsanwaltschaften einem sehr starken, politisch und fiskalisch orientierten Ermittlungsdruck gewichen. Für Unternehmen,

die der US-Börsenaufsicht unterliegen, ist § 331 Abs. 3 die Schlüsselnorm, um die Einhaltung nationalen Rechts als „affirmative defense“ einer Strafbarkeit nach dem Foreign Corrupt Practices Act<sup>7</sup> entgegenzuhalten und damit empfindlichen strafrechtlichen und zivilrechtlichen Sanktionen zu entgehen. Trotz einer langen Geschichte und trotz des klaren Wortlauts der Norm kommt es in der Praxis zu vielfältigen Auseinandersetzungen um die Form und Bedeutung der Genehmigung. So weigern sich z.B. im Gesundheitswesen bis heute eine Reihe von Universitätsverwaltungen<sup>8</sup>, die erforderlichen Dienstherrn-genehmigungen zu erteilen. Mithin muss davon ausgegangen werden, dass die an diesen Kliniken beschäftigten Amtsträger und ihre Vertragspartner sich strafbar machen, wenn sie eine genehmigungspflichtige Kooperation eingehen. Dem steht die erhebliche Bedeutung von Drittmitteln für das Funktionieren der Forschung entgegen.<sup>9</sup>

Gem. § 331 Abs. 3 StGB ist eine Vorteilsnahme durch einen Amtsträger oder einen für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten dann nicht strafbar, „wenn ... die zuständige Behörde im Rahmen ihrer Befugnisse entweder die Annahme vorher genehmigt hat, oder der Täter unverzüglich bei ihr Anzeige erstattet und sie die Annahme genehmigt“.

## II. Rechtsnatur des § 331 Abs. 3

Nach ganz herrschender Ansicht<sup>10</sup> ist § 331 Abs. 3 ein Rechtfertigungsgrund.<sup>11</sup> Bei einem Irrtum über das Vorliegen oder die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Genehmigung geht die Rechtsprechung<sup>12</sup> daher von einem Erlaubnistatbestandsirrtum gem. § 16 Abs. 1 aus und schließt den Vorsatz aus, sodass die Beteiligten straflos ausgehen.<sup>13</sup> Geht der Arzt irrig von dem Vorliegen einer strafrechtlichen Genehmigung aus, während es sich nur um eine dienstrechtliche Genehmigung handelt, oder der Vorteil nicht genehmigungsfähig ist, so soll allerdings ein vermeidbarer Verbotsirrtum vorliegen.<sup>14</sup>

## III. Art der Genehmigung

Die Genehmigung kann nach h.M. ausdrücklich, allgemein<sup>15</sup> oder für den Einzelfall erfolgen.<sup>16</sup> Die Anforderungen an eine stillschweigende Genehmigung, etwa weil die Verwaltung zum Einholen von Drittmitteln aufgefordert<sup>17</sup> oder weil diese Urlaub für eine Kongressreise genehmigte,<sup>18</sup> werden von der Rechtsprechung stetig erhöht. Eine vordringende Meinung fordert, dass das, was genehmigt wird, präzise umschrieben wird.<sup>19</sup> Dem ist aus folgenden Gründen zuzustimmen. Ohne genaue Aufschlüsselung weiß der Genehmigende nicht, ob er überhaupt genehmigen durfte. Bei den Leistungen an Amtsträger muss sichergestellt werden, dass der Vorteil nicht außer Verhältnis zum Gehalt des Amtsträgers steht. So wird ein Arzt einer Universitätsklinik, der mehr als 50 % seines Einkommens von der Pharmaindustrie bezieht, nicht mehr vorurteilsfrei handeln können. Gleiches gilt für die bei Beamten immer beliebter werdende Vortragstätigkeit als Paralleleinkommen. Nur bei einer genauen Definition des zu genehmigenden Vorteils kann auch der in der Praxis verbreiteten Splittung von Zuwendungen in viele Einzelzuwendungen entgegengewirkt werden. Somit ist davon auszugehen, dass der zu genehmigende Sachverhalt genau aufgeschlüsselt und dokumentiert werden muss. Anderenfalls dürfte eine Genehmigung unwirksam sein. In der Beratungspraxis wird man immer eine schriftliche, detaillierte Genehmigung

<sup>1</sup> RA Dr. Christoph Partsch, LL.M. (Duke University), RA Tillmann Scheffner, FA für Strafrecht, Kanzlei Partsch, Berlin.

