

Das Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen vom 30. Mai 2016

- Eine erste Bestandsaufnahme -

Herausgeber

Kai Christian Bleicken, AKG e.V.

Ulf Zumdick, BPI e.V.

Autoren

Claus Burgardt

Dr. Christian Burholt

Dr. Daniel Geiger

Prof. Dr. Hendrik Schneider

Michael Weidner

<http://www.akg-antikorrption.de/>

Stand

19.09.2016

Inhaltsverzeichnis

1.	Literaturverzeichnis	6
2.	Einleitung	14

Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen,

Prof. Dr. Hendrik Schneider, Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht (u.a.) an der Juristenfakultät der Universität Leipzig

3.	Tatbestandsmerkmale der §§ 299a, b StGB und ihre Auslegung	16
3.1	Normzweck/Rechtsgut	16
3.2	Aufbau der §§ 299a und b StGB	17
3.2.1	Differenzierung zwischen Vorteilsnehmern (§ 299a StGB) und Vorteilsgebern (§ 299b StGB)	17
3.2.2	Wegfall der Differenzierung zwischen § 299a, b Abs. 1 einerseits und Abs. 2 StGB andererseits – Konsequenzen für die Praxis	19
3.3	(Taugliche Täter) Angehöriger eines Heilberufs, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert	22
3.3.1	Begriff des Heilberufs	22
3.3.1.1	Aufzählung einzelner Heilberufe	23
3.3.1.2	Abgrenzung zwischen Heilberuf und Gesundheitshandwerk	24
3.3.2	Staatlich geregelte Ausbildung für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung	25
3.4	Vorliegen eines Eigen- oder Dritt Vorteils	28
3.4.1	Definition	28
3.4.1.1	Leistung, auf die kein Anspruch besteht	28
3.4.1.2	Einbezug immaterieller Vorteile	28
3.4.1.3	Sozialadäquate Zuwendungen	31
3.4.1.3.1	Begriff und Wertgrenzen	31
3.4.1.3.2	Sozialadäquate Bewirtungen im In- und Ausland	31

3.4.2	Einzelfälle zum Begriff des Vorteils – Kasuistik	33
3.4.2.1	Sponsoring, insbesondere von Fortbildungsveranstaltungen	33
3.4.2.2	Leistungsaustausch auf vertraglicher Grundlage.....	34
3.4.2.3	Rabatte	37
3.4.2.4	Drittmittel.....	38
3.4.2.5	Spenden	40
3.4.2.5.1	Begriff der Spende.....	40
3.4.2.5.2	Zweckspenden.....	41
3.4.2.5.3	Unzulässige Durchlaufspenden an bestimmte natürliche Personen	41
3.4.2.6	Gewinnausschüttungen	42
3.5	Tathandlungen auf der (Nehmer- und) Geberseite	46
3.6	Vorliegen eines Wettbewerbs- bzw. Marktverhaltens	47
3.6.1	Die Gegenstände des Marktverhaltens: Arznei-, Heil- und Hilfsmittel sowie Medizinprodukte, Patienten und Untersuchungsmaterial.....	47
3.6.2	Das Marktverhalten im engeren Sinne: Die Begriffe Verordnung, Bezug, und Zuführung	48
3.6.2.1	Auslegung gemäß BT-Drucksache 18/6446	48
3.6.2.2	Der Begriff der Verordnung, § 299a Nr. 1, § 299b Nr. 1 StGB.....	49
3.6.2.3	Der Begriff des Bezugs, Einschränkung des tatbestandsmäßigen Marktverhaltens, § 299a Nr. 2, § 299b Nr. 2 StGB	49
3.6.2.4	Der Begriff der Zuführung, § 299a Nr. 3, § 299b Nr. 3 StGB	51
3.6.3	Spezifischer Konnex zwischen Vorteil und Marktverhalten.....	53
3.7	Vorliegen einer Unrechtsvereinbarung - Unlautere Bevorzugung im Wettbewerb.....	54
3.7.1	Grundsätze	54
3.7.2	Prinzip der asymmetrischen Akzessorietät – Bezug auf die Rechtsprechung in Wettbewerbssachen.....	56
3.7.2.1	Grund und Grenzen des Prinzips der asymmetrischen Akzessorietät	56

3.7.2.2	Ausprägungen des Prinzips der asymmetrischen Akzessorietät	57
3.7.2.2.1	Primat des Selbstbestimmungsrechts des Patienten	57
3.7.2.2.2	Freiheit heilberuflicher Entscheidungen von sachfremden Erwägungen ...	58
3.7.3	Prinzip der Legitimität der produktbezogenen Informationsvermittlung	58
3.7.4	Einhaltung der Regelungen der Industriekodices als Indiz gegen das Vorliegen unlauteren Verhaltens.....	59
3.8	Anwendbarkeit des Rückwirkungsverbots	60
3.9	Regelbeispiele gem. § 300 StGB.....	62
3.9.1	Vorteil großen Ausmaßes	62
3.9.2	Gewerbsmäßiges Handeln	63
3.9.3	Mitgliedschaft in einer Bande.....	63

Kooperationen im Gesundheitswesen,

RA Claus Burgardt, Sträter Rechtsanwälte

4.	Auswirkungen des Gesetzes auf Kooperationen im Gesundheitswesen ...	64
4.1	Problembeschreibung.....	64
4.2	Zum Merkmal der Unlauterkeit bei Kooperationen im Gesundheitswesen.	66
4.3	Erscheinungsformen der Kooperationen im Gesundheitssystem	69
4.4	Verträge mit Krankenkassen.....	70
4.5	Kooperationsverträge ohne Einbeziehung von Krankenkassen.....	73
4.5.1	Dienstleistungsverträge zwischen Arzt und Industrie.....	74
4.5.2	Gesellschaftsrechtliche Beteiligungen	77
4.5.3	Patienten-Compliance-Programme.....	78
4.6	Zusammenfassung	80

Kooperationen mit Institutionen,

RA Dr. Daniel Geiger, Kanzlei Dierks + Bohle

5.	Kooperationen mit Institutionen - Drittvorrechte	82
5.1	Allgemeines	82

5.2	Sponsoring, Spenden und Drittmittelinwerbung.....	83
5.2.1	Sponsoring.....	83
5.2.2	Spenden	92
5.2.3	Drittmittelinwerbung	95

Wettbewerbsrechtliche Implikationen,

RA Michael Weidner, Dr. Schmidt-Felzmann & Kozianka

6.	Wettbewerbsrechtliche Implikationen des Gesetzes.....	97
6.1	Kooperationen mit Apotheken.....	98
6.1.1	Rabatte	99
6.1.1.1	Unzulässige Rabatte für verschreibungspflichtige Arzneimittel.....	100
6.1.1.2	Zielrabatte bzw. Rückvergütungsvereinbarungen.....	100
6.1.2	Fort- und Weiterbildungsmaßnahmen.....	103
6.1.2.1	Produktschulungen	103
6.1.2.2	Verkaufsschulungen	103
6.1.2.3	Wissenschaftliche Weiterbildungsmaßnahme	105
6.1.3	Marketingformate.....	105
6.1.3.1	Taschentücher und Co. (Werbehilfen und Werbegaben).....	105
6.1.3.2	Schaufenstermiete / Sichtwahlplatzierung	105
6.1.3.3	Schaufensterdekoration / Schaufensterwettbewerb.....	109
6.1.3.4	Werbekostenzuschüsse.....	111
6.1.3.5	Internet- oder Printwerbung durch den Apotheker	115
6.1.3.6	Musterabgabe an Apotheken.....	116
6.1.3.7	On-Pack Aktionen.....	118

Kartellrechtliche Implikationen,

RA Dr. Christian Burholt, LL.M., Baker & McKenzie

7.	Kartellrechtliche Implikationen des Gesetzes	122
----	--	-----

7. 1	Gesetzeshistorie – Referentenentwurf und Regierungsentwurf aus kartellrechtlicher Sicht.....	123
7. 2	Die Rechtslage in der am 4. Juni 2016 in Kraft getretenen Fassung.....	124
7.3	Rabattgewährung gegenüber den verschiedenen Akteuren im Gesundheitswesen	125
7.3.1	Rabatte an Offizinapotheker	125
7.3.2	Rabatte an Krankenhausapotheker	127
7.3.3	Belieferung von Ärzten mit Arzneimitteln, Medizinprodukten und Hilfsmitteln, die zur unmittelbaren Anwendung bestimmt sind	128
7.4	Vorgaben des deutschen bzw. EU-Kartellrechts bei der Gewährung von Rabatten	129
7.4.1	Verstoß gegen das deutsche bzw. EU Kartellverbot.....	130
7.4.2	Verstoß gegen das deutsche bzw. europäische Marktmissbrauchsverbot.....	131
7.4.2.1	Marktbeherrschung und relative Marktmacht.....	131
7.4.2.2	Marktabgrenzung im Arzneimittelsektor.....	133
7.4.2.3	Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung.....	133
7.5	Ergebnis.....	136

1. Literaturverzeichnis

Achenbach, Hans/**Rönnau**, Andreas/**Ransiek**, Thomas (Hrsg.): Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Auflage, Heidelberg 2015, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Handbuch Wirtschaftsstrafrecht.

Albus: Die Zusammenarbeit zwischen Industrie und Ärzten an medizinischen Hochschuleinrichtungen – unter dem Verdacht der Vorteilsannahme und Bestechlichkeit gem. §§ 331, 332 StGB? Nomos 2007, zitiert als: *Albus*, in: Nomos 2007.

Aldenhoff, Hans-Hermann/**Valuett**, Susanne: Entwurf des BMJV zur Korruption im Gesundheitswesen (§ 299a StGB), medstra 2015, S. 195 ff., zitiert als: *Aldenhoff/Valuett*, in: medstra 2015, S. 195 ff.

Eichenhofer, Eberhard/**Wenner**, Ulrich: Kommentar zum SGB V, 2. Auflage, Köln 2013, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Eichenhofer/Wenner SGB V.

Arzt, Gunther/**Weber**, Ulrich/**Heinrich**, Bernd/**Hilgendorf**, Eric: Strafrecht Besonderer Teil, 3. Auflage, Bielefeld 2015, zitiert als: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, in: Strafrecht BT.

Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, Edition 3/15, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon.

Beck'scher Onlinekommentar zum StGB, 29. Edition, Stand: 01.12.2015 bzgl. §§ 331 ff., Stand: 10.09.2015 bzgl. § 299, zitiert als: *Bearbeiter/von Heintschel-Heineg* in: BeckOK StGB.

Blümich, Walter (Hrsg): Einkommensteuergesetz, Körperschaftsteuergesetz, Gewerbesteuer-gesetz: EStG, KStG, GewStG; Kommentar, 127. Auflage, München 2015, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Blümich, EStG.

Boemke, Susanne/**Schneider**, Hendrik: Korruptionsprävention im Gesundheitswesen, 1. Auflage, Düsseldorf 2011, zitiert als: *Boemke/Schneider*, in: Korruptionsprävention im Gesundheitswesen.

Brettel, Hauke/Duttge, Gunnar/Schuhr, Jan C.: Kritische Analyse des Entwurfs eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen, JZ 2015, S. 929 ff.; zitiert als: *Brettel/Duttge/Schuhr*, in: JZ 2015, S.929 ff.

Brettel, Hauke/Schneider, Hendrik: Wirtschaftsstrafrecht, 1. Auflage, Baden-Baden 2014, zitiert als: *Brettel/Schneider*, in: Wirtschaftsstrafrecht.

Bülow-Ring-Artz-Brixius, Kommentar, 5. Auflage, 2016, § 7 Rn. 89, zitiert als: *Bülow-Ring-Artz-Brixius, Kommentar, 5. Auflage, § 7 Rn. 89*

Dahm, Franz-Josef/Flasbarth, Roland/Bäune, Stefan: Vertragsärztliche Versorgung unter dem GKV-Versorgungsstrukturgesetz – GKV-VStG, MedR 2012, S. 77 ff., zitiert als: *Dahm/Flasbarth/Bäune*, in: MedR 2012, S. 77 ff.

Dieners, Peter: Handbuch Compliance im Gesundheitswesen, 3. Auflage, München 2010, zitiert als: *Bearbeiter* in: Dieners, Compliance.

Dieners, Peter: Die neuen Tatbestände zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen, PharmR 2015, S. 529 ff., zitiert als: *Dieners*, in: PharmR 2015, S. 529 ff.

Doepner, Ulf: Kommentar zum Heilmittelwerbegesetz § 7 Rdnr. 23, zitiert als: *Doepner, Kommentar zum Heilmittelwerbegesetz § 7 Rdnr. 23*

Fischer, Thomas: Kommentar zum StGB, 63. Auflage, München 2016, zitiert als: *Fischer*, in: StGB-Kommentar.

Fischer, Thomas: Korruptionsverfolgung im Gesundheitswesen – dringender denn je!, medstra 2015, S. 1 f., zitiert als: *Fischer*, in: medstra 2015, S. 1 f.

Friedhoff, Tobias: Die straflose Vorteilsnahme, 1. Auflage, Rehm 2012, zitiert als: *Friedhoff*, in: Die straflose Vorteilsnahme.

Fulda, Christian B.: Alter Wein oder alles Essig? Zur Erstreckung von § 128 SGB V auf die Arzneimittelversorgung in der GKV, PharmR 2010, S. 94 ff., zitiert als: *Fulda*, in: PharmR 2010, S. 94 ff.

Fürsen/Schmidt: Drittmittelinwerbung – strafbare Dienstpflicht? JR 2004, S. 57 ff., zitiert als: *Fürsen/Schmidt*, in: JR 2004, S. 57 ff.

Gaede, Karsten: Patientenschutz und Indizienmanagement – Der Regierungsentwurf zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen, *medstra* 2015, S. 263 ff., zitiert als: *Gaede*, *medstra* 2015, S. 263 ff.

Gaede, Karsten; **Lindemann**, Michael; **Tsambikakis**, Michael: Licht und Schatten – Die materiellrechtlichen Vorschriften des Referentenentwurfs des BMJV zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen, *medstra* 2015, S. 142 ff., zitiert als: *Gaede/Lindemann/Tsambikakis*, in: *medstra* 2015, S. 142 ff.

Gädigk, Cornelia: Sonderrecht für Ärzte – Ein Entwurf aus Sicht der Ermittlungspraxis, *medstra* 2015, S. 268 ff., zitiert als: *Gädigk*, in: *medstra* 2015, S. 268 ff.

Geiger, Daniel: Das Angemessenheitspostulat bei der Vergütung ärztlicher Kooperationspartner, *A&R* 2013, S. 99 ff., zitiert als: *Geiger*, in: *A&R* 2013, S. 99 ff.

Geiger, Daniel: Neues Strafbarkeitsrisiko § 299a StGB – Chance für die Healthcare-Compliance? *medstra* 2015, S. 97 ff., zitiert als: *Geiger*, in: *medstra* 2015, S. 97 ff.

Geiger, Daniel: Rabatte im Arzneimittelhandel – erwünschter Preiswettbewerb oder verbotene Korruption? *medstra* 2016, S.9 ff.; zitiert als: *Geiger*, in: *medstra* 2016, S.9 ff.

Goedel, Ursula: Spenden, Sponsoren, Staatsanwalt, *PharmR* 2001, S. 22 ff., zitiert als: *Goedel*, in: *PharmR* 2001.

Halbe, Bernd: Moderne Versorgungsstrukturen: Kooperation oder Korruption. Bestandsaufnahme und Ausblick, *MedR* 2015, S. 168 ff., zitiert als: *Halbe*, in: *MedR* 2015, S. 168 ff.

Hauschka, Christoph (Hrsg.): *Corporate Compliance Handbuch*, 2. Auflage, München 2010, zitiert als: *Bearbeiter*, in: *Hauschka, Corporate Compliance*.

Hefendehl, Roland: *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 1. Auflage, Köln 2002, zitiert als: *Hefendehl*, in: *Kollektive Rechtsgüter*.

Immenga, Ulrich/**Mestmäcker**, Ernst-Joachim (Hrsg.): *Wettbewerbsrecht*, Band 1. EU/Teil 1, 5. Auflage, München 2012, zitiert als: *Bearbeiter*, in: *Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht*, Band 1. EU/Teil 1

Jary, Kathrin: Anti-Korruption – Neue Gesetzesvorhaben zur Korruptionsbekämpfung im Gesundheitswesen und im internationalen Umfeld, PharmR 2015, S. 99 ff., zitiert als: *Jary*, in: PharmR 2015, S. 99 ff.

Joecks, Wolfgang/**Miebach**, Klaus (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Auflage, München 2014, zitiert als: *Bearbeiter*, in: MüKo StGB.

Kaufmann, Marcel/**Voland**, Thomas: „Ich war noch niemals in New York...“ - Die Auswirkungen des § 128 SGB V auf das Angebot von Schulungsmaßnahmen und sonstigen Leistungen durch die pharmazeutische Industrie, NZS 2011, S. 281 ff., zitiert als: *Kaufmann/Voland*, in: NZS 2011, S. 281 ff.

Kindhäuser, Urs/**Neumann**, Ulfrid/**Paeffgen**, Hans-Ullrich (Hrsg.): Strafgesetzbuch Kommentar, Band 3, 4. Auflage, Baden-Baden 2013, zitiert als: *Bearbeiter*, in: K/N/P StGB.

Klein, Franz (Hrsg.): Abgabenordnung, 12. Auflage, München 2014; zitiert als: *Bearbeiter*, in: Klein, AO.

Kloesel-Cyran, Kommentar zum Arzneimittelgesetz, § 47 Rn. 51, zitiert als: *Kloesel-Cyran*, Kommentar zum Arzneimittelgesetz, § 47 Rn. 51

Kölbel, Ralf: §§ 299a ff. StGB und die unzuträgliche Fokussierung auf den Wettbewerbsschutz, medstra 2016, S. 193 f., zitiert als: *Kölbel*, in: medstra 2016, S. 193 f.

Kubiciel, Michael: Zur Legitimation der §§ 299a Abs. 1 Nr. 2, 299b Abs. 1 Nr. 2 StGB-E, KPzKP 2/2016, S. 3 ff., zitiert als: *Kubiciel*, in: KPzKP 2/2016, S. 3 ff.

Kubiciel, Michael: Bestechung und Bestechlichkeit im Gesundheitswesen – Grund und Grenze der §§ 299a, 299b StGB – E, MedR 2016, S.1 ff., zitiert als: *Kubiciel*, in: MedR 2016, S.1 ff.

Kubiciel, Michael: Kriminalisierung der Korruption im Gesundheitswesen - Inhalt und Tragweite der §§ 299a, 299b StGB, jurisPR-StrafR 11/2016, 1 ff., zitiert als: *Kubiciel*, in: jurisPR-StrafR 11/2016, 1 ff.

Lackner, Karl/**Kühl**, Kristian (Hrsg.): Kommentar zum StGB, 28. Auflage, München 2014, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Lackner/Kühl StGB.

Jähnke, Burkhard (Hrsg.): Leipziger Kommentar zum StGB, Band 10, 12. Auflage, Berlin 2008, zitiert als: *Bearbeiter*, in: LK-StGB.

Jähnke, Burkhard (Hrsg.): Leipziger Kommentar zum StGB, Band 13, 12. Auflage, Berlin 2013, zitiert als: *Bearbeiter*, in: LK-StGB.

Montgomery, Frank Ulrich; **Hübner**, Marlis, **Dörfer**, Bert-Sebastian; **Kreitz**, Svenja; **Lehmann**, Anja: Vertragsärztliche Tätigkeit – eine berufsrechtsfreie Zone? MedR 2015, S. 555 ff., zitiert als: *Montgomery* u.a., in: MedR 2015, S. 555 ff.

Nöckel, Anja: Grundprobleme zu § 299 StGB Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr, ZJS 2013, S. 50 ff., zitiert als: *Nöckel*, in ZJS 2013, S. 50 ff.

Nöckel, Anja: Grund und Grenzen eines Marktwirtschaftsstrafrechts, 2012, zitiert als: *Nöckel*, in: Grund und Grenzen eines Marktwirtschaftsstrafrechts

Orlowski, Ulrich/**Rau**, Ferdinand/**Wasem**, Jürgen/**Zipperer**, Manfred: GKV-Kommentar SGB V, 26. Aktualisierung 2012, zitiert als: *Bearbeiter*, in: GKV-Kommentar SGB V.

Pragal, Oliver/**Handel**, Timo: Der Regierungsentwurf zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen – ein großer Wurf mit kleinen Schwächen (Teil 1), medstra 2015, S. 337 ff., zitiert als: *Pragal/Handel*, in: medstra 2015, S. 337 ff.

Ratzel, Rudolf: Beteiligung von Ärzten an Unternehmen im Gesundheitswesen, ZMGR 2012, S. 258 ff., zitiert als: *Ratzel*, in: ZMGR 2012, S. 258 ff.

Rotsch, Thomas: Criminal Compliance, 1. Auflage, Baden–Baden, 2014, zitiert als: *Bearbeiter* in: Criminal Compliance.

Roxin, Claus: Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts? in: Roland Hefendehl (Hrsg.), Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus. Symposium für Bernd Schünemann. München 2005, S. 135 ff., zitiert als: *Roxin*, in: Schünemann-Symposium, S. 135 ff.

Rübenstahl, Markus; **Bittmann**, Folker; **Brockhaus**, Matthias; **Tsambikakis**, Michael; **Schröder**, Kathie: WisteV-Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen – § 299a; <http://www.wi->

j.de/index.php/de/component/k2/item/356-wistev-stellungnahme-zum-entwurf-ei-nes-gesetzes-zur-bekämpfung-der-kor-ruption-im-gesundheitswesen---§-299a-StGB, zitiert als: *Rübenstahl* u.a., in: WisteV Stellungnahme 2015.

Rengier, Rudolf: Strafrecht Besonderer Teil II, 16. Auflage, München 2015, zitiert als: *Rengier*, in: Strafrecht BT II.

Rixen/Krämer, Apothekengesetz mit Apothekenbetriebsordnung, Kommentar, 2014, § 10, Rdnr. 1, zitiert als: *Rixen/Krämer*, Apothekengesetz mit Apothekenbetriebsordnung, Kommentar, § 10, Rdnr. 1

Schmola/Rapp: Compliance, Risikomanagement und Governance im Krankenhaus - Rechtliche Anforderungen - Praktische Umsetzung - Nachhaltige Organisation, Springer Verlag, 1. Auflage 2016, S. 59 ff., zitiert als: *Geiger* in: Schmola/Rapp, Compliance, Risikomanagement und Governance im Krankenhaus - Rechtliche Anforderungen - Praktische Umsetzung - Nachhaltige Organisation, Springer Verlag

Schneider, Hendrik/**Ebermann**, Thorsten: Der Regierungsentwurf zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen, A&R 2015, S. 202 ff., zitiert als: *Schneider/Ebermann*, in: A&R 2015, S.202 ff.

Schneider, Hendrik/**Ebermann**, Thorsten: Das Strafrecht im Dienste gesundheitsökonomischer Steuerungsinteressen, Zuweisung gegen Entgelt als "Korruption" de lege lata und de lege ferenda, in: HRRS 2013, S. 219 ff., zitiert als: *Schneider/Ebermann*, in: HRRS 2013, S. 219 ff.

Schneider, Hendrik/**Kaltenhäuser**, Niels: An den Grenzen des kreativen Strafrechts – Das Problem der akzessorischen Begriffsbildung im Wirtschaftsstrafrecht des Arztes, in: medstra 2015, S. 24 ff., zitiert als: *Schneider/Kaltenhäuser*, in: medstra 2015, S. 24 ff.

Schneider, Hendrik/**Seifert**, Laura: Sieg der Vernunft! Korruptionsbekämpfungsgesetz: Der Krimi von Berlin, Der Krankenhaus-Justiziar 2016, Heft 2, S. 8 f., zitiert als: *Schneider/Seifert*, in: Der Krankenhaus-Justiziar 2016, Heft 2, S. 8 f.

Schneider, Hendrik/**Strauß**, Erik: Die Zukunft der Anwendungsbeobachtungen. Rechtssichere Grenzen zwischen Korruption und zulässiger Kooperation angesichts

der aktuellen Vorlagebeschlüsse des 3. und 5. Strafsenats des Bundesgerichtshofs, HRRS 2011, S. 333 ff., zitiert als: *Schneider/Strauß*, in: HRRS 2011, S. 333 ff.

Schneider, Hendrik: Wachstumsbremse Wirtschaftsstrafrecht. Problematische Folgen überzogener Steuerungsansprüche und mangelnder Randschärfe in der wirtschaftsstrafrechtlichen Begriffsbildung, NK 2012, S. 30 ff., zitiert als: *Schneider*, in: NK 2012, S. 30 ff.

Schneider, Hendrik: Unberechenbares Strafrecht. Vermeidbare Bestimmtheitsdefizite im Tatbestand der Vorteilsannahme und Ihre Auswirkungen auf die Praxis des Gesundheitswesens; in ders. (Hrsg.): Festschrift für Manfred Seebode zum 70. Geburtstag, 2008, S. 331 ff., zitiert als: *Schneider*, in: Festschrift für Manfred Seebode zum 70. Geburtstag, 2008, S. 331 ff.

Schneider, Hendrik: Sonderstrafrecht für Ärzte? - Eine kritische Analyse der jüngsten Gesetzentwürfe zur Bestrafung der "Ärztelkorrption", HRRS 2013, S. 473 ff., zitiert als: *Schneider*, in: HRRS 2013, S. 473 ff.

Schneider, Hendrik: Das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen und die Angemessenheit der Vergütung von HCP. Wie viel Unsicherheit steckt im Vernunftstrafrecht? medstra 2016, S. 195 ff., zitiert als *Schneider*, in: medstra 2016, S 195 ff.

Scholz, Karsten: Die Unzulässigkeit von Zuwendungen und Vorteilen nach § 73 Abs. 7 und § 128 Abs. 2 S. 3 SGB V, GesR 2013, S. 12 ff., zitiert als: *Scholz*, in: GesR 2013, S. 12 ff.

Schönke, Adolf/**Schröder**, Horst (Hrsg.): Kommentar zum Strafgesetzbuch, 29. Auflage, München 2014, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Schönke/Schröder.

Schröder, Thomas: Korruptionsbekämpfung im Gesundheitswesen durch Kriminalisierung von Verstößen gegen berufsrechtliche Pflichten zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit: Fünf Thesen zu den §§ 299a, 299b StGB des Regierungsentwurfs vom 29.07.2015, Teil 1, NZWiSt 2015, S.321 ff.; zitiert als: *Schröder*, in: NZWiSt 2015, S. 321 ff.

Spickhoff, Andreas: Medizinrecht, 2. Auflage, 2014, § 331 StGB, S. 2765, Rn. 33, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Spickhoff, Medizinrecht.

Stallberg, Christian, Die Verpackung von Arzneimitteln als Werbeträger? Gestaltungsmöglichkeiten im Lichte der „Voltaren“-Entscheidung des OLG München, WRP 2011, S. 1525 ff., zitiert als: *Stallberg*, WRP 2011, 1525

Steenbreker, Thomas: Korruptionsbekämpfung in sonstiger Weise: § 299a E-StGB und Strafgesetzgebung im Gesundheitswesen, MedR 2015, S. 660 ff., zitiert als: *Steenbreker*, in: MedR 2015, S. 660 ff.

Taschke, Jürgen/**Zapf**, Daniel: §§ 299a, 299b StGB-E. Folgen für die Kooperation zwischen Pharmaunternehmen und Medizinprodukteherstellern mit niedergelassenen Ärzten, in: medstra 2015, S. 332 ff., zitiert als: *Taschke/Zapf*, in: medstra 2015, S 332 ff.

Tiedemann, Klaus: Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, Bd. 27. Tübingen 1969; zitiert als: *Tiedemann*, in: Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht.

Tsambikakis, Michael: Kommentierung des Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen, in: medstra 2016, S. 131 ff., zitiert als: *Tsambikakis*, in: medstra 2016, S. 131 ff.

Walz, Christian: Das Ziel der Auslegung und die Rangfolge der Auslegungskriterien, ZJS 2010, S. 482 ff., zitiert als: *Walz*, in: ZJS 2010, S. 482 ff.

Wessels, Johannes/**Hettinger**, Michael, Strafrecht Besonderer Teil 1, 34. Auflage, Heidelberg 2010, zitiert als: *Wessels/Hettinger*, in: Strafrecht BT 1.

Wittig, Petra: Wirtschaftsstrafrecht, 3. Auflage, München 2014, zitiert als: *Wittig*, in: Wirtschaftsstrafrecht.

Wittmann, Christian/**Koch**, Detlef: Die Zulässigkeit gesellschaftsrechtlicher Beteiligung von Ärzten an Unternehmen der Hilfsmittelbranche im Hinblick auf § 128 Abs. 2 SGB V und das ärztliche Berufsrecht, MedR 2011, S. 476 ff., zitiert als: *Wittmann/Koch*, in: MedR 2011, S. 476 ff.

2. Einleitung

Nach einem zähen Ringen der politischen Akteure um die richtige Fassung des Gesetzes und einem bemerkenswerten Paradigmenwechsel am 13.04.2016,

näher zu den politischen Hintergründen: *Schneider*, in: *medstra* 2016, S. 195 ff., sowie *Schneider/Seifert*, in: *Der Krankenhaus-Justiziar* 2016, Heft 2, S. 8 f.

ist mit Wirkung zum 04.06.2016 das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen (BT-Drucksache 18/8106 v. 13.04.16) in Kraft getreten.

Ziel des Gesetzes ist die Schließung der Strafbarkeitslücken im bisher geltenden Korruptionsstrafrecht durch Einbezug der niedergelassenen Ärzte in den Anwendungsbereich der auf der Seite der Vorteilsnehmer als Sonderdelikte ausgestalteten Straftatbestände. Der Gesetzgeber folgt damit einem Appell des Großen Senats des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, der am Schluss seiner bekannten Vertragsarztsentscheidung (vom 29.03.2012, GSSt 2/11) zu Recht dargelegt hat, das Schließen von Strafbarkeitslücken sei nicht Aufgabe der Rechtsprechung, sondern der Strafgesetzgebung,

näher zu diesen mittlerweile rechtshistorischen Zusammenhängen: *Geiger*, in *medstra* 2015, S. 97 ff., S. 98 sowie *Wissing/Cierniak*, in: *NZWiSt* 2016, S. 41 ff.

Die noch immer hoch komplexen Straftatbestände der §§ 299a und 299b StGB knüpfen an das besondere persönliche Merkmal (§ 28 Abs. 1 StGB) „Angehöriger eines Heilberufs“ an, so dass nunmehr grundsätzlich auch niedergelassene Ärzte und Apotheker taugliche Täter eines Bestechungsdeliktes sein können. Diese Berufsgruppen umfassen derzeit rund 123.629 Ärzte und 17.387 Apotheker (siehe dazu Statistik des IFB zur zahlenmäßigen Struktur der Selbstständigen in Freien Berufen, Stand 01.01.2014), die sich seit 04.06.2016 erstmals wegen Bestechlichkeit (im Gesundheitswesen) strafbar machen können.

Der BPI hat dieses Regelungsanliegen seit Beginn der Diskussion im Anschluss an die Entscheidung des Großen Strafsenats vom 29.03.2012 grundsätzlich gestützt. Denn der Umstand, dass Ärzte in Kliniken für die Annahme von Vorteilen und das Vorliegen einer Unrechtsvereinbarung schwer bestraft werden konnten, während ihre niedergelassenen Kollegen straffrei blieben, stellte ein Gleichheits- und Gerechtig-

keitsdefizit dar. Außerdem war die Rechtspraxis darum bemüht, die Regelungslücke durch extensive Auslegung anderer Straftatbestände (namentlich der Untreue oder des Betruges) zu schließen. Dies führte zu einer kriminalpolitisch nachvollziehbaren Überdehnung der genannten Tatbestände, die aber mit einem Verlust an Berechenbarkeit und Rechtssicherheit einherging. Vor diesem Hintergrund wird nunmehr durch Einführung der §§ 299a, 299b StGB Klarheit geschaffen.

Trotz einer Bereinigung des Wortlauts aufgrund des Richtungswechsels vom 13.04.2016 sind aber komplexe Regelungen entstanden, die zahllose Auslegungsprobleme aufwerfen und daher insbesondere in der Praxis zu weiterer Rechtsunsicherheit führen. Dürfen noch Einladungen zu Fortbildungsveranstaltungen oder zu Geschäftsessen ausgesprochen werden? Ist Weihnachten ein besonderer Anlass, zu dem eine Flasche Wein geschenkt werden darf (oder doch nur für das 25. Praxisjubiläum)? Welche Rahmenbedingungen dürfen bei Firmenbesichtigungen gewährt werden. Welche Vergütung von HCP ist angemessen, wenn diese auf vertraglicher Grundlage für die Industrie tätig sind? Kann es zu einer Kriminalisierung heilmittelwerberechtlich zulässiger Rabatte kommen?

BPI und AKG sehen sich täglich mit vergleichbaren Anfragen konfrontiert und haben in verschiedenen Informationsveranstaltungen zu den unterschiedlichen Entwürfen versucht, einen Beitrag zur Auslegung der einschlägigen Tatbestandsmerkmale und damit zu mehr Rechtssicherheit zu leisten. Dieses Ziel verfolgt auch das vorliegende Dokument, das aus der Tätigkeit der vom BPI eingerichteten [Arbeitsgruppe Antikorruption](#) entstanden ist.

Berlin, den 19.09.2016

Ulf Zumdick, BPI e.V.

Kai Christian Bleicken, AKG e.V.

***Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen,
Prof. Dr. Hendrik Schneider, Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht (u.a.) an der
Juristenfakultät der Universität Leipzig***

3. Tatbestandsmerkmale der §§ 299a, b StGB und ihre Auslegung

3.1 Normzweck/Rechtsgut

Straftatbestände dienen dem Schutz von Rechtsgütern. Hierunter versteht man rechtlich geschützte Interessen des einzelnen Menschen (Individualrechtsgüter) oder der Gesellschaft (Kollektivrechtsgüter). Rechtsgüter haben bei der Auslegung der Strafgesetze eine wichtige Funktion. So kann beispielsweise ein Verhalten, das zwar unter den Wortlaut einer Norm subsumiert werden kann, aber das geschützte Rechtsgut nicht beeinträchtigt, aus dem Anwendungsbereich des Strafgesetzes ausgeschlossen werden (teleologische Reduktion). Ferner ist die Auslegung nach dem geschützten Rechtsgut eine zentrale Methode der Gesetzeshermeneutik. Vor diesem Hintergrund gilt es, das Rechtsgut der §§ 299a, 299b StGB zu bestimmen.

In der Gesetzesbegründung ist ausgeführt, dass §§ 299a, b StGB einem Rechtsgut-spluralismus verpflichtet sind,

BT Drucksache 18/6446, S. 12 f. (eigene Hervorhebung):

„Die Straftatbestände verfolgen einen doppelten Rechtsgüterschutz. Er dient der Sicherung eines **fairen Wettbewerbs** im Gesundheitswesen und kommt damit der ganz großen Mehrheit der ehrlich arbeitenden und Korruptionsrisiken vermeidenden Ärzte, Apotheker und sonstigen Heilberufsausübenden zugute. Er dient ferner dem **Schutz des Vertrauens der Patienten in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen**. Mittelbar wird der Straftatbestand auch die **Vermögensinteressen der Wettbewerber** im Gesundheitswesen sowie der **Patienten und der gesetzlichen Krankenversicherung** schützen.“

Die Entwurfsbegründung unterscheidet folglich zwischen Rechtsgütern einerseits (Sicherung des fairen Wettbewerbs und Schutz des Vertrauens der Patienten in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen) und so genannten „Schutzreflexen“ andererseits (Vermögensinteressen der Wettbewerber im Gesundheitswesen sowie der

Patienten und der gesetzlichen Krankenversicherung).

Bei näherem Hinsehen ist indessen auch der „Schutz des Patienten in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen“ ein Schutzreflex des primär geschützten Wettbewerbs. Auch bei § 299 StGB wird der Schutz des Verbrauchers im Tatbestand nicht erwähnt. Dies ist nicht erforderlich, weil vom Schutz eines lautereren Wettbewerbs auch der Verbraucher profitiert,

vgl. *Krick*, Münchener Kommentar zum StGB, 2. Auf. 2014, § 299, Rn. 2.

§ 299a schützt daher den Wettbewerb im Gesundheitswesen. Dies ist eine Teilmenge des Wettbewerbs insgesamt. Durch dessen Schutz wird folglich auch der Patient (Teilmenge der Verbraucher) geschützt.

Die Schutzreflexe haben keine eigenständige Funktion bei der Auslegung der Straftatbestände. Insbesondere ist es seitens des Gesetzgebers nicht beabsichtigt, dass die Schutzreflexe eine Korrektivfunktion (im Rahmen der teleologischen Reduktion) übernehmen sollen und etwa die Korruption nur dann strafbar wäre, wenn der zugewendete Vorteil (zum Nachteil des Patienten oder des Kostenträgers der ärztlichen Behandlung) zum Beispiel in das verordnete Medikament eingepreist ist.

3.2 Aufbau der §§ 299a und b StGB

3.2.1 Differenzierung zwischen Vorteilsnehmern (§ 299a StGB) und Vorteilsgebern (§ 299b StGB)

Ebenso wie § 299 StGB und §§ 331 ff. StGB sind §§ 299a, b StGB spiegelbildlich aufgebaut. § 299a StGB ist einschlägig für die Vorteilsnehmer. § 299b StGB bezieht sich demgegenüber auf die Vorteilsgeber. Die Strafrahmen beider Straftatbestände sind identisch. Dies stellt einen Systembruch dar, denn nur die Tathandlung des Vorteilsnehmers beeinträchtigt die geschützten Rechtsgüter unmittelbar. Die Tat des Vorteilsgebers ist somit ein Fall der zur Täterschaft hochgestuften Teilnahme an der Tat des Vorteilsnehmers. Dies wäre durch abgestufte Strafrahmen zu berücksichtigen gewesen,

so auch *Wessels/Hettinger*, in: Strafrecht BT I, § 331, Rn. 1121 f. (bzgl. §§ 331 ff. StGB).

Wie nachstehend näher ausgeführt, ist § 299a als echtes Sonderdelikt ausgestaltet. Als echtes Sonderdelikt wird jeder Straftatbestand bezeichnet, der nur von einem Täter mit bestimmten besonderen persönlichen Merkmalen, z.B. durch Innehaben einer bestimmten Pflichtenstellung, begangen werden kann, vgl.

Brettel/Schneider, in: Wirtschaftsstrafrecht, § 2, Rn. 5.

Der Vorteilsnehmer muss „Angehöriger eines Heilberufs sein, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert“. Die Umschreibung des Kreises der sonderdeliktsverpflichteten Angehörigen von Heilberufen ist ein strafbegründendes besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 Abs. 1 StGB. Daraus folgt, dass Personen, die dieses Merkmal nicht aufweisen (zum Beispiel die Ehefrau des bestochenen Arztes, die als Anwältin tätig ist und ihr Konto für die Überweisung des tatbestandsmäßigen Vorteils zur Verfügung stellt), keine Täter, das heißt auch keine Mittäter, sondern nur Teilnehmer sein können,

BGH, Urteil v. 08.01.1975 – 2 StR 567/74,

zu den Amtsdelikten der §§ 331 ff.; *Fischer*, in StGB-Kommentar, § 331, Rn. 38; *Heine*, in: Schönke/Schröder, Vorbem. §§ 331 ff., Rn. 5; *von Heintschel-Heineg* in: BeckOK StGB, § 331, Rn. 49; *Korte*, in: MüKo StGB, § 331, Rn. 187 f.; *Kuhlen*, in: K/N/P StGB, § 331, Rn. 139; *Heger*, in: Lackner/Kühl StGB, Vorbem. §§ 331 ff.; Rn. 2; *Schuhr*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 338, Rn. 83; *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, in: Strafrecht BT, § 49, Rn. 5 f.

Teilnahme (Anstiftung und Beihilfe) ist aber nach den allgemeinen Regeln möglich.

Der Vorteilsgeber, der bei den hier interessierenden praxisrelevanten Fallkonstellationen in der Regel in einem Unternehmen der Arzneimittelindustrie tätig sein wird, kann demgegenüber „Jedermann“ sein. Er oder sie muss daher keine besonderen persönlichen Merkmale erfüllen, um strafbar wegen Bestechung im Gesundheitswesen gem. § 299b StGB zu sein. Da sich nach deutschem Strafrecht nur natürliche Personen (Menschen) und keine Unternehmen strafbar machen können, trifft die strafrechtliche Verantwortlichkeit die konkret handelnden Mitarbeiter. Dies wirft schwierige wirtschaftsstrafrechtliche Abgrenzungsfragen zwischen Täterschaft und Teilnahme auf. Ist der Außendienstmitarbeiter, der ein von der Leitung Marketing

entwickeltes und von der Geschäftsführung toleriertes Vertriebskonzept, das unter § 299b StGB fällt, umsetzt, Täter oder Teilnehmer oder wird unter Umständen nur der Mitarbeiter auf der höheren Hierarchieebene zur Verantwortung gezogen? Die Thematik wird im Wirtschaftsstrafrecht unter dem Stichwort der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme in hierarchischen Organisationsstrukturen erörtert,

näher: *Brettel/Schneider*, in: Wirtschaftsstrafrecht, § 2 IV 4, S. 88 ff.

und ist noch nicht abschließend geklärt.

3.2.2 Wegfall der Differenzierung zwischen § 299a, b Abs. 1 einerseits und Abs. 2 StGB andererseits – Konsequenzen für die Praxis

Wie bereits in der Einleitung dargelegt, kam es am 13.04.2016 zu einem kriminalpolitischen Richtungswechsel, der sich in Aufbau und Wortlaut der zum 04.06.2016 eingeführten Straftatbestände niedergeschlagen hat,

näher: *Tsambikakis*, in: medstra 2016, S. 131 ff.; *Schneider*, in: medstra 2016, S. 195 ff.; kritisch: *Kubiciel*, in: jurisPR-StrafR 11/2016, 1 ff.: „Es ist eine Frage der Zeit, bis Europäische Kommission und internationale Organisationen die lückenhafte Fassung der §§ 299a, 299b StGB kritisieren werden“, sowie *Kölbel*, in: medstra 2016, S. 193 f.

Noch der Regierungsentwurf vom 21.10.2015 enthielt zwei Anknüpfungspunkte für eine tatbestandsmäßige Unrechtsvereinbarung, auf die in § 299a Abs. 1 StGB-E 21.10.2015 und § 299b StGB-E 21.10.2015 Bezug genommen wurde. Nur Absatz 1 der §§ 299a, 299b StGB-E 21.10.2015 bezog sich alternativ auf zwei unterschiedliche tatbestandliche Gegenleistungen des Heilberufers für die Vorteilsgewährung: (1) unlautere Bevorzugung und (2) Berufsrechtspflichtverletzung. Abs. 2 der §§ 299a, b StGB bezog sich demgegenüber ausschließlich auf die Berufsrechtspflichtverletzung. Die dargelegte Unterscheidung stand im Zusammenhang mit den tatbestandlichen Varianten des Verhaltens auf dem Gesundheitsmarkt (kurz: Marktverhalten). Soweit es um Arzneimittel geht, wurden und werden nur solche Zuwendungen als tatbestandsmäßig angesehen, die im Zusammenhang mit der **Verordnung**, **Abgabe** oder dem **Bezug** von Arzneimitteln stehen.

Dem Gesetzgeber des Regierungsentwurfes vom 15.07.2015 war nun daran gelegen, Vorteilsgewährungen im Zusammenhang mit dem Bezug von Arzneimitteln unter engeren Voraussetzungen unter Strafe zu stellen, als Zuwendungen im Zusammenhang mit der Verordnung oder Abgabe der Arzneimittel. Hintergrund war die Erkenntnis, dass

„sich bei Bezugsentscheidungen die Unlauterkeit einer Bevorzugung auch aus Verstößen gegen Preis- und Rabattvorschriften ergeben kann, bei denen es an einem korruptionsspezifischen Unrechtsgehalt sowie an einer Beeinträchtigung des Vertrauens in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen fehlt“ (BT Drucksache 18/6446, S. 22).

Ziel war es also, Verstöße gegen Preis und Rabattvorschriften, deren Verletzung nach HWG als Ordnungswidrigkeit geahndet werden kann, nicht zu einer Korruptionstat „hoch zu stufen“. Um dies zu erreichen, bezog sich der Regierungsentwurf vom 15.07.2015 in §§ 299a Abs. 2, 299b Abs. 2 StGB-E, in dem das Marktverhalten des Bezugs geregelt war, lediglich auf die Berufsrechtspflichtverletzung und nicht auf die unlautere Bevorzugung im Wettbewerb.

Im weiteren Gesetzgebungsprozess und aufgrund der Kritik unter anderem auch des BPI wurde sodann die Berufsrechtspflichtverletzung als Anknüpfungspunkt für die Unrechtsvereinbarung fallen gelassen. In der Stellungnahme des Herrn Dr. Marco Luczak, Mitglied des Bundestages der CDU und stellvertretender Vorsitzender des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz zu dem dargestellten Richtungswechsel wurde dies mit denselben Argumenten begründet, die seitens des BPI und anderer,

z.B. *Gaede/Lindemann/Tsambikakis*, in: *medstra* 2015, S. 142 ff., S. 152 f.; *Aldenhoff/Valuett*, in: *medstra* 2015, S. 195 ff., S. 196 f.; *Dieners*, in: *PharmR* 2015, S. 529 ff., S. 531 f.; *Geiger*, in: *medstra* 2015, S. 97 ff., S. 103; *Schneider*, in: *HRRS* 2013, S. 473 ff.; *Schneider/Kaltenhäuser*, in: *medstra* 2015, S. 24 ff., S. 30; und *Steenbreker*, in: *MedR* 2015, S. 660 ff., 662 f.,

zuvor im Rahmen einer verfassungsrechtlich fundierten Kritik der Regelung vorgetragen wurden. Wörtlich führt Luczak wie folgt aus:

„Der Bundesgesetzgeber hätte hier nämlich auf Berufspflichten Bezug genommen, die in den einzelnen Bundesländern durch die Berufskammern sehr unterschiedlich geregelt und ausgelegt werden. Folge wäre nicht nur ein Legitimationsdefizit gewesen, sondern möglicherweise auch eine unterschiedliche Strafbarkeit. Diese verfassungsrechtlichen Zweifel haben wir als Gesetzgeber ernst genommen und daher die zweite Tatbestandsalternative gestrichen. Denn das gleiche Verhalten eines Arztes darf nicht in einem Bundesland erlaubt, in einem anderen Land aber als Korruption strafbar sein. Ein solcher Flickenteppich hätte zu Rechtsunsicherheit geführt, das wollte ich unbedingt vermeiden.“

Der Richtungswechsel war das Ergebnis einer Auseinandersetzung zwischen zwei unterschiedlichen Meinungen in Kriminalpolitik und strafrechtswissenschaftlichem Schrifttum. Auf der einen Seite wurde von den Befürwortern des Regierungsentwurfs vom 15.07.2015 geltend gemacht, die Variante der „Berufsausübungspflichtverletzung“ sei kriminalpolitisch erforderlich, weil es Korruption in Märkten ohne Wettbewerb gäbe. Die verfassungsrechtlichen Kritikpunkte der Gegner des Entwurfes hätten keinen Bestand,

vgl. die Arbeiten von *Gädigk*, in: *medstra* 2015, S. 268 ff.; *Fischer*, in: *medstra* 2015, S. 1 f., S. 2.; *Schröder*, in: *NZWiSt* 2015, S. 321 ff.; *Kubiciel*, in: *KPzKP* 2/2016, S. 3 ff.; *Kubiciel*, in: *MedR* 2016, S. 1 ff. vergleichbare Argumentation, wenn auch abgeschwächt, ferner bei *Schröder*, in: *NZWiSt* 2015, S. 321 ff., S. 325.

Auf der anderen Seite stand das Argument, bei dem Begriff der Berufsausübungspflichtverletzung handele es sich um ein Blankettmerkmal, das den Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG nicht standhalte. Die inhaltliche Ausgestaltung der Berufsausübungspflichtverletzung durch das von den Landesärztekammern verabschiedeten Berufsordnungen verletze ferner die Wesentlichkeitstheorie. Nach dieser vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Lehre dürfen Grundrechtseingriffe, die, wie das Strafrecht, die grundgesetzlich garantierten Freiheiten wesentlich beschneiden können, nur durch ein Parlamentsgesetz erfolgen. Schließlich wurde der kriminalpolitische Bedarf des Auffangtatbestands verneint,

vgl. *Gaede/Lindemann/Tsambikakis*, in: *medstra* 2015, S. 142 ff., S. 152 f., die, aufgrund der nur wenigen im Entwurf selbst aufgezeigten denkbaren Fallvarian-

ten, in denen es an einem Wettbewerb fehlen sollte, keine Rechtfertigung für die Weite der Nr. 2 sahen. Als „lebensfremd und hypothetisch“ bezeichnen etwa *Aldenhoff/Valuett*, in: medstra 2015, S. 195 ff., S. 196 f. die im Entwurf angeführte Konstellation der Monopolstellung des Vorteilsgebers und des fehlenden Wettbewerbs; *Dieners*, in: PharmR 2015, S. 529 ff., S. 531 f. sah die Berufsrechtsakzessorietät als verfassungsrechtlich bedenklich an; differenzierter argumentiert *Geiger*, in: medstra 2015, S. 97 ff., S. 103: „Soweit von einer neuen Strafnorm darüber hinaus die Berufsordnungen der Landesärztekammern in Bezug genommen werden ..., würde in verfassungswidriger Weise strafrechtliche Normierungsgewalt auf die Selbstverwaltung der Heilberufe übertragen, weil diese damit zum ‚kleinen Gesetzgeber‘ des Strafrechts würde, wofür ihr verfassungsrechtlich aber Kompetenz und demokratisch Legitimation fehlen.“ Vgl. ferner die Argumente von *Schneider*, in: HRRS 2013, S. 473 ff.; *Schneider/Kaltenhäuser*, in: medstra 2015, S. 24 ff., S. 30 und *Steenbreker*, in: MedR 2015, S. 660 ff., S. 662 f. sowie *Brettel/Duttge/Schuhr*, in: JZ 2015, S. 929 ff., S. 931 f. und *Taschke/Zapf*, in: medstra 2015, S. 332 ff., S. 336.

Mit dem Abschied von der Berufsausübungspflichtverletzung als tauglichem Anknüpfungspunkt für das Vorliegen einer Unrechtsvereinbarung wurde sodann auch die Unterscheidung zwischen Absatz 1 und Absatz 2 in den Tatbeständen der Korruption im Gesundheitswesen obsolet. Sowohl § 299a StGB, als auch § 299b StGB enthalten daher lediglich einen Absatz. Die Gegenleistung des Bestochenen für die Vorteilszuwendung erfüllt nur dann den Tatbestand, wenn sie in einer zumindest ins Auge gefassten unlauteren Bevorzugung im Wettbewerb besteht.

3.3 (Taugliche Täter) Angehöriger eines Heilberufs, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert

3.3.1 Begriff des Heilberufs

Hinsichtlich des Begriffs des Heilberufs, der für die Bestimmung des Sonderdeliktspflichtigen auf der Nehmerseite der möglichen Unrechtsvereinbarung maßgeblich ist, rekurren § 299a StGB und § 299b StGB auf das Heilpraktikergesetz, in dem der Begriff des Heilberufs in § 1 Abs. 2 wie folgt definiert wird:

„berufs- oder gewerbsmäßig vorgenommene Tätigkeit zur Feststellung, Heilung oder Linderung von Krankheiten, Leiden oder Körperschäden bei Menschen, auch wenn sie im Dienste von anderen ausgeübt wird“.

Der Kreis der Sonderdeliktsverpflichteten wird demnach in § 299a StGB ebenso umrissen, wie in § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Darauf weist auch die Entwurfsbegründung explizit hin,

BT-Drucksache 18/6446, S. 17.

3.3.1.1 Aufzählung einzelner Heilberufe

Zu den Heilberufen zählen diejenigen Berufe, deren Tätigkeit durch die Arbeit am und mit dem Patienten geprägt ist. Eine Liste dieser Berufe findet sich auf der Homepage des Bundesministeriums für Gesundheit,

Angehöriger Heilberuf

- **Arzt/Ärztin**
- **Zahnarzt/Zahnärztin**
- **Psychologische/r Psychotherapeut/in**
- **Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeut/in**
- **Apotheker/in**
- **Tierarzt/Tierärztin**
- **Gesundheits- und Krankenpfleger/in**
- **Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger/in**
- **Hebamme/Entbindungspfleger**
- **Ergotherapeut/in**
- **Logopäde/Logopädin**

- **Orthoptist/in**
- **Physiotherapeut/in**
- **Masseur/in und medizinischer Bademeister/in**
- **Krankengymnasten**
- **Diätassistent/in**
- **medizinisch-technische/r Laboratoriumsassistent/in**
- **medizinisch-technische/r Radiologieassistent/in**
- **medizinischtechnische/r Assistent/in für Funktionsdiagnostik**
- **veterinärmedizinisch-technische/r Assistent/in**
- **Podologe/Podologin**
- **Notfallsanitäter/in**
- **pharmazeutisch-technische/r Assistent/in**
- **Altenpfleger/in**

<http://www.bmg.bund.de/themen/gesundheitsystem/gesundheitsberufe/gesundheitsberufe-allgemein.html> (Stand: 29.01.2016).

3.3.1.2 Abgrenzung zwischen Heilberuf und Gesundheitshandwerk

Nicht zu den Heilberufen gehören demnach die sogenannten Gesundheitshandwerker. Zu ihnen zählen die Augentoptiker, Hörgeräteakustiker, Orthopädieschuhtechniker, Orthopädiemechaniker und Bandagisten sowie die Zahntechniker. Weshalb diese durch den Gesetzesentwurf ausgeklammert bleiben, wird in der Entwurfsbegründung nicht erläutert. Auch die Angehörigen dieser Berufsgruppen können in Korruption verstrickt sein. Sie treten aber in der Regel nicht in der Rolle des Vorteilsnehmers, sondern des Vorteilsgebers auf,

vgl. aus dem Bereich der Versorgung mit Hörgeräten den Fall BGH, Urteil v. 15.11.2001 - I ZR 275/99.

Da die §§ 299a, b StGB auf der Seite der Vorteilsgeber als Jedermann delikte ausgestaltet sind, entstehen durch die Begrenzung der Nehmerseite auf Angehörige von Heilberufen insoweit keine wesentlichen Strafbarkeitslücken.

Es kommt nicht darauf an, ob es sich um einen akademischen oder einen nicht akademischen Heilberuf handelt. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut der Norm, der keinen Anhaltspunkt im Hinblick auf eine Eingrenzung auf akademische Heilberufe enthält sowie aus der Gesetzesbegründung,

BT Drucksache 18/6446, S. 17:

„Bei Gesundheitsfachberufen kann es insbesondere zu korruptiven Absprachen kommen, die die Weiterverweisung von Patienten an andere Leistungserbringer zum Gegenstand haben, mit der Folge, dass andere Leistungserbringer, die sich nicht auf solche Praktiken einlassen, im Wettbewerb benachteiligt werden und sich Patienten nicht mehr darauf verlassen können, dass die Entscheidung ausschließlich medizinischen Erwägungen folgt und dem Patientenwohl dient. Es ist daher auch für diese Leistungen mit den Mitteln des Strafrechts sicherzustellen, dass sie wettbewerbskonform und frei von unzulässiger Einflussnahme erbracht werden. Dies gilt umso mehr, als jedenfalls im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung eine Übertragung ärztlicher Aufgaben auf nicht-ärztliche Heilberufsgruppen zu beobachten ist (vgl. § 63 Absatz 3c SGB V) und mit einer Ausklammerung dieser Heilberufsgruppen Schutzlücken entstehen würden.“

3.3.2 Staatlich geregelte Ausbildung für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung

Weiterer gesetzlicher Anknüpfungspunkt für die Bestimmung des Täterkreises ist, dass die Führung der Berufsbezeichnung oder die Berufsausübung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordern. Damit geht die Neufassung des §§ 299a und b StGB deutlich weiter als beispielsweise der bayerische Entwurf des § 299a StGB.

Die in §§ 299a und b StGB geregelte Strafbarkeit der Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen gilt somit nicht nur für Ärzte, sondern für sämtliche Angehörige von Heilberufen, die für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordern.

Hierunter fallen Ärzte vgl. § 2 Abs.1 BOÄ, Zahnärzte gem. § 1 Abs.1 ZHG, Tierärzte nach § 2 Abs. 1 BTÄO, Psychologische Psychotherapeuten gem. § 1 Abs. 1 PsychThG, Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten gem. § 1 Abs. 1 PsychThG und Apotheker vgl. § 2 Abs. 2 BApO, als auch die sogenannten Gesundheitsfachberufe wie z. B. Gesundheits- und Krankenpfleger, Ergotherapeuten, Logopäden und Physiotherapeuten, deren Ausbildung ebenfalls gesetzlich geregelt ist.

Angehöriger Heilberuf	Regelnde Norm
Arzt/Ärztin	Bundesärzteordnung - BÄO
Zahnarzt/Zahnärztin	Gesetz über die Ausübung der Zahnheilkunde - ZHG
Psychologische/r Psychotherapeut/in	Psychotherapeutengesetz - PsychThG
Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeut/in	Psychotherapeutengesetz - PsychThG
Apotheker/in	Bunde-Apothekenordnung - BApO
Tierarzt/Tierärztin	Bundes-Tierärzteordnung - BTÄO
Gesundheits- und Krankenpfleger/in	Krankenpflegegesetz – KrPflG
Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger/in	Krankenpflegegesetz – KrPflG
Hebamme/Entbindungspfleger	Hebammengesetz - HebG
Ergotherapeut/in	Ergotherapeutengesetz – ErgThG

Logopäde/Logopädin	Logopädengesetz – LogopG
Orthoptist/in	Orthoptistengesetz – OrthoptG
Physiotherapeut/in	Masseur-/Physiotherapeutengesetz – MPhG
Masseur/in und medizinische/r Bademeister/in	Masseur-/Physiotherapeutengesetz – MPhG
Krankengymnasten	Masseur-/Physiotherapeutengesetz – MPhG
Diätassistent/in	Diätassistentengesetz – DiätAssG
medizinisch-technische/r Labo- ratoriumsassistent/in	MTA-Gesetz
medizinisch-technische/r Radio- logieassistent/in	MTA-Gesetz
Medizinischtechnische/r Assis- tent/in für Funktionsdiagnostik	MTA-Gesetz
veterinärmedizinisch- technische/r Assistent/in	MTA-Gesetz
Podologe/Podologin	Podologengesetz – PodG
Notfallsanitäter/in	Notfallsanitätergesetz – NotSanG
Rettungsassistent/in (lief zum 31.12.2014 aus)	Rettungsassistentengesetz – RettAssG
pharmazeutisch-technische/r Assistent/in	PTA-Gesetz – PharmTAG
Altenpfleger/in	Altenpflegegesetz – AltPflG

<http://www.bmg.bund.de/themen/gesundheitsystem/gesundheitsberufe/gesundheitsberufe-allgemein.html> (Stand: 21.07.2016).

3.4 Vorliegen eines Eigen- oder Dritt Vorteils

3.4.1 Definition

3.4.1.1 Leistung, auf die kein Anspruch besteht

Hinsichtlich dieser für die §§ 299 f., 331 ff. StGB grundlegenden Rechtsbegriffe des Eigen- oder Dritt Vorteils, die sich auch in §§ 299a und b StGB finden, kann weitgehend auf die gefestigte Rechtsprechung zum geltenden Recht Bezug genommen werden (so auch BT-Drucksache 18/6446, S. 17). Unter einem Vorteil ist demnach

„jede Leistung zu verstehen, auf die der Amtsträger keinen Anspruch hat und die seine wirtschaftliche, rechtliche oder auch nur persönliche Lage objektiv verbessert.“

BGH, Urteil vom 23.05.2002 - Az.: 1 StR 372/01, BGHSt 47, S. 295, S. 304; *Fischer*, in: StGB-Kommentar, § 331 StGB, Rn. 11; *von Heintschel-Heineg*, in: Beck-OK StGB, § 331, Rn. 16; *Kuhlen*, in: K/N/P StGB, § 331, Rn. 39; *Heger*, in: Lackner/Kühl StGB, § 331, Rn. 4; *Korte*, in: MüKo StGB, § 331, Rn. 60; *Heine/Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 331, Rn. 14; *Schuhr*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 338, Rn. 23; ferner: *Gädigk*, in: medstra 2015, S. 268 ff., S. 269; *Gaede/Lindemann/Tsambikakis*, in: medstra 2015, S. 142 ff., S. 149; *Kubiciel*, in: MedR 2016, S. 1 ff., S. 3; *Wissing/Cierniak*, in: NZWiSt 2016, S. 41 ff., S. 43; *Tsambikakis*, in: medstra 2016, S. 131 ff., S. 134. Auch in der Gesetzesbegründung wird explizit auf diese Definition Bezug genommen, vgl. BT-Drucksache 18/6446, S. 17.

Dritt Vorteile sind solche, die der Vorteilsnehmer nicht selbst vereinnahmt, sondern die einem anderen zugutekommen. In der Praxis des Gesundheitswesens handelt es sich insofern zum Beispiel um die Krankenhausbetreibergesellschaft, für die der Vorteilsnehmer tätig ist, um einen Verein, zum Beispiel eine medizinische Fachgesellschaft oder eine Kongressagentur (Vermittlung von Standgebühren), für die der Angehörige des Heilberufs Vorteile einwirbt oder annimmt.

3.4.1.2 Einbezug immaterieller Vorteile

§§ 299a und b StGB wollen ausweislich der Entwurfsbegründung, ohne dies im Wort-

laut im Vergleich zu §§ 331 ff., 299 f. StGB kenntlich zu machen, auch immaterielle Vorteile in den Anwendungsbereich des neuen Rechts einbeziehen. So heißt es in der Entwurfsbegründung (BT-Drucksache 18/6446, S. 17):

„Der Straftatbestand des neuen § 299a StGB geht darüber nur insoweit hinaus als auch immaterielle Vorteile, beispielsweise Ehrungen und Ehrenämter ..., einbezogen werden.“

Insofern könnte ein Health Care Professional etwa mit dem Angebot bestochen werden, ihm werde (ohne Vergütung) die Möglichkeit offeriert, in einer Fachzeitschrift zu publizieren. Der BGH ist der Ausdehnung des Vorteilsbegriffes auf immaterielle Vorteile in seiner Grundsatzentscheidung zum Drittmittelrecht zu Recht kritisch entgegen getreten,

BGH, Urteil v. 23.05.2002 - 1 StR 372/01 (näher zu der Problematik und mit weiteren Nachweisen: *Friedhoff*, in: Die straflose Vorteilsannahme, S. 30; *Korte*, in: MüKo StGB, § 331, Rn. 64 ff.; *Fischer*, in: StGB-Kommentar, § 331, Rn. 11e; *von Heintschel-Heinegg*, in: Beck-OK StGB, § 331, Rn. 18; *Heger*, in: Lackner/Kühl StGB, § 331, Rn. 4; *Korte*, in: MüKo StGB, § 331, Rn. 67; *Kuhlen*, in: K/N/P StGB, § 331, Rn. 45; *Heine*, in: Schönke-Schröder, § 331, Rn. 45; *Schuur*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 338, Rn. 29; ferner: *Gaele/Lindemann/Tsambikakis*, in: medstra 2015, S. 142 ff., S. 149; *Kubiciel*, in: MedR 2016, S. 1 ff., S. 3; *Gädigk*, in: medstra 2015, S. 168 ff., S. 169):

„Soweit gerade im Blick auf eine berufliche Stellung ein solcher Vorteil immaterieller Art in Betracht zu ziehen ist, muß dieser allerdings einen objektiv meßbaren Inhalt haben und den Amtsträger in irgendeiner Weise tatsächlich besser stellen Ob dazu schon die bloße "Befriedigung des Ehrgeizes" oder die Erhaltung oder Verbesserung von "Karrierechancen" genügen kann, wie dies vereinzelt vertreten wird ..., kann hier dahingestellt bleiben, weil das Landgericht darauf nicht abgehoben hat und sich solches auch aus den Feststellungen nicht ergibt. Es erscheint dem Senat zudem eher fernliegend. Ansehensmehrung und Steigerung der wissenschaftlichen Reputation des Angeklagten hier als Vorteil im Sinne des § 331 Abs. 1 StGB begreifen zu wollen, hieße ihm letztlich anzulasten, daß er seine forschungs- und klinikbezogenen Aufgaben möglichst gut zu erfüllen versuchte; eine solche Betrachtung würde den Bereich der objekti-

ven Meßbarkeit oder Darstellbarkeit eines Vorteils verlassen und ins Unbestimmte ableiten.“

Der im Entwurf vorgesehenen Ausdehnung des Vorteilsbegriffs ist mit der herrschenden Meinung im strafrechtswissenschaftlichen Schrifttum zu §§ 299 f., 331 ff. StGB,

Korte, in: MüKo StGB, § 331, Rn. 67; *Kuhlen*, in: K/N/P StGB, § 331, Rn. 39; *Heine/Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 331, Rn. 18.

eine Absage zu erteilen. Die Frage, wann eine immaterielle Besserstellung vorliegt und ob sie den für die Korruptionstatbestände maßgeblichen Dankbarkeitsdruck ausüben kann, lässt sich nicht mit der für das Strafrecht erforderlichen Sicherheit und Berechenbarkeit feststellen. So könnten auch Schmeicheleien und Akte der Wertschätzung und Anerkennung unter den Begriff des Vorteils subsumiert werden (ein anerkennender Blick, ein Augenzwinkern, ein Schreiben, mit dem zu einer Forschungsleistung, zu eingeworbenen Drittmitteln gratuliert wird usw.). Dies führt zu einer „Vergeistigung“ des Vorteilsbegriffs, die im Strafrecht nicht hinnehmbare Auslegungsspielräume eröffnet.

Ob zu §§ 299a, b StGB etwas Anderes lediglich aufgrund des in den Materialien erklärten Willen des Gesetzgebers vertreten werden kann, darf bezweifelt werden. Die amtliche Begründung in BT-Drucksache 18/6446 ist eine Quelle im Rahmen der historischen Auslegung des gesetzlichen Straftatbestandes. Auf sie kommt es entscheidend im Rahmen der so genannten subjektiven Auslegungstheorie an. Diese Theorie bezieht sich als Auslegungsziel auf den Willen des Gesetzgebers und nicht den Willen des Gesetzes, wie dies von der objektiven Auslegungstheorie befürwortet wird,

näher: *Walz*, in: ZJS 2010, S. 482 ff.

Die objektive Theorie ist heute herrschend und wird insbesondere auch vom Bundesverfassungsgericht herangezogen,

st. Rechtsprechung, zuerst BVerfG, Urteil v. 21.05.1952 - 2 BvH 2/52.

3.4.1.3 Sozialadäquate Zuwendungen

3.4.1.3.1 Begriff und Wertgrenzen

Kein Vorteil liegt vor, wenn die Zuwendung **sozialadäquat** ist (nach anderer Auffassung fehlt es insofern am Vorliegen einer Unrechtsvereinbarung),

näher: *Wittig*, in: Wirtschaftsstrafrecht, § 26, Rn. 44.

