

Die Strafbarkeit niedergelassener Ärzte gemäß § 299 StGB

Was ändert sich auf Grund des Beschlusses des OLG Braunschweig?

Rechtsanwalt Prof. Dr. Olaf Eggerts, Hamburg und Rechtsanwalt Dr. Mathias Klümper, Düsseldorf

Die Zusammenarbeit zwischen Fachkreisangehörigen und Unternehmen der pharmazeutischen Industrie bzw. der Medizinprodukteindustrie ist regelmäßig Gegenstand der gesellschaftlichen, politischen und nicht zuletzt auch juristischen Diskussion. Während im Bereich der Klinikärzte, die an öffentlichen medizinischen Einrichtungen angestellt oder beamtet sind, die Diskussion um die Strafbarkeit wegen Korruption seit einigen Jahren im Wesentlichen geklärt und aus diesem Grunde mehr oder weniger verstummt ist, flammte sie im Bereich der niedergelassenen Ärzte vor einiger Zeit auf und fand ihren vorläufigen Höhepunkt in einem Beschluss des Oberlandesgerichts Braunschweig.¹ Mit diesem Beschluss liegt zum ersten Mal eine gerichtliche Äußerung zur Frage möglichen Strafbarkeit niedergelassener Ärzte vor.

1. Die Problemstellung

Ausgelöst wurde die in den vergangenen Jahren geführte juristische Diskussion um die Strafbarkeit Niedergelassener durch einen Aufsatz von *Pragal*² im Jahr 2005, der danach eine ganze Reihe von Folgeaufsätzen³ über die mögliche Strafbarkeit niedergelassener Ärzte im Rahmen von § 299 StGB auslöste. Die von *Pragal* ausgelöste und bisher als eher akademisch zu bezeichnende Diskussion, ob niedergelassene Ärzte „Beauftragte“ der gesetzlichen Krankenversicherungen i. S. d. § 299 StGB sind, wurde bis zum Beschluss des OLG Braunschweig noch keiner gerichtlichen Überprüfung unterstellt. Verurteilende Gerichtsentscheidungen wegen § 299 StGB gegen niedergelassene Ärzte sind seit der Veröffentlichung des Aufsatzes von *Pragal* im Jahr 2005 nicht ergangen.

Richtungsweisend war in diesem Zusammenhang jedoch eine Pressemitteilung der Staatsanwaltschaft Ulm⁴ über Bestechungsvorwürfe gegen einen Generikahersteller. In dieser Pressemitteilung führt die Staatsanwaltschaft aus, dass eine Anwendbarkeit des § 299 StGB auf niedergelassene Ärzte ihrer Ansicht nach nicht in Betracht kommt. Diese Pressemitteilung wird vielfach als Bestätigung der

Nichtanwendbarkeit des § 299 StGB auf niedergelassene Ärzte herangezogen. Andere Staatsanwaltschaften betrachten hingegen den niedergelassenen Arzt als möglichen Täter i. S. d. § 299 StGB. So ist derzeit etwa ein Verfahren bei der Wirtschaftsstrafkammer beim Landgericht Hamburg anhängig, weil die Staatsanwaltschaft Hamburg Anklage erhoben hat.⁵

Die juristische Diskussion um die mögliche Strafbarkeit niedergelassener Ärzte gemäß § 299 StGB wurde bisher vorrangig in der Literatur geführt. Dies hat sich mit dem Beschluss des OLG Braunschweig vom 23. Februar 2010 nunmehr geändert. Das OLG Braunschweig hat sich als erstes Gericht im Rahmen einer Entscheidung zur Frage der möglichen Strafbarkeit niedergelassener Ärzte geäußert. Zwar erfolgten die Ausführungen des OLG Braunschweig im Rahmen eines *obiter dictum*, d. h. diese waren für die vom Gericht zu treffende Entscheidung im zu Grunde liegenden Fall nicht entscheidungserheblich. Dennoch geben sie dem Rechtsanwender in Pharma- und Medizinprodukteunternehmen Hinweise darauf, wie andere Obergerichte die Frage der strafrechtlichen Verantwortung von Ärzten zukünftig einschätzen könnten. Damit steht und fällt auch die Frage der Strafbarkeit der im Einzelfall handelnden Unternehmensmitarbeiter, da die strafrechtliche Verantwortung von Fachkreisangehörigen im Rahmen der Korruptionsdelikte auch immer eine mögliche Strafbarkeit der handelnden Unternehmensmitarbeiter nach sich zieht.

2. Die Einbindung niedergelassener Ärzte in die Patientenversorgung

Entscheidend für das richtige Verständnis der in jüngster Zeit geführten juristischen Diskussion um die mögliche Strafbarkeit niedergelassener Ärzte gemäß § 299 StGB ist deren Einordnung in das in Deutschland bestehende System der Patientenversorgung. Wegen der grundlegend unterschiedlichen Versicherungsansätze ist hierbei zwischen Patienten der privaten und der gesetzlichen Krankenversicherung zu unterscheiden.

¹ OLG Braunschweig, Beschluss vom 23. Februar 2010, Az.: Ws 17/10; abgedruckt in diesem Heft, S. 238

² *Pragal*, NStZ 2005, 133 ff.

³ *Neupert*, NJW 2006, 2811 ff.; *Klötzer*, NStZ 2008, 12 ff.; *Reese*, PharmR 2006, 92 ff.; *Pragal/Apfel*, A&R 2007, 10 ff.; *Geis*, wistra 2007, 361 ff.; *Badle*, NJW 2008, 1028 ff., als Reaktion auf den Beschluss des OLG Braunschweig s. *Diener*, PharmR 2010, 230 ff.; *Schmidt*, NStZ 2010, 392 ff.; *Steinhilper*, MedR 2010, 497 ff.; *Schneider*, HRRS 2010, 241 ff.

⁴ Pressemitteilung der Staatsanwaltschaft Ulm vom 26. Juni 2009 zum Stand des Ermittlungsverfahrens ratiopharm, abrufbar unter www.staatsanwaltschaft-ulm.de unter der Rubrik „Pressemitteilungen“.