<sup>2</sup> Paragrafen ohne Gesetzesbenennung sind nachfolgend solche des StGB, Strafgesetzbuch.

<sup>3</sup> Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch vom 11.5.1973, BT-Drucks. 7/550.

<sup>4</sup> Korruptionsbekämpfungsgesetz vom 13.8.1997, BGBl I 2036; dazu *Hersmann*, StV 2003; *Botke*, ZRP 1998, 15; *Dölling*, ZStW 112 (2000), 334; *Duttge*, ZRP 1997, 72; *Geerds*, JR 1996, 309; *Heltinger*, NJW 1996, 2263; *Kerner/Rixen*, GA 1996, 355; *König*, DRiZ 1996, 357; *Korte*, NJW 1997, 2556; *Wolters*, JuS 1998, 1100.

<sup>5</sup> Vgl. die Problematik des Verschenkens von WM-Tickets durch EnBW oder von Kongress-Einladungen an Ärzte. „Pharmaskandal weitet sich aus, Ärzte von 850 Kliniken wegen Vorteilsnahme unter Verdacht.“ Süddeutsche Zeitung vom 3.6.2006, S. 19.

<sup>6</sup> *Geis*, wistra 2005, 369 f.; a.A. *Prägal*, NStZ 2005, 133.

<sup>7</sup> *Gaßner/Klein*, PharmaR 2002, 356 (361).

<sup>8</sup> *Schulze/Görts*, RiW 2006, 561.

<sup>9</sup> Das Klinikum Großhadern der Ludwig-Maximilians-Universität München verweigert einer Reihe von Pharmaunternehmen die Erteilung von Genehmigungen mit der abwegigen Begründung, es gebe hierfür keine Ermächtigunggrundlage. Ähnliche Meinung vertreten: Niedersächsisches Landeskrankenhaus Osnabrück, Reinhard-Nieter Krankenhaus (Akad. Lehrkrankenhaus Uni Göttingen), Universitätsklinikum Gießen und Marburg, Universität Ulm, Universität Tübingen, Klinikum Halle). Damit können Dritte mit Angestellten oder Beamten dieser Einrichtungen nicht Vorteile gewähren, ohne sich strafbar zu machen.

<sup>10</sup> „Professoren beschaffen 3,47 Milliarden Euro Drittmittel“, *Financial Times Deutschland*, 25.10.2006, A. 14; Anmerkung *Rosenau* zu LG Hamburg, Urt. v. 10.7.2000 – 611 Ls 14/99, MedR 2001, 525 (526).

<sup>11</sup> BGH, Urt. v. 10.3.1983 – 4 StR 375/82, BGHSr 31, 264 (285); 47, 295 (309); *Kublen*, JR 2003, 231 (234); *Michalke*, NJW 2002, 3381; a.A. *Rudolph/Stein*, SK 32 und *Bernsman*, StV 2003, 521 (522) für Tatbestandsausschluss.

<sup>12</sup> Der Wissenschaft überlassen durch BT-Drucks. 7/550, 272.

<sup>13</sup> BGH, Urt. v. 6.6.1952 – 1 StR 708/51, BGHSr 3, 105 (194, 271); 31, 264 (286); *Lackner/Kühl*, StGB, 25. Aufl. (2006), § 17 Rz. 11.

<sup>14</sup> BGH, Urt. v. 10.3.1983 – 4 StR 375/82, BGHSr 31, 264 (286, 287).

<sup>15</sup> OLG Hamburg, Beschl. v. 14.1.2000 – 2 Ws 243/99, MedR 2000, 375; *Lackner/Kühl*, StGB, 25. Aufl. 2006, § 17 Rz. 18.

<sup>16</sup> OLG Hamburg, Urt. v. 11.7.2000 – 2 Ws 129/00, StV 2001, 284 (287) sieht eine solche generelle Genehmigung in der Drittmittelsatzung einer Universität; LG Hamburg, Urt. v. 10.7.2000 – 611 Ls 14/99, MedR 2001, 525 (529).

<sup>17</sup> *Lackner/Kühl*, StGB, 25. Aufl. 2004, § 331 Anm. 6c.