Dies ist jedenfalls bei Zuwendungen unterhalb der Schwelle von 25,- Euro der Fall,

vgl. zu diesem Betrag etwa *Korte*, in: MüKo StGB, § 331, 134, Rn. 130, wonach die Sozialadäquanz ab 25,- € problematisch sein soll; ferner zu dieser Grenze: *Rengier*, in: Strafrecht BT II, § 60, Rn. 14a (50,- €); *Fischer*, in: StGB – Kommentar, § 331, Rn. 26a (30,- € bei Werbegeschenken); 2001, Rn. 26 (50,- DM); zustimmend zu der 30,- € Grenze auch *Wittig*, in: Wirtschaftsstrafrecht, § 27, Rn. 34; *Tsambikakis*, in: medstra 2016, S. 131 ff., S. 134 bezieht sich beispielhaft auf „Werbekalender, Kugelschreiber oder kleine Präsente von Patienten“.

Überwiegend wird zur Bestimmung der Sozialadäquanz auch auf das geschäftliche Umfeld, die entsprechenden Gepflogenheiten sowie auf die Lebensumstände der Beteiligten abgestellt,

Nöckel, in: ZJS 2013, S. 50 ff. (mit weiteren Nachweisen); vergleichbare Argumentation bei *Tsambikakis*, in: medstra 2016, S. 131 ff., S. 134: objektive Eignung zur Beeinflussung der heilberuflichen Entscheidung.

Dem kann zugestimmt werden, weil die Frage, in welcher Höhe Zuwendungen den Zuwendungsempfänger in Richtung auf einen Dankbarkeitsdruck beeinflussen können, vom persönlichen Lebenszuschnitt und den eigenen finanziellen Möglichkeiten abhängen.

3.4.1.3.2 Sozialadäquate Bewirtungen im In- und Ausland

Im strafrechtswissenschaftlichen Schrifttum wird ferner noch nicht ausreichend reflektiert, welche Maßstäbe im Rahmen des Prinzips der Sozialadäquanz bei Bewirtungen anzulegen sind. Nach hier vertretenem Standpunkt, der freilich nicht durch eine höchstrichterliche Entscheidung abgesichert ist, übersteigen jedenfalls Bewirtungen

im Rahmen der Sterne- oder der Erlebnisgastronomie die Grenze der Sozialadäquanz. Bei Angehörigen akademischer Heilberufe (Ärzte und Apothekern) können Branchengepflogenheiten, die zur Bestimmung der Sozialadäquanz Aussagen beinhalten, auch aus den Branchenkodices abgeleitet werden. So kann den Erläuterungen zum Begriff der angemessenen Bewirtung des FSA Kodex Fachkreise eine Wertgrenze von 60,- € entnommen werden. Sie gilt unmittelbar, soweit die **Bewirtung in Deutschland** stattgefunden hat, es sich um eine Einladung zu einer **berufsbezogenen wissenschaftlichen Fortbildungsveranstaltung** handelt und die Bewirtung im Zusammenhang mit dieser Veranstaltung stattfindet.

Vergleichbare Maßstäbe sollen nach FSA Kodex Fachkreise auch für **Bewirtungen bei Geschäftsessen** gem. § 22 Abs. 1 gelten:

„Eine Bewirtung ist nur im Rahmen von internen Fortbildungsveranstaltungen sowie Arbeitsessen und in einem angemessenen und sozialadäquaten Umfang zulässig. Der Anlass eines Arbeitsessens ist zu dokumentieren. Eine Bewirtung von Begleitpersonen ist unzulässig.“

Gemäß RdNr. 9.4 Leitlinie gem. 6 Abs. 2 i.V.m. § 20 Abs. 11 zur Auslegung der Begriffe „angemessene Bewirtung“ (§ 20 Abs. 2 Satz 2) und „angemessener Rahmen von Unterbringung und Bewirtung“ (§ 20 Abs. 3 Satz 1 FSA-Kodex) gelten bei einer **Bewirtung im Ausland** allerdings **flexiblere Maßstäbe**. Der FSA führt insofern aus:

„Bei einer Bewirtung im Ausland sollte sich die Angemessenheit der Bewirtung am Maßstab der geltenden steuerlichen Pauschalbeträge für Verpflegungsmehraufwendungen im Ausland orientieren, da hierdurch ein gegebenenfalls bestehendes höheres Preisniveau abgebildet wird. Die Angemessenheit einer Bewirtung im Ausland kann insofern durch einen Vergleich der geltenden Pauschalbeträge mit dem für das Inland geltenden Pauschalbetrag ermittelt werden (FS I 2006.8-135). Die oben unter Ziff. 5.1 genannte Orientierungsgröße kann sich daher, je nach dem im Ausland bestehenden Preisniveau, um einen bestimmten Prozentsatz erhöhen.“

Hieraus ergibt sich beispielhaft folgendes: Bei 24 stündiger Abwesenheit beträgt der steuerfreie Pauschalbetrag bei einer Dienstreise in Deutschland 24,- €. Gemäß der „Übersicht über die ab 1. Januar 2016 geltenden Pauschalbeträge für Verpflegungs-

mehraufwendungen und Übernachtungskosten im Ausland“ BStBl I 2015 Seite 34 ff. beträgt die Abweichung gegenüber dem in Deutschland maßgeblichen Betrag z.B. in Washington 138%. Bezieht man sich auf die Grenze von 60,- € bei der Bewirtung in Deutschland, stünde hier ein Betrag von 142,80 € (138% von 60,- € = 82,20 € + 60,- € = 142,80 €) pro Person zur Verfügung.

Ob das Ergebnis vollumfänglich belastbar ist, darf bezweifelt werden. Immerhin beziehen sich die auf Einschätzungen des Bundesfinanzministeriums beruhenden Pauschalbeträge auf eine Tagesverpflegung und nicht eine einzige Mahlzeit. Ferner hebt der FSA Kodex Fachkreise grundsätzlich hervor, dass keine „extravaganten“ Veranstaltungen gefördert werden dürfen und kein Unterhaltungswert gegeben sein darf, vgl. § 20 Abs. 3 FSA Kodex Fachkreise. Zu verweisen ist ferner auf die aktuellen Änderungen des FSA Kodex Fachkreise: Obwohl in der neuesten Fassung des Kodex RdNr. 9.4 Leitlinie gem. 6 Abs. 2 gleich geblieben ist, wurde § 22 Abs. 2 inhaltlich überarbeitet. Gemäß der aktuellen Regelung gilt nunmehr: „Für die Bemessung der Angemessenheit und Sozialadäquanz bei Bewirtungen im Ausland findet ausschließlich der jeweils am Veranstaltungsort geltende Kodex Anwendung, durch den der EFPIA Code on the Promotion of Prescription-only Medicines to, and Interactions with, Healthcare Professionals umgesetzt wird.“

Anzumerken ist ferner, dass auch in der Entwurfsbegründung zu §§ 299a, 299b (BT-Drucksache 18/6446, S. 17) sozialadäquate Zuwendungen aus dem Kreis der tatbestandsmäßigen Vorteile ausgeschlossen werden. Eine Wertgrenze ist dort allerdings nicht genannt. Angeführt werden vielmehr, soweit hier einschlägig, „geringfügige und allgemein übliche Werbegeschenke“.

3.4.2 Einzelfälle zum Begriff des Vorteils – Kasuistik

3.4.2.1 Sponsoring, insbesondere von Fortbildungsveranstaltungen

Einzelfälle aus dem Bereich der Korruption im Gesundheitswesen im Spiegel der höchstrichterlichen Rechtsprechung sind z.B. das Sponsoring,

vgl.: *Tsambikakis*, in: *medstra* 2016, S. 131 ff., S. 134; BGH, Urteil v. 23.10.2002 - 1 StR 541/01.

„Hinsichtlich der Übernahme der Kosten für Kongressreisen des Angeklagten... liegt dessen auch persönlicher Vorteil auf der Hand“,

Auch die Entwurfsbegründung (BT-Drucksache 18/6446, S. 18) bezieht sich explizit auf „Einladungen zu Kongressen, die Übernahme der Kosten von Fortbildungsveranstaltungen“, die tatbestandmäßige Vorteile darstellen können.

3.4.2.2 Leistungsaustausch auf vertraglicher Grundlage

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt ein Vorteil auch dann vor, wenn ein Leistungsaustausch auf vertraglicher Grundlage vorliegt. Hierdurch soll vermieden werden, dass Unrechtsvereinbarungen durch die Einkleidung in „Scheinverträge“ wirksam „getarnt“ werden können.

Der BGH führt dementsprechend pauschal aus:

„Ein solcher Vorteil kann bereits im Abschluss eines Vertrages liegen, auf den der Amtsträger keinen Rechtsanspruch hat“,

BGH, Urteil v. 21.06.2007 – 4 StR 99/07, vgl. auch *Diemer/Krick*, in: MüKo StGB, § 299, Rn. 9; *Halbe*, in: MedR 2015, S.168 ff., S. 175; *Tsambikakis*, in: medstra 2016, S. 131 ff., S. 134.

Dem schließt sich die Entwurfsbegründung an (BT-Drucksache 18/6446, S. 18):

„Ein Vorteil kann zudem grundsätzlich auch im Abschluss eines Vertrages liegen, der Leistungen an den Täter zur Folge hat, und zwar selbst dann, wenn diese nur das angemessene Entgelt für die von ihm selbst aufgrund des Vertrags geschuldeten Leistungen sind. Demnach kann auch in der Verschaffung von Verdienstmöglichkeiten, die beispielsweise in der Teilnahme an einer vergüteten Anwendungsbeobachtung und im Abschluss eines Behandlungsvertrags zu sehen sind, ein Vorteil liegen.“

Die genannte Ausdehnung des Vorteilsbegriffs wird in der Literatur überwiegend befürwortet. Auch zu §§ 299a, b StGB finden sich derartige Ausführungen (ohne jeden kritischen Unterton),

vgl. *Kubiciel*, in: MedR 2016, S. 1 ff., S. 3:

„Von besonderer praktischer Bedeutung ist der Hinweis in den Gesetzesmotiven, schon im Abschluss eines Vertrages, der eine vergütete Tätigkeit zum Inhalt hat, könne ein Vorteil liegen, und zwar auch dann, wenn das Entgelt in einem angemessenen Verhältnis zur erbrachten Leistung steht. Dahinter steckt der Gedanke, dass bereits die Eröffnung einer Nebentätigkeitsmöglichkeit durch ein Pharmaunternehmen dazu führen kann, dass sich der so Bevorteilte mit einer Bevorzugung der Produkte dieses Unternehmens revanchiert. Daher kann insbesondere auch die Teilnahme an vergüteten Anwendungsbeobachtungen ein inkriminierter Vorteil sein.“

Zur Gegenauffassung, *Schneider*, in: Festschrift für Manfred Seebode zum 70. Geburtstag, 2008, S. 331 ff.

Wer den Vorteilsbegriff im Fall des nachweislich erbrachten Leistungsaustausches bejaht, hat im Rahmen der Unrechtsvereinbarung zu prüfen, ob die gewährte Vergütung angemessen war,

hierzu: *Schneider/Ebermann*, in: HRRS 2013, S. 219 ff.; *Geiger*, in: A&R 2013, S. 99 ff.; *Schneider*, in: medstra 2016, S. 195 ff.

Die Kräfte des Marktes, die den Preis über die Determinanten des Angebots und der Nachfrage bestimmen, werden somit durch die Angemessenheitsvorstellungen der Strafverfolgungsorgane gefesselt. Es gilt das marktwirtschaftsfeindliche „Je weniger, desto besser“.

Nach dem Standpunkt des Verfassers ist im Rahmen der Angemessenheitsprüfung eine zweistufige Prüfung vorzunehmen. Auf der ersten Stufe ist zu prüfen, ob an der vergüteten Leistung ein nachvollziehbares Interesse besteht und ob die Auswahl des Heilberufers als Schuldner der vergüteten Dienstleistung nachvollziehbar ist. Stellt sich heraus, dass das Interesse des Dienstleistungsgläubigers an der vergüteten Dienstleistung gleich Null war, liegt es nahe, dass jeder Cent der Vergütung für die Erzeugung von Absatzeffekten und damit für eine unlautere (durch den Vorteil bewirkte) Bevorzugung gezahlt wurde. Die Frage der Verhältnismäßigkeit der Vergütung stellt sich unter diesen Voraussetzungen nicht. Die Leistung war eine „Fingerübung“ des Arztes, mit der Funktion eines „Feigenblattes“, um die Zuwendung zu

legitimieren und die Unrechtsvereinbarung zu tarnen. Anders liegt es hingegen, wenn das Interesse an der erbrachten Dienstleistung uneingeschränkt plausibel ist und zum Beispiel eine ernsthafte wissenschaftliche Fragestellung verfolgt oder ein Spezialist oder ein erfahrener und sicher arbeitender Praktiker im Klinikum beschäftigt wird. Sofern dies uneingeschränkt bejaht wird, kann die Vergütung nach dem individuell zu bestimmenden Wertgrenzprodukt vorgenommen werden,

näher: *Schneider*, in: *medstra* 2016, S. 195 ff.

Mit zunehmender Plausibilität des Interesses an der vergüteten Leistung sollte den Vertragsparteien in einem „Marktwirtschaftsstrafrecht“,

Nöckel, in: *Grund und Grenzen eines Marktwirtschaftsstrafrechts*,

Vertragsfreiheit bei der Ausgestaltung der Vergütung gelassen werden. Insoweit ist demnach ein Taxendenken (z.B. Vergütung analog GOÄ) nicht erforderlich. Staatsanwälte und Gerichte sollten den Wirtschaftsakteuren in diesem Fall einen breiten Beurteilungsspielraum überlassen, der nicht durch eigene Angemessenheitsvorstellungen ersetzt wird.

Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn es gem. Gesetz nicht um eine Vergütung, sondern um einen Aufwendungsersatz oder um „Entschädigungen“ geht. Dies stellt beispielsweise § 47 Abs. 6 AMG für die Fallgruppe der Anwendungsbeobachtungen klar. Dort heißt es:

„Entschädigungen, die an Ärzte für ihre Beteiligung an Untersuchungen nach Satz 1 geleistet werden, sind nach ihrer Art und Höhe so zu bemessen, dass kein Anreiz für eine bevorzugte Verschreibung oder Empfehlung bestimmter Arzneimittel entsteht.“

Der Begriff der Entschädigung bedeutet Ausgleich entstandener Auslagen und schließt die Erzielung eines Ertrags aus der Tätigkeit somit grundsätzlich aus. Vor diesem Hintergrund kommt es auf den regelmäßigen Verdienst an, der nicht erzielt wird, weil der Studienarzt seine Zeit für die Durchführung der Studie aufwendet. Bei durchschnittlich rund 130.000,- € Gewinn vor Steuern eines niedergelassenen Arztes,

Geß: Der kalkulatorische Arztlohn in der ärztlichen Vergütung. Gutachterliche Stellungnahme für den GKV-Spitzenverband, 2015,

und einer Arbeitszeit von durchschnittlich 51 Wochenstunden kommt man somit rechnerisch auf einen Stundensatz von 49,02 €. Bei etwas großzügigerer Auslegung kommt man auf der Grundlage der GOÄ zu Vergütungsobergrenzen von rund 67,- € für eine Stunde Arbeitszeit,

näher: *Schneider/Strauß*, in: HRRS 2011, S. 333 ff.

Außerhalb dieser gesetzlichen Restriktionen ist auf der zweiten Stufe der Angemessenheitsprüfung eine Analyse der Verhältnismäßigkeit nur dann erforderlich, wenn das Interesse an der Dienstleistung nicht uneingeschränkt plausibel ist. In diesem Fall kann ebenfalls auf bestimmte Referenzsysteme Bezug genommen werden, z.B. GOÄ,

Schneider, in: medstra 2016, S. 195 ff.

3.4.2.3 Rabatte

Die Fallgruppe der Rabatte wirft insbesondere im Zusammenhang mit dem Vertrieb von OTC Arzneimitteln Fragestellungen auf,

ausführlich jetzt *Geiger*, in: medstra 2016, S. 9 ff., vgl. ferner *Tsambikakis*, in: medstra 2016, S. 131 ff., S. 134.

Gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 2 a HWG sind Barrabatte ausdrücklich erlaubt. Andererseits postuliert

BGH, Urteil v. 11.04.2001 - 3 StR 503/00;

lapidar:

„Die Vereinbarung eines Rabatts ist ein materieller Vorteil“.

Die Entscheidung betrifft allerdings die Konstellation einer pflichtwidrigen Diensthandlung Zug um Zug gegen die Gewähr eines Rabattes im Rahmen eines anderweitigen privaten Geschäftes des Amtsträgers. Denn im konkreten Fall der o.g. Entscheidung des BGH hatte der Angeklagte, der Abteilungsleiter eines Ausländeramtes

war, beim Abschluss des Vertrages über den Bau seines Wohnhauses mit der Inhaberin der Baufirma und deren Ehemann einen Preisnachlass in Höhe von 26.000 DM als Entgelt für die von ihm zugesagte Hilfe bei der Erteilung von Aufenthaltsgenehmigungen für drei polnische Bauarbeiter vereinbart.

Ob hingegen beim Einkauf von Arzneimitteln oder Medizinprodukten zwischen Hersteller oder Großhandel und Health Care Professional vereinbarte Rabatte dem Tatbestand unterfallen können, darf bezweifelt werden. Denn bei einem Rabatt handelt es sich um ein Instrument des Wettbewerbs,

Geiger, in: *medstra* 2016, S. 9 ff.: „Ökonomisch betrachtet sind Preisnachlässe aber ureigenes Instrument des Preiswettbewerbs. Preiswettbewerb ist eine Unterform des Leistungswettbewerbs, der von unserer Wettbewerbsordnung grundsätzlich erwünscht ist. Preisnachlässe, insbesondere Rabatte sind daher wettbewerbsfördernde Maßnahmen und als solche erst einmal zu begrüßen.“

Da der Wettbewerb und seine Funktionstüchtigkeit gleichzeitig das Schutzgut der §§ 299a, b StGB darstellen, sind Rabatte über die teleologische Auslegung der §§ 299a, b StGB jedenfalls dann auszuschließen, wenn diese in Einklang mit den heilmittelwerberechtlichen, kartellrechtlichen und wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen gewährt werden. Dieses Ergebnis lässt sich auch auf das Auslegungsprinzip der asymmetrischen Akzessorietät stützen. Denn ein gem. strafrechtsexterner Verhaltensnormen rechtmäßiges Verhalten kann nicht durch das Strafrecht für verboten erklärt werden,

näher: *Schneider/Kaltenhäuser*, in: *medstra* 2015, S. 24 ff.; zustimmend *Geiger*, in: *medstra* 2016, S. 9 ff., S. 16.

3.4.2.4 Drittmittel

Bei universitären Drittmitteln arbeitet die Rechtsprechung zu §§ 331 ff. StGB mit einer teleologischen Reduktion und geht dann nicht vom Vorliegen eines Vorteils aus, wenn der Hochschullehrer das für seine Hochschule maßgebliche Drittmittelrecht beachtet hat (gesetzeseinschränkende Prozeduralisierung).

In seiner maßgeblichen Entscheidung vom 23.05.2002 – 1 StR 372/01 führt der BGH insoweit aus:

„Der Tatbestand der Vorteilsannahme (hier in der Fassung vor der Änderung durch das Korruptionsbekämpfungsgesetz vom 13. August 1997) unterliegt einer Einschränkung des Anwendungsbereichs für diejenigen Fälle, in denen es die hochschulrechtlich verankerte Dienstaufgabe des Amtsträgers ist, sog. Drittmittel für Lehre und Forschung - und damit zugleich auch Vorteile im Sinne des Tatbestandes - einzuwerben. Dem Schutzgut des § 331 Abs. 1 StGB (Vertrauen in die Sachgerechtigkeit und "Nicht-Käuflichkeit" der Entscheidung) wird auf diesem Felde schon dadurch angemessen Rechnung getragen, daß das im Hochschulrecht vorgeschriebene Verfahren für die Mitteleinwerbung (Anzeige und Genehmigung) eingehalten wird.“

Zu beachten ist allerdings, dass nach dieser Entscheidung des BGH das universitätsinterne Drittmittelrecht nicht durch eine Zuwendung an einen Förderverein ausmanövriert werden darf. Soweit demnach Forschungsvorhaben durch Industrieunternehmen gefördert werden, ist ausschließlich der Weg über das universitäre Drittmittelrecht möglich. Es ist ausgeschlossen, dass der Betrag von dem Industrieunternehmen zunächst auf das Konto des Fördervereins als Spende fließt und sodann von dort auf das Drittmittelkonto der Universität überwiesen wird. Ferner ist es ausgeschlossen, rechtskonform das Drittmittelforschungsvorhaben unmittelbar über den Förderverein abzuwickeln.

Boemke/Schneider, in: Korruptionsprävention im Gesundheitswesen, S. 61 f.; BGH v. 23.05.2002 - 1 StR 372/01; *Fürsen/Schmidt*, in: JR 2004, S. 57 ff.; *Albus*, in: *Nomos 2007*.

Ferner ist zu befürworten, dass die Rechtsprechung zu den universitären Drittmitteln auf Zuwendungen, die in Einklang mit zum Beispiel klinikinternen Compliance Richtlinien gewährt werden, ausgedehnt wird. Die Rechtmäßigkeit des Verhaltens wird in diesem Zusammenhang von der Einhaltung außerstrafrechtlicher Normen und Regelungen (des Dienstrechts, des Hochschulrechts oder auch unternehmensinterner Regelungswerke) abhängig gemacht,

vgl. hierzu: *Schneider*, in: NK 2012, S. 30 ff.

3.4.2.5 Spenden

3.4.2.5.1 Begriff der Spende

Auch Spenden an Institutionen können Dritt Vorteile sein,

vgl. z.B. OLG Celle, Urteil v. 28.09.2007- 2 Ws 261/07.

Der Begriff der Spende ist ein steuerrechtlicher Terminus, der in § 10b EStG und § 9 KStG – soweit hier relevant - als „Zuwendung zur Förderung steuerbegünstigter Zwecke“ an eine „juristische Person des öffentlichen Rechts“ definiert wird. Im steuerrechtlichen Schrifttum wird die genannte Legaldefinition präzisiert. Eine Spende ist danach eine Ausgabe, die freiwillig und unentgeltlich geleistet wird, um steuerbegünstigte Zwecke fremdnützig zu fördern. Die Leistung muss um des zu fördernden Zwecks willen geleistet werden. Hierbei kommt es nicht auf die inneren Beweggründe, sondern auf die äußeren Umstände an,

Brandl, in: Blümich, EStG, § 10b, Rn. 16; *Heß*, in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, Edition 3/15, Stichwort Spende, Rn. 1; *Lembeck*, in: Dieners, Compliance, Kapitel 8, Rn. 65; *Leipold*, in: Hauschka, Corporate Compliance, § 38 Rn. 39, vgl. auch die Definition des Spendenbegriffs in § 25 des FSA-Kodex Fachkreise.

Der Begriff der steuerbegünstigten Zwecke ist ebenfalls ein steuerrechtlicher Fachterminus. Er liegt vor, wenn die Körperschaft, der Spenden zugewendet werden, ihrerseits gemeinnützige Zwecke verfolgt, das heißt, „ihre Tätigkeit darauf gerichtet ist, die Allgemeinheit auf materiellem, geistigem oder sittlichem Gebiet selbstlos zu fördern“, § 52 Abs. 2 AO. Gemeinnützige Zwecke sind in § 52 Abs. 2 AO aufgezählt. Hierzu gehören gemäß § 52 Abs. 2 Nr. 1 AO auch die Förderung von Wissenschaft und Forschung sowie gemäß § 52 Abs. 2 Nr. 3 die Förderung des öffentlichen Gesundheitswesens und der öffentlichen Gesundheitspflege. Ferner ist die Förderung der Erziehung, Volks- und Berufsbildung einschließlich der Studentenhilfe gem. § 52 Abs. 2 Nr. 7 steuerbegünstigt, das heißt auch die Unterstützung der universitären Lehre,

Gersch, in: Klein, AO, § 52 Rn. 22 mit weiteren Nachweisen.

3.4.2.5.2 Zweckspenden

In die Kategorie der Spenden fallen auch die so genannten Zweckspenden, die im Bereich Health Care häufig vorkommen.

Sie liegen vor bei Zuwendungen, mit denen ein sachlicher Verwendungszweck verbunden wird. Maßgeblich ist, dass der vorbestimmte Verwendungszweck selbst steuer- bzw. satzungsgemäß begünstigt ist,

Lembeck, in: Dieners Compliance, Kapitel 8, Rn. 69.

Zu den anerkannten Zweckbindungen bei Spenden an gemeinnützige Krankenhäuser gehören:

- Auflage, die Spende zum Aufbau einer bestimmten Abteilung zu verwenden,
- Auflage, die Spende mit der Zweckbestimmung zu versehen, dass der gespendete Betrag zur Fort- und Weiterbildung des medizinischen Personals verwendet wird,
- Auflage, den Betrag allgemein zur Grundlagenforschung in einem bestimmten Gebiet zu verwenden (nicht Auftragsforschung),

Lembeck, in: Dieners, Handbuch Compliance im Gesundheitswesen, 3. Auflage 2010, Kapitel 8, Rn. 69.

3.4.2.5.3 Unzulässige Durchlaufspenden an bestimmte natürliche Personen

Eine unzulässige Durchlaufspende an eine natürliche Person liegt dagegen bei einer zu engen Zweckbindung vor,

Niedersächsisches FG, Urteil v. 16.6.2009 - 15 K 30331/06 (Spende an Reitersportverein, die ausweislich der Korrespondenz zwischen Spender und Spendenempfänger einer bestimmten Gruppe von Reitern zugutekommen sollte).

Eine derartige als Spende kaschierte Zuwendung an einzelne natürliche Personen ist auch gegeben, wenn die Zweckbestimmung beispielsweise vorsieht, „die Fort- und

Weiterbildung beispielsweise der Leitung der kardiologischen Abteilung eines Krankenhauses“ zu unterstützen,

Lembeck, in: Dieners, Handbuch Compliance im Gesundheitswesen, 3. Auflage 2010, Kapitel 8, Rn. 69.

Spenden mit zu enger Zweckbindung, die faktisch an Einzelpersonen gerichtet sind, werden im Schrifttum auch als „**als Spende getarnte Zuwendungen**“ bezeichnet,

Goedel, in: PharmR 2001, S. 22 ff. (die Autorin, Ursula Goedel, ist Leitende Oberstaatsanwältin bei der Staatsanwaltschaft Marburg).

Das spendende Unternehmen kann sich insofern auch nicht auf die Zuwendungsbestätigung gem. § 50 Abs. 1 EStDV (auch Spendenbestätigung oder Spendenquittung genannt) der Klinik verlassen. Diese wäre unrichtig. Es kann eine strafrechtliche relevante **Steuerverkürzung** vorliegen, zu der der Mitarbeiter der medizinischen Einrichtung **Beihilfe** geleistet hat,

vgl. hierzu wiederum Niedersächsisches FG, Urteil v. 16.06.2009 - 15 K 30331/06: „Das FA für Fahndung und Strafsachen leitete gegen den Kl. das Steuerstrafverfahren wegen des Verdachts der Hinterziehung von Einkommensteuer und Solidaritätszuschlag ein“.

Spenden fallen daher grundsätzlich unter den Vorteilsbegriff. Ob sie zu einer Strafbarkeit wegen §§ 299a, b StGB führen können, ist maßgeblich vom Vorliegen einer Unrechtsvereinbarung abhängig. Das Vorliegen einer unzulässigen Durchlaufspende bzw. die Missachtung der hier dargelegten steuerrechtlichen Prämissen kann ein Indiz für das Vorliegen einer Unrechtsvereinbarung darstellen.

3.4.2.6 Gewinnausschüttungen

Noch nicht abschließend geklärt ist die Frage, ob Gewinnausschüttungen oder sonstige Erträge von Unternehmen, an denen der Angehörige des Heilberufs beteiligt ist, als Vorteil gewertet werden können. Dagegen spricht, dass der Gesellschaftsvertrag oder die im Innenverhältnis zur Gesellschaft getroffene Abrede den zivilrechtlichen Anspruch auf die Leistung begründen kann und insofern die Grundvoraussetzung des Vorteilsbegriffs „Leistung auf die kein Anspruch besteht“, nicht erfüllt ist. Wer

dies anders sieht,

vgl. *Wissing/Cierniak*, in: NZWiSt 2016, S. 41 ff., S. 43: „Beteiligt sich ein Arzt an medizinischen Versorgungsunternehmen, liegt in der Gewinnausschüttung ebenfalls ein Vorteil im Sinne des § 299a StGB-E. Der Arzt kann wegen des weiten Vorteilsbegriffs nicht generell darauf verweisen, die realisierte Gewinnchance sei das Äquivalent für sein unternehmerisches Risiko“,

und insofern auf die Argumentation zum Leistungsaustausch auf vertraglicher Grundlage verweist, wird sich mit der Problematik auch im Zusammenhang mit dem Tatbestandsmerkmal der Unrechtsvereinbarung auseinandersetzen müssen. Problematisch unter diesem Gesichtspunkt sind Gewinnbeteiligungen insbesondere dann, wenn der Gewinn der Gesellschaft durch den Angehörigen des Heilberufs durch dessen Ordnungsverhalten gesteuert werden kann.

Nach dem Dafürhalten des Verfassers sind folgende Prinzipien maßgeblich:

Trotz zunehmender Einschränkung durch Reformen des SGB V und berufsrechtlicher Regelungen ist mit dem Bundesverfassungsgericht, dem Bundesgerichtshof und Stimmen im medizinrechtlichen Schrifttum,

vgl. *Ratzel*, in: ZMGR 2012, S. 258 ff.

schon aus verfassungsrechtlichen Gründen (Art. 9, 12 und 14 GG) von einer grundsätzlichen unternehmerischen Betätigungsfreiheit von Ärzten und anderen Angehörigen von Heilberufen auszugehen. Insbesondere mit Blick auf das Grundrecht der Berufsfreiheit führt das Bundesverfassungsgericht in einer grundlegenden, Werbung für ein Sanatorium („Privatsanatorium für Frischzellenbehandlung“) betreffenden Entscheidung aus dem Jahr 1985 (BVerfG, Beschl. v. 19.11.1985 – 1 BvR 38/78, BVerfGE 71, 183ff.) diesen Grundsatz wie folgt aus:

„Für die verfassungsrechtliche Beurteilung ist [...] von Bedeutung, dass es Ärzten nicht untersagt ist, Kliniken und Sanatorien zu betreiben, obwohl es sich dabei um gewerbliche, auf Gewinnerzielung ausgerichtete Unternehmen handelt. Der Gesetzgeber, dem die rechtliche Ordnung von Berufsbildern obliegt, hat davon abgesehen, eine ärztliche und eine gewerblich-unternehmerische Tätigkeit für unvereinbar zu erklären.“

Der Bundesgerichtshof hat der Bedeutung und Tragweite der Berufsfreiheit in seinen Entscheidungen zum Wettbewerbs- und Berufsrecht ebenfalls Rechnung getragen und diese bei der Auslegung einfach gesetzlicher Bestimmungen und Regelungen des ärztlichen Berufsrechts herangezogen, so etwa bei der gewerblichen Ernährungsberatung des niedergelassenen Arztes in der eigenen Praxis (BGH, Urteil vom 29.05.2009, I ZR 75/05):

„Bei der Beurteilung der Frage, ob die von der Beklagten den angesprochenen Ärzten vorgeschlagene gewerbliche Betätigung bei Verwendung der eigenen Praxisräume notwendigerweise berufsrechtswidrig ist, ist außerdem in Rechnung zu stellen, dass Ärzten eine gewerblich-unternehmerische Tätigkeit auf dem Gebiet des Heilwesens grundsätzlich nicht untersagt ist (vgl. BVerfGE 71, 183, 195, 196 = GRUR 1986, 387, 390; BGH, Urt. v. 26.4.1989 - I ZR 172/87, GRUR 1989, 601 = WRP 1989, 585 - Institutswerbung). Dem Arzt ist daher gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 BOÄ neben der Ausübung seines Berufs die Ausübung einer anderen Tätigkeit nicht grundsätzlich verboten, sondern im Grundsatz erlaubt und nur dann untersagt, wenn die Tätigkeit mit den ethischen Grundsätzen des ärztlichen Berufs nicht vereinbar ist.“

Sofern die Beteiligung an einem Pharmaunternehmen vorliegt, dürfte den obenstehenden Erwägungen auch nicht § 128 SGB V entgegenstehen. Die Norm enthält in § 128 Abs. 2 Satz 3 SGB V zwar ein weitreichendes so genanntes Beteiligungsverbot. Dieses beinhaltet, dass „Einkünfte aus Beteiligung an Unternehmen von Leistungserbringern, die Vertragsärzte durch ihr Ordnungsverhalten selbst maßgeblich beeinflussen“, unzulässige Zuwendungen darstellen,

näher: *Wittmann/Koch*, in: MedR 2011, S. 476 ff., S. 479 (mit weiteren Nachweisen), zu den Reformen im Zusammenhang mit dem GKV-Versorgungsstrukturgesetz und Einkünften aus Beteiligung an Unternehmen, vgl. *Dahm/Flasbarth/Bäune*, in: MedR 2012, S. 77 ff.; *Scholz*, in: GesR 2013, S. 12 ff.

Sinn und Zweck der Regelung (Vermeidung von Interessenkonflikten, keine Beeinflussung durch wirtschaftliche Eigeninteressen), treffen zwar auch auf die unternehmerische Beteiligung an einem Pharmaunternehmen zu, denn auch insofern kann der wirtschaftliche Erfolg des Unternehmens durch die Zuweisung infolge der Funkti-

on z.B. als Arzt beeinflusst werden. Der Wortlaut der Norm beschränkt sich aber auf das Marktverhalten der Versorgung mit Hilfsmitteln im Sinne des § 33 SGB V, d.h. z.B. Hörgeräte, Gehhilfen u.a., die in der Praxis den Hauptanwendungsfall des § 128 SGB V bilden. § 128 Abs. 5b und Abs. 6 SGB V erweitern den Anwendungsbereich der Vorschrift auf die Versorgung mit Heilmitteln und bestimmten Medizinprodukten (§ 31 Abs. 1 SGB V i.V.m. § 3 Nr. 1, Nr. 2 Medizinproduktegesetz), nicht aber auf Arzneimittel.