⁵ Hierbei handelt es sich ebenfalls um ein Verfahren im Zusammenhang mit den Ermittlungen gegen ratiopharm. Viele der anderen Ermittlungsverfahren mussten von der Staatsanwaltschaft Hamburg wegen Verjährung der Vorwürfe nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt werden; andere Verfahren wurden nach § 153 StPO behandelt, mindestens zwei Verfahren endeten mit der Festsetzung hoher Geldauflagen nach § 153a StPO.

a) Versicherte der privaten Krankenversicherungen

Im Zusammenhang mit der Behandlung von Versicherten der privaten Krankenversicherung (PKV) stellt sich die Frage einer möglichen Beauftragung nicht. Der niedergelassene Arzt ist im Falle der Behandlung von Versicherten der PKV direkter Vertragspartner des Patienten/Versicherten. Die Kostenträger der privaten Krankenversicherung sind nicht in das Vertragsverhältnis Arzt – Patient eingebunden. Der Versicherte stellt im Nachhinein bei seiner privaten Krankenversicherungsgesellschaft im Rahmen seines bestehenden Krankenversicherungsvertrages lediglich einen Antrag auf Übernahme der zuvor von ihm verauslagten Behandlungs- und Arzneimittelkosten. Eine Strafbarkeit nach § 299 StGB kommt somit in dieser Konstellation nicht in Betracht.

b) Versicherte der gesetzlichen Krankenversicherungen

Das Sachleistungsprinzip (§ 2 Abs. 2 SGB V)⁶ ist das tragende Strukturprinzip der Gesetzlichen Krankenversicherung. Der Versicherte in der GKV erhält Sachleistungen ohne dafür direkt in Vorleistung gegenüber dem Leistungserbringer treten zu müssen. Die Träger der Gesetzlichen Krankenversicherung, d. h. die Krankenkassen, können ihre Verpflichtungen aus diesem Sachleistungsprinzip jedoch nicht selbst erfüllen. Dazu werden Verträge zwischen den Krankenversicherungen und den Leistungserbringern, z. B. Krankenhäusern, Vertragsärzten, Apotheken⁷ oder Sanitätshäusern geschlossen. Diese Verträge regeln die Versorgung der jeweiligen Versicherten im Fall der Leistungsanspruchnahme. Die Vergütung der Versorgungsleistungen wird durch Zahlungen der Krankenversicherungen an die Leistungserbringer (z. B. für stationäre Leistungen) direkt oder indirekt (z. B. für ambulante Leistungen) durch Zahlungen an die Kassenärztlichen Vereinigungen erbracht. Ausgenommen von diesem Vergütungsprinzip sind die Zuzahlungen, die direkt durch den Versicherten geleistet werden.

Kernelemente der Versorgung der Versicherten der GKV sind der Anspruch des Versicherten und die Verschaffungspflicht der Krankenkassen. Der Versicherte der GKV hat einen in § 27 Abs. 1 SGB V grundsätzlich festgelegten Anspruch auf Versorgung mit Arznei- und Verbandmitteln (§ 31 Abs. 1 SGB V), Heilmitteln (§ 32 SGB V) und Hilfsmitteln (§ 33 SGB V). Diese stellen aber nach überwiegender Ansicht nur ein „ausfüllungsbedürftiges Rahmenrecht“ des Versicherten der GKV dar.⁸ Spiegelbild dieses Versorgungsanspruchs des Versicherten ist die Verschaffungspflicht der Krankenkassen. Die Krankenkassen als Träger der GKV müssen demnach durch Verträge mit Leistungserbringern oder deren Organen, z. B. den Kassenärztlichen Vereinigungen, gewährleisten, dass sie den Versorgungsanspruch ihrer Versicherten erfüllen können.

⁶ Neben dem Sachleistungsprinzip besteht seit dem 1. Januar 2004 für alle GKV-Versicherten die Möglichkeit, zwischen dem Sachleistungsprinzip und dem Kostenerstattungsprinzip zu wählen. Dies war bisher den freiwilligen Mitgliedern sowie ihren nach § 10 SGB V versicherten Familienangehörigen vorbehalten.

⁷ Siehe zur Einordnung der Apotheker in das Sachleistungssystem der GKV und deren mögliche Strafbarkeit gemäß § 299 StGB ausführlich bei Eggerts/Klümper, APR 2009, S. 88 ff.

⁸ So auch Pragal, NSiZ 2005, 133 (134).

Erst durch eine Verordnung für den einzelnen Patienten – nach Feststellung der Leistungspflicht durch die Diagnose einer bestimmten Krankheit – konkretisiert der Vertragsarzt den Sachleistungsanspruch des Versicherten i. S. d. § 2 Abs. 2 Satz 1 SGB V durch eine für den Kostenträger und die anderen Leistungserbringer verbindliche Verordnung (§ 72 Abs. 2 Nr. 7 SGB V).⁹

Anknüpfungspunkt für eine mögliche strafrechtliche Relevanz des vertragsärztlichen Handels ist die Verordnung von Arznei-, Hilfs-, Verband- und Heilmitteln zu Lasten eines Kostenträgers der GKV, die vor dem Hintergrund einer behaupteten unlauteren Beeinflussung des Vertragsarztes durch ein Pharmaunternehmen, aber auch Herstellern von Verband-, Hilfs- und Heilmitteln erfolgt sein soll.

