

OLG Braunschweig entscheidet: Vertragsärzte sind Beauftragte nach § 299 StGB und können sich nach dieser Vorschrift strafbar machen.

Niedergelassene Ärzte, die nach §§ 1a Nrn. 2 und 4, 4 Abs. 1 des Bundesmantelvertrags zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassen sind, können sich nach der Auffassung des Oberlandesgerichts Braunschweig (Beschluss vom 23.02.2010 – Aktenzeichen: Ws 17/10) durch die Annahme von Zuwendungen wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr (§ 299 Abs. 1 StGB) strafbar machen, sofern sie im Gegenzug etwa Apotheker, Pharma- oder Medizinproduktehersteller im Wettbewerb bevorzugen. Ebenso besteht ein Strafbarkeitsrisiko für die Vorteilsgeber nach § 299 Abs. 2 StGB, wenn der Empfänger der Zuwendungen ein Vertragsarzt ist.

Nach § 299 Abs. 1 StGB ist es strafbar, wenn ein Angestellter oder Beauftragter eines geschäftlichen Betriebs einen Vorteil als Gegenleistung dafür verlangt, empfängt oder sich versprechen lässt, dass er einen anderen bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen im Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzugen. Spiegelbildlich dazu steht es nach § 299 Abs. 2 StGB unter Strafe, wenn einem Angestellten oder Beauftragten eines geschäftlichen Betriebs Zuwendungen als Gegenleistung für eine unlautere Bevorzugung angeboten, versprochen oder tatsächlich gewährt werden. Damit sollen insbesondere Geld- und Sachgeschenke an Mitarbeiter von geschäftlichen Betrieben unterbunden werden, um korruptes Verhalten im Wettbewerb hinter dem Rücken des Geschäftsinhabers zu verhindern. Für niedergelassene Ärzte ist es daher von Bedeutung, ob sie unter den Begriff des „Beauftragten“ nach § 299 StGB fallen.

Der Sachverhalt

In dem zugrundeliegenden Fall ging es darum, dass der angeklagte Apotheker Zuwendungen an niedergelassene Vertragsärzte für den Umbau der Praxis und monatliche Zahlungen gewährte. Als Gegenleistung sollen die Ärzte den Apotheker bei der Verschreibung von Zytostatika bevorzugt haben. Das Landgericht Braunschweig lehnte die Eröffnung einer gerichtlichen Hauptverhandlung jedoch ab, da es der Auffassung war, dass ein niedergelassener Vertragsarzt schon nicht unter den Begriff des „Beauftragten“ im Sinn des § 299 StGB fällt. Gegen diesen Beschluss legte die Staatsanwaltschaft Braunschweig Beschwerde ein. Auch vor dem Oberlandesgericht Braunschweig (OLG) erreichte die Staatsanwaltschaft bislang nur einen Teilerfolg. Denn ob es zwischen den Zahlungen und den Zytostatikaverschreibungen einen Zusammenhang gab, war nach Ansicht des OLG Braunschweig nicht hinreichend ermittelt worden. Damit konnte bislang noch keine strafrechtliche Hauptverhandlung eröffnet werden. Im Gegensatz zum Landgericht schrieb das Oberlandesgericht aber in den Beschluss, dass ein niedergelassener Vertragsarzt ein „Beauftragter“ nach § 299 StGB sei.

Der Vertragsarzt als Beauftragter der Krankenkassen

Bislang ging man davon aus, dass der Straftatbestand des § 299 Abs. 1 StGB auf niedergelassene Vertragsärzte nicht anwendbar ist. Die Staatsanwaltschaften stellten entsprechende Ermittlungsverfahren ein, die Gerichte – und

so auch noch das Landgericht Braunschweig – lehnten die Zulassung von auf § 299 Abs. 1 StGB gestützten Anklagen ab. Diese Praxis beruhte darauf, dass man den niedergelassenen Vertragsarzt weder als „Angestellten“ noch als „Beauftragten“ im Sinn des § 299 StGB ansah. Im juristischen Schrifttum ist diese Auffassung nach wie vor herrschend. Das OLG Braunschweig stützt seine gegenteilige Ansicht darauf, dass der Vertragsarzt als **Vertreter der Krankenkassen** handele, wenn er Medikamente oder Hilfsmittel verordnet. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts und der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Untreuestrafbarkeit von Ärzten nach § 266 StGB handelt jeder niedergelassene Vertragsarzt als Vertreter der Krankenkassen. Werden Medikamente oder Hilfsmittel durch den Arzt verordnet, so kommt der Kaufvertrag über die verordneten Mittel zwischen der Krankenkasse und dem Apotheker/Medizinproduktehersteller dadurch zustande, dass der Vertragsarzt als Vertreter der Krankenkasse ein Kaufangebot abgibt, welches der Patient als Bote an den Apotheker/Hersteller überbringt. Aus diesem Grund geht das OLG Braunschweig davon aus, dass durch die Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung der Vertragsarzt zum „Beauftragten“ der Krankenkassen werde, sodass er keine Zuwendungen für die Bevorzugung eines bestimmten Apothekers oder Herstellers entgegennehmen dürfe. Ob und wie es zu einer Bevorzugung gekommen sein soll müsste jedoch zunächst ermittelt werden.

