

Keine Strafbarkeit des Vertragsarztes wegen Bestechlichkeit als Amtsträger oder Beauftragter im geschäftlichen Verkehr

Der seit über einem Jahr (wir berichteten im Newsletter 04 und 05/2011) mit Spannung erwartete Grundsatzbeschluss des Großen Senats für Strafsachen (Beschluss vom 29.03.2012 – GSSt 2/11 –) liegt nun endlich vor. Er bezieht sich auf eine Vorlage des 5. Strafsenats, die den Bereich der Arzneimittelverordnung betrifft, während eine Entscheidung über die Vorlage des 3. Senats zu dem Themenkomplex der Hilfsmittelverordnung aufgeschoben wurde, aber der Sache nach nicht anders ausfallen dürfte.

Die sich bereits jetzt überstürzenden Kommentare reichen von einem „Freibrief“ (zumindest bis zu einer neuen gesetzlichen Regelung) für Vertragsärzte und die Pharmaindustrie über Warnungen vor einer doch noch eintretenden Strafbarkeit – denn die Entscheidung über die Vorlage des 3. Senats wurde aufgeschoben – bis hin zu der schlichten aber zutreffenden Stellungnahme, dass zwischenzeitlich sowohl das Berufsrecht als auch das Wettbewerbsrechts und natürlich das Vertragsarztrecht ein Instrumentarium zur Verfügung stellen, um solche unerwünschten Verhaltensweisen zu unterbinden.

Eine genauere Analyse der gelebten Verhältnisse zeigt allerdings, dass von einer „Entwarnung“ keine Rede sein kann, sondern im Gegenteil vor einer „Entwarnung“ zu „warnen“ ist.

Der Fall

In dem Verfahren des 5. Strafsenats ging es, nachdem der verurteilte Vertragsarzt keine Revision eingelegt hatte, um die Frage, ob sich eine Pharmareferentin wegen Bestechung im geschäftlichen Verkehr strafbar gemacht hatte. Sie war deswegen in 16 Fällen zu einer Gesamtgeldstrafe verurteilt worden.

Unter der Bezeichnung „Verordnungsmanagement“ hatte die Pharmareferentin ein Prämiensystem für die ärztliche Verordnung von Medikamenten aus ihrem Vertrieb ausgetüfelt und organisiert. Danach sollte jeder verschreibende Vertragsarzt 5 % der Herstellerabgabepreise als Prämie dafür erhalten, dass er Arzneimittel ihres Unternehmens verordnet. Die Zahlungen wurden als Honorare für fiktive wissenschaftliche Vorträge ausgewiesen. Auf der Grundlage dieses Prämiensystems übergab die Pharmareferentin in insgesamt 16 Fällen verschiedenen Vertragsärzten Schecks über einen Gesamtbetrag von etwa 18.000 €.

Für die Strafbarkeit der Pharmareferentin kam es nunmehr darauf an, ob der bedachte („bestochene“) Vertragsarzt ein Beauftragter der Krankenkassen im geschäftlichen Verkehr ist (§ 299 StGB). Über diese Frage musste der Bundesgerichtshof aufgrund der umfassend nur von der Pharmareferentin geführten Revision entscheiden. Und weil es außerdem bereits eine Vorlage des 3. Strafsenats gibt, in der die Staatsanwaltschaft die Revision eingelegt hatte, musste zugleich mitentschieden werden, ob der Vertragsarzt bei der Arzneimittelverordnung nicht möglicherweise sogar als Amtsträger handelt. Letzteres hätte allerdings bei einer Bestätigung durch den Großen Senat wegen des Verbots der reformatio in peius („Verböserungsverbot“) bei der Pharmareferentin nur zu einer Änderung des Schuldspruchs ohne Auswirkungen auf das Strafmaß führen können.

Die Entscheidung

Der Große Strafsenat kam zu dem Ergebnis, dass der Vertragsarzt bei der Verordnung von Arzneimitteln weder Amtsträger noch Beauftragter der Krankenkassen ist. Ohne sich im Detail mit der nicht mehr zu überschauenden Fülle von Veröf-

fentlichungen zu dieser Problematik auseinanderzusetzen, judiziert der Große Strafsenat auf der Grundlage vier tragender Säulen:

1. Maßgeblich bei der Verordnung von Arzneimitteln ist zunächst das Patienten – Arzt – Verhältnis. Ersterer sucht sich den Arzt aus und dieser gewählte Arzt ist von der Krankenkasse zu akzeptieren. Da das Verhältnis des Versicherten (des Patienten) im Wesentlichen von Elementen des persönlichen Vertrauens bestimmt ist, überlagert dies mögliche „öffentlich-rechtliche“ Aufgaben des Vertragsarztes.