Der Vertragsarzt ist zunächst, wie eine Vielzahl der Leistungserbringer, regelmäßig selbstständig tätig. Allenfalls steht er zu anderen Vertragsärzten in einem Angestelltenverhältnis. Anders als andere Leistungserbringer bedarf ein approbierter, d. h. zur Ausübung der ärztlichen Tätigkeit berufener Arzt jedoch einer zusätzlichen Zulassung, um Versicherte der GKV behandeln zu können. Neben der grundsätzlichen Zulassung zum Arztberuf durch die Approbation bedarf er der Zulassung zur vertragsärztlichen Tätigkeit gemäß § 95 Abs. 1 Satz 1 SGB V. Mit diesem Beststellungsakt als Vertragsarzt der GKV sind eine Vielzahl von Rechten und Pflichten für den Vertragsarzt verbunden. So erhält der Arzt die Berechtigung und Verpflichtung zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung (§ 95 Abs. 4 SGB V). Gleichzeitig hat sie aber auch die Pflichtmitgliedschaft in einer der Kassenärztlichen Vereinigungen zur Folge (§ 95 Abs. 3 SGB V). Er ist somit stärker in das System der GKV eingebunden, als es andere Leistungserbringer sind. Grund hierfür ist, dass der Vertragsarzt – anders als andere Leistungserbringer – verbindlich zu Lasten der Kostenträger der GKV bestimmte Sachleistungen verordnet. Andere Leistungserbringer führen hingegen die Verordnungen der Ärzte lediglich aus. Der Begriff des *Leistungserbringers* ist somit im Zusammenhang mit der reinen Verordnungstätigkeit unpräzise. Hingegen ist er für andere Leistungserbringer, wie beispielsweise Apotheker, Sanitätshäuser, Krankengymnasten, sicherlich treffender. Diese geben auf eine Verordnung hin ein bestimmtes Produkt an den Versicherten ab oder erbringen ihm gegenüber eine Dienstleistung.

Über den reinen Beststellungsakt als Vertragsarzt hinaus, der mit den Begriffen der klassischen verwaltungsrechtlichen Zweistufen-Theorie als das „Ob“ der Leistungserbringung bezeichnet werden kann, betonen die Regelungen zur Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung (das „Wie“ der Leistungserbringung) jedoch die selbstständige und freie Tätigkeit des Vertragsarztes bei der Versorgung der Versicherten. So wird in § 72 Abs. 1 SGB V hervorgehoben, dass die verschiedenen ärztlichen Gruppen bei der Versorgung der Versicherten zusammenwirken. Auch die gemäß § 72 Abs. 2 SGB V im Detail in Verträgen zwischen den Kassenärztlichen Vereinigungen und den Verbänden Krankenkassen zu regelnde Versorgung relativiert den auf Grund der Zulassung gemäß § 95 SGB V

⁹ Neupert, NJW 2006, 2811 (2812).

aufkommenden Eindruck der vollständigen und umfassenden Eingliederung des Vertragsarztes in das System der GKV und spricht im Ergebnis für eine freie und selbstständige Tätigkeit des Vertragsarztes.¹⁰ Diese freiberufliche Tätigkeit des damals noch als Kassenarzt bezeichneten Vertragsarztes hat auch das Bundesverfassungsgericht in einer seiner frühen Entscheidungen betont.¹¹

Dies wird zudem dadurch bestätigt, dass in der Praxis vertragliche Verbindungen nur zwischen den Kassenärztlichen Vereinigungen und den (Verbänden der) Krankenkassen bestehen und gerade nicht zwischen den Krankenkassen und den einzelnen Vertragsärzten.¹² Gemäß § 72 Abs. 2 SGB V haben die Kassenärztlichen Vereinigungen unter der Prämisse der „ausreichenden, zweckmäßigen und wirtschaftliche Versorgung der Versicherten“ mit den Verbänden der Krankenkassen die Einzelheiten der Versorgung zu vereinbaren. In Ergänzung dazu übernehmen die Kassenärztliche Vereinigung Bund und die Kassenärztlichen Vereinigungen die Pflicht, die vertragsärztliche Versorgung sicherzustellen (§ 75 Abs. 1 SGB V). Wäre der Vertragsarzt schon über die Zulassung gemäß § 95 SGB V und die Ausgestaltung der Leistungserbringung in § 72 Abs. 1 SGB V im Sinne der Ansicht einiger Autoren weitgehend in das System der GKV eingebunden, bedürfte es nicht dieser weiteren Sicherstellungsnorm.

3. Der bisherige Diskussionsstand zur Strafbarkeit niedergelassener Ärzte

Wie auch im Zusammenhang mit Apothekern¹³ stellt sich die Frage, ob eine Strafbarkeit des niedergelassenen Arztes und daran anschließend auch der für die Industrieunternehmen Tätigen vor dem Hintergrund der zuvor vorgenommenen Einordnung des Vertragsarztes gegeben sein kann.

a) Regelungsgehalt von § 299 StGB

Gemäß § 299 Abs. 1 StGB sind die Bestechung und die Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr strafbar. Dort heißt es:

„Wer als Angestellter oder Beauftragter eines geschäftlichen Betriebes im geschäftlichen Verkehr einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er einen anderen bei dem Bezug von Waren oder Leistungen im Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

Im Wesentlichen geht es um die Zuwendung von Vorteilen von pharmazeutischen Unternehmen oder Medizin-

produkteherstellern an niedergelassene Ärzte, die zur Absatzsteigerung diesem als „Beauftragten eines geschäftlichen Betriebes“ eine Gegenleistung anbieten, versprechen oder gewähren müssten. Dementsprechend ist es so, dass ein Arzt diesen Vorteil fordern, sich versprechen lassen oder annehmen müsste. Dies müsste erfolgen, damit der Arzt, der etwas fordert usw., bei der Verordnung von Arzneimitteln das pharmazeutische Unternehmen (oder einen anderen) in unlauterer Weise bevorzuge. Die Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr sind in § 299 StGB mit einem Strafraum von Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren geregelt. Für besonders schwere Fälle erhöht sich der Strafraum nach § 300 StGB, etwa wenn die Tat sich auf einen Vorteil großen Ausmaßes bezieht. Die Verhängung einer Geldstrafe ist in einem solchen Fall ausgeschlossen. Die Strafandrohung liegt bei drei Monaten bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe.

b) Deliktsart von § 299 StGB

Die Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr sind abstrakte Gefährdungsdelikte, sodass es für die Verwirklichung bereits ausreichend ist, dass dem niedergelassenen Arzt ein Vorteil angeboten wird oder er selbst einen solchen fordert. Mithin ist es nicht notwendig, dass eine Bevorzugung oder gar der Eintritt eines Vermögensvorteils zu Gunsten der Handelnden erfolgt.¹⁴ Auf Grund dieser frühzeitigen Vollendung des Delikts ist eine Versuchsstrafbarkeit der Bestechung und Bestechlichkeit nicht vorgesehen.

