

# **Aktuelle Rechtsprechung**

## **AK Medizinrecht | 10.10.2011**

- 1. BGH** 5.05.2011, 3 StR 458/10;  
20.07.2011, 5 StR 115/11;
- 2. OVG Niedersachsen**, A&R 2011,  
S.185; PharmR 2011, S.335

# 1. BGH Beschlüsse

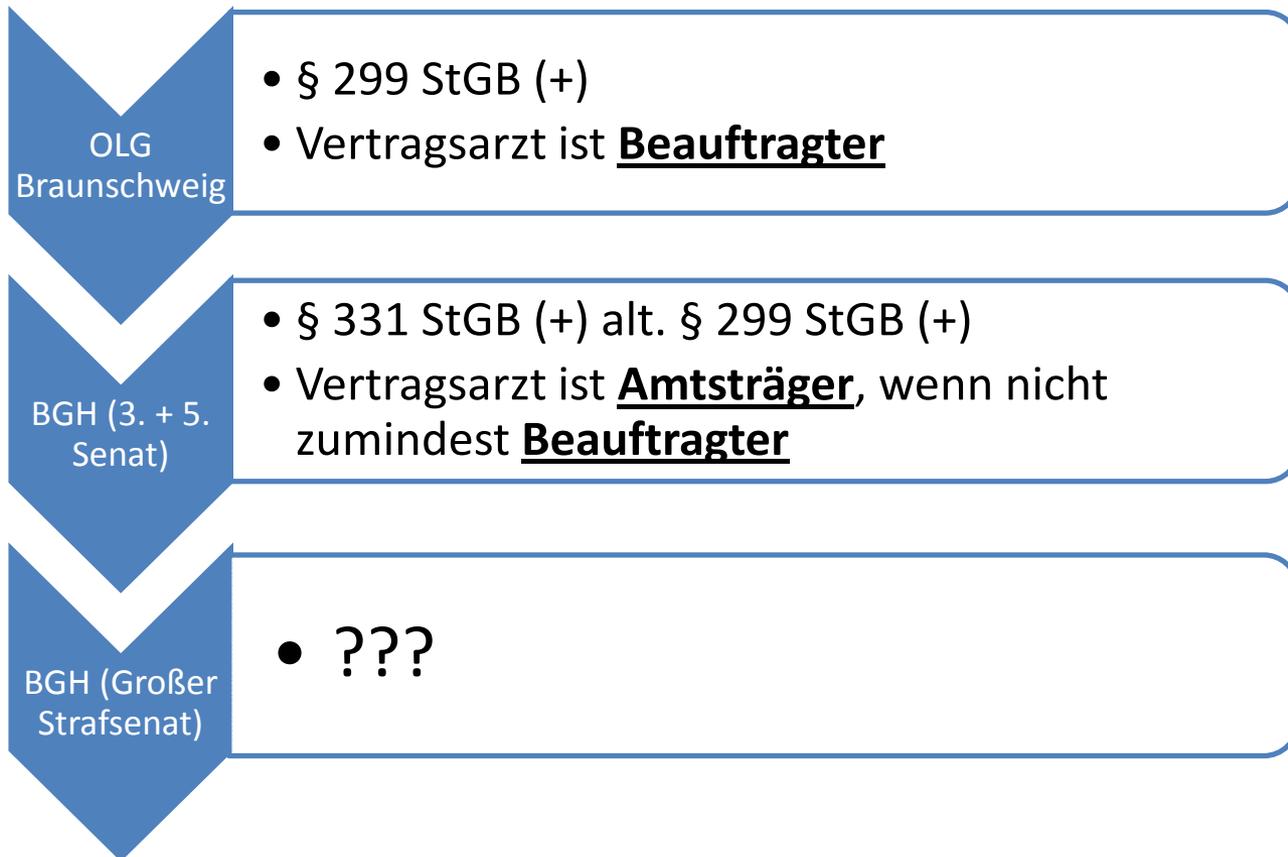
5.05.2011, 3 StR 458/10

20.07.2011, 5 StR 115/11

## Ausgangslage in beiden Fällen:

- Vertragsarzt verschreibt ein bestimmtes Arznei- oder Hilfsmittel (aufgrund medizinischer Indikation)
- Für die Verordnung erhält VA auf Grundlage von Scheinvereinbarungen (zB Vortragstätigkeit) Vorteile, Geld- oder Sachleistungen, die nicht der KK zugewiesen werden

# Entwicklung der Rechtsprechung



# § 331 Abs.1 StGB

## Vorteilsnahme

Ein Amtsträger oder ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter, der für die Dienstausübung einen Vorteil für sich oder einen Dritten fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