2. Ein zweiter Aspekt ist die zivilrechtliche Rechtsprechung zur Haftung des Vertragsarztes. Diese Haftung wird, von Ausnahmen abgesehen, von einer privatrechtlichen Betrachtungsweise bestimmt. Daran ändert sich auch nichts dadurch, dass dieses bürgerlich-rechtliche Rechtsverhältnis von den Vorschriften des Sozialversicherungsrechts überlagert wird. Auch dieses Argument streitet nach Ansicht des Großen Strafsenats dafür, dass der Vertragsarzt in erster Linie keine „öffentlich-rechtliche“ Aufgabe übernimmt.

Das durch persönliches Vertrauen geprägte Verhältnis zwischen Arzt und Patient sowie der Umstand, dass der Vertragsarzt einer Haftung des Privatrechts unterliegt, führen dazu, den Vertragsarzt nicht in die Reihe der Amtsträger einzuordnen.

3. Der dritte Aspekt der Entscheidung behandelt die Frage, ob der Vertragsarzt als Beauftragter eines geschäftlichen Betriebes im Sinne des § 299 Abs. 1 StGB tätig wird. Hier lässt der BGH die Frage unbeantwortet, ob eine gesetzliche Krankenkasse die Merkmale eines geschäftlichen Betriebes erfüllt. Nach Auffassung des Großen Strafsenats kommt es auf die Entscheidung dieser Frage nicht an, da bereits aus anderen Gründen eine Beauftragung ausscheidet. Der Große Strafsenat berücksichtigt hierbei die zwischenzeitlich eingetretene Änderung der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zu der Stellung des Vertragsarztes bei der Verordnung eines Arzneimittels, wie sie in dem Urteil des BSG vom 17.12.2009 – B 3 KR 13/08 R – zum Ausdruck kommt. Während das BSG bis zu dieser Entscheidung noch davon ausging, dass der Vertragsarzt bei dem Erwerb von vertragsärztlich verordneten Arzneimitteln als Vertreter der Krankenkasse beim Zustandekommen eines jeden einzelnen Kaufvertrages auftrat, so wurde diese Rechtsprechung von dem BSG nunmehr ausdrücklich aufgegeben. Die frühere Annahme, der Vertragsarzt sei „die Schlüsselfigur“

und trete als Vertreter der Krankenkasse auf, ist somit weggefallen. Sie bildete zugleich die Grundlage schlechthin für die Rechtsauffassung, ein Vertragsarzt könne ein Beauftragter der Krankenkasse sein. Die geänderte Rechtsauffassung des BSG und die damit einhergehende Änderung der Rechtsstellung des Vertragsarztes stehen – selbst unter Beachtung der rechtlichen Bindungen, die sich für den Vertragsarzt aus der Pflicht zur Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebotes ergeben – nach Ansicht des Großen Strafsenats einer Beauftragung im Sinne des § 299 Abs. 1 StGB entgegen.

4. Die vierte Säule, die die Entscheidung des Großen Strafsenats trägt, beachtet in erfreulicher Weise den Grundsatz der Gewaltenteilung. Der Große Senat für Strafsachen führt am Ende seiner Entscheidung aus, dass er nicht verkenne, dass es ein grundsätzlich berechtigtes Anliegen sei, Missständen, die – allem Anschein nach – gravierende finanzielle Belastungen des Gesundheitssystems zur Folge haben, mit Mitteln des Strafrechts effektiv entgegen zu treten. Dieses Ziel sei jedoch mit den bestehenden Strafvorschriften nicht zu erreichen. Die Rechtsprechung könne insoweit nicht an die Stelle des Gesetzgebers treten, sondern diesem sei vorbehalten, entsprechende gesetzliche Regelungen zu bestimmen.

Konsequenzen aus der Entscheidung

Im Hinblick auf die anhängigen Revisionsverfahren wird der 5. Strafsenat auf der Grundlage der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen über die Revision zu entscheiden haben. Das erstinstanzliche Urteil des Landgerichts Hamburg, das die Pharmareferentin noch mit einer Verurteilung belegt hatte, wird aufgehoben werden und möglicherweise wird der BGH insoweit selbst freisprechen. Die noch anhängige Revision des 3. Strafsenats, die nicht die Verordnung von Arzneimitteln betraf, sondern die Verordnung von Hilfsmitteln ist bisher nur indirekt mitentschieden worden. Eine ausdrückliche Entscheidung darüber hat der Große Senat für Strafsachen aufgeschoben. Da es sich in diesem Fall um eine Revision der Staatsanwaltschaft handelt, kann spekuliert werden, dass sich dieses Verfahren durch Rechtsmittelrücknahme erledigen dürfte und sich der Große Strafsenat die Arbeit erspart hat.