Abgrenzungsprobleme zwischen strafrechtlichen Handlungen und rechtlich Zulässigem bereitet die Vorschrift ganz allgemein, weil in einem freien Wettbewerb Werbung und Marketingmethoden eingesetzt werden/werden müssen. Diese Maßnahmen sowie geschäftliche Kontaktpflege sind häufig mit Zuwendungen verbunden. Insofern gilt es zu klären, ob die Beteiligten ein Strafbarkeitsrisiko nach § 299 StGB eingehen.

Die Bestechung ist ein sog. Jedermannsdelikt. Hingegen kann sich die strafbare Zuwendung nur an denjenigen richten, der „Angestellter oder Beauftragter eines geschäftlichen Betriebes“ ist. Der Gesetzgeber hat somit den Täterkreis auf der Zuwendungsseite beschränkt. Die Bestechlichkeit und Bestechung sind spiegelbildlich geregelt, woraus folgt, dass eine Strafbarkeit für den Zuwendenden hiernach ausgeschlossen ist, wenn diese nicht an den eingeschränkten Personenkreis erfolgt bzw. erfolgen soll.

c) Einordnung des niedergelassenen Arztes in den Anwendungsbereich des § 299 StGB

Von besonderem Interesse ist daher, ob niedergelassene Ärzte zu dem eingeschränkten Täterkreis zählen, zumal diese Berufsgruppe durch Verordnungen den Sachleistungsanspruch der Versicherten der GKV konkretisiert und somit ein Anreiz für die Industrie entstehen könnte, durch Zuwendungen Vertragsärzte in ihrem Sinne zu beeinflussen.

¹⁰ So beispielsweise Klützer, NSTz 2008, 12 (14), Reese, PharmR 2006, 92 (94) m.w.N., Taschke, StV 2005, 406 (411); a.A. Pragal, NJW 2006, 2811 (2812), Pragal/Apfel, A&R 2007, 10 (12 f.).

¹¹ BVerfGE 11, 31 (39 f.); „Entscheidend ist, dass die Tätigkeit des Kassenarztes auch im Rahmen dieses Systems freiberuflich bleibt. Die Krankenversicherung bedient sich des freien Berufs der Ärzte zur Erfüllung ihrer Aufgaben; sie baut nicht ihr Kassenarztsystem auf dem Arztberufe als einem freien Beruf auf, indem sie das Vorhandensein eines solchen Berufs praktisch und rechtlich voraussetzt und sich zunutze macht, sondern sie belässt auch die Tätigkeit als Kassenarzt im Rahmen dieses freien Berufs.“

¹² So auch schon das BVerfG, a. a. O., S. 39.

¹³ Eggerts/Klümper, APR 2009, 88 (91).

¹⁴ Fischer, § 299, Rn. 2b.

Die Krankenkassen können ihre Verpflichtungen aus dem Sachleistungsprinzip gegenüber den Versicherten nicht selbst erfüllen. Aus diesem Grund werden Verträge zwischen den Kassenärztlichen Vereinigungen und den Verbänden der Krankenkassen zum Zweck der Versichertenversorgung geschlossen. Vertragsinhalt sind jedoch nur die Einzelheiten der Versorgung der Versicherten der GKV unter der Prämisse der „ausreichenden, zweckmäßigen und wirtschaftlichen Versorgung“ der Versicherten.

Vertragsärzte sind demnach keine Angestellten des geschäftlichen Betriebes der Krankenkassen, weil zwischen ihnen kein entsprechendes Dienstverhältnis besteht. Niedergelassene Ärzte üben vielmehr einen freien und selbstständigen Beruf aus und sind als Vertragsärzte lediglich indirekt über die oben genannten Verträge in das System der GKV eingebunden (s. hierzu bereits unter 2.b.). Die Regelungen zur Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgungen betonen gerade die selbstständige und freie Tätigkeit des Vertragsarztes.

Kernpunkt ist mithin die Frage, ob der Vertragsarzt, wenn er Arzneimittel zu Lasten der GKV verordnet, als „Beauftragter eines geschäftlichen Betriebes“, nämlich der Krankenkasse bzw. der Kassenärztlichen Vereinigungen handelt. Die Beauftragtenstellung des Arztes wird von *Pragal/Apfel*¹⁵ bejaht. Der niedergelassene Arzt soll als *Beauftragter* handeln, weil er kraft seiner Zulassung als Vertragsarzt eine eingeräumte, faktische und rechtliche Entscheidungsmöglichkeit gemäß den Inhalten der Kollektivverträgen besitze. Hingegen sieht wohl der überwiegende Teil in der Literatur den Vertragsarzt keineswegs als *Beauftragten* der Krankenkassen an.¹⁶

Zweifelsohne erlangt der Arzt eine besondere Kompetenz, wenn er auf Grund sozialversicherungsrechtlicher Bestimmungen durch seine Verordnungstätigkeit den Sachleistungsanspruch der Versicherten konkretisiert. Richtig ist jedoch, dass sich jemand erst dann strafbar macht, wenn er für einen anderen geschäftlichen Betrieb als seinen eigenen Entscheidungen zu Lasten seines Auftraggebers trifft und hierfür Zuwendungen erhält.¹⁷ Hierfür kann jedoch die Position des Arztes gegenüber den Krankenkassen nicht ausreichend sein.

Dies zeigt sich, wenn das Verhältnis zwischen Vertragsarzt und Krankenkassen deutlich gemacht wird. Der Vertragsarzt ist weitestgehend in das Leistungssystem der GKV eingebunden. Es bedarf sogar einer besonderen Zulassung zur Leistungserbringung im Zusammenhang mit der Verordnung von Arzneimitteln an Versicherte. Die Einbindung des Arztes ist im Wesentlichen aber nur durch Instrumente geprägt, wie die Regelungen zu den Voraussetzung der Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung (§ 95 SGB V), der Zulassung als Vertragsarzt (§§ 95a ff. SGB V) oder Wirtschaftlichkeits- und Abrechnungsprüfungen (§§ 106 ff. SGB V). Diese Einbindung ist zwar weitreichend. All dies kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Vertragsarzt dennoch eigenverantwortlich und

unbeeinflusst seinen Beruf ausübt und nicht zum *Beauftragten* der Krankenkassen wird. Dies verdeutlicht eine genauere Betrachtung des *Beauftragten*-Begriffs:

Der Arzt müsste, um *Beauftragter* zu sein, befugtermaßen geschäftlich¹⁸ für die Krankenkasse tätig werden. Üblicher Weise wird der Begriff des *Beauftragten* sehr weit ausgelegt. Aus diesem Grund hat die Rechtsprechung im Wettbewerbsrecht etwa auch völlig selbstständige Unternehmen wie Werbeagenturen¹⁹ oder Versteigerer²⁰ dazu gezählt. Ebenso sollen auch Einzelhändler bei enger organisatorischer und geschäftlicher Verflechtung mit dem Großhändler²¹ oder Hersteller, wenn der Händler bestimmenden Einfluss auf diese ausübt²², *Beauftragte* sein.