<sup>18</sup> LG Bonn, Beschl. v. 8.2.2001 – 27 B 13/00, MedR 2001, 260 als Vorinstanz zu OLG Köln, Beschl. v. 21.9.2001 – 2 WS 170/01, NStZ 2002, 35.

<sup>19</sup> OLG Hamburg, Beschl. vom 14.1.2000 – 2 Ws 243/99, MedR 2000, 371 (375).

<sup>20</sup> OLG Hamburg, Beschl. v. 14.1.2000 – 2 Ws 243/99., MedR 2000, 375; *Geerds*, JR 1983, 467 Fn. 18; *Jutzi*, NStZ 1991, 105 (108).

## Genehmigung der Vorteilsnahme

für den Einzelfall wie auch eine allgemeine strafrechtliche Genehmigung im Anstellungsvertrag empfehlen.

Die Genehmigung kann mündlich erfolgen. Sie sollte aber aus Beweisgründen immer schriftlich eingefordert und abgegeben werden.

Die Genehmigung muss ausdrücklich mitteilen, dass in einen Vorteil eingewilligt, diesem zugestimmt oder dieser genehmigt wird. Verschiedene Universitätskliniken erklären sich nur zur Abgabe einer Erklärung der „Kenntnisnahme“ bereit. Dabei wird sich zum Teil auf den Wortlaut des „Gemeinsamen Standpunkt“<sup>20</sup> berufen. Eine Kenntnisnahme reicht jedoch nicht aus, da dieser sich bereits nach allgemeinem Sprachgebrauch nicht entnehmen lässt, ob die zuständige Behörde den Vorteil akzeptiert hat.

§ 331 Abs. 3 kennt zwei Formen der Rechtfertigung, die vor Gewährung des Vorteils und die danach. Im Gegensatz zum Sprachgebrauch im BGB hat sich der Gesetzgeber für den Begriff Genehmigung auch für Zustimmung vor Vorteilsvergabe entschieden, obwohl hier eigentlich der Begriff Einwilligung rechtstechnisch geboten gewesen wäre. Der Gesetzgeber hat dies mit einem Gleichklang mit Regelungen in der StPO begründet.<sup>21</sup> Fraglich ist, wann diese vorherige Erklärung abgegeben werden soll. Angesichts der Vorverlagerung der Strafbarkeit durch das Tatbestandsmerkmal des „Sich-versprechen-Lassens“ ist unbedingt zu empfehlen, die Dienstherrengenehmigung bereits vor Vertragsschluss mit dem Amtsträger einzuholen. Hinzu kommt, dass § 43 BRRG i.d.F. durch Art. 2 Nr. 2 KorrBekG die Annahme eines Vorteils nur nach vorheriger Zustimmung erlaubt.<sup>22</sup> Dies hat jedoch nur Auswirkungen auf das Dienstverhältnis (s.u.).

Die Genehmigung kann nach § 331 Abs. 3 Alternative 2 auch nach Einhalt des Vorteils erteilt werden. Strafrechtlich kann die nachherige Genehmigung wirksam sein, auch wenn damit gegen § 43 BRRG verstoßen wurde und deshalb nicht im „Rahmen der dienstlichen Befugnisse“ erteilt wurde.<sup>23</sup> Die nachträgliche Genehmigung muss aber auf „unverzügliche“ Anzeige des Täters erfolgen. Damit soll insbesondere verhindert werden, dass eine Genehmigung nach Eröffnung eines Strafverfahrens nachgeliefert wird.<sup>24</sup> Im Falle der nachträglichen, unverzüglichen Annahme ist überdies die Annahme im Sinne der vorläufigen Entgegennahme des Vorteils unter der ausdrücklichen oder stillschweigenden aufschiebenden Bedingung der Genehmigung genehmigungsfähig, aber nicht im Sinne einer endgültigen Entgegennahme des Vorteils mit dem Willen, ihn zu behalten.<sup>25</sup>