Soweit im Schrifttum vertreten wird, dass über den Wortlaut der Vorschrift hinaus alle Anbieter von Produkten und alle Gesundheitsdienstleistungen, die bei der Versorgung der gesetzlich versicherten Patienten zum Einsatz kommen, erfasst werden,

Armbruster, in: Eichenhofer/Wenner SGB V, § 128 Rn. 53; *Fulda*, in: PharmR 2010, S. 94 ff., S. 96; *Flasbarth*, in: GKV-Kommentar SGB V, § 128, Rn. 22: „Entscheidend ist lediglich, dass die Produkte oder Dienstleistungen unmittelbar oder mittelbar – über die ärztliche Vergütung – zu Lasten der Gesetzlichen Krankenversicherung abgegeben werden können“; *Kaufmann/Voland*, in: NZS 2011, S. 281 ff., S. 283.

ist dies noch nicht durch die Rechtsprechung bestätigt worden und mit Blick auf die geschlossene Aufzählung in § 128 SGB V auch dogmatisch wenig überzeugend. Vor diesem Hintergrund werden Unternehmensbeteiligungen an Unternehmen der Arzneimittelindustrie nach hier vertretenem Standpunkt nicht von § 299a, § 299b StGB erfasst.

Gemäß einem im strafrechtlichen Schrifttum vertretenen, vermittelnden Standpunkt,

Wissing/Cierniak, in: NZWiSt 2016, S. 41 ff., S. 44,

kommt es darauf an, ob der Angehörige des Heilberufs auf den Umsatz des Unternehmens spürbar durch seine Zuweisung oder sein Ordnungsverhalten Einfluss nehmen kann. Dies wird bei Pharmaunternehmen, die ihre Produkte in der gesamten Bundesrepublik oder sogar weltweit vertreiben, in der Regel nicht der Fall sein.

3.5 Tathandlungen auf der (Nehmer- und) Geberseite

Aufgrund des spiegelbildlichen Normaufbaus des § 299a StGB und § 299b StGB werden die (den §§ 331 ff., 299 f. StGB) entsprechenden Tathandlungen in der gebotenen Kürze am Beispiel der Geberseite analysiert. Die Tathandlungen werden im Gesetz durch die Begriffe „anbietet, verspricht oder gewährt“ umschrieben.

Anbieten bezieht sich auf einen einseitigen Vorschlag, der auf Abschluss der Unrechtsvereinbarung gerichtet ist, so genannte *Verhandlungsstufe*,

Fischer, in: StGB-Kommentar, § 333, Rn. 4; *von Heintschel-Heinegg*, in: Beck-OK StGB, § 333, Rn. 2; *Kuhlen*, in: K/N/P StGB, § 333, Rn. 4; *Heger*, in: Lackner/Kühl StGB, § 333, Rn. 3; *von Heintschel-Heinegg* in: BeckOK StGB, § 333, Rn. 2; *Korte*, in: MüKo StGB, § 333, Rn. 10; *Heine/Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 333, Rn. 3; *Schuhr*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 338, Rn. 33.

Unter Versprechen wird das „Kausalgeschäft“ im Hinblick auf den Abschluss der Unrechtsvereinbarung verstanden, so genannte *Vereinbarungsstufe*,

Fischer, in: StGB-Kommentar, § 333, Rn. 4; *von Heintschel-Heinegg*, in: Beck-OK StGB, § 333, Rn. 2; *Kuhlen*, in: K/N/P StGB, § 333, Rn. 5; *Heger*, in: Lackner/Kühl StGB, § 333, Rn. 3; *Korte*, in: MüKo StGB, § 333, Rn. 12; *Heine/Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 333, Rn. 3; *Schuhr*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 338, Rn. 34; *Brettel/Schneider*, in: Wirtschaftsstrafrecht, § 3, Rn. 458.

Gewähren bedeutet die tatsächliche Zuweisung des Vorteils, so genannte *Leistungsstufe*,

BGH, Urteil v. 28.10.2004 – 3 StR 301/03; *Fischer*, in: StGB-Kommentar, § 333, Rn. 4; *von Heintschel-Heinegg*, in: Beck-OK StGB, § 333, Rn. 2; § 333, Rn. 4; *Kuhlen*, in: K/N/P StGB, § 333, Rn. 6; *Heger*, in: Lackner/Kühl StGB, § 333, Rn. 3; *Korte*, in: MüKo StGB, § 333, Rn. 13; *Heine/Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 333, Rn. 3; *Sowada*, in: LK StGB, § 333, Rn. 11; *Schuhr*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 338, Rn. 35.

Die drei Tathandlungen auf Nehmer- und Geberseite werden in den Tatbeständen der §§ 299 f., 331 ff. sowie in §§ 299a, b StGB gleichgestellt, obgleich sich deren Un-

rechtsgehalt voneinander unterscheidet. Anbieten und Versprechen des Vorteils sind Vorstufen des Gewährens. Daher handelt es sich um zu vollendeter Tat hochgestufte Versuchs- oder Vorbereitungshandlungen. Diesem Unwertgefälle sollte zumindest auf der Ebene der Strafzumessung Rechnung getragen werden.

3.6 Vorliegen eines Wettbewerbs- bzw. Marktverhaltens

3.6.1 Die Gegenstände des Marktverhaltens: Arznei-, Heil- und Hilfsmittel sowie Medizinprodukte, Patienten und Untersuchungsmaterial

§ 299a StGB und § 299b StGB setzen ein Wettbewerbs- bzw. Marktverhalten des Vorteilsnehmers bzw. Vorteilgebers voraus. Zwischen dem Wettbewerbs- bzw. Marktverhalten einerseits und der Vorteilszuwendung andererseits muss ein spezifischer Konnex, was im Gesetz durch die Worte „bei der“ bzw. „bei dem“ zum Ausdruck gebracht wird, bestehen.

Das Wettbewerbs- und Marktverhalten wird gesetzlich in Nummern 1-3 der §§ 299a, 299b StGB durch die Begriffe

- „1. bei der Verordnung von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten,
2. bei dem Bezug von Arznei- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten, die jeweils zur unmittelbaren Anwendung durch den Heilberufsangehörigen oder einen seiner Berufshelfer bestimmt sind, oder
3. bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial“

gekennzeichnet. Auch insofern ist der Tatbestand akzessorisch aufgebaut. Die genannten Begriffe werden in anderen Gesetzen definiert. Zum Begriff „**Arzneimittel**“, vgl. § 2 AMG, zum Begriff „**Heilmittel**“, vgl. § 32 SGB V i.V.m. Heilmittelkatalog Massagen, Geräteunterstützte Krankengymnastik. In der Entwurfsbegründung (BT-Drucksache 18/6446, S. 20) wird hierzu ausgeführt:

„Der Begriff des Heilmittels soll danach ärztlich verordnete Dienstleistungen erfassen, die einem Heilzweck dienen oder einen Heilerfolg sichern und nur von entsprechend ausgebildetem Personal erbracht werden dürfen. Hierunter fallen insbesondere Maßnahmen der physikalischen Therapie, der podologischen

Therapie, der Stimm-, Sprech- und Sprachtherapie sowie Maßnahmen der Ergotherapie.“

Der Begriff des **Hilfsmittels** bezieht sich auf § 33 SGB V. Beispielhaft werden in § 33 Abs. 1 Hörhilfen, Körperersatzstücke und orthopädische Hilfsmittel genannt. In der Entwurfsbegründung (BT-Drucksache 18/6446, S. 20) heißt es:

„Hilfsmittel sind sächliche Mittel, die durch ersetzende, unterstützende oder entlastende Wirkung den Erfolg der Krankenbehandlung sichern, eine Behinderung ausgleichen oder ihr vorbeugen.“

Zum Begriff der „**Medizinprodukte**“, vgl. § 3 MPG.

Die Begriffe Patient und Untersuchungsmaterial sind selbsterklärend. Durch diese Varianten des Marktverhaltens sollen Kooperationen zwischen Angehörigen von Heilberufen, die Patienten behandeln, erfasst werden. Nr. 3 hat daher Bedeutung bei Kooperationen zwischen zuweisenden Ärzten und Laboren (Untersuchungsmaterial) oder bei der Zusammenarbeit zwischen niedergelassenen Ärzten und Kliniken, zwischen Akutkliniken und Rehabilitationseinrichtungen oder homecare Versorgern (Zuführung von Patienten).

3.6.2 Das Marktverhalten im engeren Sinne: Die Begriffe Verordnung, Bezug, und Zuführung

3.6.2.1 Auslegung gemäß BT-Drucksache 18/6446

Die Begriffe sind weitgehend selbsterklärend, wie durch die Entwurfsbegründung (BT-Drucksache 18/6446, S. 20) bestätigt wird (eigene Hervorhebung).

„Mit den Tatbestandsmerkmalen des **Bezugs, der Abgabe und der Verordnung** von Arzneimitteln, Heil- und Hilfsmitteln und Medizinprodukten sollen sämtliche Verhaltensweisen erfasst werden, durch die sich die in Absatz 1 genannten Berufsgruppen diese Mittel verschaffen oder durch die diese Mittel Patienten zugänglich gemacht werden. Der Begriff der **Verordnung** meint die Verschreibung von Arzneimitteln, Heil- und Hilfsmitteln und Medizinprodukten zugunsten von Patienten, unabhängig davon, ob für das verschriebene Mittel oder Produkt eine Verschreibungspflicht besteht. Ebenfalls erfasst sind Tätigkeiten,

die mit dem Verordnen in einem engen inneren Zusammenhang stehen, wie beispielsweise die Übersendung der Verordnung an einen anderen Leistungserbringer. Die Abgabe soll jede Form der Übergabe an Patienten, einschließlich der Verabreichung, erfassen,

näher: *Gaede*, in: *medstra* 2015, S. 263 ff.

3.6.2.2 Der Begriff der Verordnung, § 299a Nr. 1, § 299b Nr. 1 StGB

Wie bereits anhand der Gesetzesmaterialien ersichtlich, soll der Begriff der Verordnung auch dann erfüllt sein, wenn es sich nicht um ein verschreibungspflichtiges Präparat handelt. Insofern können auch Verordnungen auf „grünen Rezepten“ Verordnungen im Sinne der §§ 299a, 299b StGB darstellen,

Tsambikakis, in: *medstra* 2016, S. 131 ff., S. 135.

Nach einschlägigen Stellungnahmen im strafrechtlichen Schrifttum soll eine Verordnung allerdings dann nicht vorliegen, wenn mittelbar eine Empfehlung ausgesprochen oder auf eine Kaufentscheidung über Dritte hingewirkt wird. Eine derartige Fallkonstellation ist anzunehmen, wenn Unternehmen auf die Verordnungsempfehlungen durch medizinische Fachgesellschaften oder mittels einer Unterstützung von Selbsthilfegruppen einwirken,

Tsambikakis, in: *medstra* 2016, S. 131 ff., S. 135; *Pragal/Handel*, in: *medstra* 2015, S. 337 ff., S. 339.

3.6.2.3 Der Begriff des Bezugs, Einschränkung des tatbestandsmäßigen Marktverhaltens, § 299a Nr. 2, § 299b Nr. 2 StGB

Der Begriff des Bezugs erstreckt sich auf alle Handlungen, die auf ein entgeltliches oder unentgeltliches Erwerben der genannten Produkte bezogen sind. Ein „Bezug“ ist daher gegeben, wenn Produkte bestellt, abgenommen oder bezahlt werden. Somit sind auch Teilhandlungen eines mehraktigen Erwerbstatbestands unter den Bezugsbegriff zu subsumieren,

Tsambikakis, in: *medstra* 2016, S. 131 ff., S. 135.

Eine relevante Einschränkung erfahren §§ 299a Nr. 2, 299b Nr. 2 StGB durch die Voraussetzungen, dass der Bezug der aufgeführten Produkte nur dann strafbar ist, wenn diese zur unmittelbaren Anwendung durch den Heilberufsangehörigen oder einen seiner Berufshelfer bestimmt sind.

Nach BT-Drucksache 18/8106 vom 13.04.2016, S. 14 können nur in diesen Fällen „die geschützten Rechtsgüter des lautereren Wettbewerbs und der Integrität heilberuflicher Entscheidungen auch durch auf Bezugsentscheidungen gerichtete Vorteile in strafwürdiger Weise beeinträchtigt werden.“

In der Praxis führt diese Einschränkung der Strafbarkeit von Vorteilszuwendungen im Zusammenhang mit Bezugsentscheidungen zu einer weitgehenden Entkriminalisierung der Kooperationen pharmazeutischer Hersteller mit Apotheken,

näher:

Tsambikakis, in: medstra 2016, S. 131 ff., S. 135; kritisch: *Kubiciel*, in: jurisPR-StrafR 11/2016: „Offensichtlich ist schon jetzt eine andere Strafbarkeitslücke. Diese ist entstanden, weil der Rechtsausschuss jene Absätze gestrichen hat, welche den Tausch von Vorteil und Pflichtverletzung im Zusammenhang mit dem Bezug von Medikamenten und Medizinprodukten pönalisieren, die unmittelbar an Patienten abgegeben werden (§§299a Abs. 2, 299b Abs.2 StGB-RegE). Infolge dessen können sich Apotheker und andere Verkäufer von Medizinprodukten beim Bezug ihrer Waren korruptiv beeinflussen lassen, ohne in den Anwendungsbereich des §299aStGB zu gelangen. Dementsprechend werden auch die Vorteilsgeber auf Seiten der Pharmaunternehmen und Medizinproduktehersteller nicht von §299b StGB erfasst.“

Aufgrund der genannten Einschränkung ist der Anwendungsbereich der §§ 299a, 299b StGB bei Vorteilszuwendungen im Zusammenhang mit Bezugsentscheidungen somit zum Beispiel bei Prothesen und Implantaten eröffnet, die in der Regel unmittelbar angewendet werden,

siehe hierzu auch BT-Drucksache 18/8106 vom 13.04.2016: erfasst werden soll „der Bezug von Arznei- und Hilfsmittel und Medizinprodukten, die der Heilberufsangehörige nicht (zunächst) verordnet, sondern ohne Verordnung unmittel-

bar beim Patienten anwendet, wie zum Beispiel Prothesen, Implantate und unmittelbar vom Heilberufsangehörigen anzuwendende Arzneimittel“.

Noch ungeklärt ist die Rechtslage demgegenüber bei Sprechstundenbedarf und Verbrauchsmaterial für den Praxisbetrieb, wie Handschuhe, Alkoholtupfer, Verbandsmittel, Desinfektionsmittel usw.,

das Problem wird aufgeworfen bei *Tsambikakis*, in: *medstra* 2016, S. 131 ff., S. 135 sowie *Pragal/Handel*, in: *medstra* 2015, S. 337 ff., S. 339.

Nach dem Dafürhalten des Verfassers sind Verbrauchsmaterialien, die nicht zu lasten der GKV abgeben werden auch dann nicht von §§ 299a, Nr. 2, 299b Nr. 2 StGB erfasst, wenn sie unmittelbar am Patienten Anwendung finden. Maßgeblich ist, dass der Arzt insofern keine Möglichkeit hätte, seine Betriebskosten zum Beispiel durch Rabatte bei Einkaufsentscheidungen zu senken. Zudem könnte die gegenteilige Auffassung dazu führen, dass Vorteile, wie z.B. Barabatte, die heilmittelwerberechtlich zulässig sind, gleichwohl über §§ 299a, 299b StGB kriminalisiert werden. Dies stünde im Widerspruch zum Prinzip der asymmetrischen Akzessorietät, nach dem Sachverhalte, die zivil- oder öffentlich-rechtlich erlaubt sind, nicht durch das Strafrecht für verboten erklärt werden dürfen.

3.6.2.4 Der Begriff der Zuführung, § 299a Nr. 3, § 299b Nr. 3 StGB

Hinsichtlich des Begriffs der „Zuführung von Patienten“ wird in der Entwurfsbegründung auf § 11 ApoG, 73 Abs. 7 SGB V, 31 Abs. 1 MBO-Ä (BT-Drucksache 18/6446, S. 20) verwiesen, obwohl dort von Zuweisung die Rede ist.

Die Entwurfsbegründung führt insofern wie folgt aus:

„Der Begriff der Zuführung entspricht inhaltlich dem sozial- und berufsrechtlichen Zuweisungsbegriff (§ 73 Absatz 7 SGB V, § 31 MBO). Zu verstehen ist darunter jede Einwirkung auf den Patienten mit der Absicht, dessen Auswahl eines Arztes oder eines anderen Leistungserbringers zu beeinflussen. Erfasst werden danach Zuweisungen und Überweisungen sowie Verweisungen und Empfehlungen.“

Vergleicht man allerdings die Terminologie der §§ 299a, 299b StGB mit der Begriff-

lichkeit des § 31 MBO, ergibt sich, dass bloße Empfehlungen bestimmter Anbietern, die das Selbstbestimmungsrecht des Patienten wahren, nicht unter den Begriff der Zuführung bzw. Zuweisung fallen. Denn in § 31 MBO, auf den die Entwurfsbegründung Bezug nimmt, wird begrifflich zwischen Zuweisung, § 31 Abs. 1 und Empfehlung, § 31 Abs. 2 MBO unterschieden. Dies impliziert, dass die Begriffe der Zuweisung bzw. Zuführung einerseits und der Empfehlung andererseits nicht identisch sind. Hierfür spricht auch der Wortlaut.

Denn Synonyme für „Zuweisen“ sind laut Duden:

„anweisen, übertragen, zuschieben, zuteilen; (gehoben) anbefehlen, überantworten; (salopp) aufs Auge drücken; (Wirtschaft) allozieren.“

„Empfehlen“ bedeutet demgegenüber:

„jemandem als vorteilhaft, geeignet, zuverlässig vorschlagen; jemandem raten, sich für jemanden, etwas zu entscheiden.“

Die Begriffe „Zuweisen“ oder „Zuführen“ setzen damit ein Autoritätsverhältnis zwischen dem Zuweisenden und dem Zugewiesenen voraus, das ausgenutzt wird, um den Zugewiesenen in eine bestimmte Richtung zu drängen und ihn zu manipulieren („aufs Auge drücken“). Bei gegebenen Informationsasymmetrien, wie sie auch zwischen Arzt und Patient im Hinblick auf notwendige Therapien, Qualität der Versorgung konkurrierender Anbieter usw. bestehen, kann ein zumindest fachliches Autoritätsverhältnis bestehen. Es ist aber eine Frage des Einzelfalles, ob dieses zielgerichtet zur Manipulation des Patienten ausgenutzt wird. An diesem Punkt unterscheiden sich nach dem Dafürhalten des Unterzeichners die tatbestandsmäßige Zuweisung von Patienten von der nicht tatbestandsmäßigen, die Autonomie des Patienten respektierenden, Empfehlung. Dies trägt auch dem Umstand Rechnung, dass

„die sachliche Information im Rahmen der ärztlichen Aufklärung und Beratung sowie die neutrale Darstellung von Vor- und Nachteilen von Angeboten auf dem Gesundheitsmarkt ... zu den ureigensten Aufgaben nicht nur des Hausarztes gehört“,

Scholz, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 31 MBO, Rn. 13.

Daher ist eine Empfehlung z. B. gemäß § 31 Abs. 2 MBO - trotz der insoweit missverständlichen Entwurfsbegründung - auch nur dann tatbestandsmäßig, wenn sie „ohne hinreichenden Grund“ erfolgt. Ist ein derartiger Grund ersichtlich oder äußert der Patient eine entsprechende Bitte, erfüllt der Arzt demgegenüber eine Nebenpflicht aus dem Behandlungsvertrag und verhält sich demnach **vertragstreu** und **berufsrechtskonform**,

Scholz, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 31 MBO, Rn. 12.

Ein Verhalten, das zivilrechtlichen Pflichten entspringt und berufsrechtlich nicht zu beanstanden ist, kann – wie oben bereits ausgeführt - nicht durch das Strafrecht für verboten erklärt werden (Prinzip der asymmetrischen Akzessorietät des Strafrechts),

näher und m.w.N.: *Schneider/Kaltenhäuser*, in: medstra 2015, S. 24 ff., S. 26, der Sache nach auch: *Gaede/Lindemann/Tsambikakis*, in: medstra 2015, S. 142 ff.

Mit Untersuchungsmaterial sind Blut-, Stuhl, Urinproben gemeint.

3.6.3 Spezifischer Konnex zwischen Vorteil und Marktverhalten

Der spezifische Konnex zwischen Vorteil und Wettbewerbs- bzw. Marktverhalten setzt voraus, dass sich Vorteil und Tathandlungen auf das Wettbewerbsverhalten beziehen. Da § 299a StGB und § 299b StGB, ebenso wie § 299 StGB, nicht als Erfolgsdelikt ausgestaltet sind,

Fischer, in: StGB-Kommentar, § 299, Rn. 2b; *Momsen*, in: BeckOK StGB, § 299, Rn. 4; *Dannecker*, in: K/N/P StGB, § 299, Rn. 11; *Krick*, in: MüKo StGB, § 299, Rn. 2; *Heger*, in: Lackner/Kühl StGB, § 299, Rn. 7; *Heine/Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 299, Rn. 331; *Schuhr*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 299 StGB, S. 2733, Rn. 3; *Tiedemann*, in: LK StGB, § 299, Rn. 9; *Brettel/Duttge/Schuhr*, in: JZ 2015, S. 929 ff., S. 933.

muss es zu dem unlauteren Wettbewerbsverhalten nicht kommen. Die Funktion des Konnexes zwischen Vorteilszuwendung und Wettbewerbs- bzw. Marktverhalten im Tatbestand des § 299a StGB und § 299b StGB entspricht derjenigen des Konnexes

zwischen Vorteilszuwendung und Dienstausübung bei §§ 331 ff. StGB und dient insbesondere der Abgrenzung von den Privathandlungen.

3.7 Vorliegen einer Unrechtsvereinbarung - Unlautere Bevorzugung im Wettbewerb

3.7.1 Grundsätze

Für das Bestehen einer Unrechtsvereinbarung enthalten § 299a StGB und § 299b StGB seit dem Paradigmenwechsel vom 13.04.2016,

Schneider, in: medstra 2016, S. 195 ff., sowie *Schneider/Seifert*, in: Der Krankenhaus-Justiziar 2016, Heft 2, S. 8 f.

lediglich einen Anknüpfungspunkt, der tatbestandlich mit „unlautere Bevorzugung im Wettbewerb“ umschrieben ist.

Mit dem Begriff der Unrechtsvereinbarung ist gemeint, dass sich der Angehörige des Heilberufs durch die Vorteilszuwendung zur Dankbarkeit verpflichtet fühlt. Hält er diesem Dankbarkeitsdruck nicht stand, wird er sich bei dem Vorteilsgeber revanchieren und für den Vorteil erkenntlich zeigen. Man spricht von einer Unrechtsvereinbarung, wenn das zukünftige sich erkenntlich Zeigen für den Vorteil zumindest unausgesprochen die „Geschäftsgrundlage“ für die Vorteilszuwendung war.

Diese Betrachtung zeigt nochmals eindeutig, dass die Überlegung des Regierungsentwurfes, eine Unrechtsvereinbarung liege auch dann vor, wenn der Angehörige des Heilberufs gegen das Berufsrecht verstoße, verfehlt war. Denn an der bloßen Berufsrechtspflichtverletzung hat der Vorteilsgeber kein Interesse. Ihm geht es um den wirtschaftlichen Erfolg, um die Übervorteilung des Wettbewerbers. Diese kann mit einer Berufsrechtspflichtverletzung einhergehen. Die Berufsrechtspflichtverletzung wird bei lebensnaher Betrachtung aber nicht das primäre Ziel der Beeinflussung darstellen.

Hinsichtlich der Begriffe der „Bevorzugung im Wettbewerb“ kann auf die gefestigte Rechtsprechung zu § 299 StGB Bezug genommen werden. Eine Bevorzugung liegt vor, wenn der Vorteilsnehmer einen anderen, in Praxis zumeist den Vorteilsgeber, in den Genuss eines Wettbewerbsvorsprungs gegenüber der Konkurrenz bringt.

Der Vorteil muss ferner nachweislich die Gegenleistung für eine (zumindest ins Auge gefasste) Bevorzugung darstellen.

BGH, Urteil v. 14.07.2010 - 2 StR 200/10; *Fischer*, in: StGB Kommentar, § 299, Rn. 13; *Momsen*, in: Beck-Ok StGB, § 299, Rn. 13; *Gerhard/Dannecker*, in: K/N/P StGB, § 299, Rn. 42; *Heger*, in: Lackner/Kühl StGB, § 299, Rn. 5; *Krick*, in: MüKo StGB, § 299, Rn. 24; *Heine/Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 299, Rn. 15; *Schuhr*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 299 StGB, Rn. 47.

Unlauter ist die Bevorzugung, wenn sie gegen die Grundsätze eines redlichen Geschäftsverkehrs verstößt. Dies ist der Fall, sofern die beabsichtigte Besserstellung gemessen an den Grundsätzen eines fairen Wettbewerbs nicht auf ausschließlich sachlichen Erwägungen, sondern zumindest auch auf der Vorteilsgewährung beruht,

BGH, Urteil v. 13.05.1952 - 1 StR 670/51; BGH, Urteil v. 18.06.2003 - 5 StR 489/02; *Fischer*, in: StGB Kommentar, § 299, Rn. 16; *Momsen*, in: Beck-Ok StGB, § 299, Rn. 16; *Gerhard/Dannecker*, in: K/N/P StGB, § 299, Rn. 50 ff.; *Heger*, in: Lackner/ Kühl StGB, § 299, Rn. 5; *Krick*, in: MüKo StGB, § 299, Rn. 28; *Heine/Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 299, Rn. 19; *Schuhr*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 299 StGB, Rn. 52 f.

Der Begriff der unlauteren Bevorzugung ist ein so genanntes normatives Tatbestandsmerkmal. Die Lauterkeit eines Verhaltens ist demnach insbesondere anhand von strafrechtsexternen Regelungen, die im weiteren Sinne den freien Leistungswettbewerb schützen (so genannte Marktverhaltensnormen), festzustellen. In der Literatur zu §§ 299a, b StGB wird darauf hingewiesen, dass bzgl. der Unrechtsvereinbarung im Sinne des § 299a, b StGB grundsätzlich auf die zu § 299 StGB entwickelten Auslegungsprinzipien zurückgegriffen werden könne,

Gaede/Lindemann/Tsambikakis, in: medstra 2015, S. 142 ff., S. 150; *Jary*, in: PharmR 2015, S. 99 ff., S. 102.

Folgende Prinzipien sind insofern einschlägig:

3.7.2 Prinzip der asymmetrischen Akzessorietät – Bezug auf die Rechtsprechung in Wettbewerbssachen

3.7.2.1 Grund und Grenzen des Prinzips der asymmetrischen Akzessorietät

Nach diesem im strafrechtlichen Schrifttum entwickelten Prinzip,

näher und mit weiteren Nachweisen: *Schneider/Kaltenhäuser*, in: medstra 2015, S. 24 ff., S. 26, der Sache nach auch: *Gaede/Lindemann/Tsambikakis*, in: medstra 2015, S. 142 ff., S. 149: „Im Grundsatz besteht damit eine negative Akzessorietät des Tatbestands des § 299a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB in dem Sinne, dass nicht jeder Verstoß gegen gesundheitsrechtliche Pflichten zur Begründung der Strafbarkeit geeignet ist, dass aber gegenüber im Sinne des Gesundheitsrechts zulässigen Formen der vorteilsbegründenden Kooperation kein Strafbarkeitsvorwurf gemacht werden kann“,

gilt als Maxime, dass ein Verhalten, das in anderen Rechtsmaterien als erlaubt gilt, durch das Strafrecht nicht für verboten und strafbar erklärt werden darf. Es besteht demnach ein Zusammenhang zwischen Zivilrecht und Sozialrecht einerseits sowie dem Strafrecht andererseits. Dieser Zusammenhang ist nicht symmetrisch. Ein Verstoß, zum Beispiel gegen das Lauterkeitsrecht, ist damit nicht zugleich auch strafbar. Der Zusammenhang ist vielmehr asymmetrisch. Wenn zum Beispiel eine Vertriebsstrategie nach UWG (oder anderen Rechtsmaterien außerhalb des Strafrechts, z.B. HWG) nicht zu beanstanden ist, darf sie auch nicht strafbar sein. Ist sie allerdings nach UWG wettbewerbswidrig, bedeutet dies nicht zwangsläufig auch die Strafbarkeit dieser Strategie. Das Strafrecht hat nämlich eigenständige Tatbestandsmerkmale, die – trotz der Idee der „Einheit der Rechtsordnung“ – nicht mit den Begriffen anderer Rechtsmaterien identisch sein müssen und das Strafrecht verfügt kraft des ultima ratio Prinzips über eine eigenständige Erheblichkeitsschwelle, die in der Regel höher sein wird, als die entsprechenden Verbotsnormen des UWG oder HWG.

Der Sache nach wird dieses Prinzip auch von den Verfassern des Entwurfs anerkannt. Denn die Entwurfsbegründung hebt hervor, dass „Verdienstmöglichkeiten“, die „im Rahmen der beruflichen Zusammenarbeit eingeräumt werden“, „gesundheitspolitisch grundsätzlich gewollt“ sind und „auch im Interesse des Patienten“ liegen. Daher seien sie, soweit nicht unangemessen hohe Entgelte gezahlt werden, grundsätzlich

nicht nach §§ 299a, b StGB strafbar.

Zur Auslegung der Unrechtsvereinbarung gemäß § 299a Abs. 1 Nr. 1, § 299b Abs. 1 Nr. 1 StGB kann daher auch auf die Rechtsprechung zum UWG und die dort an Beispielen des Gesundheitsmarktes und des Pharmamarketings entwickelten Prinzipien abgestellt werden. Nach dem Auslegungsprinzip der asymmetrischen Akzessorietät ist davon auszugehen, dass ein Handeln, das nach UWG zulässig ist, nicht unlauter im Sinne der § 299a Abs. 1 Nr. 1, § 299b Abs. 1 Nr. 1 StGB sein kann. Folgende Maximen lassen sich nach dem Dafürhalten des Unterzeichners identifizieren:

3.7.2.2 Ausprägungen des Prinzips der asymmetrischen Akzessorietät

3.7.2.2.1 Primat des Selbstbestimmungsrechts des Patienten

Empfehlungen der Angehörigen von Heilberufen, die dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten Rechnung tragen, werden nicht als unlauter eingestuft. Die Patientenautonomie wird missachtet, wenn dem Patienten eine Empfehlung aufgrund von Autorität aufgedrängt wird. Sie wird anerkannt und ist demnach nicht unlauter, wenn die Empfehlung auf Nachfrage des Patienten ausgesprochen wird und einem berechtigten Informationsbedürfnis nachkommt. Diese Grundsätze werden zum Beispiel in der Entscheidung Hörgeräte II des BGH,

BGH, Urteil v. 13.11.2011 - I ZR 111/08,

herangezogen:

„Schon die mit dem Behandlungsvertrag übernommene Fürsorgepflicht spricht dafür, dass der Arzt auf der Grundlage seiner Erfahrungen die erbetene Empfehlung erteilen darf, wenn nicht erteilen muss. Es entspricht auch einem berechtigten Interesse der Patienten, von Ärzten ihres Vertrauens bei Bedarf Empfehlungen für Leistungserbringer zu erhalten. Erbittet der Patient die Empfehlung, ist es zudem seine eigene Entscheidung, ob er sich bei der Ausübung seiner Wahlfreiheit beeinflussen lässt. Es entspricht dem Leitbild des selbstbestimmten Patienten ..., dies dem Patienten zu ermöglichen. Unter diesen Umständen ist dem Arzt nicht zuzumuten, eine Empfehlung zu verweigern oder wider besseres Wissen außer dem seines Erachtens besten Anbieter weitere alternative Versorgungsmöglichkeiten anzugeben, die er für weniger ge-

eignet hält.“

3.7.2.2 Freiheit heilberuflicher Entscheidungen von sachfremden Erwägungen

Auch § 7 HWG schützt, neben berufsrechtlichen Bestimmungen, die Unabhängigkeit der Angehörigen von Heilberufen und will der abstrakten Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung von Werbeadressaten vorbeugen. Bei Geschenken und Werbegaben ist diese Gefahr gegeben, wenn nicht die Werbung an Endverbraucher im Vordergrund steht, sondern ein Zweitnutzen für den Angehörigen des Heilberufs gegeben ist. Für den Zweitnutzen ist auf den Wert der Zuwendung abzustellen. Je höher der Wert ausfällt, desto eher ist ein Zweitnutzen zu bejahen. Der Zweitnutzen kann auch darin gesehen werden, dass Kunden einer Apotheke die Werbegabe des Unternehmens, die in der Apotheke ausliegt oder in die Einkaufstüte gegeben wird, als Zuwendung der Apotheke auffassen und somit die Attraktivität der Apotheke gesteigert wird. Dies hat der BGH im Fall der Abgabe eines Rätselheftes bejaht, das auch den Aufdruck der Apotheke trug, über die es an die Verbraucher ausgegeben wurde,

vgl. BGH, Urteil v. 25.04.2012 – I ZR 105/10: „Werbehilfen können allerdings zugleich Werbegaben sein, wenn sie dem Einzel- oder Zwischenhändler einen über die Werbung hinausgehenden gewichtigen Zweitnutzen bieten. ... Angesichts der Hinweise auf die jeweilige Apotheke auf der Titelseite und der Rückseite der Hefte sowie der Vielzahl der Rätsel in deren Inneren ... ist die tatrichterliche Würdigung ..., der Apotheker könne das Rätselheft als sein Werbe Geschenk präsentieren, ohne selbst Kosten aufwenden zu müssen, aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden“.