Das Wesensmerkmal eines *Beauftragten* besteht zunächst darin, dass ihnen der Auftraggeber rechtsgeschäftlich Befugnisse eingeräumt hat. Hieran mangelt es bereits, da die Krankenkassen nicht in einem solchem Verhältnis zu den Vertragsärzten stehen, sondern die Rechtsbeziehungen aus gesetzlichen Bestimmungen resultieren. Eine unmittelbare Rechtsbeziehung zwischen den Krankenkassen und den Vertragsärzten ist durch das Sozialversicherungsrecht zudem ohnehin ausgeschlossen²³, sodass auch bereits deswegen keine Beauftragtenstellung begründet ist.

Die Annahme, der Vertragsarzt sei *Beauftragter* der gesetzlichen Krankenkassen, führt auch deswegen zu weit, da er letztlich als freiberuflicher und damit selbstständiger Leistungserbringer mit den Kostenträgern bei der Versorgung lediglich zusammen wirkt. Trotz sozialrechtlicher Verquickung wird der niedergelassene Vertragsarzt für seine eigene Praxis und nicht für die Krankenkassen geschäftlich tätig. Eine engere Organisation bei der Verordnung von Arzneimitteln, eine Einflussnahme oder sogar Steuerung der typischen Arzttätigkeit gegenüber dem Patienten durch die Krankenkassen besteht nicht. Über die medizinische Behandlung des Patienten entscheidet der Vertragsarzt allein und eigenverantwortlich. Der *beauftragte* Vertragsarzt ist somit nicht „unter dem bestimmenden Einfluss“²⁴ des geschäftlichen Betriebes – der Krankenkassen – tätig. Über diesen Punkt helfen auch einzelne Steuerungsinstrumente des Sozialrechts nicht hinweg. Maßgaben hinsichtlich der Verordnungstätigkeit stellen nur allgemeine Verpflichtungen des Vertragsarztes gegenüber den Krankenkassen dar, die den Wesenskern des Verhältnisses von Vertragsärzten zum Patienten/Versicherten nicht berühren. Vielmehr ist es so, dass der Arzt die alleinige Verantwortung und Entscheidungsgewalt für seine Tätigkeit trägt. Weitgehend bleibt die Arzttätigkeit also unbeeinflusst, auch wenn weitreichende sozialrechtliche Instrumente geregelt sind.

4. Der Beschluss des OLG Braunschweig

Mit dem Beschluss des OLG Braunschweig liegt nun erstmals eine gerichtliche Entscheidung vor, die einen nieder-

¹⁵ *Pragal/Apfel*, A & R 2007, 11 ff.

¹⁶ Siehe hierzu die Nachweise in Fn. 3, mit Ausnahme von *Schmitt*, NSStZ 2010, S. 392 ff., der die Täterqualität des Vertragsarztes bejaht.

¹⁷ *Fischer*, § 299, Rn. 10a.

¹⁸ *Fischer* § 299 Rn. 10 mit weiteren Nachweisen zur Rspr.

¹⁹ BGH, GRUR 1973, 209.

²⁰ KG Berlin, WRP 1973, 642.

²¹ BGH, GRUR 1964, 88 f.

²² OLG Koblenz, WRP 1979, 814.

²³ Siehe hierzu nur *Dieners*, PharmaR 2010, 233.

²⁴ Siehe *Dieners*, a. a. O.

gelassenen Arzt dennoch als tauglichen Täter des § 299 StGB ansieht.

Bemerkenswert ist, dass die Frage der Tütereigenschaft für die vorliegende Entscheidung nicht entscheidungserheblich war. Das Gericht hat vielmehr die Entscheidung zum Anlass genommen, sich zu der Frage der möglichen Strafbarkeit eines niedergelassenen Arztes gemäß § 299 StGB zu äußern (sog. *obiter dictum*). Dem Beschluss des Oberlandesgerichts lag eine sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft Braunschweig gegen einen Nichteröffnungsbeschluss des Landgerichts Braunschweig vom 21. Dezember 2009 (Az. 6 KLS 49/09) zu Grunde. In dem zu entscheidenden Fall hatte ein Apotheker zwei niedergelassenen Ärzten den Umbau ihrer, der Apotheke nahe liegenden Praxis finanziert und den Ärzten zusätzlich monatliche Zuschüsse zu den Praxismietkosten gezahlt. Die Ärzte sollen den Apotheker im Gegenzug bei der Verschreibung von hochpreisigen Zytostatika bevorzugt haben. Die zuständige Staatsanwaltschaft wurde über den Sachverhalt von den Finanzbehörden informiert, da der Apotheker die Zahlungen an die Ärzte als Betriebsausgaben geltend gemacht hatte.

Das OLG Braunschweig führt in seinen Gründen eingangs bereits aus, dass nach dem derzeitigen Ermittlungsergebnis kein hinreichender Tatverdacht für eine Strafbarkeit wegen Korruption bestehe, da es an einer entsprechenden Unrechtsvereinbarung zwischen dem Apotheker und den Ärzten fehle.