## IV. Unwirksamkeit der Genehmigung

Keine Genehmigung im Sinne des § 331 Abs. 3 sind zunächst alle dienstrechtlichen Genehmigungen für Dienstreisen oder Nebentätigkeiten.<sup>26</sup> Schutzzwecke der dienstrechtlichen Genehmigung sind die Sicherstellung der Arbeitskraft, des Unfallversicherungsschutzes oder der Präsenz. Die Genehmigung nach § 331 Abs. 3 „findet ihren Grund darin, dass die tatbestandsmäßige Verletzung des durch die Strafvorschrift geschützten Rechtsguts zu keinem Widerspruch mit der Rechtsordnung und objektiven Unwerturteil führt, wenn der Zusammenhang von Vorteil und Diensthandlung transparent gemacht wird und die die Verantwortung für die Sauberkeit des öffentlichen Dienstes tragende Behörde in Kenntnis des Zusammenhangs die Zuwendung an den Amtsträger billigt.“<sup>27</sup> Die Verwaltung bedarf daher keiner Ermächtigungsgrundlage, um eine strafrechtliche Genehmigung zu erlassen. Allerdings empfehlen sich Handlungsanlei-

tungen gleich welcher Form, um eine gewisse Gleichbehandlung der öffentlich Bediensteten zu gewährleisten.

Die Genehmigung ist dann nicht wirksam, wenn der Vorteil nicht genehmigungsfähig war. Der angenommene Vorteil darf sich nur auf eine Handlung beziehen, die an sich nicht pflichtwidrig ist.<sup>28</sup> Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Vorteil in einem krassen Missverhältnis zum Gehalt des Empfängers steht, oder sich die Summe der erhaltenen Vorteile in einem solchen Missverhältnis befindet.<sup>29</sup> Dies dürfte immer dann der Fall sein, wenn die Hälfte des Gehalts überschritten wird. Eine erschlichene Genehmigung kann ebenso wenig rechtfertigend wirken.<sup>30</sup>

Die Genehmigung entfaltet keine rechtfertigende Wirkung, wenn der Amtsträger den Vorteil gefordert hat. Dies ist nicht schon bei jeder Bitte oder Anfrage der Fall, sondern erst, wenn der Amtsträger Druck ausgeübt hat, insbesondere durch Inaussichtstellen eines Nachteils im Falle der Nichtgewährung.<sup>31</sup> Die Bitte eines Universitätsarztes um Spenden ist daher sicher kein „Fordern“ im Sinn des § 331 Abs. 3, da einige Landesgesetze das Einfordern von Drittmitteln den Amtsträgern zur Pflicht gemacht hat.

## V. Anspruch auf Genehmigung

Die Frage, ob eine Vorteilsnahme genehmigt werden kann und ob ein Anspruch hierauf besteht, richtet sich nach dem öffentlichen Dienstrecht (§ 43 BRRG, § 70 BBG, § 10 BAT, evtl. in Verbindung mit landesrechtlichen Vorschriften).<sup>32</sup> Ein Anspruch auf Genehmigung scheidet bereits dann aus, wenn der Anschein der Käuflichkeit“ von Amtshandlungen entstehen kann,<sup>33</sup> denn die Vermeidung dessen ist Gesetzeszweck.<sup>34</sup> Andererseits ist in den Kliniken und der öffentlichen Verwaltung weitgehend unbekannt, dass der Mitarbeiter durchaus grundsätzlich einen Anspruch auf Abgabe einer dienstrechtlichen wie einer strafrechtlichen Genehmigung hat. Der BGH hat ausdrücklich auch auf einen Anspruch auf eine entsprechende Beratung hingewiesen.<sup>35</sup> Dies sei nicht nur

20 Gemeinsamer Standpunkt, A II 2: „Handelt der Mitarbeiter im Rahmen seiner Nebentätigkeit, bedarf jegliche Kooperationsform einer Genehmigung, zumindest aber die Kenntnisnahme, durch den Dienstvorgesetzten“, abgedruckt bei *Dieners, Zusammenarbeit der Pharmaindustrie mit Ärzten*, S. 339.

21 BT-Drucks. 7/550, 272.

22 *Tründle/Fischer*, StGB, 35. Aufl. 2006, § 331, 33.

23 *Tründle/Fischer*, StGB, 35. Aufl. 2006, § 331, 33.

24 BT-Drucks. 7/550, 272.

25 BT-Drucks. 7/550.

26 OLG Hamburg, Beschl. v. 14.1.2000 – 2 Ws 243/99, MedR, 371 (375); *Dieners/Lembeck/Taschke*, S. 164; *PharmaR* 1999, 156 (1639); a.A. wohl *Schlütter*, *Deutsches Ärzteblatt* Nr. 103, Ausgabe 26 vom 30.6.2006, S. A 1856; zum Verhältnis von § 331 Abs. 3 StGB und den einschlägigen beamtenrechtlichen Regelungen vgl. *Gribl*, *Der Vorteilsbegriff bei den Bestechungsdelikten*, 1993, 114 ff.; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 331 Rz. 43 m.w.N.