3.7.3 Prinzip der Legitimität der produktbezogenen Informationsvermittlung

Ein Bedürfnis, Angehörige von Heilberufen über die eigenen Produkte des pharmazeutischen Herstellers oder des Herstellers von Medizinprodukten zu informieren, ist anzuerkennen. Soweit eine Zuwendung dieser Ziel- und Zwecksetzung verpflichtet ist, stellt sie sich nicht als unlauter dar. Dieser Grundsatz wird vom Bundesgerichtshof beispielsweise in der Entscheidung,

BGH, Urteil v. 17.08.2011 - I ZR 13/10,

anerkannt.

Die Entscheidung betrifft die unentgeltliche Zuwendung einer Arzneimitteldatenbank, die während der Recherche Werbebanner für Arzneimittel einblendet. Eine solche Informationsvermittlung werde nicht als Geschenk empfunden, für das man sich, beispielsweise durch das Verschreiben bestimmter Präparate, gegenüber dem Zuwendenden „dankbar erweisen müsste“.

3.7.4 Einhaltung der Regelungen der Industriekodices als Indiz gegen das Vorliegen unlauteren Verhaltens

Das Tatbestandsmerkmal der Bevorzugung in unlauterer Weise gilt – soweit es um die Wettbewerbsordnung in Deutschland geht – ferner als „Einfallstor“ für die Berücksichtigung von Regelungen, die branchenspezifisch im Wege der freiwilligen Selbstkontrolle implementiert wurden. Die Einhaltung der einschlägigen Bestimmungen stellt zumindest ein Indiz für das Vorliegen eines lautereren und damit straflosen Geschäftsgebarens dar,

Rönnau, in: Handbuch Wirtschaftsstrafrechts, S. 276; *Krüger*, in: Criminal Compliance, S. 690 ff., S. 692,

resümiert insgesamt zutreffend:

Bei Einhaltung der Industriekodices, namentlich des FSA Kodex Fachkreise, ist „das Risiko eines Strafverfahrens wegen Korruptionsverdacht für sämtlich an der Kooperation beteiligten Personen erheblich minimiert, wenn nicht sogar völlig ausgeschlossen.“

Wer sich über derartige Lauterkeitsbestimmungen hinwegsetzt, läuft im Umkehrschluss Gefahr, dass hieraus Indizien für das Vorliegen der Unrechtsvereinbarung abgeleitet werden.

Summarisch sind gem. Kodex des FSA und des AKG e.V. folgende Grenzen einzuhalten:

- **Anlass:** Berufsbezogene Fortbildungsveranstaltung, die sich insbesondere mit den Forschungsgebieten, Arzneimitteln und deren Indikationen des Sponsors

befassen, z.B. § 20 Abs. 1 FSA Kodex Fachkreise, § 19 Abs. 1 AKG Verhaltenskodex.

- **Umfang:** Angemessene, den Wert von 60,- € pro Person und Anlass nicht übersteigende Bewirtung; keine Finanzierung und Organisation von Unterhaltungs- und Freizeitprogrammen, vgl. § 20 Abs. 2 FSA Kodex Fachkreise, § 19 Abs. 2 AKG Verhaltenskodex. Unterbringung und Bewirtung müssen im Vergleich zum Fortbildungscharakter der Veranstaltung von einem untergeordneten Charakter sein, § 20 Abs. 3 FSA Kodex Fachkreise, § 19 Abs. 3 AKG Verhaltenskodex. Unterhaltungsprogramme dürfen von den Mitgliedsunternehmen weder direkt noch indirekt unterstützt werden.

3.8 Anwendbarkeit des Rückwirkungsverbots

§§ 299a, 299b StGB nehmen auf drei Verhaltensweisen Bezug, die zu drei unterschiedlichen Zeitpunkten verwirklicht worden sein können. So kann beispielsweise die Unrechtsvereinbarung aus einer Zeit vor dem 04.06.2016 datieren. Der Vorteil kann zwar vor dem 04.06.2016 versprochen, aber danach ausgekehrt worden sein. Das Marktverhalten wird bei dieser Konstellation teilweise vor und teilweise nach dem 04.06.2016 stattfinden. Dies wirft praxisrelevante Fragen nach der Geltung des Rückwirkungsverbots auf, das in Art. 103 Abs. 2 GG und § 2 StGB verankert ist.

Das Rückwirkungsverbot ordnet an, dass ein Täter nur für eine Tat bestraft werden kann, die zum Zeitpunkt der Begehung schon den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllte. Ein zu einem späteren Zeitpunkt erlassenes Gesetz kann nicht auf einen früheren stattgefundenen Sachverhalt angewendet werden,

vgl. *Eser/Hecker*, Schönke/Schröder, 29. Auf. 2014, § 2 StGB, Rn. 1.

Maßgeblich ist gem. § 2 Abs. 1 StGB „die Zeit der Tat“. Insofern verweist das Gesetz auf § 8 StGB. Dort ist zum Begriff der Zeit der Tat festgelegt, dass es darauf ankommt, wann der Täter gehandelt hat. Bei § 299a, 299b StGB ist insofern wie eingangs dargelegt, zu berücksichtigen, dass es sich um ein mehraktiges Delikt handelt und demnach mehrere Handlungen in Rede stehen. Eine Handlung besteht im Abschluss der so genannten Unrechtsvereinbarung, die bei Verträgen in der Regel mit dem Vertragsschluss zusammenfällt. Weiterhin stellen die Verhaltensweisen des Anbietens, Versprechens oder Gewährs von Vorteilen Handlungen dar.

Gem. der Entscheidung

OLG Stuttgart, Urteil vom 28. 10. 2002 - 1 Ss 304/02,

zur Erweiterung der Strafbarkeit im Tatbestand der Vorteilannahme auf so genannte Dritt Vorteile im Zuge des Korruptionsbekämpfungsgesetzes aus dem Jahr 1997 wird hinsichtlich des Rückwirkungsverbots in derartigen Konstellationen von folgenden Grundsätzen ausgegangen:

„Bei unteilbarem tatbestandsmäßigem Verhalten, das teils vor und teils nach der Gesetzesänderung liegt, bleibt der Täter nach dem rechtsstaatlichen Rückwirkungsverbot [...] ganz straffrei. Denn weder die nachträgliche Anwendung einer neuen Strafnorm auf bislang straffreies Verhalten noch dessen nachträgliche Einbeziehung in einen bereits bestehenden Straftatbestand ist rechtsstaatlich zulässig [...]. Eine wegen der bis zum 19.08.1997 geltenden Gesetzeslage noch straflose Vorteilsannahme in Form der Drittbegünstigung liegt dann vor, wenn die Grundvereinbarung zwischen dem Angekl. und der *B* aus dem Jahre 1994 den in Teilleistungen zu gewährenden, der Ehefrau des Angekl. zufließenden Vorteil bereits nach Umfang und Zeitdauer so genau festgelegt hat, dass der Gesamtvorteil bereits als verabredet angesehen werden musste. Das ist nach den Urteilsfeststellungen der Fall. Nach der Rechtsprechung des *BGH* zu §§ 331 ff. StGB liegt eine Vorteilsannahme in Form einer tatbestandlichen Handlungseinheit vor, wenn die Entlohnung auf eine Grundvereinbarung zurückgeht, die den zu gewährenden Vorteil insgesamt genau festlegt, auch wenn er letztlich in Teilleistungen zu erbringen ist. Anders ist die Rechtslage dann zu beurteilen, wenn die zu gewährende Entlohnung von der zukünftigen Entwicklung abhängt, insbesondere wenn die Vorteilsgewährung „Open-end-Charakter“ trägt.“

Hiernach kommt es darauf an, ob die Vorteilsgewährung nach dem Willen der Vertragsparteien „open end Charakter“ hatte. Dies kann sich daraus ergeben, dass keine Laufzeit des der Vorteilszuwendung zugrunde liegenden Vertrages vereinbart war. Legt man diese Rechtsprechung zugrunde, ist es unerheblich, dass Teilakte des § 299b StGB vor Inkrafttreten des Gesetzes begangen wurden.

Dennoch kann auch unter dieser Voraussetzung nur wegen der Vorteile bestraft werden, die nach dem 04.06.2016 zugewendet wurden. Dies entspricht der herrschenden Meinung bei so genannten strafbarkeitsbegründenden Gesetzesänderungen. Eine derartige strafbarkeitsbegründende Gesetzesänderung liegt auch durch Einführung der §§ 299a, 299b StGB vor. Zur herrschenden Meinung vgl.

Eser/Hecker, Schönke/Schröder, 29. Auf. 2014, § 2 StGB, Rn. 13:

„Soweit es dagegen um strafbarkeitsbegründende Gesetzesänderungen geht, werden davon jeweils nur solche Teilakte erfasst, bei deren Begehung das neue Gesetz bereits in Kraft war. Waren also Teilakte im Zeitpunkt ihrer Begehung noch straflos, so dürfen diese nicht in den neuen Tatbestand einbezogen und daher auch bei der Strafzumessung nicht mitberücksichtigt werden“.

3.9 Regelbeispiele gem. § 300 StGB

Die in § 300 StGB aufgezählten besonders schweren Fälle der Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr gelten auch für die Tatbestände der Bestechung im Gesundheitswesen,

zu diesen Merkmalen, vgl.: *Kubiciel*, in: juris Praxisreport 11/2016 vom 25.05.2016: „Solche besonders schweren Fälle werden hierzulande die Regel sein“, insbesondere zur bandenmäßigen Begehung: *Krick*, in: MÜKo StGB, § 300, Rn. 4; *Momsen*, in: BeckOK, § 300, Rn.4.

Das Gesetz bezieht sich auf drei unterschiedliche Anknüpfungspunkte.

3.9.1 Vorteil großen Ausmaßes

Zuverlässige Grenzen sind nicht ersichtlich. Bei 50.000,- € ist die Grenze nach Auffassung des BGH sicher erreicht. Nach anderer Auffassung beginnt der Vorteil großen Ausmaßes bereits bei Zuwendungen in Höhe von 25.000,- €,

zum Themenkomplex näher und mit weiteren Nachweisen: *Tsambikakis*, in: medstra 2016, S. 131 ff., S. 135.

3.9.2 Gewerbsmäßiges Handeln

Gewerbsmäßiges Handeln liegt vor, wenn Vorteilsnehmer oder Vorteilsgeber beabsichtigen, sich aus der Tatbegehung eine fortlaufende Einnahmequelle von gewisser Dauer und nicht unerheblichem Umfang zu erschließen,

Tsambikakis, in: medstra 2016, S. 131 ff., S. 139.

Bereits die erste Tatbegehung kann das Regelbeispiel verwirklichen, sofern diese mit der Absicht wiederholter Tatbegehung verwirklicht wird.

3.9.3 Mitgliedschaft in einer Bande

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass nach herrschender Meinung der Zusammenschluss von drei Personen ausreichend ist, die nicht notwendig in einem Lager stehen müssen,

vgl.: *Momsen*, in: BeckOK, § 300, Rn.4: „Erfasst werden auch Zusammenschlüsse von Vorteilsnehmern und -gebern.“ *Dannecker*, in: K/N/P StGB, § 300, Rn. 8: „Eine Bande ist auch beim Zusammenschluss von Personen auf beiden Seiten der korruptiven Beziehung gegeben.“ *Krick*, in: MüKo StGB, § 300, Rn. 4: „Bande kann daher auch der gemischte Zusammenschluss von Beteiligten auf beiden Seiten der korrupten Beziehung sein.“

Die Problematik ist nach dem Dafürhalten des Verfassers noch nicht ausreichend geklärt. Das drei Personen Modell erlangt seine Plausibilität aus der Abgrenzung zur Mittäterschaft (mindestens zwei Personen). Die Rechtsprechung, die dieses Modell entwickelt hat, bezieht sich allerdings auf Straftatbestände, die von denselben Personen verwirklicht wurden. Bei § 299a und § 299b handelt es sich aber um zwei unterschiedliche Tatbestände. Ein Vorteilsgeber und ein Vorteilsnehmer können nicht Mittäter sein. Zudem ist die Korruption eine Beziehungstat, die denkbare Mindestens zwei Personen, einen Vorteilsnehmer und einen Vorteilsgeber voraussetzt. Daher ist fraglich, ob das drei Personen Modell in der Variante zwei + eins (das heißt beispielsweise zwei Personen auf der Seite der Vorteilsgeber und ein Täter als Vorteilsnehmer) unbesehen auf die Korruptionsdelikte übertragen werden kann.

***Kooperationen im Gesundheitswesen,
RA Claus Burgardt, Sträter Rechtsanwälte***

4. Auswirkungen des Gesetzes auf Kooperationen im Gesundheitswesen

Trotz der Änderungen der §§ 299a, 299b StGB durch die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 13.04.2016,

vgl. BT-Drs. 18/8106 vom 13.04.2016,

ist die Reichweite der neuen Straftatbestände weiterhin groß. Schon im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens ist vielfach gerügt worden, dass es der neue Straftatbestand nicht sicher ermöglicht, die erlaubten von den verbotenen Tätigkeiten zu trennen. Eine besondere Rolle spielt dies für Kooperationen im Gesundheitswesen. Deshalb soll zunächst untersucht werden, ob der neue Gesetzentwurf hier zu mehr Rechtssicherheit führt, um sodann auf verschiedene Erscheinungsformen der Kooperationen im Gesundheitswesen näher einzugehen.

4.1 Problembeschreibung

In der Zuführungsalternative (vgl. § 299a Nr. 3 StGB) wird die Vorteilsnahme als Gegenleistung für eine unlautere Zuführung von Patienten bestraft. Typischerweise erfolgen im Rahmen von sozialrechtlichen Kooperationen Zuführungen (vgl. zum Begriff der Zuführung sub [3.6.2.4](#)). Beispielhaft seien die Entlassversorgung (§§ 11 Abs. 4 Satz 2, 39 Abs. 1a SGB V) und die ambulante spezialfachärztliche Versorgung i. S. d. § 116b SGB V erwähnt. Hier wirken eine Vielzahl von Leistungserbringern miteinander zusammen, um sektorübergreifend und/oder interdisziplinär komplexe und u. U. schwer therapierbare Krankheiten zu behandeln (vgl. §§ 39 Abs. 1a Satz 1, 116b Abs. 1 Satz 1 SGB V). Das Entlassmanagement bedeutet zwangsläufig, dass Patienten bestimmten ambulanten Leistungserbringern zugeführt werden, damit diese die notwendige Anschlussversorgung übernehmen können.

Der BGH hielt im Rahmen des Versorgungsmanagements sogar eine einschränkende Auslegung des § 11 Abs. 1 ApoG für erforderlich, um eine Zuweisung von Arzneimittelrezepten zu ermöglichen: BGH, U. v. 13.03.2014, I ZR 120/13.

Da die Kooperationspartner durch die Weiterversorgung eine den Krankenhäuser obliegende Pflicht erfüllen, liegt die Annahme eines Vorteils nahe, der in einem unmittelbaren Kausalverhältnis zur Bevorzugung dieser Leistungserbringer steht. Noch etwas strafrechtsgeneigter erscheint die ambulante spezialfachärztliche Versorgung. Diese will einen interdisziplinären Behandlungsansatz umsetzen, der voraussetzt, dass zwischen den beteiligten Leistungserbringern wechselseitige Zuführungen von Patienten stattfinden. Diese wechselseitigen Zuführungen führen zwangsläufig zur gegenseitigen Eröffnung von Abrechnungsmöglichkeiten (vgl. § 116b Abs. 6 Satz 8 SGB V). Wie oben gezeigt, führt der Umstand, dass der jeweilige Leistungserbringer keine einseitige Zuwendung erhält, sondern die Vorteile durch vertraglich geschuldete Leistungen vollständig kompensiert werden, nicht zur Verneinung eines Vorteils,

sub [3.4.2.2.](#)

Daher unterfällt die gegenseitige Verschaffung von Abrechnungsmöglichkeiten dem Vorteilsbegriff des § 299a StGB. Da die Verschaffung dieser gegenseitigen Abrechnungsmöglichkeiten notwendige Folge und zugleich Grundbedingung der ambulanten spezialfachärztlichen Versorgung ist, liegt auch der notwendige Kausalzusammenhang zwischen dem Vorteil und der Bevorzugung vor. Damit konzentriert sich aus strafrechtlicher Sicht die rechtliche Beurteilung auf die Frage, ob die Teilnahme an einer ambulanten spezialfachärztlichen Versorgung als unlautere Bevorzugung anzusehen ist. Diese Frage ist nicht etwa spezifisch nur für die ambulante spezialfachärztliche Versorgung, sondern stellt ein generelles Regelungsprinzip der gesetzlichen Krankenversicherung in Frage, denn klassischerweise erfolgt in der gesetzlichen Krankenversicherung zur Gewährleistung einer wirtschaftlichen und qualitativ hochwertigen Versorgung eine Patientensteuerung, die häufig durch Vergütungsanreize in der gewünschten Art und Weise gelenkt wird. Es liegt zwar auf der Hand, dass den Kooperationen im Gesundheitswesen durch das neue Korruptionsstrafrecht nicht die Grundlage entzogen werden soll. Offen ist aber die Frage, wie den unterschiedlichen Formen der Zusammenarbeit sachgerecht und rechtssicher Rechnung getragen werden kann.

4.2 Zum Merkmal der Unlauterkeit bei Kooperationen im Gesundheitswesen

Kernelement der Strafbarkeit ist die Unrechtsvereinbarung, also der spezielle Zusammenhang zwischen dem Vorteil und der unlauteren Bevorzugung im Wettbewerb auf der Verordnungs-, Bezugsebene oder bei der Zuführung von Patienten. Unlauter soll die Bevorzugung sein, wenn sie gegen die Grundsätze eines redlichen Geschäftsverkehrs verstößt. Dies sei der Fall, sofern die beabsichtigte Besserstellung gemessen an den Grundsätzen eines fairen Wettbewerbs nicht auf ausschließlich sachlichen Erwägungen, sondern zumindest auch auf der Vorteilsgewährung beruhe,

Krick, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Auflage 2014, Rd-Nr. 28 zu § 299 StGB.

Hinsichtlich der Einzelheiten kann man sich an der Rechtsprechung und den Kommentierungen zu § 299 StGB orientieren. So soll der Begriff weder identisch mit § 138 BGB oder völlig deckungsgleich mit § 3 UWG sein,

Heine/Eisele, in: Schönke/Schröder, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 29. Auflage 2014, Rd-Nr. 19 zu §§ 299 StGB.

Die Bevorzugung soll unlauter erfolgen, wenn sie sachfremd durch die Zuwendung des sozialinadäquaten Vorteils geleitet werde,

Heger, in: Lackner/Kühl, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 28. Auflage 2014, Rd-Nr. 5 zu § 299 StGB.

Ferner soll eine Bevorzugung unlauter sein, wenn sie gegen die Grundsätze eines redlichen Geschäftsverkehrs verstößt,

Krick, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Auflage 2014, Rd-Nr. 28 zu § 299 StGB.

Auch wenn die Formulierungen sich im Detail unterscheiden, stellt gleichwohl § 3a UWG eine entscheidende Orientierungslinie dar. Danach handelt unlauter, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwider handelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln und der Verstoß geeignet ist, die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen. Im Rahmen dieser Vorschrift kommt es also entscheidend darauf an,

welche gesetzlichen Bestimmungen als Marktverhaltensregelungen anzusehen sind. Für die Kooperationen im Gesundheitswesen ist daher eine Orientierung an den Regelungen des (ärztlichen) Berufsrechts, des Heilmittelwerbegesetzes (insbesondere § 7 HWG), des Apothekengesetzes (insbesondere §§ 10, 11 ApoG), der Apothekenbetriebsordnung (insbesondere § 20 ApBetrO) und der §§ 73 Abs. 7, 128 Abs. 2 SGB V als sozialrechtliche Sonderregelungen zu Zuweisungs- und Zuwendungsverboten vorzunehmen.

Dass es erlaubte Kooperationen im Gesundheitswesen gibt und auch geben muss, ist im Gesetzgebungsverfahren durchaus erkannt worden; gleiches gilt für das gleichwohl bestehende Spannungsverhältnis zu den sozialrechtlichen Kooperationen einerseits und dem Strafrecht andererseits,

vgl. *Halbe*, in: MedR 2015, 168.

In der Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung heißt es daher:

BT-Drs. 18/6446, S. 18:

„Soweit Verdienstmöglichkeiten im Rahmen der beruflichen Zusammenarbeit eingeräumt werden, ist zu berücksichtigen, dass die berufliche Zusammenarbeit gesundheitspolitisch grundsätzlich gewollt ist und auch im Interesse des Patienten liegt.“

Weiter wird in den Materialien ausgeführt, dass ohne das Hinzutreten weiterer Umstände die Honorierung heilberuflicher Leistungen im Rahmen zulässiger beruflicher Zusammenarbeit grundsätzlich nicht den Verdacht begründen könne, dass die Einräumung der zugrunde liegenden Verdienstmöglichkeit als Gegenleistung für die Zuweisungen des Patienten erfolgen soll und eine Unrechtsvereinbarung vorliege. Ebenso wenig könne ohnehin das Hinzutreten weiterer Umstände aus dem Vorliegen von wechselseitigen Zuweisungen auf ein konkludent verabredetes Gegenleistungsverhältnis zwischen den Zuweisungen und damit auf eine Unrechtsvereinbarung geschlossen werden,

BT-Drs. 18/6446, S. 19.

Nachvollziehbarerweise findet sich daher in der Literatur die Auffassung, dass sozialrechtlich zulässige Kooperationen grundsätzlich tatbestandsausschließend sein müssten,

vgl. *Halbe*, in: MedR 2015, 168, 175.

Dies entspricht dem oben dargestellten Grundsatz der asymmetrischen Akzessorietät, der im Wesentlichen zum Ausdruck bringt, dass Handlungen nicht strafbar sein können, die gesetzlich ausdrücklich erlaubt sind,

sub [3.7.2.1.](#)

Ähnliche Gründe hatten den BGH in der Vergangenheit dazu veranlasst, die Zuwendung von Drittmitteln unter Einhaltung der drittmittelrechtlichen Regelungen nicht dem Tatbestand der §§ 331 ff. StGB zu unterwerfen,

sub [3.4.2.4](#) und [5.2.3.](#)

Auch in der – allerdings wettbewerbsrechtlichen – Patientenring-Entscheidung hat der BGH gemeint, dass das Zuweisungsverbot des § 11 Abs. 1 Satz 1 ApoG einschränkend auszulegen sei, wenn es um eine Kooperation im Rahmen eines Versorgungs- und Entlassungsmanagement i. S. d. § 11 Abs. 4, 39 SGB V ginge,

vgl. BGH, U. v. 13.03.2014, I ZR 120/13.

Beide Urteile setzen also das Prinzip der asymmetrischen Akzessorietät um. Entscheidende Frage ist aber, wie dieser Grundsatz operationalisiert werden kann, denn die Regelungen zu den sozialrechtlichen Kooperationen sind häufig sehr abstrakt gestaltet und unterliegen zum Teil dem wenig transparenten sozialrechtlichen Normengeflecht, so dass die Ergebnisse der Auslegung der Normen im Gesundheitsbereich keineswegs sicher prognostizierbar ist. Ein besonders plastisches Beispiel sind die Vielzahl der divergierenden Urteile zum ärztlichen Werbeverbot, wobei die Liberalisierung ganz wesentlich durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes und auch des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vorangetrieben worden ist,

vgl. die Nachweise bei *Scholz*, in: Spickhoff, Medizinrecht, Rd-Nr. 3 ff. zu § 27 MBO-Ä.

4.3 Erscheinungsformen der Kooperationen im Gesundheitssystem

Um den Grundsatz der asymmetrischen Akzessorietät zu operationalisieren, bedarf es zunächst einer näheren Betrachtung der Erscheinungsformen von Kooperationen in der gesetzlichen Krankenversicherung. Ein kurzer Blick in das SGB V zeigt, dass die Erscheinungsformen vielfältig sind. Beispielhaft zu nennen sind:

- Kooperationen zwischen Krankenkassen, Leistungserbringern und auch der pharmazeutischen Industrie, wie z.B. Verträge über die besondere Versorgung nach § 140a SGB V.
- Kooperationsverträge zur Organisation eines Versorgungs- und Entlassmanagement nach §§ 11 Abs. 4, 39 Abs. 1a SGB V z.B. zur Sicherstellung der Überleitung der Patienten von der stationären in die ambulante Versorgung.
- Gründung von Berufsausübungsgemeinschaften von Ärzten (z. B. medizinische Versorgungszentren nach § 95 Abs. 1 Satz 2 SGB V).
- Gründung von Arztnetzen nach § 87b Abs. 4 Satz 1 SGB V.
- Kooperationsverträge zwischen den Leistungserbringern im Rahmen der ambulanten spezialfachärztlichen Versorgung nach § 116b SGB V.
- Modellvorhaben nach §§ 63ff. SGB V.
- Rabattverträge zwischen Krankenkassen und pharmazeutischen Unternehmen nach § 130a Abs. 8 SGB V.
- Verträge zwischen pharmazeutischen Unternehmen und Krankenkassen zur Ersetzung von Erstattungsbeträgen nach § 130c SGB V.

Daneben gibt es eine Vielzahl von Kollektivverträgen, die die Leistungserbringung und die Abrechnung in der gesetzlichen Krankenversicherung regeln. Der Vertrag ist nach § 2 Abs. 2 Satz 3 SGB V das typische Handlungsmittel der Selbstverwaltung. Es werden aber auch ohne Einschaltung der gesetzlichen Krankenkassen Kooperationsverträge abgeschlossen. Beispielsweise gibt es Geschäftskonzepte, die eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung von Ärzten oder anderen Leistungserbringern im Gesundheitswesen vorsehen.

Um nun die Lauterbarkeitskriterien zu operationalisieren, ist es hilfreich zwischen Verträgen zu unterscheiden, die die Industrie mit Krankenkassen abschließt und solchen Verträgen, die im Gesundheitswesen ohne die Krankenkasse als Vertragspartner vereinbart werden.

4.4 Verträge mit Krankenkassen

Im vorhergehenden Gliederungspunkt sind u. a. Vertragsbeziehungen aufgeführt worden, an der Krankenkasse und Industrie beteiligt sein können. Allerdings unterliegen solche Verträge nicht dem strikten Vorbehalt des Gesetzes. Vielmehr hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Verfahren zur Verfassungsgemäßheit des Beitragssatzsicherungsgesetzes gemeint, dass die Krankenkassen generell zum Abschluss von Verträgen im Rahmen ihrer Aufgabenerfüllung keiner spezialgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedürfen, sondern sich allgemein auf §§ 53 ff. SGB X stützen können,

vgl. BVerfG, B. v. 13.09.2005, 2 BvF 2/03.

Dies passt zur Regelung in § 128 Abs. 6 Satz 2 SGB V, die für Selektivverträge vorsieht, dass Vereinbarungen von Krankenkassen mit Leistungserbringern über finanzielle Anreize für die Mitwirkung an der Erschließung von Wirtschaftlichkeitsreserven und der Verbesserung der Qualität der Versorgung zulässig sind. Zwar beschränkt sich diese Befugnisnorm auf „gesetzlich zulässige“ Vereinbarungen, ohne dies genauer zu konkretisieren. Der zulässige Rahmen dürfte aber weit sein. Wettbewerbsrechtliche Schranken finden wegen § 69 Abs. 1 Satz 3 SGB V keine Berücksichtigung. Zu beachten sind aber die kartellrechtlichen Schranken (vgl. § 69 Abs. 2 Satz 1 SGB V). Jedenfalls wird man aus § 128 Abs. 6 Satz 2 SGB V eine weitgreifende Befugnisnorm für Vorteilszuwendungen im Rahmen von Kooperationen mit Krankenkassen entnehmen können,

Becker, in: Kingreen-Butzer, Rd-Nr. 43 zu § 128 SGB V m. w. N..

Dieser Rechtsgedanke hat große Bedeutung für die Rabattverträge zwischen Krankenkassen und der Industrie i. S. d. § 130a Abs. 8 SGB V, weil hier vielfach auf regionaler Ebene Steuerungsmechanismen vereinbart werden, die den Arzt bonifizieren, der Rabattvertragsprodukte verordnet (vgl. § 130a Abs. 8 Satz 5 SGB V). Dies ist z. B. der Fall im Hausarztvertrag, den die AOK Baden-Württemberg abgeschlossen

hat, weil der Vertragsarzt bei Erreichung bestimmter Rabattvertragsquoten eine patientenbezogene Rückvergütung erhält. Es besteht also ein direkter Zusammenhang zwischen der Bevorzugung der Rabattvertragsarzneimittel und einer Vorteilzuwendung an die Vertragsärzte. Auch ist der Abschluss von besonderen Versorgungsverträgen i.S.d. § 140a SGB V denkbar, nach denen der pharmazeutische Unternehmer finanzielle Beiträge leistet, aus denen letztlich die Ärzte für die Bevorzugung seiner Produkte bonifiziert werden. Die Beteiligung von Ärzten an Erlösen aus Wirtschaftlichkeitsvorteilen ist dem SGB V also keineswegs fremd. Ein alleiniger Blick auf die Regelungen des SGB V würde allerdings verkennen, dass auch der Vertragsarzt grundsätzlich an die Regelungen des Berufsrechts gebunden ist, dieses also keineswegs durch das SGB V verdrängt wird,

vgl. *Rompf*, in: MedR 2015, 570 m. w. N..

Für den Bereich der Vorteilszuwendungen ist § 32 Abs. 1 der Musterberufsordnung der Deutschen Ärzte von besonderer Bedeutung, der wie folgt lautet:

„Ärztinnen und Ärzten ist es nicht gestattet, von Patientinnen und Patienten oder anderen Geschenke oder andere Vorteile für sich oder Dritte zu fordern oder Dritten versprechen zu lassen oder anzunehmen, wenn hierdurch der Eindruck erweckt wird, dass die Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidung beeinflusst wird. Eine Beeinflussung ist dann nicht berufswidrig, wenn sie einer wirtschaftlichen Behandlungs- oder Ordnungsweise auf sozialrechtlicher Grundlage dient und der Ärztin oder dem Arzt die Möglichkeit erhalten bleibt, aus medizinischen Gründen eine andere als die mit finanziellen Anreizen verbundene Entscheidung zu treffen.“

Die Musterberufsordnung wird von der Bundesärztekammer erlassen und ist für den einzelnen Arzt nicht verbindlich. Dieser ist vielmehr nur der als Satzung erlassenen Berufsordnung der Landesärztekammer unterworfen, in der er Mitglied ist. Üblicherweise setzen jedoch die Landesärztekammern die Musterberufsordnung wortgleich um, sodass hier die Musterberufsordnung zugrunde gelegt wird. In berufsrechtlicher Hinsicht ist die entscheidende Frage, ob der Eindruck erweckt wird, dass durch die Zuwendung die Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidung beeinflusst wird. Es genügt also nicht der Eindruck, dass der Arzt in seinen ärztlichen Entscheidungen beeinflusst sein könnte, sondern es muss auf Grundlage konkreter Tatsachen bei wer-

tender Betrachtung nahe liegend und daher absehbar sein, dass die zukünftigen Entscheidungen des Arztes beeinflusst sind,

so *Scholz*, in: Spickhoff, Medizinrecht, Rd-Nr. 5 zu § 32 MBO-Ä m.b.N.

Dies ist bei Bonussystemen, die die Verordnung bestimmter Produkte incentivieren, der Fall. Trotz seines sehr weitgehenden Wortlautes ist § 32 Abs. 1 Satz 2 MBO-Ä nicht so zu verstehen, dass solche Zuwendungen gleichwohl stets zulässig sind, wenn sie eine sozialrechtliche Grundlage finden. Der Sozialrechtsvorbehalt beruht auf den Beschlüssen des 114. deutschen Ärztetages 2011. Aus der synoptischen Darstellung ergibt sich, dass mit dieser Ergänzung keineswegs jedwede sozialrechtliche Bonifizierung gerechtfertigt werden sollte, sondern nur eine solche Bonifizierung, die den im Jahre 2007 von der Bundesärztekammer veröffentlichten Hinweisen und Erläuterungen zum Umgang mit der Ökonomisierung im Gesundheitswesen entsprechen,

http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/MBO/MBO_Synopse.pdf.

Als kritisch wird in der Bekanntmachung zur Ökonomisierung im Gesundheitswesen vom 02.04.2007 angesehen, wenn die Rabattvereinbarungen einem Arzt keinen Entscheidungsspielraum zugunsten des auszuwählenden Arzneimittels mehr belassen. Eine Bonifizierungsregelung wird in der Regel nicht so beschaffen sein, dass der konkrete Anreiz die „Freiwilligkeit“ des Arztes entfallen lässt. Allerdings muss man überlegen, ob der Entscheidungsspielraum des Arztes durch das Wirtschaftlichkeitsprinzip letztlich auf Null reduziert ist, denn das Bundessozialgericht vertritt neuerdings eine sehr strikte Auslegung des Wirtschaftlichkeitsprinzips,

vgl. BSG, U. v. 13.05.2015, B 6 KA 18/14 R zur Pflicht, den günstigsten Bezugsweg zu nutzen; BSG, U. v. 25.11.2015, B 3 KR 16/15 R zur Exklusivwirkung einer Ausschreibung für Zytostatikazubereitungen.

Über das Wirtschaftlichkeitsprinzip im Sinne des § 12 SGB V könnte dann ein relevanter Entscheidungsspielraum des Arztes aus medizinischen Gründen entfallen. Die Verordnungs- und Zuführungssteuerung im Bereich der GKV ist daher nicht völlig berufsrechtsfrei,

Scholz, in: Spickhoff, Medizinrecht, Rd-Nr. 7 zu § 32 MBO-Ä.