Nach den Ausführungen des Oberlandesgerichts im *obiter dictum* sei ein niedergelassener Arzt als *Beauftragter* der gesetzlichen Krankenkassen anzusehen, da er die „Schlüsselfigur“ der Arzneimittelversorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung sei. Der niedergelassene Arzt sei auf Grund seiner Einbindung in die Versorgung der Versicherten der gesetzlichen Krankenversicherung berechtigt und verpflichtet, für die Krankenkassen zu handeln und nehme hierdurch auf erhebliche Entscheidungen im betrieblichen Ablauf der Krankenkassen Einfluss. Hierzu führt das OLG Braunschweig aus:

„Die Beauftragtenstellung eines Kassenvertragsarztes zeigt sich bereits in dem Rechtsverhältnis zwischen den Krankenkassen, den Kassenärzten, den Kassenpatienten und den Apotheken bei der Verordnung von Medikamenten, um die es hier geht. Nach § 27 Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 3, 31 Abs. 1 SGB V haben die Versicherten in der gesetzlichen Krankenversicherung einen Anspruch auf Krankenbehandlung. Als Bestandteil der Krankenbehandlung sind Arznei-, Verband-, Heil- und Hilfsmittel als Sachleistung zu erbringen. Ein derartiger Sachleistungsanspruch kann grundsätzlich nur dadurch begründet werden, dass ein Vertragsarzt das Arzneimittel auf Kassenrezept verordnet und damit die Verantwortung für die Behandlung übernimmt, da die §§ 31 ff. SGB V keine unmittelbar durchsetzbaren Ansprüche gewähren, sondern lediglich ausfüllungsbedürftige Rahmenrechte darstellen. Ein bestimmtes Arzneimittel kann der Versicherte daher erst dann beanspruchen, wenn es ihm als ärztliche Behandlungsmaßnahme in Konkretisierung des gesetzlichen Rahmenrechts zum Vertragsarzt als einem mit öffentlichrechtlicher Rechtsmacht ‚beliehenen‘ Verwaltungsträger verschrieben wird. Bei Ver-

ordnung einer Sachleistung gibt der Vertragsarzt mit Wirkung für und gegen die Krankenkasse die Willenserklärung zum Abschluss eines Kaufvertrages über die verordneten Medikamente ab. man kann ihn durchaus als ‚Schlüsselfigur der Arzneimittelversorgung‘ bezeichnen. Der Apotheker, dem das Kaufvertragsangebot der Krankenkasse mit Vorlage der Kassenärztlichen Verordnung durch die Versicherten angetragen wird, nimmt dieses an, indem er dem Versicherten das verordnete Arzneimittel aushändigt. Es handelt sich um einen zwischen der Krankenkasse und dem Apotheker – unter Einschaltung des Vertragsarztes als Vertreter der Krankenkasse – geschlossenen Vertrages zugunsten der Versicherten. Dem Apotheker obliegt bei Vorlage des kassenärztlichen Rezeptes zwar eine eigenständige, aber begrenzte Prüfungspflicht, insbesondere obliegt ihm nicht die Überprüfung, ob die Verschreibung sachlich begründet ist. Verstoßen Vertragsärzte gegen ihre vertragsärztlichen Pflichten, so kann die Kassenärztliche Vereinigung Maßnahmen anregen, bzw. die Entziehung der Zulassung beantragen. Der Kassenvertragsarzt ist also auf Grund der ihm durch Gesetz zugewiesenen Aufgabe berechtigt und verpflichtet, für den Betrieb – hier die Krankenkassen – zu handeln. Durch die Art und Menge der von ihm verordneten Medikamente nimmt er damit erheblich auf die betrieblichen Entscheidungen Einfluss. Er ist verantwortlich und maßgebend dafür, ob zwischen der Krankenkasse und der Apotheke ein Vertrag über den Kauf von Medikamenten zustande kommt.“

Das Oberlandesgericht nimmt auf eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs²⁵ zur Untreue nach § 266 StGB Bezug, nach der der niedergelassene Arzt über fremdes Vermögen der Krankenkassen verfüge und sich im Falle der Verletzung seiner Vermögensbetreuungspflicht einer Untreue strafbar machen könne. In diesem Zusammenhang führt das Gericht aus:

„Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes handelt er insoweit als Vertreter der Krankenkassen und nimmt insoweit deren Vermögensinteressen wahr. Hat jemand die Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen und macht sich im Falle einer Verletzung dieser besonderen Vermögensbetreuungspflicht gemäß § 266 StGB strafbar, so handelt er auch als Beauftragter zumindest im Rahmen dieses Aufgabenfeldes.“

Kritik verdient die Entscheidung bereits wegen der fehlenden Auseinandersetzung mit dem aktuellen Meinungsstand in der juristischen Diskussion. In der jüngeren Vergangenheit haben sich zwei inhaltlich sehr ausdifferenzierte Meinungslager zur Frage der Strafbarkeit niedergelassener Ärzte nach § 299 StGB gebildet. Das Gericht ignoriert diese Diskussion und beschränkt sich vielmehr bei der Begründung seiner Ansicht in einer unreflektierten Übernahme einer früheren Entscheidung des BGH zur Untreue, mithin einem Vermögensstrafatbestand.

Dies führt zur weiteren Kritik. Das Oberlandesgericht führt die Befugnis, über Fremdvermögen zu verfügen (Untreue gemäß § 266 StGB), an, um die Beauftragtenstellung im Sinne von § 299 StGB zu begründen. Die Voraussetzungen der *Beauftragten*-Eigenschaft i. S. d. § 299 StGB

²⁵ BGHSt 49, 17 ff.

sind jedoch nicht deckungsgleich mit der Vermögensbefugnis i. S. d. § 266 StGB. Bereits begrifflich bestehen Unterschiede, sodass der Schluss des OLG Braunschweig nicht ohne Weiteres zulässig ist.

Zudem schützen die Delikte völlig unterschiedliche Rechtsgüter.²⁶ Die Untreue dient dem Vermögensschutz des Treugebers, also einem individuellen Interesse. § 299 StGB dient hingegen zumindest vorrangig dem Schutz eines freien Wettbewerbs als Universalrechtsgut. Allein schon deswegen ist eine Übertragung der differenzierten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Vermögensbetreuungspflicht auf den Korruptionsbereich nicht möglich. Jede Tätoreigenschaft muss spezifisch für den jeweils in Rede stehenden Straftatbestand bestimmt werden. Das OLG Braunschweig verstößt mit seinen Ausführungen gegen diese allgemein anerkannte Auslegungsregel.

