



5 StR 115/11

# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

vom 20. Juli 2011  
in der Strafsache  
gegen

wegen Bestechung im geschäftlichen Verkehr

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 20. Juli 2011 beschlossen:

Der Senat legt die Sache nach § 132 Abs. 4 GVG dem Großen Senat für Strafsachen zur Entscheidung folgender Fragen vor:

1. Handelt ein niedergelassener, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassener Arzt bei Wahrnehmung der ihm in diesem Rahmen übertragenen Aufgaben (§ 73 Abs. 2 SGB V; hier: Verordnung von Arzneimitteln) als Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe c StGB?
2. Hilfsweise für den Fall der Verneinung von Frage 1: Handelt ein niedergelassener, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassener Arzt bei Wahrnehmung der ihm in diesem Rahmen übertragenen Aufgaben (§ 73 Abs. 2 SGB V; hier: Verordnung von Arzneimitteln) im Sinne des § 299 StGB als Beauftragter eines geschäftlichen Betriebs im geschäftlichen Verkehr?

### G r ü n d e

1. Das Landgericht Hamburg hat den Mitangeklagten B. wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr in sieben Fällen und die Angeklagte R. wegen Bestechung im geschäftlichen Verkehr in 16 Fällen jeweils zu einer Gesamtgeldstrafe von 90 Tagessätzen verurteilt. Während der Mitangeklagte B. das Urteil nicht angefochten hat, wendet sich die Angeklagte R. hiergegen mit ihrer Revision. Die Staatsanwaltschaft, die zunächst die Anordnung des Verfalls gegen den Arbeitgeber der Angeklag-

ten R. , die „ra. “ GmbH (im Folgenden: Ra. ), erstmals mit ihrer Revision beantragt hatte, hat ihr Rechtsmittel zwischenzeitlich zurückgenommen.

2 Der 5. Strafsenat hält die zu erwartende Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen, dem der 3. Strafsenat mit Beschluss vom 5. Mai 2011 (3 StR 458/10) inhaltlich identische Fragen vorgelegt hat, in dieser Sache für vorgreiflich. Er legt deshalb die Sache ebenfalls dem Großen Senat für Strafsachen mit den aus der Beschlussformel ersichtlichen Rechtsfragen vor.

#### I.

3 Das Landgericht hat folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

4 1. Die Angeklagte R. ist als Pharmareferentin für Ra. tätig. Diese praktizierte seit spätestens 1997 unter dem Schlagwort „Verordnungsmanagement“ ein Prämiensystem für die ärztliche Verordnung von Medikamenten aus ihrem Vertrieb. Der verschreibende Arzt sollte 5 % der Herstellerabgabepreise als Prämie dafür erhalten, dass er Arzneimittel von Ra. verschrieb. Entsprechende Verabredungen trafen die einzelnen Außendienstmitarbeiter. Die Zahlungen wurden als Honorar für wissenschaftliche Vorträge getarnt, die tatsächlich nicht stattfanden. Zugleich erhielt der Arzt, der sich diesem „Verordnungsmanagement“ angeschlossen hatte, das EDV-System „DOCexpert“ kostenfrei. Dieses ermöglichte es ihm, das jeweils geeignete Ra. -Medikament schnell aufzufinden. Das Programm sah ferner die Möglichkeit vor, die Ersetzung des verordneten Arzneimittels durch wirkstoffgleiche billigere Arzneimittel auszuschließen, was B. aber nicht wahrnahm. Zudem erlaubte das System den Außendienstmitarbeitern, die Verordnungen entsprechender Ra. -Arzneimittel festzustellen und

die für den Arzt entstandenen Prämien auszurechnen. Danach erfolgte dann die Vergütung der Ärzte.

5                    B.                    , der als Vertragsarzt an der kassenärztlichen Versorgung teilnahm, erhielt zwischen dem 12. Februar 2004 und dem 18. August 2005 von der Angeklagten R.                    in sieben Fällen Schecks in einer Gesamthöhe von über 10.000 €, wobei die Zahlungen zum Schein als Gegenleistung für tatsächlich nicht stattgefundene Fortbildungs- bzw. Schulungsveranstaltungen deklariert wurden. Zwischen den beiden Angeklagten bestand bei den jeweiligen Scheckübergaben Einigkeit, dass die Zahlungen nicht nur der Honorierung der Verordnungspraxis in der Vergangenheit dienen, sondern zugleich einen Anreiz für die weitere vorrangige Verschreibung von Ra.                    -Arzneimitteln schaffen sollten.