Da § 299a StGB nicht nur die Vermögensinteressen der Solidargemeinschaft der Versicherten schützen will, sondern konkret auch das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient, wäre es auch unlogisch, die Steuerung in der gesetzlichen Krankenversicherung völlig von der Strafbarkeit auszunehmen. Ob es in der Praxis dabei bleiben wird, ist offen, denn die Positionierung des § 299a StGB in dem 26. Abschnitt des Strafgesetzbuches „Straftaten gegen den Wettbewerb“ mag in der Praxis dazu führen, dass es mehr um den (Vermögens-)Schutz der gesetzlichen Krankenversicherung als um den Schutz vor der gesetzlichen Krankenversicherung geht. Der EuGH hat jedenfalls die staatliche Steuerung im Arzneimittelverordnungsbereich nicht den Werbeeinschränkungen nach den Art. 88 ff. der Richtlinie 2001/83/EG unterwerfen wollen,

vgl. EuGH, U. v. 22.04.2010, C-62/09.

Auch wenn somit die Verordnungs- und Zuführungssteuerung in den Verträgen mit Krankenkassen nicht grenzenlos möglich ist, wird man jedoch – dem Grundgedanken des § 128 Abs. 6 Satz 2 SGB V folgend – im Regelfall davon ausgehen können, dass Verträge mit Krankenkassen keinem strafrechtlichen Verfolgungsrisiko unterliegen. Konsistent mag dies nicht sein, entspricht aber der erwartbaren Praxis.

4.5 Kooperationsverträge ohne Einbeziehung von Krankenkassen

Große praktische Bedeutung für die Industrie haben Kooperationsverträge, die ohne Einbeziehung von Krankenkassen abgeschlossen werden. Soweit es um Verträge mit Ärzten geht, ist zunächst festzustellen, dass Ärzten selbst eine unmittelbare gewerblich unternehmerische Tätigkeit auf dem Gebiet des Heilwesens grundsätzlich gestattet ist,

vgl. BVerfG, B. v. 19.11.1985, 1 BvR 38/78.

Andererseits ist der Schutz des Vertrauens des Patienten in die Integrität der Ärzteschaft ein Gemeinwohlbelang, der es erlaubt, eine gewerbliche Betätigung von Ärzten zu beschränken, wobei insbesondere Verhaltensweisen entgegengewirkt werden kann, die den Eindruck vermitteln, der Arzt stelle die Erzielung von Gewinnen über das Wohl seiner Patienten und deren ordnungsgemäße Behandlung; der Patient soll

darauf vertrauen können, dass sich der Arzt nicht von kommerziellen Interessen leiten lässt,

vgl. BVerfG, B. v. 01.06.2011, 1 BvR 233/10, Rd-Nr. 42.

Deshalb ordnet § 3 Abs. 1 Satz 1 MBO-Ä an, dass es Ärzten untersagt sei, neben der Ausübung ihres Berufs eine andere Tätigkeit auszuüben, welche mit den ethischen Grundsätzen des ärztlichen Berufs nicht vereinbar ist. Im Zusammenhang mit diesem Unvereinbarkeitsverbot in § 3 MBO-Ä und insbesondere i. V. m. den §§ 30 ff. MBO-Ä hat sich daher im Laufe der Jahre eine reichhaltige Rechtsprechung meist im wettbewerbsrechtlichen Zusammenhang entwickelt,

vgl. z. B. *Scholz*, in: Spickhoff, Medizinrecht, §§ 30 ff. MBO-Ä.

Nachfolgend soll kurz auf einige Beispiele eingegangen werden.

4.5.1 Dienstleistungsverträge zwischen Arzt und Industrie

Die Kooperation zwischen Arzt und Industrie muss nicht zwangsläufig spezifischen Zwecken der gesetzlichen Krankenversicherung dienen, sondern es kann stattdessen um die Vereinbarung konkreter Dienstleistungen gehen. Ein typisches Beispiel für eine solche Kooperation zwischen Arzt und Industrie ist die Durchführung von nichtinterventionellen Studien im Sinne des § 4 Abs. 23 AMG i. V. m. §§ 63 f, 63 g, 67 Abs. 6 AMG, also von sogenannten PASS und Anwendungsbeobachtungen (vgl. zum Vorteilscharakter der Dokumentationshonorare sub [3.4.2.2](#)). Auch hier ergibt sich aus dem Gesetzentwurf der Bundesregierung, dass grundsätzlich die Durchführung von nichtinterventionellen Studien forschungs- und gesundheitspolitisch wünschenswert sei,

BT-Drs. 18/6446, Seite 19.

Allerdings hat der Gesetzgeber in der Vergangenheit durchaus ein erhebliches Missbrauchspotenzial bei solchen Studien gesehen und hat durch zusätzliche Beschränkungen sicherstellen wollen, dass solche Studien nicht aus reinen Marketinggründen durchgeführt werden. Durch das 3. AMG-ÄndG,

Drittes Gesetz zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften vom 7. August 2013,

ist § 67 Abs. 6 Satz 3 AMG neu eingefügt worden. Danach sind die an Ärzte zu zahlenden Honorare nach ihrer Art und Höhe so zu bemessen, dass kein Anreiz für eine bevorzugte Verschreibung oder Empfehlung bestimmter Arzneimittel entsteht. In den Materialien führt der Gesetzgeber wie folgt aus:

BT-Drs. 17/13770, Seite 20:

„Es soll eine gezielte Beeinflussung des ärztlichen Verschreibungsverhaltens mittels der Durchführung von Anwendungsbeobachtungen und der nichtinterventiellen Unbedenklichkeitsprüfung verhindert werden. [...] Die Honorierung sollte sich am Aufwand für zusätzlich erforderliche Dokumentations- und andere Maßnahmen orientieren. Anhalt für eine über die Regelversorgung hinaus durch die Prüfung entstehende Aufwandshonorierung bietet z.B. die Ärztegebührenordnung. [...] Es wird jedoch jeweils am Einzelfall zu prüfen sein, ob durch die ergänzenden Verdienstmöglichkeiten bei einem einzelnen an einer Prüfung beteiligten Arzt ein Anreiz entstehen könnte, die Einkommensmöglichkeiten auszuweiten.“

Es kommt also nicht nur auf die für den einzelnen Dienstleistungsfall gezahlte Einzelvergütung an, sondern es ist in vergütungsmäßiger Hinsicht das gesamte Beziehungsgeflecht zwischen Arzt und Unternehmen mit zu berücksichtigen. Nicht anders verfährt die Rechtsprechung bei der Frage, ob bei den Delikten nach § 331 ff. StGB eine Unrechtsvereinbarung vorliegt,

vgl. z. B. BGH, U. v. 20.01.2000, 4 StR 342/99.

Da bei Anwendungsbeobachtungen - anders als z.B. bei der Unterstützung der ärztlichen Fortbildung - die Vorteilsgewährung und der kausale Zusammenhang zur Bevorzugung eines bestimmten Arzneimittels zumeist auf der Hand liegen, fokussiert sich aus strafrechtlicher Sicht die Frage darauf, ob es sich um ein nicht zu beanstandendes Forschungsprojekt oder um eine gezielte Beeinflussung des ärztlichen Verordnungsverhaltens handelt. Ein wichtiges Indiz für den Forschungscharakter ist der nachvollziehbare sachliche Grund des Unternehmers für die Durchführung des Projekts (vgl. oben sub [3.4.2.2](#)). Die sachlich-inhaltliche Legitimation (vgl. dazu oben zur Legitimität der Informationsvermittlung sub [3.7.3](#)) wirkt also einer Würdigung des Projekts als Mittel des Ordnungsbedarfs entgegen. Ein weiteres wichtiges Indiz ist die

Angemessenheit der Vergütung (vgl. dazu auch sub [3.4.2.2](#) und [5.2.1](#) lit. b). Angemessen kann nur eine Vergütung sein, die eine objektiv werthaltige Dienstleistung vergütet (vgl. §§ 18 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 3, Nr. 4, 19 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 4 FSA-Kodex),

www.fsa-pharma.de/fileadmin/Downloads/Pdf_s/Kodizes_Empfehlungen/FSA-Kodex_Fachkreise_Web.pdf.

Hat das Forschungsprojekt in wissenschaftlicher Hinsicht keinen Aussagegehalt, liegt die Annahme eines Scheinvertrages nahe, der keine Vergütung rechtfertigen würde. Solche Konstellationen dürften allerdings selten sein, da in der Regel nichtinterventionelle Studien vor ihrer Durchführung einer zuständigen Ethik-Kommission zur Prüfung vorgelegt werden (vgl. § 19 Abs. 2 Satz 2 Nr. 8 FSA-Kodex) und zudem sich die Unternehmen bei der Erstellung des Beobachtungsplans an der Bekanntmachung der Bundesoberbehörden orientieren,

vgl. §§ 18 Abs. 4 AKG-Kodex, 19 Abs. 2 Satz 1 FSA-Kodex.

Ferner muss die Studie auch Relevanz für den pharmazeutischen Unternehmer haben, der sie beauftragt. Sollten die Studien nicht ausgewertet werden, weil die Erkenntnisse für das Unternehmen bedeutungslos sind, liegt wiederum die Annahme eines Scheinvertrages nahe. Weiß davon der Arzt allerdings nichts, wird es an einem entsprechenden Tatvorsatz auf seiner Seite fehlen. Zu guter Letzt muss auch die Vergütungshöhe auf Basis einer aufwandsbezogenen Betrachtung angemessen sein. In der Literatur erfolgt eine starke Orientierung an der GOÄ, obwohl diese an sich keine Anwendung findet auf Dienstleistungen des Arztes für die Industrie,

vgl. zur GOÄ-Orientierung §§ 19 Abs. 2 Satz 2 Nr. 7, 18 Abs. 1 Nr. 6 FSA-Kodex.

Auf Basis der GOP 80 der GOÄ kam die Schiedsstelle des Vereins „Freiwillige Selbstkontrolle für die Arzneimittelindustrie e. V.“ zu einem generellen Stundensatz in Höhe von ca. 130 €,

Entscheidung der Schiedsstelle vom 03.02.2009, Az. 2008.1-220.

Für nichtinterventionelle Studien operiert die Schiedsstelle allerdings mit einem Stundensatz in Höhe von 75 €,

Entscheidung der II. Instanz der Schiedsstelle vom 09.02.2009, Az. FS II 5/08/2007.12-217,

basierend auf der Nr. 85 der GOÄ. In der Literatur wird der letztgenannte Stundensatz für die Durchführung von nichtinterventionellen Studien zum Teil akzeptiert,

Ruppert/Hundt, in: GMS 2012, Vol. 10; *Dieners*, in: Dieners, Handbuch der Compliance, Kapitel 11, Rd-Nr. 189 ff.,

zum Teil aber stark kritisiert und stattdessen eine Vergütung nach dem fair market value für richtig gehalten,

so *Geiger*, in: PharmR 2007, 364, 373.

Aus den Materialien zum 3. AMG-Änderungsgesetz lässt sich zwar ersehen, dass eine Anbindung der Vergütungshöhe an die GOÄ prinzipiell begrüßt wird, ohne dass allerdings eine spezielle Herleitung oder ein bestimmter Stundensatz favorisiert werden würde,

vgl. BT-Drs. 17/13770, S. 20.

4.5.2 Gesellschaftsrechtliche Beteiligungen

Während die reine Kapitalbeteiligung von Ärzten an Anbietern gesundheitlicher Leistungen grundsätzlich zulässig sein wird, wandelt sich die Beurteilung dann, wenn sich die gesellschaftsrechtliche Beteiligung in Wirklichkeit als eine Umgehung des Zuweisungsverbots gegen Entgelt darstellt,

vgl. dazu z. B. *Scholz*, in: Spickhoff, Medizinrecht, Rd-Nr. 6 zu § 31 MBO-Ä.

Während in der Vergangenheit die gesellschaftsrechtlichen Beteiligungen recht großzügig als zulässig angesehen worden sind, hat sich die Beurteilung spätestens seit 2011 geändert. Das OVG NRW hat im Rahmen eines berufsrechtlichen Verfahrens gesellschaftsrechtliche Beteiligungen insbesondere dann als unzulässig angesehen, wenn sich das Zuweisungs- bzw. Ordnungsverhalten des ärztlichen Gesellschafters dann messbar auf die Höhe der eigenen Gewinnbeteiligung auswirkt,

OVG NRW, U. v. 06.07.2011, 6 t A 1816/09-T.

Im gleichen Jahr hatte bereits der BGH ähnliches ausgeführt,

BGH, U. v. 13.01.2011, I ZR 112/08.

Besonders kritisch wäre es, wenn sich die „Dividende“ des ärztlichen Gesellschafters an der Anzahl der Verordnungen/Verweisungen orientieren würde,

vgl. OLG Stuttgart, U. v. 10.05.2007, 2 U 176/06.

Gesellschaftsrechtliche Beteiligungen, die letztlich Zuweisungen oder Verordnungsentgelte maskieren sollen, verstoßen gegen ärztliches Berufsrecht,

Scholz, in: Spickhoff, Medizinrecht, Rd-Nr. 6 zu § 31 MBO-Ä m. w. N..

4.5.3 Patienten-Compliance-Programme

Der Erkenntnis folgend, dass das nicht eingenommene Arzneimittel das teuerste Arzneimittel ist, haben sich in den letzten Jahren unter verschiedenen Blickwinkeln Patienten-Compliance-Programme etabliert, die den Zweck haben, eine kontinuierliche Einnahme der Medikation durch den Patienten sicherzustellen. Von großer Bedeutung ist dies für Arzneimittel, die der Rezidivprophylaxe dienen,

vgl. *Rieß*, in: NZS 2014, 12.

Soweit es bei der Durchführung von Patienten-Compliance-Programmen darum geht, die kontinuierliche Einnahme eines bestimmten Medikamentes sicherzustellen, liegt eine kausale Bevorzugung bei der Verordnung dieses Arzneimittels nahe, sodass die Vergütung des Arztes für die Mitwirkung an solchen Programmen als strafbare Vorteilszuwendung i.S.d. § 299a StGB angesehen werden könnte. Im Rahmen des FSA-Kodex hat jedenfalls die Schiedsstelle die Vergütung von ärztlichen Maßnahmen zur Verbesserung der Therapietreue der Patienten, ihrer Schulung und die telefonische Erinnerung an die Verabreichung oder Verordnung der Präparate nicht als kodexkonforme fachliche Leistungen für das betreffende Unternehmen angesehen,

Entscheidung vom 19.04.2012, Az. 2011.12-315.

Die HWG-Kompatibilität von Patienten-Compliance-Programmen ist wegen des weiten Anwendungsbereichs des HWG (vgl. § 1 HWG) nicht einfach sicherzustellen,

vgl. *Maur*, in: A&R 2013, 259; *Tillmanns*, in: WRP 2012, 914.

Je nach den Inhalten eines Patienten-Compliance-Programms kann § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 HWG als Rechtfertigung herangezogen werden, weil danach die Erteilung eines Ratschlags oder von Auskünften grundsätzlich zulässige Nebenleistungen sind,

Fritzsche, in: Spickhoff, Medizinrecht, Rd-Nr. 27 zu § 7 HWG.

Zu strafrechtlichen Problemen führen diese Patienten-Compliance-Programme aber nur, wenn sie in einem kausalen Zusammenhang mit Vorteilszuwendungen an den Arzt verbunden sind. Wird eine Vergütung an den Arzt nicht für die Teilnahme an dem Compliance-Programm, sondern für eine Dokumentation der Erfahrungen aus der Anwendung dieses Programmes und Übermittlung dieser Dokumentation an das Unternehmen gezahlt, mag dies ausreichend sein, um eine Unrechtsvereinbarung zu verneinen. Beinhaltet aber das Patienten-Compliance-Programm eine interventionelle Komponente (z. B. durch die Etablierung eines recall-Systems), verstößt dies möglicherweise gegen § 4 Abs. 23 AMG,

vgl. dazu Schiedsstelle des FSA, Entscheidung vom 11.06.2014, Az. 2013.2-345,

und ist deshalb unzulässig. Auch wettbewerbsrechtlich sind Vergütungsanreize kritisch. Der BGH hatte zu dem früheren § 4 Nr. 1 UWG ausgeführt, dass in den Fällen, in denen Marktteilnehmer bei ihren geschäftlichen Entscheidungen (auch) die Interessen Dritter zu wahren haben, wie es bei Ärzten der Fall ist, eine unangemessene unsachliche Einflussnahme bereits dann anzunehmen sei, wenn die Ärzte durch die Gewährung oder das in Aussichtstellen eines finanziellen Vorteils dazu veranlasst werden können, diese Interessenwahrungspflicht zu verletzen. Gleichzeitig sagte der BGH aber auch, dass die Grenze zur Unlauterbarkeit nach § 4 Nr. 1 UWG erst dann überschritten sei, wenn eine geschäftliche Handlung geeignet sei, die Rationalität der Nachfrageentscheidung der angesprochenen Marktteilnehmer vollständig in den Hintergrund treten zu lassen,

BGH, U. v. 24.06.2010, I ZR 182/08 - Brillenversorgung II.

Ähnliche Probleme stellen sich auch bei der kostenlosen Zurverfügungstellung eines Home-Care-Services für bestimmte Arzneimittel. Hier stellt sich vor allem die Frage, ob dieser Service als eine Zuwendung an den Arzt anzusehen ist. Dies kann un-
schwer jedenfalls dann angenommen werden, wenn der Home-Care-Service dem Arzt Aufwendungen erspart, die er sonst im Rahmen seiner Therapie gehabt hätte. Übernimmt beispielsweise der Home-Care-Service die grundlegende Einweisung des Patienten, wird eine ärztliche Leistung substituiert, denn der Arzt muss sich selbst davon überzeugen, dass der Patient für eine Heim-Selbst-Behandlung geeignet ist und ihn entsprechend anleiten. Verordnungsbezogene Serviceleistungen durch die Industrie für Arztpraxen sind daher in strafrechtlicher Hinsicht sorgsam zu überdenken.

4.6 Zusammenfassung

Obwohl Kooperationen im Gesundheitswesen notwendig und auch gesetzlich vorgesehen sind, erfasst sie der Tatbestand der §§ 299a, 299b StGB. Auch wenn sich aus den Gesetzesmaterialien entnehmen lässt, dass die erwünschten Kooperationen nicht der Strafbarkeit unterfallen sollen, fällt es schwer, dieses Anliegen des Gesetzgebers rechtssicher zu operationalisieren. Eine Orientierung an den Vorschriften des ärztlichen Berufsrechtes, des Wettbewerbsrechtes und der Industrie-Kodices führt nur bedingt weiter, weil diese Regelungsbereiche weite Bewertungsspielräume eröffnen, von denen auch die strafrechtliche Praxis Gebrauch machen wird. Da bei der strafrechtlichen Würdigung das gesamte Beziehungsgeflecht zwischen den Beteiligten aufgearbeitet wird, besteht das zusätzliche Risiko, dass die Handhabung der bestehenden Bewertungsspielräume stark von einzelnen Motivationen innerhalb von komplexen Motivationsbündeln beeinflusst werden, die jeder Kooperation zugrunde liegen werden. Die Annahme, dass die §§ 299a, 299b StGB nur das bestrafen, was ohnehin schon bisher berufs-, sozial- oder wettbewerbsrechtlich verboten war, ist zwar auf den ersten Blick richtig, berücksichtigt aber weder die bestehenden Bewertungsspielräume noch das Risiko, dass die Bewertung sehr stark von einzelnen Motiven im Rahmen komplexer Motivlagen abhängig gemacht wird. Unternehmen werden daher bei Kooperationen noch mehr als in der Vergangenheit darauf zu achten haben, dass im Rahmen der Innen- und Außenkommunikation sowie der internen Dokumentation keine Einzelmotive aufschimmern, die Grundlage für eine negative Würdigung des Beziehungsgeflechtes sein können. Ebenso wichtig wird es in der Praxis

sein, dass für Zuwendungen jeweils ein sachlich gerechtfertigter Anlass besteht. Besteht ein solcher nicht, wird stets der Verdacht nahe liegen, dass die Kooperation in Wirklichkeit einer Verordnungslenkung dient.

**Kooperationen mit Institutionen,
RA Dr. Daniel Geiger, Kanzlei Dierks + Bohle**

5. Kooperationen mit Institutionen - Dritt Vorteile

5.1 Allgemeines

Die §§ 299a, 299b des Strafgesetzbuches (StGB) können auch auf Kooperationen mit Institutionen Anwendung finden. Ausgangspunkt ist insoweit der Umstand, dass die §§ 299a, 299b StGB ausdrücklich auch solche Vorteile erfassen, die nicht dem Täter selbst, sondern einem Dritten zugutekommen, sog. **Dritt Vorteile**.

Dritter im Sinne der §§ 299a, 299b StGB kann grundsätzlich jede natürliche oder juristische Person sein und damit auch eine Institution, für die der Heilberufsangehörige hauptberuflich (z.B. MVZ) oder nebenamtlich (z.B. Fachgesellschaft) tätig ist. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Heilberufsangehörige von der Zuwendung des Vorteils, zumindest mittelbar, auch selbst profitiert,

zum Erfordernis einer zumindest mittelbaren Besserstellung des Täters in der Konstellation der Dritt Vorteile vgl. BGH, Urteil vom 02.12.2005 – 5 StR 119/05 – , BGHSt 50, 299-318 – „Kölner Müll“, Rn. 28 (bei juris).

Wenn solche **Dritt Vorteile** einem vom Tatbestand der §§ 299a, 299b StGB erfassten Heilberufsangehörigen angeboten, versprochen oder gewährt bzw. von diesem gefordert, sich versprochen gelassen oder angenommen werden, können die §§ 299a, 299b StGB einschlägig sein. Das kann beispielsweise der Fall sein, wenn ein Heilberufsangehöriger den Sponsoringvertrag unterzeichnet, mit dem der Jahreskongress einer wissenschaftlichen Fachgesellschaft unterstützt wird, oder er sich in seiner Funktion als „Schirmherr“ einer Patientenorganisation für diese eine Spende zusagen lässt. In solchen Fällen muss die jeweilige Kooperation auch unter dem Blickwinkel der §§ 299a, 299b StGB überprüft werden,

vgl. hierzu insgesamt auch Geiger, in: CCZ 2011, S. 1ff., S. 10 f.

Solche Dreieckskonstellationen sind aus dem Bereich der bisher existenten Korruptionsdelikte (§§ 299, 331 ff. StGB) bereits bekannt. Auch dort, also in den Fällen, in

denen Klinikärzte in entsprechende „Einwerbevorgänge“ involviert sind, konnten und können die strafrechtlichen Korruptionsverbote Relevanz entfalten. Besondere Bedeutung hat dabei in der Vergangenheit die **universitäre Drittmittelinwerbung** erlangt, die bereits Gegenstand einer Leitentscheidung des BGH zu den §§ 331, 333 StGB war,

vgl. BGH, Urteil vom 23.05.2002 – 1 StR 372/01, BGHSt 47, 295.

5.2 Sponsoring, Spenden und Drittmittelinwerbung

Von besonderer praktischer Relevanz dürften (auch) unter dem Blickwinkel der §§ 299a, 299b StGB, auf denen der Fokus der vorliegenden Erörterungen liegt, die erwähnten Interaktionsformen – Sponsoring, Spende und Drittmittelinwerbung – sein. Sie sollen nachfolgend anhand der neuen Tatbestände dargestellt werden.

5.2.1 Sponsoring

Unter Sponsoring wird üblicherweise die Gewährung von Geld oder geldwerten Vorteilen durch Unternehmen zur Förderung von Personen, Gruppen und / oder Organisationen in sportlichen, kulturellen, kirchlichen, wissenschaftlichen, sozialen, ökologischen oder ähnlich bedeutsamen gesellschaftspolitischen Bereichen verstanden, mit der regelmäßig auch eigene unternehmensbezogene Ziele der Werbung oder Öffentlichkeitsarbeit verfolgt werden.

So etwa die Definition im Schreiben des Bundesministeriums für Finanzen vom 18. Februar 1998 zur ertragsteuerlichen Behandlung des Sponsorings (so genannter Sponsoringerlass), BStBl. 1998 I S. 212. Vgl. hierzu auch *Bruhn/Mehlinger*, Rechtliche Gestaltung des Sponsorings, Band I, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., München 1995, S. 4 zitiert nach *Fenger/Göben*, Sponsoring im Gesundheitswesen, München 2004, S. 1. Eine ähnliche Definition liefert *Weinand*, in: NJW 1994, 227, 228. Zur strafrechtlichen Problematik von Sponsoringverträgen s. *Geiger*, in: A&R 2009, 1, 7 ff. sowie *Schloßer*, in: HK-AKM, 46. Erg. Lieferung (2013), 4925, Rn. 14 ff.

Etwas kompakter ließe sich formulieren, dass es beim Sponsoring um die **Einräumung von Werbemöglichkeiten gegen Zahlung eines Entgelts** geht.

Im hier relevanten Bereich des Pharnasponsorings werden Ziele der Unternehmenskommunikation insbesondere durch die Vermietung von Repräsentationsflächen in der Industrieausstellung bei Fachveranstaltungen, die Nennung des Sponsors auf Veranstaltungsmaterialien oder eine Platzierung des Firmenlogos auf der Homepage der Sponsoringnehmerin erreicht.

Es handelt sich demnach beim Sponsoring um ein **Leistungsaustauschverhältnis auf Gegenseitigkeit**,

Geiger, in: A&R 2009, S. 1 ff., 6.; s. auch *Fenger/Göben* (siehe unter [5.2.1](#)), S. 4 und S. 54, Rn. 165; s. auch *Weiland*, in: NJW 1994, S. 227 ff., 229.

Hierin liegt der wesentliche Unterschied zur Spende,

siehe hierzu sogleich [5.2.2](#),

mit der keinerlei Gegenleistung des Begünstigten verbunden ist und die insofern eine rein altruistisch motivierte Unterstützungsform darstellt.

Weder die Spende noch das Sponsoring weisen von vornherein strafrechtliche Relevanz auf. Umgekehrt kann aber allein aus dem Umstand, dass eine Zuwendung zur Förderung von Gemeinwohlbelangen geleistet oder in ein Sponsoringkonzept eingebettet ist, nicht geschlossen werden, dass es sich dabei um eine im Wirtschaftsleben übliche und damit sozialadäquate Kooperationsform handele, die einer strafrechtlichen Bewertung von vornherein entzogen wäre. Das hat der BGH für das Sponsoring in Bezug auf die (bereits bisher existenten) Korruptionsdelikte der §§ 331 ff. StGB bereits ausdrücklich klargestellt. In seinem Urteil vom 14.10.2008,

BGH, Urteil vom 14.10.2008 – 1 StR 260/08 (= BGH NJW 2008, 3580).

führt er hierzu aus:

„Das bedeutet auch, dass die Strafbestimmung der Vorteilsgewährung nicht schon dadurch unanwendbar wird, dass eine (angestrebte) Unrechtsvereinbarung in sozialadäquate Handlungen – wie die Durchführung eines für sich gesehen in strafrechtlicher Hinsicht gänzlich unverdächtigen Sponsoringkonzepts – eingebunden wird. Auch in diesem Fall ist maßgeblich, wie sich das

Vorgehen aufgrund der gesamten Umstände, unter denen es geschieht, darstellt.“,

BGH, Urteil vom 14.10.2008 – 1 StR 260/08 (= BGH NJW 2008, 3580), Rn. 33 (bei juris).

Andererseits gilt danach also auch, dass von einer Unrechtsvereinbarung nicht auszugehen ist, „sofern [...] nach einer Gesamtschau sämtlicher Umstände die nahe liegende Möglichkeit nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Zuwendung einen (sachlich gerechtfertigten) anderen Beweggrund als den der Beeinflussung der Dienstausbübung hat.“,

BGH, Urteil vom 14.10.2008 – 1 StR 260/08 (= BGH NJW 2008, 3580), Rn. 38 (bei juris).

Einen solchen „anderen Beweggrund“ verfolgt der Zuwendungsgeber regelmäßig beim Sponsoring, weil es ihm hierbei um das grundsätzlich legitime Anliegen geht, die jeweilige Veranstaltung respektive sich selbst als Sponsor zu Werbezwecken hervorzuheben bzw. aufzuwerten,

LG Karlsruhe, Urteil vom 28.11.2007, 3 KLS 620 Js 13113/06, NStZ 2008, 407, Rn. 182 f. (bei juris), bestätigt durch BGH, Urteil vom 14.10.2008, 1 StR 260/08, BGHSt 53, 6, Rn. 35 ff.

Das bedeutet: der bloße Abschluss eines Sponsoringvertrages ist strafrechtlich erst einmal als **neutral** einzustufen. Bei entsprechendem Verdacht hat die Staatsanwaltschaft daher zu prüfen, ob der getroffenen Sponsoringvereinbarung eine Unrechtsvereinbarung zugrunde liegt bzw. ob sie von einer entsprechenden „Parallelvereinbarung“ begleitet wird,

Geiger, in: A&R 2009, S. 1 ff., 8.

Einfach unterstellt werden kann ein strafrechtlich relevantes Verhalten bei dem bloßen Abschluss einer Sponsoringvereinbarung aber nicht.

Wie stets im Rahmen der Korruptionsprävention gilt es daher auch hier, die jeweilige Vertragsbeziehung strikt an den vier Prinzipien der Antikorruption auszurichten:

- a. Dabei erfordert das **Trennungsprinzip** als oberstes Gebot zunächst, dass die Vertragsbeziehung **strikt umsatzunabhängig** ausgestaltet wird.

Gegenstand des Leistungsaustauschverhältnisses ist ausschließlich die Verknüpfung der Zahlung der Sponsoringsumme mit den von der Sponsoringnehmerin einzuräumenden Werbemöglichkeiten.

- b. Von besonderer Bedeutung ist in der Praxis das **Angemessenheitsprinzip**,

Zum Angemessenheitsprinzip insgesamt s. *Geiger*, in: A&R 2013, S. 99.

Danach müssen Leistung und Gegenleistung in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen.

Der dem Angemessenheitsprinzip zugrunde liegende Gedanke liegt auf der Hand: der die angemessene Entgeltkomponente übersteigende Vergütungsanteil könnte als „verdecktes Schmiergeld“ angesehen werden. Umgekehrt liegt dem Angemessenheitsprinzip die sozialpsychologische Hypothese zugrunde, dass ein Honorar, das „erarbeitet“ werden muss, auf Seiten des Empfängers keine „Dankbarkeitskomplexe“,

Geiger, in: Schmola/Rapp, Compliance, Risikomanagement und Governance im Krankenhaus - Rechtliche Anforderungen - Praktische Umsetzung - Nachhaltige Organisation, Springer Verlag 2016

auslöst, die ihn für künftige Fachentscheidungen im Sinne des Sponsors geneigt machen könnten,

S. hierzu auch *Geiger*, in: A&R 2013, 99, 100.

Der strafrechtliche Indizwert des Angemessenheitsprinzips für bzw. gegen das Vorliegen einer Unrechtsvereinbarung wird in der Gesetzesbegründung zu den §§ 299a, 299b StGB mehrfach betont,

Vgl. hierzu BT-Drucks. 18/6446, S. 18 für die Vergütung im Rahmen der beruflichen Zusammenarbeit, S. 19 für die Vergütung von Anwendungsbeobachtungen.

Und auch die Kodizes der pharmazeutischen Industrie legen für das Sponsoring fest, dass dieses nur in einem angemessenen Umfang zulässig ist,

§ 19 Abs. 5 AKG-Verhaltenskodex, § 20 Abs. 5 FSA-Kodex „Fachkreise“.

Schließlich ergibt sich Entsprechendes aus dem ärztlichen Berufsrecht (vgl. § 32 Abs. 3 MBO-Ä), das freilich nur auf *ärztliche* Veranstalter (nicht kommerzielle Anbieter) Anwendung findet.

Zum Angemessenheitsprinzip bei Sponsoringverträgen, s. auch unter B. I. 2. d) 2 des Gemeinsamen Standpunkts zur strafrechtlichen Bewertung der Zusammenarbeit zwischen Industrie, medizinischen Einrichtungen und deren Mitarbeitern.

Es liegt in der Konsequenz der Natur des Sponsoringvertrags als Leistungsaustauschbeziehung zwischen Entgeltzahlung und Einräumung von Werbemöglichkeiten, dass das angemessene Verhältnis zwischen Entgeltzahlung und eingeräumtem Werbeumfang bestehen muss.

Wie der Werbeumfang aber zu monetarisieren ist, wird kaum je trennscharf bestimmbar sein,

s. hierzu *Geiger*, in: A&R 2009, S. 203 ff., 210.

Henry Ford brachte die Problematik auf den Punkt als er sagte: „50 % meines Werbebudgets ist hinausgeworfenes Geld. Niemand kann mir allerdings sagen, welche 50 % das sind.“ Hierin liegt das Kernproblem der monetären Bewertung (auch) von Sponsoringmaßnahmen,

s. hierzu *Geiger*, in: A&R 2009, S. 203.

Folgt man den Kodizes der pharmazeutischen Selbstkontrolle, so sind Sponsoringzuwendungen – in negativer Abgrenzung – zunächst dann als unangemessen zu qualifizieren, wenn sie nicht lediglich der finanziellen Unterstützung des **wissenschaftlichen Programms** der jeweiligen Veranstaltung dienen.

Auch dürfen weder **Unterhaltungsprogramme** noch die Teilnahme von **Begleitpersonen** durch die jeweiligen Mitgliedsunternehmen finanziert werden,

vgl. hierzu § 19 Abs. 5 S. 2, 7 AKG-Verhaltenskodex, § 20 Abs. 5 S. 2, 7 FSA-Kodex „Fachkreise“.