27 OLG Hamburg, Beschl. v. 14.1.2000 – 2 Ws 243/99, MedR 2000, 375.

28 BT-Drucks. 7/550, 272.

29 S.o. unter II.

30 OLG Hamburg, Beschl. v. 14.1.2000 – 2 Ws 243/99, MedR 2000, 375.

31 *Ulsenheimer*, *Arztstrafrecht*, 3. Aufl. 2006, Rz. 13/27.

32 *Tründle/Fischer*, StGB, 35. Aufl. 2006., § 331 Rz. 33.

33 Gemeinsamer Standpunkt, A 1 c., abgedruckt bei *Dieners*, *Zusammenarbeit der Pharmaindustrie mit Ärzten*, S. 337.

34 BGH, Urt. v. 2.2.2005 – 5 StR 168/04, NStZ 2005, 334 ff.

35 „Im Übrigen wird es – gerade auch nach der Erweiterung des Anwendungsbereichs der Bestechungsdelikte im Jahre 1997 – aus für-

## Genehmigung der Vorteilsnahme

aus Gründen der Fürsorge geboten, sondern auch aufsichtsrechtlich.<sup>36</sup>

## VI. Zuständige Behörde

Die Genehmigung muss durch die zuständige Behörde „im Rahmen ihrer Befugnisse“ erfolgen. Die Genehmigung ist weiterhin dann unwirksam, wenn sie durch die unzuständige Behörde erteilt wird oder diese ihre Kompetenzen überschreitet.<sup>37</sup> Das soll bereits dann der Fall sein, wenn die Genehmigungsbefugnis nach Beamtenrecht nicht gegeben ist.<sup>38</sup> Für die Beamten im staatsrechtlichen Sinne ergibt sich die zuständige Behörde aus den einschlägigen beamtenrechtlichen Vorschriften.<sup>39</sup> So ist dies für die Bundesbeamten die Oberste Dienstbehörde, die die Befugnisse auf andere Behörden übertragen kann (§ 70 BGB). Entsprechende Bestimmungen finden sich in den Beamtengesetzen der Länder. Für Angestellte und Arbeiter im öffentlichen Dienst wurden Regelungen über die Annahme von Geschenken in den einschlägigen Tarifverträgen getroffen. So dürfen Angestellte im öffentlichen Dienst nach § 10 Abs. 1 BAT Belohnungen oder Geschenke in Bezug auf ihre dienstliche Tätigkeit nur mit Zustimmung des Arbeitgebers annehmen. Besondere gesetzliche Zuständigkeitsregelungen fehlen. Die primär für die Beamten im staatsrechtlichen Sinn geltenden Verwaltungsschriften über die Genehmigung von Belohnungen und Geschenken gehen davon aus, dass der jeweilige Arbeitgeber für die Erteilung der Genehmigung zuständig ist; stillschweigend wird vorausgesetzt, dass damit auch die Strafbarkeit entfällt.<sup>40</sup>

Fraglich könnte nur sein, wer die zuständige Behörde bei privatrechtlich organisierten Einrichtungen ist. Der Be-

griff der Behörde ist lediglich in § 11 Abs. 1 Nr. 7 StGB dahin definiert, dass darunter auch ein Gericht zu verstehen ist. Zieht man daneben § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB heran, in dem in Bezug auf den Amtsträgerbegriff von Behörde oder einer sonstigen Stelle die Rede ist, ließe sich daraus schließen, dass unter Behörde eine solche im verwaltungsorganisatorischen Sinne zu verstehen sei. Dies hätte zur Folge, dass zuständig für die Genehmigung nach § 331 Abs. 3 stets eine staatliche oder kommunale Behörde im organisatorischen Sinne sein müsste. Abgesehen davon, dass es an einer solchen Zuständigkeitsregelung für z.B. privatrechtlich organisierte kommunale Unternehmen der Daseinsvorsorge mangelt, erscheint eine dahingehende Auslegung nicht sinnvoll. Aus der amtlichen Begründung des Gesetzesentwurfes der Bundesregierung<sup>41</sup> kann nichts Eindeutiges entnommen werden.<sup>42</sup> In der Kommentarliteratur ist mittlerweile unbestritten, dass dies der Arbeitgeber ist.<sup>43</sup>