6                    Die Angeklagte R.                    übergab an weitere (gesondert verfolgte) Vertragsärzte Schecks, die auf demselben „Verordnungsmanagement“ und Verabredungssystem beruhten. So erhielt                    D.                    im selben Zeitraum in sechs Fällen Schecks über insgesamt knapp 6.900 €, die eine Gemeinschaftspraxis betreibenden Vertragsärztinnen                    L.                    und                    S.                    in zwei Fällen Schecks über insgesamt 1.000 €.

7                    2. Das Landgericht hat das Verhalten der Angeklagten als Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 Abs. 2 StGB) gewertet, wobei es hinsichtlich jeder einzelnen Scheckzahlung von einer eigenständigen Bestechungstat ausgegangen ist.

8                    a) Eine Strafbarkeit nach § 334 StGB hat das Landgericht verneint. Die Vertragsärzte könnten nicht als Amtsträger im Sinne des § 334 Abs. 1 StGB angesehen werden, weil sie ungeachtet ihrer kassenärztlichen Zulassung nach § 95 SGB V nicht zur Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung bestellt seien. Maßgeblich müsse eine Gesamtbetrachtung sein. Da der Vertragsarzt sich in seiner Aufgabenerfüllung im Wesentlichen

frei entfalten könne und ihm ein hohes Maß an Eigenverantwortung und Entscheidungsbefugnis zugestanden werde, nehme ihn die Allgemeinheit auch nicht als „verlängerten Arm der Verwaltung“ wahr.

9                    b) Das Landgericht hat hingegen eine Strafbarkeit nach § 299 Abs. 2 StGB angenommen. Die Vertragsärzte seien Beauftragte eines geschäftlichen Betriebs im Sinne des § 299 Abs. 1 StGB.

10                   Ihre Beauftragung ergebe sich aufgrund der gesetzlichen Stellung des Vertragsarztes, die ihn berechtige, für die Krankenkassen zu handeln. Nach dem System der gesetzlichen Krankenversicherung schulde die Krankenkasse dem Versicherten die Zurverfügungstellung von Medikamenten (§§ 31, 34 SGB V). Mit der entsprechenden Verordnung erfülle der Vertragsarzt diese der Krankenkasse nach dem Sachleistungsprinzip obliegende Verpflichtung (§ 2 Abs. 1, 2 SGB V). Insoweit sei der Vertragsarzt ein gesetzlicher Leistungserbringer für die Krankenkassen. Hinzu komme, dass der Vertragsarzt nach §§ 12, 70 Abs. 1 Satz 1 SGB V zu einer wirtschaftlich angemessenen Versorgung der Versicherten verpflichtet sei. Diesen Auftrag habe er gegenüber dem Kostenträger zu beachten, auf dessen Rechnung er die Verordnungen treffe. Dieser Regelungszusammenhang rechtfertige es, den Vertragsarzt trotz seiner beruflichen Eigenständigkeit im Hinblick auf die Verordnung von Arzneimitteln auch als Beauftragten der Krankenkassen anzusehen. Bedenken gegen diese Auslegung unter dem Gesichtspunkt des Bestimmtheitsgebots nach Art. 103 Abs. 2 GG ergäben sich nicht, weil eine gesetzlich normierte Pflicht, die Krankenkasse bei der Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten zu unterstützen, schon nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch als gesetzlicher Auftrag bezeichnet werden könne. Die Beauftragtenstellung im Sinne des § 299 Abs. 1 StGB setze keinen personalen Bezug voraus.