Für den Vertragsarzt bedeutet dies bei der Verordnung von Arznei- oder Heil- und Hilfsmitteln jedoch keinesfalls einen Freibrief, dass Geschenke, Zuwendungen oder sonstige Vorteile sanktionslos entgegengenommen werden könnten.

Bedenkt man den Ausgangspunkt der Entwicklung – das sogenannte „Ratiopharm-Verfahren“ in Ulm –, dann steht die seinerzeit vertretene Rechtsauffassung im Raum, wonach das Verschweigen der Entgegennahme von Vorteilen im Zusammenhang mit Verordnungen den Tatbestand des Betruges erfüllen soll. Immerhin wurde in jenem Verfahren ein entsprechender Strafbefehl erlassen und erst auf den Einspruch der Ärzte hin erfolgte die Verurteilung wegen Bestechlichkeit und Betruges. Jüngsten Äußerungen aus Ulm ist zu entnehmen, dass man sich in dieser damaligen Rechtsauffassung, wonach derartige Sachverhalte wegen Betruges zu verfolgen seien, bestätigt fühle. Sicher eine falsche Auffassung – aber damit nicht aus der Welt, zumal der 1. Strafsenat des BGH in der die Labormedizin betreffenden Entscheidung vom 25.01.2012 – 1 StR 45/11 – auch in diese Richtung tendiert.

Zu beachten bleibt jedoch, wie bisher, dass sowohl das ärztliche Berufsrecht und damit auch das Wettbewerbsrechts und natürlich das Vertragsarztrecht Regelungen enthalten, die mittlerweile jegliche Form von Zuwendungen im Bereich der Arznei-, Heil- und Hilfsmittel einschließlich der Beteiligung an Gesellschaften in diesem Bereich untersagen. § 73 Abs. 7 SGB V in der Neufassung durch das GKV-VStG ergänzt den bisherigen § 128 SGB V und verbietet die Verordnung oder den Bezug von Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln oder Medizinprodukten gegen Entgelt. Diese Regelung orientiert sich am ärztlichen Berufsrecht, insbesondere an § 31 der Musterberufsordnung Ärzte in der Fassung, die sie durch die Beschlüsse des 114. Deutschen Ärztetages, Stand 2011, erfahren hat. Nach dem insoweit geltenden ärztlichen Berufsrecht werden Ärzte durch die Annahme entsprechender Vorteile, die auch in Sachleistungen bestehen können, möglicherweise berufsunwürdig. In letzter Konsequenz könnte ein solches Verhalten bis zum Verlust der Approbation führen. Auch im Vertragsarztrecht drohen unter Umständen erhebliche Konsequenzen. Verstöße gegen § 73 Abs. 7 SGB V i. V. m. § 128 SGB V können eine gröbliche Verletzung ver-

tragsärztlicher Pflichten darstellen. In letzter Konsequenz kann dies zur Entziehung der Zulassung (§ 27 Abs. 1 Ärzte-ZV i. V. m. § 95 Abs. 6 SGB V) führen.

Die Entscheidung des Großen Strafsenats nützt nach ihrem Wortlaut nur niedergelassenen Vertrags(zahn)ärzten und ihren Angestellten, nicht aber den Ärzten an öffentlich-rechtlichen Krankenhäusern und Hochschulkliniken. Hier ist die Annahme einer Amtsträgereigenschaft nach der Entscheidung des Großen Strafsenats nicht ganz so fernliegend.

Die Entscheidung hat sofort die Politik auf den Plan gerufen. Es ist damit zu rechnen, dass das Strafrecht um Regelungen ergänzt werden wird, welche die nach § 31 der Musterberufsordnung Ärzte verbotenen Verhaltensweisen auch strafrechtlich sanktionieren.

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, dass sich Vertragsärzte auch künftig vor dem Fordern, Versprechen-Lassen oder Annehmen von Vorteilen hüten sollten, wenn es keine sachliche Berechtigung hierfür gibt. Die Bestrafung entsprechender Verhaltensweisen ist weiterhin möglich, wenn auch nicht so extrem einfach, als sie mit der Amtsträgereigenschaft verbunden gewesen wäre. Dafür hätte es ausgereicht, dass man eine Vergütung ohne adäquate Gegenleistung angenommen hätte, egal warum.

*Harald Wostry, Essen
Fachanwalt für Medizinrecht
Fachanwalt für Strafrecht
wostry@rpmed.de*

*Dr. Thomas Ratajczak, Sindelfingen
Fachanwalt für Medizinrecht
ratajczak@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.