Auf keinen Fall kann man in diesem Zusammenhang mit dem Vorbehalt des Gesetzes argumentieren, was bedeuten würde, dass bis zur Schaffung einer gesetzlichen Regelung eine zur Genehmigung zuständige Behörde nicht vorhanden wäre. Zunächst ist zu beachten, dass nach immer noch herrschender Auffassung, insbesondere der Judikatur,<sup>44</sup> der Vorbehalt des Gesetzes grundsätzlich nicht für Zuständigkeitsbestimmungen gilt. Hielte man danach im vorliegenden Zusammenhang einen Vorbehalt des Gesetzes überhaupt für erwägenswert, dann allenfalls für Regelungen, die den Umfang der Genehmigungskompetenz zum Gegenstand haben, nicht aber für Zuständigkeitsregelungen.

## VII. Geringwertige Vorteile

Abschließend sei noch vermerkt, dass bei geringwertigen Vorteilen die Lösung nicht über eine stillschweigende Genehmigung gesucht werden sollte, sondern bereits über die Sozialadäquanz des Vorteils.<sup>45</sup> Ein geringwertiger Vorteil – die Grenze wird bei ca. fünfzig Euro zu ziehen sein – stellt keinen Vorteil im Sinne des § 331 Abs. 1 dar, der eines Rechtfertigungsgrundes bedarf. Die in vielen Tarifverträgen und Verwaltungsvorschriften abstrakter genehmigten geringwertigen Güter erfüllen daher bereits nicht den Tatbestand der Vorteilsnahme.<sup>46</sup>

## VIII. Empfänger der Genehmigung

Die Genehmigung ist dem Amtsträger zu erteilen. Wer Amtsträger ist, entscheidet § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB.<sup>47</sup> Dies bedeutet insbesondere, dass neben Beamten im staatsrechtlichen Sinn<sup>48</sup> und Richtern sowie sonstigen, in einem öffentlichen Amtsverhältnis stehenden Personen,<sup>49</sup> die Kraft einer dienstlichen Stellung Amtsträger sind, auch die Personen dem Amtsträgerbegriff unterfallen, die dazu bestellt sind, Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen. Um die Beantwortung der Frage, wie weit der Personenkreis der nicht in einem öffentlichen Amtsverhältnis stehenden Amtsträger zu ziehen ist, wird insbesondere in der Literatur lebhaft gestritten.<sup>50</sup> Klar sollte sein, dass Freiberufler keine Amtsträger sind, da dies bereits dem Wesen ihres Berufes widerspricht.<sup>51</sup> Klar ist mittlerweile, dass der Begriff der öffentlichen Verwaltung im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB nicht nur die Bereiche der hoheitlichen Verwaltung umfasst,<sup>52</sup> sondern auch diejenige Tätigkeit des Staates und anderer Körperschaften des öffentlichen Rechts, die dazu bestimmt ist, in öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Form unmittelbar für die Daseinsvoraussetzung der Allgemein-

sorglichen, aber auch aufsichtsrechtlichen Erwägungen Sache der Universitätsverwaltungen und der Kultusverwaltungen sein, ihre Drittmittel einwerbenden Hochschullehrer zu beraten ...“, BGH, Urt. v. 23.5.2002 – 1 StR 372/01, PharmaR 2002, 331 (441).

36 BGH, Urt. v. 23.5.2002 – 1 StR 372/01, PharmaR 2002, 331 (441).

37 Jutzi, NStZ 1991, 105 (107).

38 BT-Drucks. 7/550, 272.

39 Jutzi, NStZ 1991, 105 (106).

40 Vgl. PK-BAT/Bruse, 1989, § 10 Rz. 8

41 BT-Drucks. 7/550, 272.

42 Jutzi, NStZ 1991, 105 (108).

43 Jutzi, NStZ 1991, 105 (106) folgend nunmehr Tröndle/Fischer, StGB, 35. Aufl. 2006, § 331, 33; Lackner/Kühl, StGB 25. Aufl. 2004, § 331, 17.

44 BVerfG, Beschl. v. 6.5.1958 – 2 BvL 37/56, 11/57, BVerfGE 8, 115 (167 ff.); v. 28.10.1975 – 2 BvR 883/73, 379, 497, 526/74, BVerfGE 40, 237 (250).