Entsprechendes lässt sich auch dem *ärztlichen* Berufsrecht entnehmen: Nach § 32 Abs. 3 MBO-Ä ist *Ärztinnen und Ärzten* die Annahme von Sponsoringleistungen Dritter „ausschließlich für die Finanzierung des wissenschaftlichen Programms“ erlaubt.

Strafrechtlich sind diese Überzeugungen zwar nicht *zwingend*, weil allein in der finanziellen Unterstützung eines – als „Werbeträger“ grundsätzlich taugenden – Rahmenprogramms oder der Teilnahme einer Begleitperson ohne das Hinzutreten weiterer Umstände keine strafrechtlich relevante Unrechtsvereinbarung zu sehen ist. Dennoch empfiehlt es sich, - mit Blick auf die insofern eindeutigen Regelungen im ärztlichen Berufsrecht und die ebenso eindeutigen und historisch gut begründeten Vorgaben der Pharmakodizes - eine entsprechende Verwendungsbeschränkung in die Sponsoringvereinbarungen aufzunehmen.

Eine solche könnte etwa lauten:

„Der Veranstalter verpflichtet sich, die Sponsoringsumme ausschließlich für den berufsbezogenen, wissenschaftlichen Teil der Veranstaltung zu verwenden. Rahmen- und / oder Unterhaltungsprogramme dürfen mit der Unterstützungsleistung ebenso wenig finanziert werden wie die Teilnahme von Begleitpersonen.“

Über diese Negativausgrenzung unzulässiger Förderungsmaßnahmen hinaus lassen sich als objektive Indikatoren für die Bewertung des Werbeumfangs einer Veranstaltung in positiver Hinsicht die personelle (Teilnehmerzahl) und geographische (lokal / regional / national / international) Reichweite, die wissenschaftliche Bedeutung einer Veranstaltung sowie Art, Umfang und Anzahl der eingeräumten Werbemöglichkeiten in die Bewertung einbeziehen.

Bei der Bewertung der Angemessenheit ist zwischen ärztlichen und kommerziellen Veranstaltern zu unterscheiden. Bei Letzteren besteht von vornherein keine (bzw. eine allenfalls mittelbare) Gefahr der Beeinflussung therapeutische Entscheidungen. Es kommt hinzu, dass die Zuwendung an kommerzielle

Anbieter eine Gewinnmarge beinhaltet, die nicht den (ärztlichen) Teilnehmern zugutekommt.

- c. Um dem **Transparenzprinzip** Rechnung zu tragen, fordern die Pharmakodizes, dass die Unterstützung sowohl bei der Ankündigung als auch bei der Durchführung der Veranstaltung von dem Veranstalter offen zu legen ist. Hierauf haben die Mitgliedsunternehmen der Verbände hinzuwirken,

§ 19 Abs. 5 S. 3 AKG-Verhaltenskodex; § 20 Abs. 5 S. 3 FSA-Kodex „Fachkreise“.

Auch insoweit ergibt sich für ärztliche Veranstalter Entsprechendes aus dem Berufsrecht, das darüber hinaus auch eine Offenlegung von „Bedingungen und Umfang“ des Sponsorings verlangt,

vgl. § 32 Abs. 3 S. 2 MBO-Ä.

worunter in der Praxis die Darstellung von Sponsoringsumme und im Gegenzug eingeräumter Werbemöglichkeiten verstanden wird.

Eine diesbezügliche vertragliche Verpflichtung des Veranstalters ließe sich wie folgt formulieren:

„Der Veranstalter verpflichtet sich, das Sponsoring [ggf.: sowie dessen Bedingungen und Umfang] bei Ankündigung und Durchführung der Veranstaltung offen zu legen.“

Sponsoringzuwendungen sind ferner im Rahmen einer etwaigen periodischen Transparenzdarstellung der Unternehmen offen zu legen, soweit sie an von den Kodizes erfasste Empfänger geleistet werden,

s. hierzu § 28 AKG-Verhaltenskodex und §§ 5, 6 Nr. 3 FSA-Transparenzkodex.

Soweit eine Sponsoringmaßnahme mit **Patientenorganisationen** vereinbart wird, bestehen seitens der pharmazeutischen Selbstkontrolle ebenfalls spezifische Transparenzpflichten, deren Einhaltung sich mit Blick auf das allgemeine Transparenzprinzip auch aus strafrechtlicher Perspektive empfiehlt,

s. § 12 AKG-Kodex „Patientenorganisationen“; § 15 FSA-Kodex „Patientenorganisationen“.

Sollte ein Sponsoringvertrag unter Beteiligung eines als Amtsträger zu qualifizierenden Heilberufsangehörigen zustande kommen (z. B. Arzt an Universitätsklinikum), ist immer auch gegenüber dem jeweiligen Dienstherrn des einwerbenden Arztes Transparenz herzustellen. Es empfiehlt sich, die Zuwendung durch Einholen einer **Dienstherrengenehmigung** (§§ 331 Abs. 3, 333 Abs. 3 StGB) abzusichern.

- d. Dem **Dokumentationsprinzip** wird zunächst durch Abschluss einer schriftlichen Sponsoringvereinbarung, aus der sich Leistung und Gegenleistung eindeutig und nachvollziehbar ergeben, Rechnung getragen. Dabei sollten vor allem die Leistungen der gesponserten Einrichtung sowie die Leistungspflichten des Sponsors (ggf. einschl. Dauer und technischer Abwicklung) klar und eindeutig geregelt werden. Vertraglich kann das auch in Form einer Auswahlliste realisiert werden, die z. B. wie folgt formuliert sein kann:

„Der Veranstalter räumt dem Sponsor im Rahmen und während der Dauer der Veranstaltung das Recht ein,

- einen Informationsstand mit m² zur Präsentation von Unternehmen und Produkten des Sponsors aufzustellen,*
- in der Industrieausstellung der Veranstaltung wissenschaftliche Materialien auszulegen / zu verteilen,*
- außerhalb der Seminarräum Firmen- / Produktsymbole zu präsentieren,*
- auf den vom Veranstalter ausgegebenen Unterlagen unter Nennung des Firmennamens als Sponsor genannt zu werden,*
- die Sponsoreigenschaft zu eigenen Werbezwecken, insbesondere auf der Homepage des Sponsors zu verwerten,*
- ...*

[ggf.: Darüber hinaus wird der Veranstalter den Sponsor in der Eröffnungsrede und der Danksagung erwähnen.]

Soweit dem Sponsor das Recht zur Produktwerbung eingeräumt ist, hat diese sich auf die Industrieausstellung der Veranstaltung zu beschränken. Jede Werbung in den Veranstaltungsräumen ist ausgeschlossen.]“

Über die Beachtung der vorstehenden Prinzipien sollte bei der Gestaltung von Sponsoringbeziehungen Folgendes berücksichtigt werden:

Sofern Veranstaltungen von medizinischen Einrichtungen oder medizinischen Fachgesellschaften durchgeführt werden, sollte der **Vertragsschluss stets mit der Einrichtung** erfolgen und nicht etwa mit einem Fachkreisangehörigen, der die Veranstaltung für die Einrichtung organisiert.

Zahlungen sollten immer nur auf das **Konto des Veranstalters** erfolgen,

vgl. hierzu auch Gemeinsamer Standpunkt, B. I. 2. d) 1.

Es ist dringend zu empfehlen, auf eine **konsistente unternehmensinterne Behandlung** der Zuwendungen zu achten. Dies gilt insbesondere für die Verbuchung durch die Finanzabteilung. Bei Sponsoringaufwendungen wird es sich in der Regel um Betriebsausgaben im Sinne des § 4 Abs. 4 Einkommensteuergesetz (EStG) handeln. Das liegt insbesondere in dem hier dargelegten Verständnis von „Sponsoring“ nahe, wonach der Sponsor mit dem Sponsoring wirtschaftliche Vorteile, die insbesondere in der Sicherung oder Erhöhung seines unternehmerischen Ansehens liegen können, für sein Unternehmen erstrebt oder für Produkte seines Unternehmens werben will,

vgl. hierzu auch BFH vom 3.2.1993, I R 37/91, BStBl 1993 II S. 441, 445); s. hierzu auch den sog. „Sponsoringerlass“ des Bundesministeriums für Finanzen (siehe unter [5.2.1](#)), Ziff. I, Rn. 1.

Der Vorteil der Betriebsausgaben liegt darin, dass sie – im Gegensatz zu Spenden – ohne Begrenzung steuerlich abzugsfähig sind.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass (nur) ein **krasses Missverhältnis** zwischen den Leistungen des Sponsors und dem erstrebten wirtschaftlichen Vorteil

die Anerkennung der Zuwendung als abzugsfähige Betriebsausgabe in Frage stellen kann (§ 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 7 EStG),

vgl. hierzu auch sog. „Sponsoringlerlass“ des Bundesministeriums für Finanzen (siehe unter [5.2.1](#)), Ziff. I, Rn. 5.

Auch unter steuerrechtlichen Gesichtspunkten ist daher auf die Wahrung des Angemessenheitsprinzips zu achten.

Hinzuweisen ist schließlich darauf, dass **kein Korrespondenzprinzip** hinsichtlich der Verbuchung auf Seiten des Zuwendungsempfängers besteht. D. h. die steuerrechtliche Einordnung der Aufwendungen beim Empfänger ist unabhängig von der Einordnung der Aufwendung beim Sponsor,

s. hierzu Ziff. III, Rn. 9 des sog. „Sponsoringlerlasses“ des Bundesministeriums für Finanzen (siehe unter [5.2.1](#)).

5.2.2 Spenden

Zuwendungen können als Spenden im Sinne von § 10b EStG zu behandeln sein, wenn sie zur Förderung **steuerbegünstigter Zwecke** freiwillig oder aufgrund einer freiwillig eingegangenen Rechtspflicht erbracht werden, kein Entgelt für eine bestimmte Leistung des Empfängers sind und nicht in einem tatsächlichen wirtschaftlichen Zusammenhang mit dessen Leistungen stehen,

BFH vom 25.11.1987, I R 126/85, BStBl 1988 II S. 220 vom 12.9.1990, I R 65/86, BStBl 1991 II S. 258.

Im Unterschied zum Sponsoring handelt es sich bei Spenden also um **einseitige** Zuwendungen zur **altruistischen Förderung** gemeinnütziger, mildtätiger oder kirchlicher Zwecke im Sinne der §§ 52 bis 54 Abgabenordnung (AO),

Geiger, in: A&R 2008, S. 256 f.

Im Gesundheitswesen werden Spenden meist zur Förderung von Wissenschaft und Forschung (§ 52 Abs. 2 Nr. 1 AO) oder des öffentlichen Gesundheitswesens und der öffentlichen Gesundheitspflege (§ 52 Abs. 2 Nr. 1 AO) gewährt. Eine entsprechende **Zweckbestimmung** wird von der pharmazeutischen Selbstkontrolle für die Kodex-

konformität von Spenden an medizinische Einrichtungen und andere Organisationen im Gesundheitswesen vorausgesetzt,

§ 22 Abs. 1 AKG-Verhaltenskodex, § 25 Abs. 1 Nr. 1 FSA-Kodex „Fachkreise“.

Und auch nach dem Gemeinsamen Standpunkt der Verbände sollen Spenden nur zum Zwecke von Forschung und Lehre, zur Verbesserung der Gesundheits- oder Patientenversorgung, zu Aus- und Weiterbildungszwecken oder für mildtätige Zwecke erfolgen,

Gemeinsamer Standpunkt (siehe unter [5.2.1](#)), B. II. 2. b) 2.).

Es versteht sich von selbst, dass Spenden nicht zur Beeinflussung von Therapie-, Verordnungs- oder Beschaffungsentscheidungen missbraucht werden dürfen. Sie dürfen daher nicht unter Umsatzgesichtspunkten vergeben oder gar an Umsatzgeschäfte gekoppelt werden (**Trennungsprinzip**). Aus Sicht des Spenders kann es daher ratsam sein, die Entscheidung über eine Spendenvergabe unternehmensintern unter die zentrale Kontrolle von Entscheidungsträgern außerhalb der Marketing- und Vertriebseinheiten zu stellen, was in der Praxis häufig durch die Einrichtung von sog. „Spendenkomitees“ geschieht.

Auf Seiten des **Zuwendungsempfängers** ist für die – auch steuerrechtlich konsistente – Behandlung einer Zuwendung als „Spende“ Voraussetzung, dass es sich bei ihm um eine inländische juristische Person des öffentlichen Rechts, eine inländische öffentliche Dienststelle oder eine steuerbefreite Körperschaft handelt, die – bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen – in der Lage ist, dem Zuwendenden eine Zuwendungsbescheinigung für steuerliche Zwecke über die Höhe der gewährten Zuwendung zu erteilen.

Zuwendungsempfänger kann im Falle der Spende also **niemals der einzelne Arzt** sein, sondern nur eine steuerrechtlich entsprechend privilegierte Institution,

vgl. hierzu auch Gemeinsamer Standpunkt, B. II. 2. b) 1.; § 22 Abs. 3 AKG-Verhaltenskodex; § 25 Abs. 2 FSA-Kodex „Fachkreise“.

Für die Gewährung von Spenden ist zu beachten, dass diese nur unter den Voraussetzungen der § 10b EStG, § 9 Abs. 1 Nr. 2 Körperschaftsteuergesetz (KStG), § 9

Nr. 5 Gewerbesteuergesetz (GewStG) abzugsfähig sind, und Spenden für steuerbegünstigte Zwecke nur bis zu einer bestimmten Höhe steuerlich geltend gemacht werden können.

Auch Spenden sollten stets nur auf Konten geleistet werden, die unter **Kontrolle der jeweiligen Verwaltung** der begünstigten Institution stehen. Entsprechendes gilt für Sachspenden. Diese sollten ebenfalls in die Verfügungsgewalt der Verwaltung der jeweils begünstigten Einrichtung übergehen.

Sofern eine unabhängige Organisation wie z. B. eine als gemeinnützig anerkannte wissenschaftliche Fachgesellschaft oder eine Patientenorganisation Empfänger einer Spende ist, ist ggf. zu prüfen, ob unter dem Aspekt des „Dritt Vorteils“ die Einholung einer **Dienstherrengenehmigung** ratsam sein kann, etwa weil in den Spendenvorgang ein als „Amtsträger“ zu qualifizierender Klinikarzt (z. B. Arzt an einem Universitätsklinikum) involviert ist.

Spendenvorgänge sind ebenfalls ordnungsgemäß zu **dokumentieren** und mindestens über einen Zeitraum, der den steuerrechtlichen Vorgaben Rechnung trägt, zu archivieren.

Sollten berufsbezogene wissenschaftliche *Veranstaltungen* durch Spenden unterstützt werden, so bestehen die zum Sponsoring dargestellten **Transparenzpflichten** bereits *bei Ankündigung und Durchführung der Veranstaltung*. Eine entsprechende vertragliche Hinwirkung auf den Veranstalter sollte in der unter Ziff. 0 dargelegten Art und Weise erfolgen. Die pharmazeutische Selbstkontrolle sieht darüber hinaus vor, dass Mitgliedsunternehmen Spenden an Krankenhäuser und sonstige Fachkreisorganisationen (HCO) veröffentlichen sollen

§ 28 AKG-Verhaltenskodex

bzw. müssen

§ 5 i. V. m. § 6 Nr. 2 FSA-Transparenzkodex.

Ähnliche Transparenzpflichten bestehen bei Zuwendungen an Patientenorganisationen,

s. § 12 AKG-Kodex „Patientenorganisationen“; § 15 FSA-Kodex „Patientenorganisationen“.

5.2.3 Drittmittelinwerbung

Soweit es sich bei Zuwendungen an Institutionen der Sache nach um Drittmittel für **Forschung und Lehre** handelt, können auf sie die vom BGH in seiner „*Drittmittelentscheidung*“

BGH, Urteil vom 23.05.2002, Az. 1 StR 372/01 (= BGHSt 47, 295-311)

aufgestellten Grundsätze Anwendung finden.

In besagter Entscheidung hat der BGH eine **Einschränkung der Tatbestände** der Vorteilsannahme und Vorteilsgewährung (§§ 331, 333 StGB) vorgenommen, die mit Blick auf die hochschulrechtlich verankerte Dienstaufgabe von Hochschullehrern zur Einwerbung von Drittmitteln geboten war, um Wertungswidersprüche zu vermeiden. Denn soweit das Hochschulrecht die Einwerbung von Drittmitteln regle und sich diese Mittel als „Vorteil“ im Sinne der Korruptionsdelikte (§§ 331 ff. StGB) darstellten, müssten Hochschulrecht und Strafrecht in Einklang miteinander gebracht werden. Dabei entfalle allerdings, wie der BGH in seiner Entscheidung ausdrücklich betont, die korruptionsrechtliche Relevanz der Drittmittelinwerbung nicht schon deshalb, weil die als Gegenleistung gewährten Vorteile für Wissenschaft und Forschung verwendet werden. Erforderlich seien vielmehr darüber hinaus die Offenlegung, die Anzeige der Mittelinwerbung und ihre Genehmigung in dem hochschulrechtlich dafür vorgesehenen Verfahren,

BGH aaO (siehe unter [5.2.3](#)), Rn. 44 (bei juris).

Offensichtlich können die vom BGH damit aufgestellten Grundsätze zur Privilegierung der Hochschulforschung nicht, jedenfalls nicht ohne Weiteres, auf Bereiche **außerhalb der Hochschulmedizin** übertragen werden, in denen entsprechende, im Gesetz angelegte Wertungswidersprüche nicht bestehen.

Soweit Drittmittel zu Zwecken von Forschung und Lehre jedoch durch Heilberufsangehörige im Sinne der §§ 229a, 299b StGB eingeworben werden, die zugleich Amtsträger im Sinne von §§ 331 ff. StGB sind, dürften die aufgestellten Grundsätze Wir-

kung auch im **Anwendungsbereich der §§ 299a, 299b StGB** entfalten. Auch das gebietet das vom BGH in der zitierten Entscheidung betonte Erfordernis der Einheit der Rechtsordnung,

zu dem Aspekt der Wahrung der Einheit der Rechtsordnung, s. BGH aaO (siehe unter [5.2.2](#)), Rn. 44 (bei juris).

Durch die Einhaltung der aufgezeigten prozeduralen Grundsätze – Offenlegung der Mitteleinwerbung und Genehmigung in dem dafür vorgesehenen Verfahren durch die Verwaltung der jeweiligen Institution – dürften sich Korruptionsrisiken aber auch außerhalb der Hochschullandschaft reduzieren lassen. Denn letztendlich würde mit einem analogen Verfahrensablauf in gleicher Weise Transparenz geschaffen und „den Kontroll- und Aufsichtsorganen eine Überwachung ermöglicht“

vgl. hierzu BGHSt 47, 295, Rn. 34 (bei juris)

(Trennungsprinzip). Mag daher außerhalb der Hochschulmedizin auch kein *gesetzlich* veranlasstes Spannungsverhältnis zwischen Drittmiteleinwerbung und Korruptionsdelikten bestehen, so kann ein solches gleichwohl faktisch vorhanden sein und durch eine **entsprechende Prozeduralisierung** aufgelöst werden. Wird den genannten Prinzipien der Antikorruption auch im Rahmen von Drittmittelzuwendungen Rechnung getragen, dürfte den dargestellten Anforderungen bei konsequenter Umsetzung von Trennungs- und Transparenzprinzip gewissermaßen automatisch Rechnung getragen werden.

***Wettbewerbsrechtliche Implikationen,
RA Michael Weidner, Dr. Schmidt-Felzmann & Kozianka***

6. Wettbewerbsrechtliche Implikationen des Gesetzes

Nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung sollte die Strafbarkeit von Bezugsentscheidungen – anders als bei Verordnungs-, Abgabe- und Zuführungsentscheidungen – nicht an eine unlautere Bevorzugung im Wettbewerb anknüpfen, da sich die Unlauterkeit einer Bevorzugung auch aus Verstößen gegen Preis- und Rabattvorschriften ergeben kann, bei denen es an einem korruptionsspezifischen Unrechtsgehalt sowie an einer Beeinträchtigung des Vertrauens in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen fehlt (BT-Drucks. 18/6446, S. 22).

Stattdessen wurden die tatbestandlichen Bezugsentscheidungen nunmehr beschränkt auf den Bezug von Arznei- und Heilmitteln und Medizinprodukten, die zur unmittelbaren Anwendung durch den beziehenden Heilberufsangehörigen oder einen seiner Berufshelfer bestimmt sind. In diesen Fällen können die geschützten Rechtsgüter des lautereren Wettbewerbs und der Integrität heilberuflicher Entscheidungen auch durch auf Bezugsentscheidungen gerichtete Vorteile in strafwürdiger Weise beeinträchtigt werden.

Nachdem die §§ 299 a/b StGB dahingehend entschärft worden sind, dass berufsrechtliche Verfehlungen aus dem Tatbestand gestrichen wurden, sowie die Apotheker generell nicht mehr betroffen sind, kommt es gerade im Verhältnis der pharmazeutischen Unternehmer zu den Apothekern darauf an, ob bzw. dass die vielfältigen Kooperationen, die sich in der Vergangenheit herausgebildet haben, wettbewerbsrechtlicher Prüfung standhalten. Im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens ist immer wieder auf die Bedeutung der Antikorruptionsvorschriften für einen lautereren Wettbewerb hingewiesen worden. Demnach ist davon auszugehen, dass bei den betroffenen Fachkreisen eine besondere Sensibilität auch für die wettbewerbsrechtlichen Belange entstanden ist, so dass gerade mit Blick auf das Verhältnis der Industrie zu den Apothekern diese Aspekte zukünftig an Bedeutung zunehmen dürften.

6.1 Kooperationen mit Apotheken

Vor dem Hintergrund der hinsichtlich der Apotheker entschärften antikorrupsionsrechtlichen Bestimmungen bleibt also die Frage, welche weiteren von Apothekern und der Industrie zu beachtenden berufsrechtlichen und wettbewerbsrechtlichen Regelungen es gibt. Im Zuge der Diskussion um §§ 299a/b StGB ist eine Bestimmung aus dem Heilmittelwerbegesetz (HWG) zum Leben erweckt worden, die bisher, mit einigen Ausnahmen, doch einen gewissen „Dornröschenschlaf“ gehabt hat. Im Folgenden sollen § 7 HWG sowie die weiterhin geltenden berufsrechtlichen Schranken, für Apotheker in § 10 Apothekengesetz (ApoG) und die jeweiligen Berufsordnungen dargestellt werden. Dabei ist zu beachten, dass ein Verstoß gegen § 7 HWG eine Ordnungswidrigkeit darstellt und gem. § 15 Abs. 1 Ziff. 4 und 4a HWG mit einer Geldbuße bis zu € 50.000,-- geahndet werden kann. Bei wiederholten Verstößen kann die an anderer Stelle im Arzneimittelrecht geforderte Zuverlässigkeit (§ 15 AMG, § 52a Abs. 2 Ziff. 3 AMG, § 74 Abs. 1a AMG) mit gravierenden Folgen in Zweifel gezogen werden. Ein Verstoß gegen § 7 HWG, bzw. auf Seiten des Apothekers gegen das ApoG oder seine Berufsordnung kann auch Grundlage einer wettbewerbsrechtlichen Auseinandersetzung sein. Ein Verstoß gegen solche Marktverhaltensregelungen ist als „Rechtsbruch“ unlauter gem. § 3a Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG).

Auch wenn der Apotheker von strafrechtlichen Folgen befreit ist, hat er somit Marktverhaltensregelungen zu berücksichtigen, deren Nichtbeachtung zwar strafrechtlich irrelevant ist, trotzdem aber erhebliche negative Folgen für den Apotheker haben kann.

Gem. **§ 7 HWG** ist es unzulässig, Zuwendungen oder sonstige Werbegaben anzubieten, anzukündigen oder zu gewähren oder als Angehöriger der Fachkreise anzunehmen. Im Zuge der Diskussion um die §§ 299a/b StGB ist naturgemäß der Tatbestand des Annehmens eines „Vorteils“ diskutiert worden. Nachfolgend soll der Unterschied zwischen einer Zuwendung im Sinne des § 7 HWG und dem Vorteil im Sinne der §§ 299 a/b StGB aufgezeigt werden.

Bei **Zuwendungen** handelt es sich um eine geldwerte Vergünstigung, die entweder abstrakt oder akzessorisch im Zusammenhang mit der Werbung für Heilmittel gewährt wird

Doepner, Kommentar zum Heilmittelwerbeengesetz § 7 Rdnr. 23.

Bei einer Zugabe/Zuwendung handelt es sich somit um eine einseitige Leistung an einen anderen ohne Rechtsgrund. Davon abzugrenzen ist ein **Vorteil** im Sinne des StGB, der auch dann vorliegt, wenn die Leistung aufgrund eines Vertrages, also mit einem Rechtsgrund erfolgt. Der BGH hat den Vorteil wie folgt definiert:

„Jede Zuwendung, auf die der Täter keinen Rechtsanspruch hat und die seine wirtschaftliche, rechtliche oder persönliche Lage objektiv verbessert (BGH, Urt. v. 11.04.2001, 3 StR 503/00).

Zwar spricht der BGH hier auch von Zuwendung, er sieht dies aber nicht als einseitige Leistung, sondern sieht den Vorteil bereits darin, dass der Arzt oder Apotheker überhaupt eine adäquat bezahlte Leistung erbringen darf. Der Vorteil ist also schon bei der Möglichkeit, eine vertragliche Leistung erbringen zu dürfen, gegeben, selbst wenn diese angemessen ist (vgl. BGH, Urt. v. 10.03.1983, 4 StR 375/82), wie z.B. die Teilnahme an einer Anwendungsbeobachtung (AWB) oder der Abschluss eines Behandlungsvertrages.

Dies ist bei § 299 StGB, der die Bestechlichkeit von Angestellten und Beauftragten regelt, von Bedeutung. Im Folgenden werden relevante Fallbeispiele aus der Praxis diskutiert:

6.1.1 Rabatte

§ 7 Abs. 1 HWG enthält ein grundsätzliches Zuwendungs- und Werbegabenverbot für die von diesem Gesetz betroffenen Produktkategorien. Ein kompliziertes System lässt davon freilich mehrere Ausnahmen sowie weitere Rückausnahmen zu. Ein grundsätzliches Zuwendungs- und damit auch Rabattverbot sieht § 7 Abs. 1 Nr. 1 HWG für Arzneimittel vor, soweit sie entgegen den Preisvorschriften gewährt werden, die aufgrund des Arzneimittelgesetzes gelten. Daneben definiert § 7 Abs. 1 Nr. 2 HWG bestimmte Geld- und Mengenrabatte als zulässige Ausnahmen vom grundsätzlichen Zuwendungsverbot nach Abs. 1 Nr. 1.

6.1.1.1 Unzulässige Rabatte für verschreibungspflichtige Arzneimittel

Nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 HWG sind Zuwendungen oder Werbegaben für Arzneimittel unzulässig, soweit sie entgegen den Preisvorschriften gewährt werden, die aufgrund des Arzneimittelgesetzes gelten. Damit ist die Arzneimittelpreisverordnung (AMPreisV), deren Rechtsgrundlage § 78 AMG ist, gemeint.

Gem. § 1 Abs. 4 AMPreisV sind von den vorgegebenen Preisspannen nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel ausgenommen. Dies bedeutet, dass bei Rx-Arzneimitteln, da dort Preisspannen geregelt sind, Rabatte unzulässig sind, wohingegen es bei „nur“ apothekenpflichtigen Arzneimitteln hinsichtlich der Rabatte durch die Arzneimittelpreisverordnung keine vorgegebenen Rabattgrenzen gibt. Grenzen ergeben sich vielmehr allein aus wettbewerbsrechtlichen bzw. kartellrechtlichen Gründen (Marktführerschaft, Markverstopfung). Insofern sind Rabatte für sog. OTC-Arzneimittel im Verhältnis Industrie / Apotheker zulässig.

Innerhalb der sog. OTC-Arzneimittel unterscheidet man zwischen apothekenpflichtigen und freiverkäuflichen Arzneimitteln, die auch außerhalb der Apotheken angeboten werden dürfen (z.B. in Drogeriemärkten). Für die freiverkäuflichen Arzneimittel erlaubt § 7 Abs. 1 Nr. 2 HWG sowohl Geld-, als auch Mengenrabatte, wohingegen für die apothekenpflichtigen Arzneimittel nur Geldrabatte (auch „Barrabatte“ genannt) zulässig sind. Wie gesagt, Obergrenzen sieht das HWG für diese ausdrücklich zulässigen Rabatte nicht vor, diese ergeben sich allein unter wettbewerbs- oder kartellrechtlichen Gesichtspunkten (siehe dazu [Kapitel 7](#)).

6.1.1.2 Zielrabatte bzw. Rückvergütungsvereinbarungen

Ein besonderes Problem der Rabattgewährung ist – unabhängig von § 7 HWG – die Vereinbarung sog. Zielrabatte bzw. Rückvergütungsvereinbarungen. Gegenstand solcher Vereinbarungen ist meist, dass der Apotheker bei einem bestimmten Umsatz, wenn er diesen erzielt hat, eine Umsatzrückvergütung seitens des pharmazeutischen Unternehmers erhält. Dies hat zur Folge, dass der Apotheker, um dieses Ziel mit der Folge einer sich lohnenden Rückvergütung zu erreichen, die von der Vereinbarung betroffenen Präparate bevorzugt abgeben wird. Er ist somit nicht komplett frei in seiner fachlichen Entscheidung über die Empfehlung und Abgabe der Arzneimittel, sondern wird (auch) von wirtschaftlichen Motiven gesteuert, zumindest aber beeinflusst.

Da §§ 299a/b StGB aufgrund der Einschränkung der Bezugsvariante für die Apotheker nicht gilt, ist eine derartige Vereinbarung von Zielrabatten bzw. Rückvergütungen strafrechtlich irrelevant.

Zu beachten ist aber § 10 ApoG, der wie folgt lautet:

„Der Erlaubnisinhaber darf sich nicht verpflichten, bestimmte Arzneimittel ausschließlich oder bevorzugt anzubieten oder abzugeben oder anderweitig die Auswahl der von ihm abzugebenden Arzneimittel auf das Angebot bestimmter Hersteller oder Händler oder von Gruppen von solchen zu beschränken.“

Hier liegt ein entsprechender wirtschaftlicher Anreiz vor, bestimmte Arzneimittel vermehrt abzugeben, so dass die Unvoreingenommenheit des Apothekers in Zweifel zu ziehen ist. Fraglich ist allerdings, ob er sich im Sinne des ApoG bei einer derartigen Konzeption dazu „verpflichtet“ hat. § 10 ApoG soll die Unabhängigkeit des Apothekers bei pharmakotherapeutischen Entscheidungen sicherstellen, indem bestimmte selbstgewählte oder rechtlich verfestigte wirtschaftliche Abhängigkeiten gegenüber Arzneimittelfirmen verboten werden,

Rixen/Krämer, Apothekengesetz mit Apothekenbetriebsordnung, Kommentar, § 10, Rdnr. 1

Sachfremde, vor allem pekuniäre Erwägungen, die die fachlich gebotene Arzneimittelversorgung gefährden können, soll so entgegengewirkt werden und eine ausschließlich fachlich motivierte Beratung sichergestellt werden (KG, Urt. v. 11.09.2012 – 5 U 57/11, GRUR-RR 213,78,81). Das Kammergericht hat in seinem Urteil vom 11.09.2012 (a.a.O.) festgestellt, dass eine im Rahmen des Partnerprogrammes getätigte Verpflichtung des Apothekers, bei der „aut idem“-Substitution im Rahmen seiner Wahlfreiheit ein bestimmtes Produkt abzugeben, gegen § 10 ApoG verstößt. Nichts anderes kann gelten, wenn der Apotheker durch ein großzügiges Rückvergütungsprogramm dazu verleitet wird, bestimmte Arzneimittel abzugeben. Es handelt sich hier um sachfremde Erwägungen, die den Apotheker beeinflussen.

Auch die Berufsordnung für Apothekerinnen und Apotheker der Apothekerkammer Schleswig-Holstein vom 17.11.2010 regelt die Unabhängigkeit des Apothekers. In § 9 (Zusammenarbeit mit Dritten und freie Apothekenwahl) heißt es:

„(2) Unzulässig sind jedoch **Vereinbarungen**, Absprachen und **schlüssige Handlungen**, die eine **bevorzugte Lieferung bestimmter Arzneimittel**, die Zuführung von Patienten, Zuweisung von Verschreibungen oder die Abgabe von Arzneimitteln ohne volle Angabe der Zusammensetzung zum Gegenstand haben oder zur Folge haben können, soweit § 11 Apothekengesetz dies nicht zulässt.

(4) Dem Apotheker ist es vorbehalten gesetzlich abweichender Regelungen nicht gestattet, Geschenke oder andere Vorteile für sich oder Dritte zu fordern, sich oder Dritten versprechen zu lassen oder anzunehmen, wenn hierdurch die Gefahr begründet wird, dass die bei der Ausübung seines Berufs geschuldete **fachliche Unabhängigkeit** beeinflusst wird. Eine Beeinflussung ist nicht anzunehmen, wenn der Wert der Zuwendung geringfügig ist.

Gleichlautende Regelungen finden sich in den meisten Berufsordnungen.

