

Beschluss des Oberlandesgerichts Braunschweig und mögliche Folgen

Der Vertragsarzt – nun doch Beauftragter der Krankenkassen im Sinne des Strafgesetzbuchs?

Die Frage, ob Ärzte bei der Verschreibung von Pharmazeutika und anderen Behandlungen als „Beauftragte“ der Krankenkassen handeln und sich deshalb möglicherweise strafbar machen, wenn sie sich von den Profiteuren ihrer Verschreibungspraxis Vorteile versprechen oder gewähren lassen, war Ende Februar erstmalig Gegenstand einer höchstrichterlichen Entscheidung. Ein Beschluss des Oberlandesgerichts (OLG) Braunschweig vom 23. Februar 2010 folgte erstmalig der bislang vertretenen Mindermeinung, dass auch Vertragsärzte sich der Bestechung und Bestechlichkeit (§ 299 Strafgesetzbuch) strafbar machen können.

Sachverhalt und Argumente des OLG

Die Staatsanwaltschaft hatte einen Arzt wegen Vorteilsannahme gemäß § 299 Abs. 2 StGB angeklagt, weil er sich von einem Apotheker den Umbau seiner Praxis in Höhe von damals 187000 DM und später Mietkostenzuschüsse in Höhe von 2000 € pro Monat hat zahlen lassen. Dem Arzt wird vorgeworfen, im Gegenzug den Apotheker u. a. bei der Verschreibung von Zytostatika bevorzugt zu haben. Der Arzt wurde von der Staatsanwaltschaft unter anderem der Bestechlichkeit nach § 299 StGB angeklagt.

Die große Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts (LG) Braunschweig wollte das Strafverfahren gegen den Arzt aber nicht eröffnen, weil es den Arzt nicht als Beauftragten des Geschäftsbetriebs der Krankenkassen im Sinne des § 299 StGB

ansah. Dagegen beschwerte sich die Staatsanwaltschaft beim OLG. Das OLG Braunschweig teilt die Rechtsauffassung des LG nicht und qualifizierte den Arzt als Beauftragten der Krankenkassen. Es begründet seine Ansicht wie folgt:

Bei Verordnung einer Sachleistung gibt der Vertragsarzt mit Wirkung für und gegen die Krankenkasse die Willenserklärung zum Abschluss eines Kaufvertrages über die verordneten Medikamente ab („Schlüsselfigur der Arzneimittelversorgung“).

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 Vertrag zugunsten der Versicherten.

Der Kassenvertragsarzt ist also aufgrund der ihm per 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 LG Braunschweig muss nun, da die Beschwerde der Staatsanwaltschaft erfolgreich war, den Sachverhalt strafrechtlich würdigen und entscheiden.

Strafrechtliche Bewertung

Die überwiegende Meinung in der Literatur und der Rechtsprechung (siehe zuletzt LG Braunschweig), vertritt bislang den Standpunkt, dass die Auslegung des Beauftragtenbegriffs des § 299 StGB in Bezug auf niedergelassene Vertragsärzte überdehnt und auch im Übrigen vom Tatbestand der Strafnorm nicht getragener wird. Folgende Argumente werden genannt:

Der niedergelassene Kassenarzt wird weder geschäftlich für die Krankenkassen tätig noch wird er durch diesen vermeintlichen Geschäftsherrn in irgendeiner Weise berufen. Vielmehr wird der Kassenarzt nur für die eigene Praxis geschäftlich tätig und es grenzte zuweilen an Interessenverrat gegenüber seinem Patienten, der selbst und unmittelbar Vertragspartner des Arztes ist, wenn er auch für die Krankenkasse geschäftlich tätig würde. Berufen wird der Arzt nicht durch die Krankenkassen, sondern im gesetzlichen Zulassungsverfahren.

Auch sonst bestehen zwischen den Krankenkassen und den Kassenärzten, wie die §§ 72 bis 106 SGB V zeigen, weder vertragliche noch sonstige unmittelbare Rechtsbeziehungen.

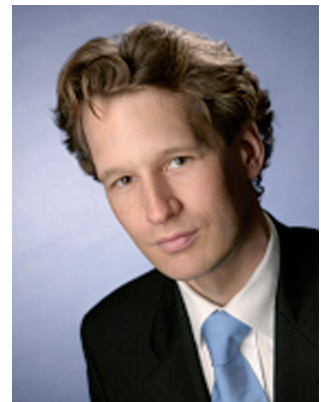
Ebenso bleibt der Arzt bei der Verordnung von Arzneimitteln grundsätzlich völlig frei. Folgerichtig formuliert § 15 Abs. 1 EKV: „Die Verordnung von Arzneimitteln liegt allein in der Verantwortung des Vertragsarztes“.

Auch eine Genehmigung von Arzneimittelverordnungen durch die Ersatzkassen ist unzulässig (§ 15 Abs. 1 Satz 2 EKV). Auch angesichts solcher Bestimmungen ist es abwegig, von einem Beauftragtenverhältnis bei der Verordnung von Arzneimitteln auszugehen.