5. Konsequenzen für die Praxis und aktuelle Entwicklungen

Viele Mitarbeiter von Unternehmen der Pharma- und Medizinprodukteindustrie sind auf Grund der Entscheidung des OLG Braunschweig derzeit aus nachvollziehbaren Gründen verunsichert. Es ist nicht absehbar, ob andere Gerichte im Rahmen ihrer zukünftig zu treffenden Entscheidungen zur Frage der Strafbarkeit niedergelassener Ärzte nach § 299 StGB der Rechtsauffassung des OLG Braunschweig folgen werden oder ob es sich um ein einzelnes Strohfeuer handelt. Zumindest ist eine abnehmende Einstellungsbereitschaft der Staatsanwaltschaften zu befürchten. Vor der Entscheidung des OLG Braunschweig wurden derartige Verfahren, wie beispielsweise das von der Staatsanwaltschaft Ulm²⁷, wegen Bestechungsvorfällen häufig eingestellt. Der Wandel in der Einstellungsbereitschaft geschieht möglicherweise vor dem Hintergrund, alsbald eine obergerichtliche Entscheidung zur Frage der Strafbarkeit eines niedergelassenen Arztes gemäß § 299 StGB herbeizuführen und deswegen Anklage beim Landgericht zu erheben.

Die Rechtsunsicherheit verstärkt sich dadurch, dass der Tatbestand des § 299 StGB – anders als die Korruptionsdelikte gemäß §§ 331 ff. StGB – keine Möglichkeit der Straffreiheit durch Genehmigung der Zuwendung seitens des Dienstherrn vorsehen.²⁸ Darüber hinaus ist völlig unklar, wie der Wertungswiderspruch zwischen Ärzten, die ausschließlich Versicherte der GKV und solchen, die ebenfalls Privatversicherte behandeln, gelöst werden soll.

Bis Rechtsklarheit eingetreten ist, kann den Unternehmen der Pharma- und Medizinprodukteindustrie und deren Mitarbeitern nur dazu geraten werden, sich in der täglichen Praxis mit niedergelassenen Ärzten nach den strengen Regeln über die Zusammenarbeit mit Klinikärzten zu verhalten. Viele Unternehmen handeln bereits seit längerem nach diesem Prinzip und behandeln beide Ärztgruppen

– bis auf das Erfordernis einer Dienstherrngenehmigung²⁹ – bei der Frage nach Art und Ausmaß zulässiger Zusammenarbeit gleich. Dieser Ansatz fußt regelmäßig in den Regelungen der maßgeblichen Verhaltenskodices von Verbänden der Pharma- und Medizinprodukteindustrie. So sehen die Vorschriften des „AKG-Verhaltenskodex“³⁰, des „FSA-Kodex Fachkreise“³¹ und des „Kodex Medizinprodukte“³² des BVMed inhaltsgleiche Regelungen für die Zusammenarbeit im Wesentlichen mit niedergelassenen Ärzten und Klinikärzten vor.

6. Ausblick

Die Entscheidung des OLG Braunschweig fügt sich ein in eine Reihe von Versuchen in der juristischen Literatur, der Gesetzgebung und nunmehr auch der Jurisprudenz, bestimmte Formen der Zusammenarbeit von Industrieunternehmen und niedergelassenen Ärzten zu sanktionieren.³³ Neben der seit 2005 in der juristischen Literatur lebhaft geführten Diskussion um eine mögliche Strafbarkeit des Niedergelassenen gemäß § 299 StGB ist auch die im Jahr 2009 erfolgte Änderung des § 128 SGB V³⁴, der bestimmte Kooperationen aus sozialrechtlicher Sicht untersagt, als Ausdruck dessen zu sehen.

Das OLG Braunschweig folgt mit seinen Ausführungen dem seit längerem vertretenen Standpunkt, der Tatbestand des § 299 StGB müsse wegen rechtspolitischer Erwägungen auch auf niedergelassene Ärzte anwendbar sein. Dies führt zu dem Ergebnis, Zuwendungen zum Zwecke der Beeinflussung von Verwaltungs- und Beschaffungsentscheidungen von niedergelassenen Ärzten unter Strafe zu stellen. Auf Grund der zurzeit gültigen Fassung des § 299 StGB kommt vor dem Hintergrund der Einordnung des Vertragsarztes in das System der GKV eine Strafbarkeit des Niedergelassenen jedoch nicht in Betracht. Der Vertragsarzt übt selbstständig einen freien Beruf aus. Er ist zwar stärker als andere Leistungserbringer, beispielsweise Apotheker³⁵, in das System der GKV eingebunden. Dies macht den Vertragsarzt jedoch nicht zu einem *Beauftragten* der GKV.

Letztendlich wird erst eine Änderung des § 299 StGB durch den Gesetzgeber die für alle Beteiligten – niederge-

²⁶ So auch die Kritik von *Schneider*, HRRS 2010, 245.

²⁷ Pressemitteilung der Staatsanwaltschaft Ulm vom 26. Juni 2009 zum Stand des Ermittlungsverfahrens ratiopharm, abrufbar unter www.staatsanwaltschaft-ulm.de unter der Rubrik „Pressemitteilungen“.

²⁸ Die §§ 331 und 333 StGB sehen jeweils in ihrem Abs. 3 eine Strafflosigkeit vor, wenn der Dienstherr die Vorteilsannahme vorher genehmigt hat.

²⁹ Wenn man die Auffassung des OLG Braunschweig und der entsprechenden Stimmen in der Literatur konsequent weiterdenken würde, könnte hierbei zukünftig an eine Genehmigungsmöglichkeit der Vorteilsannahme durch niedergelassene Ärzte seitens der Kostenträger der GKV oder eines ihrer Organe zu denken sein.

³⁰ Verhaltenskodex der Mitglieder des „Arzneimittel und Kooperation im Gesundheitswesen e.V.“ (AKG e.V.); abrufbar unter <http://www.ak-gesundheitswesen.de/verhaltenskodex> (letzter Aufruf: 02.09.2010).