11                   Die Krankenkassen seien – ungeachtet ihrer öffentlich-rechtlichen Organisationsform – als „geschäftliche Betriebe“ anzusehen. Insofern dürfe nicht an die Organisationsform angeknüpft werden. Entscheidend sei viel-

mehr, dass sich die Krankenkassen beim Bezug von Arzneimitteln nicht anders verhielten als andere Marktteilnehmer. Da die Krankenkasse nach den Grundsätzen eines Erwerbsgeschäfts handle, sei sie als geschäftlicher Betrieb anzusehen.

12 Die Angeklagte habe mit den Vertragsärzten eine Unrechtsvereinbarung getroffen, weil die genannten Vertragsärzte einen Vorteil dafür angenommen und zugleich sich versprechen lassen hätten, dass sie Ra. bei dem Bezug von Waren durch die Krankenkassen bevorzugten. Maßgeblich sei hier eine wirtschaftliche Betrachtung. Da die Krankenkasse mit der Abgabe der verschriebenen Arzneimittel gegenüber ihren Versicherten die ihr obliegende gesetzliche Verpflichtung erfülle, müsse sie wirtschaftlich als Bezieherin der Arzneimittel angesehen werden.

13 Der Vertragsarzt handle dabei auch im geschäftlichen Verkehr. Zwar stelle die Verordnung des Vertragsarztes, soweit sie einen gesetzlichen Versicherten betrifft, öffentlich-rechtliches Handeln dar. Dies stehe einer Anwendung des § 299 StGB jedoch nicht entgegen. Es reiche aus, wenn die öffentliche Hand in gleichgeordneter Weise am allgemeinen Wirtschaftsverkehr teilnehme. Schutzgut des § 299 StGB sei die Freiheit des Wettbewerbs. Hier liege eine Beeinflussung des Wettbewerbs durch Ra. im Verhältnis zu deren Wettbewerbern vor, die durch einen Beauftragten der gesetzlichen Krankenkassen bewirkt werde. Eine solche Handlung erfolge jedoch nicht im Rahmen eines für das öffentliche Recht typischen Subordinationsverhältnisses.

14 3. Das Landgericht hat – ausgehend von einem Anteil der Privatversicherten und Selbstzahler in Höhe von 15 % – jeweils 80 % der durch die Schecks zugewendeten Summen den gesetzlich Versicherten zugeordnet und dementsprechend den Schuldumfang bestimmt.

II.

- 15            Der 5. Strafsenat legt dem Großen Senat für Strafsachen die Frage vor, ob ein niedergelassener, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassener Arzt bei Wahrung der ihm in diesem Zusammenhang übertragenen Aufgabe der Verordnung von Arzneimitteln als Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe c StGB oder – hilfsweise – jedenfalls als Beauftragter eines geschäftlichen Betriebs im geschäftlichen Verkehr handelt. Diese Frage ist grundsätzlich im Sinne des § 132 Abs. 4 GVG. Sie knüpft an die Vorlage des 3. Strafsenats an (BGH, Beschluss vom 5. Mai 2011 – 3 StR 458/10) und erweitert für den Großen Senat die Entscheidungsgrundlage.
- 16            1. Die Vorlagefragen sind für die Beurteilung der Revision der Angeklagten vorrangig entscheidungserheblich. Wären sie beide zu verneinen, käme eine Durchentscheidung auf Freispruch in Betracht. Wäre die Alternativfrage zu bejahen, führte dies – sofern kein weiterer Rechtsfehler vorliegt – zur Verwerfung der Revision. Bei Bejahung der Primärfrage wäre eine Schuldspruchänderung oder eine Aufhebung und Zurückverweisung der Sache zu erwägen.
- 17            2. Die beiden Sachverhalte enthalten – abgesehen von der gesonderten Problematik des selbständigen Verfallsverfahrens im Fall des 3. Strafsenats – im Rahmen der eigentlichen Problembetrachtung möglicherweise beachtliche Abweichungen.
- 18            a) Die Rechtslage bei der Verordnung von Arzneimitteln unterscheidet sich von der bei Hilfsmitteln, die der Vorlage des 3. Strafsenats zugrunde liegt (TENS-Geräte). Bei den dort verordneten TENS-Geräten handelt es sich um Hilfsmittel (§ 33 SGB V), die der ärztlichen Verordnung unterliegen (§ 73 Abs. 2 Nr. 7 SGB V). Allerdings betrifft die Verordnung in der Regel nur das Hilfsmittel an sich, nicht jedoch das konkrete Hilfsmittel eines bestimmten Herstellers. Fraglich ist deshalb, ob das Sammeln der Verordnungen und die

Übersendung an den Leistungserbringer (den Hersteller und Vermieter der TENS-Geräte) in den unmittelbaren Aufgabenbereich des Vertragsarztes fällt.