45 A.A. OLG Hamburg, Beschl. v. 11.7.2000 – 2 Ws 129/00, SrV 2001, 284 (287), die den Anwendungsspielraum für Gewohnheitsrecht angesichts der ausdrücklichen Regelung in Abs. 3 als gering ansieht und jedenfalls Vorteile über 100 DM davon nicht gedeckt sieht.

46 Jutzi, a.a.O., S. 108.

47 Zuletzt BGH, Urt. v. 9.5.2006 – 5 StR 453/05, NJW 2006, 2050 für kommunale Mandatsträger; zur umfangreichen Rechtsprechung siehe Tröndle/Fischer, a.a.O., § 11 Rz. 12 ff. m.w.N.; Heinrich, NStZ 2005, 197 (198 ff.).

48 Vgl. OLG Karlsruhe, Beschl. v. 21.9.1988 – 3 Ws 13/88, NJW 1989, 238.

49 Z.B. Minister, Notare, Parlamentarische Staatssekretäre vgl. LK/Tröndle, 10. Aufl. 1985, § 11 Rz. 21.

50 Mittlerweile dürfte klar sein, dass auch die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand in den Amtsträgerbegriff des § 11 Abs. 1 Nr. 3c einzubeziehen ist; vgl. Tröndle/Fischer, a.a.O., § 11 Rz. 22; Lackner-Kühl, § 11 Rz. 9.

51 Haft, NJW 1995, 113.

52 Welp in FS Lackner, 1987, S. 782 ff.

## Vertragsarztrecht

heit oder ihrer Mitglieder zu sorgen. Unternehmen, deren unmittelbare Aufgabe solche der Daseinsvorsorge sind, wie z.B. Verkehrsbetriebe, Elektrizitäts-, Gas- und Wasserwerke, nehmen Aufgaben der öffentlichen Verwaltung i.S. des § 11 Nr. 2c StGB.<sup>53</sup> Auch für den erwerbswirtschaftlich-fiskalischen Bereich wird dies heute unstrittig angenommen, so für Chefärzte<sup>54</sup> und allgemein alle Ärzte an Krankenhäusern der öffentlichen Hand.<sup>55</sup>

Dabei ist es unerheblich, ob diese Unternehmen in öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Form betrieben werden. Dies hat zur Folge, dass alle Personen, die mit der Wahrnehmung dieser Aufgabe befasst sind, ohne dass es auf deren Ranghöhe zumindest weitgehend ankäme, als Amtsträger im Sinne des StGB anzusehen sind. Für diesen Personenkreis gilt es zu untersuchen, wer die zuständige Behörde zur Genehmigung der Vorteilsannahme und Gewährung ist und wie weit der Rahmen ihrer Befugnisse für die Erteilung der Genehmigung ist.

## IX. Ergebnis

Die strafrechtliche Genehmigung nach § 331 Abs. 3 ist von einer dienstrechtlichen Genehmigung strikt zu unter-

scheiden. Um ihre rechtfertigende Wirkung zu entfalten, sollte die Einwilligung/Genehmigung nach § 331 Abs. 3 immer schriftlich vor der Annahme bzw. sogar vor dem sich Versprechen lassen des Vorteils abgegeben werden. Die Genehmigung muss den zu genehmigenden Vorteil genau umschreiben. Eine Erklärung der Kenntnisnahme reicht nicht aus. Die Genehmigung nach § 331 Abs. 3 ist nicht zu verwechseln mit dienstrechtlichen Genehmigungen. Die zuständige Behörde ist grundsätzlich verpflichtet, eine Genehmigung zu erteilen und den Amtsträger zu beraten.

Die öffentliche Hand sollte ihre Budgetprobleme nicht darüber lösen, dass sie Amtsträger auf Parallelhonorare und Drittmittel verweist, ohne diese angemessen zu beraten und mit wirksamen Genehmigungen auszustatten.

53 Vgl. BGH, Urt. v. 10.10.1958 – 5 StR 404/58, BGHSt 12, 89 (90); v. 10.3.1983 – 4 StR 375/82, BGHSt 31, 264 (268).

54 OLG Karlsruhe, Beschl. v. 26.10.1982 – 3 Ws 149/82, NJW 1983, 352; *Tründle/Fischer*, StGB, 35. Aufl., § 11 Rz. 22.

55 OLG Hamburg, Beschl. v. 14.1.2000 – StV 2001, 277, MedR 2000, 371 sowie Beschl. v. 11.7. 2000 – StV 2001, 284; *Göben*, MedR 1999, 345 (346); *Reese*, PharmR 2006, 92.