Kritik und Ausblick

Diese Sichtweise ist allerdings bei genauer Betrachtung angreifbar. Besonders vor dem Hintergrund, dass niedergelassene Vertragsärzte eine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber den Krankenkassen haben – und sich deshalb wegen Untreue (§ 266 StGB) strafbar machen können, wenn sie bei der Medikamentenverordnung gegen das sozialrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot verstoßen –, erscheint es wenig plausibel, wenn nun auch noch eine Strafbarkeit über § 299 StGB die Vertragsärzte treffen soll. Die Tatbestände der Untreue (§ 266 StGB) und der Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr sind nämlich keineswegs deckungsgleich. Das OLG Braun-

schweig sieht dies jedoch anders und nimmt an, dass mit der Strafbarkeit wegen Untreue zugleich auch das Merkmal des „Beauftragten“ nach § 299 StGB erfüllt sei. Dogmatisch ist dies zweifelhaft. Der Beruf des Arztes ist zuvorderst ein freier Beruf. Der Arzt ist damit seinen Patienten verpflichtet und nicht zur Vermögenswahrung der Krankenkassen. Das OLG Braunschweig vernachlässigt diese Grundlagen und sieht darüber hinweg, dass der Vertragsarzt seinen Patienten sehr viel näher steht, als den jeweiligen Krankenkassen.

Obschon es außer Zweifel steht, dass der (Vertrags-)Arzt einem Auftrag nachgeht – nämlich jenem zur Behandlung seiner Patienten im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung –, so bedeutet dies nicht zugleich, dass damit auch eine Beauftragung im Sinne des § 299 StGB einherginge. Vielmehr ist zwischen der Beauftragung im Sinne der strafrechtlichen Norm des § 299 StGB und der übrigen Auftragserteilung des Arztes zu unterscheiden. Was im Übrigen auch dazu führt, dass bei der Ausstellung eines Privatrezeptes niemand auf den Gedanken käme, dass der Arzt Beauftragter des Privatpatienten sei und deshalb im privatärztlichen Bereich eine Anwendung dieser Vorschrift von vornherein ausscheidet. Viele Stellungnahmen aus der strafrechtlichen Wissenschaft fordern daher, dass der Beauftragte durch den Geschäftsinhaber – in diesem Fall die Krankenkassen – bestellt werden müsse um ihn zu einem tauglichen Täter des § 299 StGB machen zu können. Da der Vertragsarzt jedoch per Gesetz in die vertragsärztliche Versorgung einbezogen werde, könne er als Zuwendungsempfänger nicht gemäß § 299 StGB strafbar sein. Die Rechtsprechung hat auf dieses Erfordernis aber schon seit 1952 verzichtet (Urteil des Bundesgerichtshofs vom 13.05.1952 – 1 StR 670/51) und vielmehr jede faktische Einwirkungsmöglichkeit ausreichen lassen. Es bleibt daher zu befürchten, dass der Bundesgerichtshof insoweit die Auffassung des OLG Braunschweigs teilen wird. Da die Vorschrift des § 299 StGB aus der früheren Vorschrift des § 12 UWG, also einer Vorschrift aus dem Wettbewerbsrecht hervorgegangen ist, wird der Bundesgerichtshof dann aber entscheiden müssen ob das geschützte Rechtsgut dieser Vorschrift, nämlich der „Wettbewerb“ überhaupt bei dieser Fallkonstellation tangiert ist. Die überwiegende Auffassung lehnt dies

richtigerweise unter Verweis auf den Ausschluss der Regelungen zum unlauteren Wettbewerb in § 69 SGB V im Verhältnis des Vertragsarztes zur Krankenkasse und mangels des Bestehens eines Wettbewerbsverhältnisses ab. Durch die ohne substantielle Begründung geäußerte Rechtsauffassung des OLG Braunschweig fühlen sich allerdings die Kreise gestärkt, die von jeher den Vertragsarzt stärker dem Strafrecht unterwerfen wollten, obwohl berufsrechtliche Regelungen vorhanden sind und diese ausreichen. Bedenkt man das das Strafrecht immer ultima ratio sein soll und das strafrechtliche Normen dem Bestimmtheitsgebot des Art 103 Abs. 2 GG unterliegen und dieses Gebot verletzt wird wenn die Rechtsanwendung durch das Gericht über den Inhalt der gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht, dann kann mit der herrschenden Auffassung kein Zweifel daran bestehen, dass eine Anwendung des § 299 StGB auf den Vertragsarzt zumindest verfassungsrechtlichen Maßstäben

nicht standhält. Bis zu einer möglichen Entscheidung ist es jedoch noch ein langer Weg und bis dahin besteht Verunsicherung auf allen Seiten, auch auf Beraterseite. Gesundheitspolitisch gesehen möglicherweise eine gewollte Situation, rechtlich gesehen ein unhaltbarer Zustand.

Fazit

Niedergelassene Vertragsärzte sollten daher noch sorgfältiger als bisher prüfen, von wem sie Zuwendungen in welcher Höhe erhalten: ist die Bagatellgrenze überschritten, so könnte eine Strafbarkeit wegen Bestechlichkeit nach § 299 StGB im Raum stehen.

*Harald Wostry, Essen
wostry@rpmed.de*

www.rpmed.de

Impressum:

Ratajczak & Partner, Rechtsanwälte
Posener Str. 1, 70165 Sindelfingen
AG Stuttgart (PR 240005), Sitz Sindelfingen
USt.-Ident-Nr.: DE145149760

Verantwortlich im Sinne des Presserechts:
Dr. Detlef Gurgel

E-Mail der Redaktion: redaktion@rpmed.de
Die Mitteilungen dieses Newsletters enthalten allgemeine Informationen zu rechtlichen Themen. Eine rechtliche Beratung im Einzelfall können sie nicht ersetzen. Für die Richtigkeit der Information übernehmen wir keine Haftung.