*Def. Amtsträger: Wer nach deutschem Recht dazu bestellt ist, bei einer Behörde oder einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform wahrzunehmen (§ 11 Abs.1 Nr.2 lit.c StGB)*

# *„Bestellung des VA zur Wahrnehmung von Aufgaben der öfftl. Verwaltung“*

## **Pro (BGH)**

- Vertragsarztzulassung entspricht Bestellung iSd § 11 Abs.1 lit.c StGB,
- durch Verordnungstätigkeit zentrale Stellung bei Versorgung der Versicherten
- mehrere Rechtsbeziehungen zwischen VA und KK

## **Contra (Literatur)**

- Freiberuflichkeit des Vertragsarztes; weisungsunabhängig bei Behandlung und Verordnung
- Nicht jedes Vorgehen mit Bezug zum öffentlichen Gesundheitswesen ist der öfftl. Verwaltung zuzuordnen
- Bestimmtheitsgebot missachtet
- Sonst § 839 BGB für Vertragsärzte?

# § 299 Abs.1 StGB

## Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr

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.

*Def. Beauftragter:* wer, ohne Geschäftsinhaber oder Angestellter zu sein, für einen Geschäftsbetrieb befugtermaßen tätig wird und dabei berechtigt und verpflichtet ist, auf den Warenaustausch des Betriebes Einfluss zu nehmen.

# *„für einen Geschäftsbetrieb mit Einflussnahme tätig“*

## **Pro (Judikatur)**

- Schlüsselstellung des VA über die Entscheidung der KK, ein Arznei- oder Hilfsmittel zu gewähren
- Weite Auslegung des Begriffes, weil Auffangfunktion
- Freiberuflichkeit kein Gegenargument, da Beauftragter gerade kein Angestellter ist

## **Contra (Literatur)**

- Freiberuflichkeit bzw. Führung eines eigenen Betriebs
- neben Wirtschaftlichkeitsinteressen der KK ebenfalls und vor allem Patientenwohl zu beachten
- Bevorzugung von VA als solche nicht von § 299 StGB erfasst, sondern nur die nicht sachlich gerechtfertigte Bevorzugung (wettbewerbsbezogene Auslegung)

# Ausblick und Fazit

- Wegweisende Entscheidung des Großen Senat zu erwarten
- neue Strafbarkeitsrisiken für Ärzte und Pharmareferenten (auch Apotheker, wenn sie Produkt zum Wirkstoff auswählen dürfen), wenn BGH Fragen bejaht
- berufsrechtlich schon heute für Ärzte verboten, Gesetzgeber könnte nachziehen

# 2. OVG Niedersachsen

(A&R 2011, 185; PharmR 2011, 335)

## Ausgangslage / Sachverhalt:

- Apotheke gewährt ihren Kunden beim Erwerb von Rx-Arzneimitteln einen Einkaufsgutschein im Wert von (hier) 1,50 € für jedes vorgelegte Rezept
- beim nächsten Einkauf in der Apotheke kann Gutschein beim Erwerb von OTC-Produkten eingelöst werden
- Aufsichtsbehörde untersagt Apotheker, Gutscheine anzubieten, zu gewähren und einzulösen; Klage und einstweiliger Rechtsschutz gegen Sofortvollzug der Untersagung

# Entscheidungsgründe

- **EGL: § 69 AMG iVm  
Arzneimittelpreisverordnung**
- Verstoß gg AMPPreisVO nach höchstrichterlicher Rspr., *„wenn für das preisgebundene AM zwar zunächst der korrekte Preis angesetzt wird, dem Kunden aber gekoppelt mit dem Erwerb des AM Vorteile gewährt werden, die den Erwerb für ihn wirtschaftlich günstiger erscheinen lassen“*

# Wieso verstoßen Apotheken gegen diese ihnen nicht unbekanntes Rspr.?

- BGH-Urteile (Wettbewerbsrecht) vom 9.09.2010: wettbewerbsrechtliche Spürbarkeitsschwelle gem. § 3 UWG ist zu beachten (bei 0,50 € nicht verletzt, bei 5,- € verletzt)
- Niederländische Versandapotheken geben bis zu 15,-€ Rabatt; Urteil des Gem. Senats der obersten Gerichte zur Bindung der AMPPreisVO für ausländische Versandapotheken soll Klarheit bringen

# Weitere Argumente:

- **Einheit der Rechtsordnung:** widersprüchliche Entscheidungen möglich
- **Ermessen** der Aufsichtsbehörde (in Parallelentscheidung waren 0,50€ zumindest für Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung genügend)
- bislang kein Nachweis einer Gefährdung der flächendeckenden Versorgung mit AM erbracht, obwohl schon mehrere Jahre Rabatte von ausländischen Versandapotheken gewährt werden