³¹ FSA-Kodex zur Zusammenarbeit mit Fachkreisen („FSA-Kodex Fachkreise“); abrufbar unter <http://www.fs-arzneimittelindustrie.de/kodex-fachkreise.html> (letzter Aufruf: 02.09.2010).

³² Kodex Medizinprodukte des Bundesverbandes Medizintechnologie e.V.; abrufbar unter <http://www.medtech-kompass.de/kodex/index.php> (letzter Aufruf: 17.09.10).

³³ Aber nicht nur die niedergelassenen Ärzte rücken in den Fokus des Gesetzgebers. Auch bestimmte Praktiken im Klinikbereich, wie beispielsweise die vieldiskutierte Zahlung von so genannten „Zuweisungsprämien“ steht auf der Tagesordnung des Gesetzgebers.

In Nordrhein-Westfalen hat er mit dem neu eingefügten § 31a Abs. 1 Krankenhausgestaltungsgesetz NRW (KHGG NRW) bereits reagiert und die Annahme von „Zuweisungsprämien“ für unzulässig erklärt.

³⁴ Siehe zu den Änderungen in § 128 SGB V im Rahmen der 15. AMG-Novelle *Broch/Diener/Klümper*, PharmR 2009, 373 (376 f.) und *Klümper*, PharmR 2009, S. 591 ff.

³⁵ Siehe hierzu ausführlich *Eggers/Klümper*, APR 2009, S. 88 ff.

lassene Ärzte und Unternehmensmitarbeiter – notwendige Klarheit für eine Zusammenarbeit bringen. Derzeit ist es so, dass für niedergelassene Ärzte und Mitarbeiter von Pharma- und Medizinprodukteunternehmen ein erhöhtes strafrechtliches Risiko bei der Zusammenarbeit besteht, da weitere Strafgerichte der Rechtsauffassung des OLG Braunschweig folgen könnten. Das Risiko besteht insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass gemäß § 299 StGB – anders als bei den Korruptionsdelikten nach §§ 331 ff. StGB – keine Möglichkeit der Genehmigung der Vorteilsannahme gegeben ist.

Der Beschluss des OLG Braunschweig hat die Diskussion um die Frage der Strafbarkeit niedergelassener Ärzte nach § 299 StGB neu entfacht. Die Entscheidung bedeutet jedoch keinesfalls das Aus für die wichtige Zusammenarbeit von Pharma- und Medizinprodukteunternehmen mit niedergelassenen Ärzten. Vielmehr kann durch die Einhaltung der für die Zusammenarbeit mit Klinikärzten geltenden strengen Regelungen aus den Verhaltenskodices der Industrieverbände das strafrechtliche Risiko für alle Beteiligten entscheidend reduziert werden. Die Unterneh-

men sollten daher zukünftig noch stärker auf die Einhaltung dieser Regelungen auch bei der Zusammenarbeit mit niedergelassenen Ärzten achten, um so die eigenen Mitarbeiter, aber auch die Ärzte vor strafrechtlichen Konsequenzen zu schützen.

Anschriften der Verfasser:

Professor Dr. Olaf Eggerts
Strafverteidiger und Rechtsanwalt
Professor für Wirtschaftsrecht an der FOM –
Hochschule für Oekonomie & Management
Alter Fischmarkt 1
20457 Hamburg
E-Mail: kontakt@ra-eggerts.de

Rechtsanwalt Dr. Mathias Klümper
Lützeler und Partner Rechtsanwälte
Gericusplatz 24/25
40625 Düsseldorf
E-Mail: mathias.kluemper@luetzeler.eu

Arzneimittel & Recht

Zeitschrift für Arzneimittelrecht und Arzneimittelpolitik

Blick nach Berlin

Rechtsanwältin Andrea Schmitz, Bonn

Arzneimittelmarktneuordnungsgesetz (AMNOG)

Zu diesem Gesetzentwurf, der bereits am 9. Juli 2010 in erster Lesung im Bundestag beraten und zur weiteren Befassung an die zuständigen Ausschüsse verwiesen worden ist, liegen inzwischen Änderungsanträge der Fraktionen der CDU/CSU und FDP vor. Diese betreffen u. a. folgende Regelungen:

Ein Änderungsantrag sieht eine Verordnungsermächtigung für das Bundesministerium für Gesundheit vor. In dieser Verordnung sind ohne Zustimmung des Bundesrats die Grundsätze der Nutzenbewertung zu regeln. Hiermit soll sowohl dem Gemeinsamen Bundesausschuss (G-BA) als auch den pharmazeutischen Unternehmen eine rechtssichere und tragfähige Grundlage für das Verfahren der schnellen Nutzenbewertung zur Verfügung gestellt werden. Darüber hinaus soll für ein Arzneimittel, für das ein Wirksamkeitsnachweis für die Behandlung einer seltenen Erkrankung („Orphan Drugs“) durch die arzneimittel-

rechtliche Zulassung erbracht wurde, dies als Zusatznutzen in diesem Anwendungsgebiet anerkannt werden. Zudem sollen Arzneimittel mit nur geringer wirtschaftlicher Bedeutung für die Gesetzliche Krankenversicherung (GKV) auf Antrag des pharmazeutischen Unternehmers von der Nutzenbewertung freizustellen sein. In der Folge ist für diese Arzneimittel kein Erstattungsbetrag nach § 130b SGB V zu vereinbaren.

Schließlich wird die sog. „Preisschaukel“ untersagt. Es soll darüber hinaus sichergestellt werden, dass die Krankenkassen eine Nachzahlung für die Herstellerabschläge erhalten, die ihnen in den fünf Monaten von August 2010 bis Dezember 2010 dadurch entgangen sind, dass durch eine Preissenkung eine kurzzeitig vorher erfolgte Preiserhöhung zurückgenommen wurde („Preisschaukel“). Als Nachzahlung wird der Herstellerabschlag für die entsprechenden Arzneimittel im Jahre 2011 um 4,5 Prozentpunkte von 16 auf 20,5 Prozent erhöht. Dieser Abschlag kann im Jahre 2011 durch eine Preissenkung im Vergleich zu dem