19            Hinzu kommt, dass dem Vertragsarzt das Letztentscheidungsrecht fehlt. Soweit nämlich keine vertragliche Regelung zwischen dem Leistungserbringer und der gesetzlichen Krankenkasse besteht, ist – so der Vorlagebeschluss des 3. Strafsenats (Rn. 60 ff.) – der Versicherte nicht berechtigt, die Verordnung bei einem Leistungserbringer einzureichen. Im dortigen Fall war zudem vor der Abgabe eines Geräts die Bewilligung der Krankenkasse einzuholen (Beschluss Rn. 6). In diesem Fall stellt sich deshalb die Frage, ob der Vertragsarzt auch dann noch im öffentlich-rechtlich geprägten Bereich der im Rahmen des Sachleistungsprinzips für die Krankenkasse zu erbringenden ärztlichen Leistungen handelt oder ob auch gegebenenfalls solche unmittelbar hiermit verbundenen Tätigkeiten, die aufgrund seiner Stellung als Vertragsarzt nur ermöglicht werden, für die Annahme einer Amtsträgerstellung im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe c StGB (hilfsweise der Annahme einer Beauftragung im Sinne des § 299 StGB) ausreichen.

20            b) Hiervon unterscheidet sich die hier vorliegende Fallkonstellation einer Arzneimittelverschreibung. Die Verordnung bezog sich nach den Feststellungen des Landgerichts auf konkret vorgegebene Arzneimittel. Das Landgericht hat lediglich – in Anwendung des Zweifelsatzes – angenommen, dass der Mitangeklagte von der Möglichkeit eines Ausschlusses wirkstoffgleicher Arzneimittel („aut idem-Verordnungen“) nach § 129 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchstabe b SGB V keinen Gebrauch gemacht hat. Deshalb war der nach § 129 Abs. 1 SGB V das Arzneimittel abgebende Apotheker grundsätzlich zur Abgabe des preisgünstigeren Arzneimittels verpflichtet.

21            Abgesehen davon, dass die Apotheker hiervon – insbesondere im Graubereich – nicht immer Gebrauch machen, ändert eine solche Ersetzungsmöglichkeit aber nichts daran, dass die Verordnung von Arzneimitteln



die verantwortliche Entscheidung des Arztes zugunsten eines konkreten Produkts darstellt und zu dem Kernbereich ärztlicher Tätigkeit zählt, die der Vertragsarzt gegenüber dem Versicherten erbringt. Dies ergibt sich schon aus der ihm eingeräumten Möglichkeit, eine Ersetzung durch den Apotheker auszuschließen. Zudem bleibt bei einander entsprechenden Preisen oder, wenn – worauf das Landgericht zutreffend hinweist – aufgrund der medizinischen Indikation ein Wettbewerb zwischen verschiedenen zur Therapie geeigneten Medikamenten besteht, deren Wirkstoffe voneinander abweichen, die uneingeschränkte Auswahlbefugnis des Vertragsarztes erhalten.

22

3. Der Senat setzt sein Verfahren im Hinblick auf die zu erwartende Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen nicht aus, sondern legt die Sache seinerseits dem Großen Senat vor. Durch die unterschiedliche Fallkonstellation kann eine Vertiefung der dort zu erörternden Rechtsfragen erreicht werden. Dabei stimmt der Senat dem Ansatz des 3. Strafsenats zu, mit der Vorlage insbesondere im Bereich des Pharmamarketings zu einer einheitlichen, sich an entsprechenden Vorgaben des Großen Senats für Strafsachen orientierende Handhabung der Praxis zu gelangen.

Basdorf

Raum

Brause

Schaal

Bellay