## Vertragsarztrecht

Pflichtwidriger Rat des Anwalts zur Rückgabe der Vertragsarztzulassung

BGB §§ 249 a.F., 675; ZPO § 287

1. Der Anwalt verhält sich pflichtwidrig, wenn er zur Rückgabe der Kassenarztzulassung rät, aber nicht darauf hinweist, dass schon aufgrund der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse die Wiederzulassung des Mandanten ausgeschlossen ist.

2. Kommen für den Mandanten hinsichtlich der Entscheidung über die Rückgabe der Zulassung verschiedene Handlungsweisen ernsthaft in Betracht, die unterschiedliche Vorteile und Risiken in sich bergen, ist grundsätzlich kein Raum für einen Anscheinsbeweis (Bestätigung von BGHZ 123, 311, 319; BGH, Urt. v. 19.1.2006 – IX ZR 232/01, WM 2006, 927 [930]).

3. Ein Schaden im Rechtssinne entsteht nicht, wenn der Arzt in einem Verfahren auf Entziehung der Zulassung als Kassenarzt aufgrund einer unvollständigen Belehrung die Zulassung freiwillig zurückgibt, die er ansonsten erst nach Abschluss eines gerichtlichen Verfahrens von Rechts wegen verloren hätte (Fortführung von BGH, Urt. v. 16.12.2004 – IX ZR 295/00, WM 2005, 950 [951]).

BGH, Urt. v. 23.11.2006 – IX ZR 21/03  
(OLG Bamberg – 4 U 41/02)

**Das Problem:** Der Kl., ein Frauenarzt und (ehemaliges) Mitglied einer auf künstliche Befruchtungen spezialisier-

## Rechtsprechung kompakt

ten Gemeinschaftspraxis, hatte im Februar 1998 auf den Rat seines Anwalts, des Bekl., auf seine Vertragsarztzulassung verzichtet; zu diesem Zeitpunkt stand der Kl. einen Monat vor der Vollendung des 55. Lebensjahres. Der Verzicht erfolgte aus der Untersuchungshaft heraus. Diese bestand im Zusammenhang mit Ermittlungen wegen Steuerhinterziehung aufgrund der Annahme von Provisionen durch eine Apotheke und wegen Betrugs und gefährlicher Körperverletzung aufgrund der Erbringung und Abrechnung sog. psychologischer Transfers von nicht entwicklungsfähigen Embryonen; im Urteil erwähnt ist zudem die Möglichkeit der Beschäftigung von sog. Scheinsozilen. Dem Zulassungsverzicht wenige Tage vorangegangen war ein Antrag der KV, dem Kl. die Zulassung wegen Nichtausübung der vertragsärztlichen Tätigkeit zu entziehen. Einen Tag nach dem Verzicht erklärte der Zulassungsausschuss die Zulassung für beendet. Nach dem Ende der insgesamt viermonatigen Untersuchungshaft verkaufte der Kl. seinen Gemeinschaftspraxisanteil an seine Mitgesellschafter. Mitte 1999 erfolgte eine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe auf Bewährung und zu einer Geldstrafe, wobei zu seinen Gunsten die beruflichen Folgen der freiwilligen Zulassungsrückgabe gewertet wurden; der seine vertragsärztliche Tätigkeit im Übrigen betreffende Teil des Ermittlungsverfahrens wurde gem. § 154 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StPO (unwesentliche Nebenstraftaten) eingestellt. Im November 1999 – der Kl. war mittlerweile 56 Jahre alt – lehnte der Zulassungsausschuss den Antrag auf Wiederzulassung ab. Gegen seinen Anwalt, den Bekl., begehrt der Kl. die Feststellung der Verpflichtung, ihm sämtlichen materiellen Schaden zu ersetzen, der ihm infolge der Rückgabe der Vertragsarztzulassung entstanden sei.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Das LG Würzburg hatte die Klage abgewiesen. Das OLG Bamberg hatte ihr stattgegeben. Der BGH hat das Urteil des OLG aufgehoben