Wie beschrieben, folgt das OLG Braunschweig den vorstehenden Argumenten nicht bzw. nur bedingt. Allerdings ist trotz der Rechtsansicht des OLG Braunschweig derzeit unklar, ob der Arzt mit einer Verurteilung durch das LG Braunschweig



Prof. Dr. iur. Dr. med.
Alexander P. F. Ehlers, München



Thorsten Ebermann, München

rechnen muss. Das OLG Braunschweig folgt, wie gesehen, zwar hinsichtlich der Auslegung des § 299 StGB einer anderen Rechtsansicht als das LG und die bislang überwiegende Meinung. Es stellt das Vorliegen einer so genannten Unrechtsvereinbarung (ein weiteres Tatbestandsmerkmal der Strafvorschrift), sprich die unlautere Bevorzugung des Apothekers, in Frage. Die Unrechtsvereinbarung beschreibt die Verknüpfung zwischen dem versprochenen bzw. dem bereits zugewendeten Vorteil (hier Umbaukosten und Mietzuschüsse) und der Handlung (Bevorzugung bei Arzneimittelverschreibung) und ist eine der Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, um den Arzt wegen Vorteilsnahme und den Apotheker wegen Vorteilsgewährung verurteilen zu können. So führt das OLG aus:

„Alleine der Vorteil, der durch die Nähe einer Arztpraxis zu einer

Apotheke entsteht, stellt für sich genommen keine Unrechtsvereinbarung dar. Die mit der Ansiedlung einer Arztpraxis einhergehenden Vorteile für den Apotheker durch erhöhten Umsatz rezeptpflichtiger Medikamente beruhen auf dem Standortvorteil und der Entscheidung der Patienten, in gerade dieser Apotheke ihr Rezept einzulösen. Dass ein Apotheker Interesse daran hat, in seiner Nähe möglichst viele Arztpraxen unterzubringen, erschließt sich von selbst.“

So muss zur strafrechtlichen Beurteilung, neben der Handlung aufgrund gewährter Vorteile, gleichzeitig immer auch noch geklärt werden, ob eine Unrechtsvereinbarung besteht oder nicht. Dass dies nicht immer einfach sein wird, zeigt sich anhand folgender Fragen, die das Gericht für den jeweiligen Einzelfall wird klären müssen:

- Was müssen Vorteilsnehmer und Vorteilsgebender „vereinbart“ haben?
- Wie muss eine Unrechtsvereinbarung ausgestaltet sein?
- Ab wann kann von einer Unrechtsvereinbarung ausgegangen werden und was ist noch unverdächtig?

Mögliche Auswirkungen

Durch den OLG-Beschluss ist zunächst zu erwarten, dass Staatsanwaltschaften in ähnlich gelagerten Fällen ermitteln und Anklage erheben. Sollte sich diese bisher überwiegend abgelehnte Ansicht durchsetzen, drohen Ärzten, Apothekern und auch den Mitarbeitern von Pharmaherstellern zukünftig erhebliche strafrechtliche Risiken.

Wünschenswert wären Maßnahmen des Gesetzgebers zur Schaffung von Rechtssicherheit: Wenn Geschäftsbeziehungen zwischen zwei Unternehmern – im Beispiel Ärzte und Apotheker – unterbunden werden sollen, so muss der Gesetzgeber regeln unter welchen Voraussetzungen dies zukünftig möglich ist, wie in anderen Fällen, etwa bei Hörgeräten, bereits geschehen.

Sollte sich die Rechtsauffassung des OLG durchsetzen, hätte dies auch Auswirkungen auf das Marketing bzw. die Vertriebsmethoden von Pharmaunternehmen. Denn nach bislang herrschender Meinung konnte der Arzt auch durch Unternehmen nicht strafbewehrt „bestochen“ werden, da Tatbestandsmerkmale des § 299 StGB¹ nicht zur Anwendung gelangten. Bisherige Konsequenzen waren (lediglich) nach ärztlichem Berufsrecht und/oder nach dem Heilmittelwerbegesetz (HWG), dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) bzw. dem FSA-Kodex zu befürchten. Nunmehr kämen härtere Sanktionen hinzu dergestalt, dass gewisse – bislang (nur) aus berufsrechtlichen Gründen zu vermeidende – Vorteilsannahmen bzw. Zuwendungen seitens der Industrie strafrechtlich beurteilt würden.

Fazit

Trotz möglicher empfindlicher Konsequenzen für die Vertragsärzte ist zu beachten, dass es sich bei dem aktuellen OLG-Beschluss um einen erst- und einmaligen „Beschluss“ und nicht um ein rechtskräftiges Urteil handelt. Wie letztlich das LG Braunschweig urteilen wird, ob sich dem OLG Braunschweig andere Gerichte anschließen und ob der Bundesgerichtshof (BGH) die Rechtsansicht des OLG Braunschweig stützen würde, ist derzeit offen.

Allerdings sollte man sich als Vertragsarzt keinesfalls in Sicherheit wiegen. Das OLG Braun-

schweig hat eindeutig einen Weg eingeschlagen, der niedergelassene Ärzte, Krankenhausärzte – was die strafrechtliche Beurteilung von Handlungen anbelangt – gleichsetzt. Diese strafrechtliche Gleichbehandlung ist schon lange Ziel der Politik und der Justiz. Nicht zuletzt, um die Bestechung durch Pharmaunternehmen im niedergelassenen Sektor, nachhaltig einzudämmen. In Zeiten von Einsparungen und Kostendruck im Gesundheitswesen passt der vorliegende Beschluss des OLG somit hervorragend in die derzeitige politische „Großwetterlage“. Aufgrund dessen besteht zumindest eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass sich künftig auch weitere Gerichte, der Meinung des OLG Braunschweig anschließen werden.

Korrespondenzanschrift:

Ehlers, Ehlers & Partner
Rechtsanwaltssozietät
Prof. Dr. iur. Dr. med.
Alexander P. F. Ehlers,
Rechtsanwalt und Arzt
Thorsten Ebermann
Widenmayerstraße 29
80538 München
Telefon (+49/89) 210969-0, Fax -99
E-Mail: munich@eep-law.de

¹ § 299 Abs. 1 StGB: „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 gewerblichen Leistungen im Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“