Den qualitativen Unterschied zwischen einer „normalen“ (Mengen-)Rabattgewährung einerseits und einem Zielrabatt bzw. einer Rückvergütungsvereinbarung andererseits mag folgendes Beispiel verdeutlichen:

Bei einem branchenüblichen Rabatt von 20 Prozent auf ein OTC-Arzneimittel (auch ein ganzes Sortiment) wird der Apotheker die Empfehlung eines Präparates im Einzelfall nach fachlichen Kriterien entscheiden. Wirtschaftliche Vorteile bei der Bevorzugung eines Präparates gegenüber einem anderen dürften in der Regel – wenn überhaupt – kaum spürbar sein, so dass eine unsachliche Beeinflussung eher fernliegend ist. Anders verhält es sich dagegen, wenn dem Apotheker folgende gestaffelte Rabatte in einem Jahreszeitraum versprochen werden, die er nach Abschluss des Jahres im Folgejahr rückvergütet erhält:

- Bis 200 Packungen: 20 Prozent
- 201. bis 300. Packung: 30 Prozent
- 301. bis 400. Packung: 40 Prozent
- ab 401. Packung: 50 Prozent

Durch das Modell der „Rückvergütung“ ist es so, dass der Apotheker zunächst überhaupt kein wirtschaftliches Risiko eingeht, da er zuviel bestellte Arzneimittel einfach zurückgibt, wenn er diese nicht absetzen konnte. Hinzu kommt, dass bei derart großzügigen Rabattanreizen die Gefahr besteht, dass der Apotheker, der kurz vor dem Erreichen der nächsten Umsatz- oder Rabatt-„Schwelle“ steht, seine Arzneimittelempfehlung an der Zielerreichung ausrichten wird, mithin ausschließlich an wirtschaftlichen und nicht an fachlichen Gesichtspunkten.

6.1.2 Fort- und Weiterbildungsmaßnahmen

Nachdem die OTC-Arzneimittel grundsätzlich aus der Verordnung zulasten der gesetzlichen Krankenkassen herausgenommen sind, ist gerade für diese Präparategruppe der Beratungsbedarf durch den Apotheker größer geworden. So erscheint es fast zwangsläufig, dass auch die Apothekerschaft in den Segen von Fortbildungsveranstaltungen durch die pharmazeutische Industrie kommt. Dabei werden verschiedene Angebote unterbreitet:

6.1.2.1 Produktschulungen

Soweit eine Produktschulung für den Apotheker und das Apothekenpersonal durchgeführt und während der Schulung für eine Verköstigung gesorgt wird, bestehen dagegen keine Bedenken. § 7 Abs. 2 HWG bestimmt ausdrücklich, dass das Zuwendungsverbot des Abs. 1 nicht gilt für Zuwendungen im Rahmen ausschließlich berufsbezogener wissenschaftlicher Veranstaltungen, sofern diese einen vertretbaren Rahmen nicht überschreiten, insbesondere in Bezug auf den wissenschaftlichen Zweck der Veranstaltung von untergeordneter Bedeutung sind und sich nicht auf andere als im Gesundheitswesen tätige Personen erstrecken. Das heißt, die Einladung an ein Apothekenteam zur Produktschulung mit einem Imbiss davor oder danach ist nicht zu beanstanden.

6.1.2.2 Verkaufsschulungen

Es hat sich quasi eingebürgert, dass neben einer Produktschulung auch weitere, für den Apotheker interessante Fortbildungen angeboten werden, wie z.B. „Kommunikationstraining im Umgang mit schwierigen Kunden“. Bei einer solchen Verkaufsschulung handelt es sich nicht um eine ausschließlich berufsbezogene wissenschaftliche Fortbildung, so dass die Ausnahmeregelung des § 7 Abs. 2 HWG hier nicht einschlä-

gig ist. Hinzu kommt, dass gesetzliche Ausnahmen immer eng auszulegen sind, d.h., sie dürfen nicht im Wege der Analogie über ihren Wortlaut hinaus ausgeweitet werden. Aus diesem Grunde sind bereits Mischformen aus wissenschaftlichen Fortbildungen und Verkaufs- oder Kommunikationsseminaren kritisch zu sehen. Denn hier liegt bereits eine Zuwendung in Form eines (erheblichen) geldwerten Vorteils vor, wenn man davon ausgeht, dass der Apotheker ein solches Seminar auf dem Markt der gewerblichen Seminaranbieter an sich selbst bezahlen müsste.

Wenn eine Verkaufsschulung aber unabhängig von einer Arzneimittelwerbung erfolgt, sich mithin als Imagewerbung des Unternehmens darstellt, kommt § 7 HWG nicht zum Tragen, da der Anwendungsbereich des Heilmittelwerbegesetzes nur bei einer Arzneimittelwerbung, nicht aber bei einer Imagewerbung eröffnet ist. Der BGH hat hierzu in seinem Urteil vom 15.12.1994 (Az. I ZR 154/92 – Pharma-Hörfunkwerbung) folgendes ausgeführt:

„Voraussetzung für ein Verbot, wie es die Klägerin begehrt, ist, dass überhaupt für Arzneimittel im Sinne des Heilmittelwerbegesetzes geworben wird (§ 1 Abs. 1 HWG). Wie der Bundesgerichtshof wiederholt ausgesprochen hat, unterfällt den Bestimmungen dieses Gesetzes nicht schlechthin jede Pharmawerbung. Einbezogen in den Geltungsbereich des Heilmittelwerbegesetzes ist die produktbezogene Werbung (Produkt-, Absatzwerbung), nicht aber die allgemeine Firmenwerbung (Unternehmens-, Imagewerbung), die ohne Bezugnahme auf bestimmte Präparate für Ansehen und Leistungsfähigkeit des Unternehmens allgemein wirbt, obwohl auch sie - mittelbar - den Absatz der Produkte des Unternehmens fördern kann und soll, wie umgekehrt die Produktwerbung immer auch Firmenwerbung ist (BGH, Urt. v. 17.6.1992 - I ZR 221/90, GRUR 1992, 873 = WRP 1993, 473 - Pharma-Werbespot m.w.N.). Die Beantwortung der für die Anwendbarkeit des Heilmittelwerbegesetzes danach entscheidenden Frage, ob die zu beurteilende Werbung Absatz- oder Firmenwerbung ist, hängt davon ab, ob nach dem Gesamterscheinungsbild der Werbung die Darstellung des Unternehmens im Vordergrund steht (Firmenwerbung) oder die Anpreisung bestimmter oder zumindest individualisierbarer Arzneimittel (Absatzwerbung).“

Eine andere Frage ist, ob eine derartige Verkaufsschulung mit den Regeln des Kodex des AKG in Einklang zu bringen ist.

6.1.2.3 Wissenschaftliche Weiterbildungsmaßnahme

Auch hier gilt, dass eine wissenschaftliche Weiterbildungsmaßnahme, die die Bedingungen des § 7 Abs. 2 HWG erfüllt, zulässig ist. Eine derartige Fortbildung muss nicht notwendigerweise in den Räumen der Apotheke oder des einladenden pharmazeutischen Unternehmers selbst stattfinden. Sie kann auch von Dritten an anderen Orten veranstaltet werden und der pharmazeutische Unternehmer übernimmt dafür die jeweils anfallenden Kosten.

Eine wissenschaftliche Fortbildung, in der es nicht um die Präparate der Firma geht, sondern um allgemein gehaltene wissenschaftliche Ausführungen, unterfällt – wie auch die Verkaufsschulung – nicht den Regeln des Heilmittelwerbegesetzes.

Auch hier ist allerdings der Kodex des AKG zu beachten.

6.1.3 Marketingformate

6.1.3.1 Taschentücher und Co. (Werbehilfen und Werbegaben)

Als Zuwendungen zulässig ist die kostenlose Bereitstellung von z.B. **Patientenbrochüren, Schaufensterdekorationen, Kunden-Werbeartikel** (Taschentücher, Tragetaschen, etc.). Solange es sich um geringwertige Kleinigkeiten handelt, bestehen keine Bedenken, dem Apotheker derartiges Werbematerial zur Verfügung zu stellen. Wobei allerdings die Frage zu stellen ist, ob hier der Wert der einzelnen Packung oder der der gesamten Lieferung ausschlaggebend ist. Wenn dem Apotheker eine große Menge an Taschentuchpackungen (z.B. eine Euro-Palette) von einem pharmazeutischen Unternehmer zur Verfügung gestellt wird, ist es nicht ausgeschlossen, dass der Gesamtwert berechnet wird. Dann aber dürfte selbst bei solchen Streuartikeln die Geringwertigkeitsgrenze überschritten sein.

6.1.3.2 Schaufenstermiete / Sichtwahlplatzierung

Seit jeher ganz überwiegend als wettbewerbswidrig angesehen wurde in Schrifttum und Rechtsprechung die sog. Schaufenstermiete in Form einer nach außen nicht hervortretenden Werbemaßnahme des Herstellers (vgl. hierzu BGH, Urt. v. 03.12.1976, Az. I ZR 34/75 – Schaufensteraktion mit weiteren Nachweisen). Zur Begründung führt der BGH hierzu aus:

„Diese Beurteilung entspricht auch der Auffassung maßgebender Wirtschaftskreise, wie einer „Gemeinsamen Erklärung“ der Spitzenorganisationen der gewerblichen Wirtschaft zur Sicherung des Leistungswettbewerbs (WRP 1975, 594) zu entnehmen ist. Diese bezeichnet - unter Bezugnahme auf eine Dokumentation des Bundeswirtschaftsministeriums über „Wettbewerbsverzerrungen“ (WRP 1975, 24 ff.) - als den Leistungswettbewerb gefährdend u.a. „das Anbieten, Fordern oder Gewähren einer Zahlung von Regal-, Schaufenster- oder sonstiger Platzmieten an den Abnehmer“.

Das BerGer. verneint nicht grundsätzlich, dass eine Schaufenster- oder Regalmiete wettbewerbswidrig sein kann, es meint nur, im Streitfall eine andere rechtliche Würdigung Platz greifen lassen zu können ...

Ersichtlich sind seine Ausführungen zur Frage der Irreführungsgefahr auch von der Erwägung beeinflusst, dass es sich nur um einen wünschenswerten Preisnachlass handele. Dem kann nicht zugestimmt werden. Es handelt sich nicht um einen Preisnachlass oder Mengenrabatt im eigentlichen Sinne. Denn die Vergütung von 20 DM je Gerät erhält nur, wer einen Schaufensterplatz zur Verfügung stellt. Die Höhe der Vergütung für diese Leistung des Fachhändlers hängt zwar von der Zahl der abgenommenen Geräte ab. **Sie bleibt aber eine von der Preisgestaltung im übrigen unabhängige Zuwendung des Herstellers an den Fachhändler, die diesen veranlassen kann, sich aus sachfremden Erwägungen - um eine möglichst hohe Vergütung für die Überlassung des Schaufensterplatzes zu erhalten - für den Verkauf eines Erzeugnisses besonders einzusetzen. Das aber begründet die Gefahr, dass der Verbraucher irreführt wird, weil er zwar mit den im Handel üblichen Mengenrabatten rechnet, aber nicht annimmt, dass es sich um eine vom Hersteller bezahlte Werbung handelt.“**

(Hervorhebung nur hier)

Und weiter:

„Das BerGer. hat auch zu Unrecht verneint, dass eine gegen die Grundsätze des lautereren Wettbewerbs verstoßende unsachliche Beeinflussung der Einzelhändler vorliege. Es mag zwar zutreffen, dass Einzelhändler, die sich an der

Schaufensteraktion der Bekl. beteiligen, durch die Gewährung einer Ausstellungsvergütung von 20 DM je bezogenem Gerät nicht dazu veranlasst werden, ihr Lager mit diesen Geräten zu verstopfen oder auch nur mehr Geräte einzukaufen, als sie erfahrungsgemäß absetzen können. **Eine unsachliche Beeinflussung kann jedoch bereits darin liegen, dass sie sich wegen der von der Bekl. zugesagten Prämien überhaupt dazu entschließen, deren Gerät in ihr Verkaufsprogramm aufzunehmen, und sich dann, um eine möglichst hohe Ausstellungsvergütung zu erhalten, verstärkt für den Verkauf des Gerätes einzusetzen.** Der erkennende *Senat* hat in der Entscheidung „Verschlusskapsel-Prämie“ (*GRUR* 1974, 394) ausgesprochen, dass es wettbewerbswidrig ist, wenn ein Spirituosenhersteller Geldprämien für die Einsendung von Verschlusskapseln verspricht, mit denen die von ihm vertriebenen Flaschen versehen sind. Er hat dabei darauf hingewiesen, dass die Gewährung derartiger Erfolgsprämien die Gefahr einer mehr als üblichen Beeinträchtigung der Objektivität der Kundenberatung begründet und damit auch zu einer unsachlichen Beeinflussung des Publikums führen kann. Aus diesen Erwägungen ist auch in der Entscheidung „clix-Mann“ (*GRUR* 1971, 223) die Wettbewerbswidrigkeit der angegriffenen Werbemaßnahme bejaht worden. **Es muss im Grundsatz davon ausgegangen werden, dass es wettbewerbswidrig ist, dem Einzelhändler Werbehilfen zu gewähren, die nach Art und Umfang sowie der Art ihrer Gewährung geeignet sind, ihn in Bezug auf sein Wettbewerbsverhalten unsachlich zu beeinflussen** (vgl. *RG*, *GRUR* 1938, 619 - *Herdweiß*; *BGHZ* 34, 264 = *NJW* 1961, 1207 = *GRUR* 1961, 588 - *Einpfeffnig-Süßwaren; Droste*, S. 750; *Baumbach-Hefermehl*, § 1 *UWG* Anm. 72; *Reimer-v. Gamm*, Kap. 32 Anm. 28; *Ulmer-Reimer*, S. 585). **Dies trifft für die von der Bekl. für eine Beteiligung an ihrer Schaufensteraktion zugesagten Prämien zu. Sie können für den Einzelhandel ein nicht unerheblicher Anreiz dafür sein, sich von anderen als wettbewerbseigenen Erwägungen leiten zu lassen. Deshalb verstößt die Werbemethode der Bekl. auch unter diesem Gesichtspunkt gegen § 1 *UWG*.**“ (Hervorhebungen nur hier)

Zwar betraf die Schaufenstermiete in der nun schon 40 Jahre alten *BGH*-Entscheidung eine Werbemaßnahme für Fernsehgeräte bei Einzelhändlern. Die apodiktischen Ausführungen zur Gefahr der Irreführung der Verbraucher lassen sich

ebenso zwanglos auf eine Apotheken-Schauferstermiete übertragen wie die Gefahr der unsachlichen Beeinflussung der Einzelhändler auf die Apotheker, die zusätzlichen gesetzlichen Schranken wie § 10 ApoG und den Berufsordnungen unterliegen.

Letztere verbieten eine Verpflichtung des Apothekers dahingehend, bestimmte Arzneimittel bevorzugt anzubieten. Wenn aber eine Zahlung für einen bestimmten Darstellungsplatz in den Apothekenregalen „gekauft“ wird, stellt dies ohne Zweifel einen Verstoß gegen § 10 ApoG dar, da nicht fachliche Argumente für die Platzierung sprechen, sondern rein pekuniäre.

Zudem liegt hier eine Irreführung im Sinne der §§ 3 HWG, 5 UWG vor, da der Besucher einer Apotheke glaubt, der Apotheker hätte die Produktauswahl allein nach fachlichen Gründen vorgenommen, obwohl tatsächlich finanzielle Interessen ausschlaggebend waren.

So hat es letztlich auch das OLG Hamburg in seinem Urteil vom 28.12.2000 (Az. 3 U 98/99 – Sichtwahlwerbung) gesehen. Das streitgegenständliche Sichtwahl-Werbekonzept sah vor, dass es den Apothekern einen besonderen Anreiz geben sollte, OTC-Arzneimittel bevorzugt zu präsentieren und so den Umsatz zu erhöhen. Zum einen bekamen die Apotheker für den laufenden Meter Regalfläche im Jahr 100 DM als „Sichtwahl-Aktiv-Bonus“, wenn sie mindestens 3 m zur Verfügung stellen. Zum anderen erhielten sie einen umsatzabhängigen Werbekostenzuschuss, der je nach der Anzahl der Sichtwahl-Indikationsgebiete zwischen 2 Prozent und 4 Prozent betrug. Dabei sollten in jeder Periode, die entweder das zweite und dritte Quartal eines Jahres oder das vierte und das erste Quartal des Folgejahres umfasste, jeweils zwei Neueinführungen oder besondere Aktionspräparate platziert werden. Das OLG Hamburg beurteilte diese Werbung als unzulässig.

Nach dieser Entscheidung ist eine Werbemethode in Apotheken wettbewerbswidrig, wenn mit ihr für den Kunden unerkennbar auch das Ziel verfolgt wird, besondere Vorteile zu erlangen, und nicht nur die beworbenen Leistungen nach der vermeintlich sachkundigen und neutralen Entscheidung des Apothekers für sich selbst sprechen zu lassen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob sich der Apotheker rechtlich zu einer solchen Werbung verpflichtet hat, weil bereits der psychische Druck, den der Umstand ausübt, dass die in Aussicht gestellten Vorteile nur bei dem dem Apotheker angesonnenen Verhalten zu erlangen sind, die Methode unlauter macht.

6.1.3.3 Schaufensterdekoration / Schaufensterwettbewerb

Von der reinen Schaufenstermiete bzw. der „Miete“ für die Sichtwahlplatzierung zu unterscheiden sind die sog. Schaufensterwettbewerbe. Solche beschäftigen die Rechtsprechung schon seit 60 Jahren! Beispielhaft sei hier der Sachverhalt genannt wie er dem BGH-Urteil vom 07.10.1958 (Az. I ZR 62/57) zugrunde lag:

In der ersten Hälfte des Jahres 1956 brachte ein bekannter amerikanischer Hersteller in einem großangelegten Werbefeldzug unter dem Schlagwort: „Italienische Note“ neue kosmetische Artikel heraus. Für den Vertrieb dieser Artikel wurde ein Verkaufsständer angeboten, mit dessen Verkauf Anfang 1956 begonnen wurde. Im Zusammenhang mit der Werbung für die „Italienische Note“ veranstaltete der Hersteller einen Schaufensterwettbewerb. Hierzu wurde ein mehrseitiger Werbeprospekt mit der Aufforderung zur Teilnahme an diesem Wettbewerb an 8.000 Kunden versandt. Bedingung der Teilnahme war, dass bis spätestens 14.05.1956 Ganz- oder Teildekorationen erstellt wurden und mindestens bis zum 30.05.1956 bestehen blieben. Teilnahme und Beurteilung sollten unabhängig vom Warenbezug sein. Es wurden ausgesetzt als 1. Preis eine zehntägige Ferienreise nach Italien für 2 Personen, als 2. Preis 500 DM, als 3. Preis 300 DM, als 4.-6. Preis je 200 DM und als 7.-35. Preis je 50 DM. Die Preisverteilung sollte auf Grund einzusendender Fotos vorgenommen werden, und zwar durch ein Preisgericht. Im Ergebnis hat der BGH diesen Schaufensterwettbewerb als zulässig angesehen, mithin einen Verstoß gegen § 1 UWG verneint. In einem obiter dictum hat der BGH auf folgende Aspekte hingewiesen, die einen Schaufensterwettbewerb unzulässig werden lassen können:

„Bedenklich können Schaufensterwettbewerbe als Mittel im Wettbewerbskampf erst dann werden, wenn sie **durch eine Übersteigerung missbräuchlich zur Behinderung oder zum Ausschluss anderer Mitbewerber benutzt** werden. Das kann bei Hinzutreten erschwerender Umstände der Fall sein, etwa dann, wenn durch besondere Maßnahmen ein Druck auf die Einzelhändler zur Ausschaltung anderer Teilnehmer ausgeübt wird oder **wenn übermäßig viele und übermäßig hohe Preise ausgesetzt werden** und für eine unangemessen lange Zeit ein Schaufenster reserviert werden muss. Hierfür bietet der vorl. Fall in tatsächlicher Hinsicht aber keinen Anhalt. Nach Art und Höhe der Preise und

nach der Dauer der Ausstellungszeit ist der vorl. Schaufensterwettbewerb nicht zu beanstanden.“

(Hervorhebungen nur hier)

Interessant ist, dass 58 Jahre nach dieser BGH-Entscheidung zumindest ein erstinstanzliches Gericht einen ganz ähnlichen Sachverhalt anders beurteilt hat:

Das Landgericht Saarbrücken hat mit einer neuen Entscheidung vom 01.03.2016, Az. 7 O 10/16, einen Schaufensterwettbewerb für unzulässig erklärt, bei welchem die Dekoration von dem pharmazeutischen Unternehmer gestellt wurde und der Apotheker diese lediglich im Schaufenster anzuordnen hatte. Als „Prämierung“ wurden als 1. Preis € 1.500,--, als 2. Preis € 300,-- und als 3. Preis € 200,-- ausgelobt. Das Landgericht hat dazu festgestellt, dass bereits die Gewinnmöglichkeit einen wirtschaftlichen Anreiz darstelle und es sich hierbei um keine geringwertige Kleinigkeit handele. Nicht nur die abstrakte Gefahr der Beeinflussung ist sachwidriger Anreiz die Schaufenster bzw. im Bereich der Apotheken zu dekorieren. Die Verbraucher dürften erwarten, dass Präparate nicht wegen eines Gewinnspiels beworben werden, sondern wegen der pharmazeutischen Güte und Qualität.

Die Dekoration sei zudem Teil des Beratungs- und Verkaufsverhaltens des Apothekenpersonals und das Gericht geht weiter davon aus, dass keine der Ausnahmen des § 7 Abs. 1 Nr. 1 – 5 HWG vorlägen. Dazu ist anzumerken, dass § 7 HWG nach der Gesetzesbegründung einer unsachgemäßen Beeinflussung entgegenwirken soll. Andererseits verbietet § 7 HWG nicht ein auf Leistung und Gegenleistung basierendes Verhältnis zwischen Apotheker und Industrie. Im vorliegenden Fall ist die Unzulässigkeit wohl darin zu sehen, dass der pharmazeutische Unternehmer die Dekoration selbst zur Verfügung stellt und der Apotheker diese lediglich zu platzieren hat. Dass ist ähnlich zu beurteilen, wie die unzulässige Schaufenstermiete (s.o.).

Anders dürfte es zu bewerten sein, wenn ein Schaufensterwettbewerb ausgelobt wird, wonach ein Apotheker oder auch ein ganzes Apotheken-Team für ein bestimmtes Präparat selbst eine Dekoration zusammenstellen muss, mithin die zur Gestaltung erforderlichen Gegenstände selbst kaufen oder besorgen muss.

Wenn dann entsprechende Fotos eingesandt werden und der Apotheker sich die Rechte an den Bildern abtreten lässt, liegt hier ein Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnis vor. Der Unternehmer kann diese Bilder in seine Werbung übernehmen, so dass er von einem solchen Wettbewerb profitiert. Eine unsachgemäße Beeinflussung liegt auch nicht vor, da ein Apotheker sicherlich nicht kreativ an einem solchen Wettbewerb teilnehmen wird, wenn er von dem entsprechenden Produkt nicht überzeugt ist. Das ist anders, wenn die fertige Dekoration quasi nur noch in das Schaufenster gestellt werden muss. Hier ist auf ein Urteil des Landgerichts Itzehoe vom 15.02.2006 (Az. 3 O 46/06 – rechtskräftig) zu verweisen, in welchem ein pharmazeutischer Unternehmer einen Wettbewerb bei 6.000 angeschriebenen Apotheken ausgelobt hatte, wonach eine Idee für ein Bildmotiv zu einem Produktspruch eingeschickt werden sollte. Als Hauptpreis war fünfmal eine Teilnahme für zwei Personen an den Olympischen Spielen ausgelobt (An- und Abreise, drei Übernachtungen im Doppelzimmer, täglicher Eintritt in den Champions-Club, Get-together mit deutschen Olympiateilnehmern, Wettkampftickets u.a. zum Wert von jeweils ca. € 3.000,-). Das Landgericht hat dazu festgestellt, dass bei der Vielzahl der Einsendungen und der Qualität derselben sowie der Möglichkeit des Unternehmers, diese werberechtlich zu verwenden, der ausgelobte Preis angemessen ist.

Ausschlaggebend war insbesondere, dass eine solche Werbemaßnahme bei einer professionellen Werbeagentur mindestens ca. € 20.000,- gekostet hätte. Die Firma hat daher eine im Verhältnis zum ausgelobten Preis angemessene „Vergütung“ gezahlt. Es ist für einen pharmazeutischen Unternehmer sehr viel nützlicher, wenn Werbeideen von den Fachleuten, die eine unmittelbare Nähe zum Verbraucher aufweisen, erstellt werden, anstatt von den Theoretikern einer Werbeagentur.

6.1.3.4 Werbekostenzuschüsse

Der Begriff des Werbekostenzuschusses wird uneinheitlich verwendet, so dass es zahlreiche unterschiedliche Fallkonstellationen und Erscheinungsformen gibt, in denen Werbekostenzuschüsse gewährt oder vereinbart werden:

Meist umschreibt er eine finanzielle Zuwendung eines pharmazeutischen Unternehmers an Apotheken oder (Groß-)Händler zur Unterstützung bei der Bewerbung be-

stimmter Präparate oder eines ganzen Sortiments. Teilweise handelt es sich dabei um eine Form der Rabattgewährung. In solchen Fallkonstellationen liegt regelmäßig kein wettbewerbswidriges Verhalten vor. Dies sei nachstehend an einem Beispiel aus der Rechtsprechung des BGH (Urt. v. 09.06.1982, Az. I ZR 96/80) verdeutlicht:

Die dortige Beklagte betrieb eine Verbrauchermarktkette mit insgesamt 16 Märkten. Aus Anlass einer geplanten Eröffnung zweier neuer Filialen verschickte sie an ihre Lieferanten im Lebensmittelbereich und im non-food-Sektor ein Rundschreiben, in dem es heißt:

“... Anlässlich dieser Neueröffnungen erbitten wir für eine Lieferung einen Eröffnungsrabatt von 10 % und sehen Ihrer schriftlichen Zusage entgegen. Zu gegebener Zeit werden wir Ihnen einen Auftrag deutlich als 'Erstauftrag Neueröffnung' gekennzeichnet zugehen lassen. Aus organisatorischen Gründen soll jedoch die Ware an unser Zentrallager ... angeliefert werden. Wir würden es begrüßen, wenn Sie auch diesmal unserer Bitte nachkommen würden. Somit ist gewährleistet, dass wir mit Ihren Artikeln einen guten Start in unseren neuen Niederlassungen haben werden ...”

Das Handelsunternehmen war bei (mindestens) einer ähnlichen Gelegenheit früher ebenso an ihre Lieferanten mit der “Erwartung” eines 10 prozentigen Eröffnungsrabatts herangetreten; das seinerzeit versandte - sonst nahezu wortgleiche - Schreiben schloss mit den Worten:

“Wir würden uns freuen, wenn Sie dieser Bitte nachkommen. So ist umso mehr gewährleistet, dass Ihre Artikel weiterhin gelistet bleiben und wir gemeinsam einen guten Start in unserer neuen Niederlassung haben werden ...”

Schon damals beanstandete der Markenverband diese Form des “Anzapfens”, worauf hin sich das Handelsunternehmen wie folgt äußerte:

„... bei künftigen Neueröffnungen mit Markenartikel-Herstellern nur im Rahmen bestehender Gesetze und Marktgepflogenheiten über **Einführungsrabatte**, **Werbekostenzuschüsse** oder sonstige **Preisnachlässe** verhandeln zu wollen, ohne Druck auf den jeweiligen Partner auszuüben.“

Die Klage blieb durch alle Instanzen erfolglos, die angerufenen Wettbewerbsgerichte lehnten einen Verstoß gegen das UWG durchweg ab. Hierbei gab es durchaus Unterschiede in der rechtlichen Einordnung des Sachverhaltes. Das Berufungsgericht hat den Fall behandelt wie die Fälle behandelt, in denen der Händler von seinen Lieferanten **Zuwendungen** gefordert hatte, die **selbständig neben Warenlieferungen** gewährt werden sollten (BGH, NJW 1977, 631 = WRP 1977, 177 = GRUR 1977, 257 - Schaufensteraktion; OLG Hamm, BB 1977, 668) oder bei denen Geldbeträge allein für die Aufnahme von Waren in das Sortiment des Händlers gefordert worden waren (BGH, NJW 1977, 1242 = GRUR 1977, 619, 621 = BB 1977, 262 = WRP 1977, 183 – Eintrittsgeld).

Der BGH (a.a.O.) sah darin aber noch **keine vom Warenbezug unabhängige Zuwendung** in dem genannten Sinne. Denn sie wurde jedenfalls erst und nur nach Maßgabe und im Zusammenhang mit der Lieferung der angekündigten Bestellung "Erstauftrag Neueröffnung" wirksam, also im Preis einer bestimmten Lieferung. Im Übrigen hat er zur verneinten Wettbewerbswidrigkeit ausgeführt:

„Auch soweit das BerGer. in diesem Rahmen das beanstandete Schreiben unter dem Gesichtspunkt einer etwa **wettbewerbswidrigen Druckausübung** geprüft und als nicht zu beanstanden beurteilt hat, ist aus Rechtsgründen nichts zu erinnern. Dass ein Kaufmann im Zuge geschäftlicher Verhandlungen vor die Situation gestellt wird, Nachteile, auch den Abbruch der Geschäftsverbindung, zu gewärtigen, wenn er auf die Vorstellungen der Gegenseite nicht eingeht, ist jedem freien Aushandeln der günstigsten Konditionen im Wettbewerb eigentümlich. Hierzu hat der Senat bereits in der "Eintrittsgeld"-Entscheidung (NJW 1977, 1242 = GRUR 1977, 621 = WRP 1977, 184) ausgeführt, die Ablehnung einer Geschäftsverbindung bei Nichtannahme der gestellten Bedingung gehöre im Geschäftsleben zu den üblichen Verhaltensweisen und könne wettbewerbsrechtlich nur unter besonderen Umständen unzulässig sein; **dabei liege die Unzulässigkeit regelmäßig nicht in der Ausübung eines gewissen Drucks, sondern in zusätzlichen Umständen wettbewerblicher Art.** Das BerGer. hat dem Sachverhalt keinen Anhalt für das Vorliegen solcher besonderen Umstände entnehmen können, auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Missbrauchs einer besonders starken oder gar beherrschenden Marktposition. Das ist nach

den getroffenen Feststellungen nicht zu beanstanden.“ (Hervorhebungen nur hier)

Im Ergebnis hat der BGH also den vorliegend verlangten Einführungsrabatt wettbewerbsrechtlich nicht anders bewertet als andere Arten von Preisnachlass oder Werbekostenzuschuss.

Bei näherer Betrachtung liegt bei einem Werbekostenzuschuss auch keine einseitige Zuwendung vor, sondern – wie das Wort schon sagt – es handelt sich um einen Kostenzuschuss für (im Gegenzuge geleistete) Werbemaßnahmen.

Solche Werbekostenzuschüsse verstoßen nicht gegen § 7 HWG, da hier eine Gegenleistung des Apothekers gegenüber den erhaltenen finanziellen Zuwendungen besteht. Er stellt beispielsweise einen bestimmten Platz in der Apotheke zu Werbezwecken zur Verfügung und verpflichtet sich auch, für eine vernünftige Pflege der Werbemittel Sorge zu tragen. Es kommt hinzu, dass die jeweiligen Werbeträger eindeutig als Werbemaßnahme des pharmazeutischen Unternehmers gekennzeichnet sind, so dass auch Irreführungsgesichtspunkte ausscheiden. Zu beachten allerdings ist, dass die finanziellen Leistungen angemessen sein müssen. Unzulässig ist es, ähnlich wie bei Rückvergütungen, wenn die Höhe der Werbekostenzuschüsse abhängig vom erzielten Umsatz vereinbart wird. Dies wiederum würde gegen § 10 ApoG verstoßen, da auch hierin eine unzulässige finanzielle Einflussnahme auf die Entscheidungsfreiheit des Apothekers besteht.

In diesem Zusammenhang ist noch auf eine Entscheidung des Kammergerichts vom 11.09.2012 (Az. 5 U 57/11) zu verweisen, die verdeutlicht, dass die Grenze zwischen (zulässiger) einseitiger Zuwendung und (unzulässiger) Zuwendung und im Gegenzuge dazu einer bevorzugten Abgabe von Arzneimitteln mitunter recht „dünn“ ist:

So ist das Kammergericht der (zutreffenden) Auffassung, dass allein durch das Angebot einer direkten Belieferung der Apotheker zum Herstellerabgabepreis das Pharma-Unternehmen weder gegen das Zuwendungsverbot aus § 7 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 HWG (in Verbindung mit § 4 Nr.11 UWG) verstößt noch die Entscheidungsfreiheit dieser Apotheker durch unangemessenen unsachlichen Einfluss im Sinne des § 4 Nr.1 UWG (a.F.) beeinträchtigt. Auch das Zuwendungsverbot aus § 128 Abs. 2, Abs. 6 Satz 1 Halbs. 2 SGB V steht dem nicht entgegen.

Dagegen verletzt ein Partnerprogramm, das die Verpflichtung des Pharma-Unternehmens zur Belieferung von Apothekern zum Herstellerabgabepreis und die Verpflichtung der Apotheker zur bevorzugten Berücksichtigung dieser verschreibungspflichtigen Arzneimittel bei einer Wahlfreiheit des Apothekers ("aut idem-Substitution") vorsieht, § 10 ApoG (in Verbindung mit § 4 Nr. 11 UWG a.F.) sowie § 4 Nr. 1 UWG a.F.

6.1.3.5 Internet- oder Printwerbung durch den Apotheker

Wie aber sieht es aus, wenn der Apotheker auf seiner Homepage bzw. in von ihm gedruckten Flyern Werbung für bestimmte Arzneimittel betreibt? Dies kann und darf er natürlich grundsätzlich, speziell bei OTC-Arzneimitteln, um dort seine vielleicht günstigeren Preise gegenüber der Konkurrenz auszuloben.

Wenn hierfür aber eine (verdeckte) Zuwendung bzw. Bezahlung durch die Industrie erfolgt, liegt insofern eine Irreführung vor, als dass der Verbraucher wiederum glaubt, der Apotheker stünde aus fachlichen Gründen hinter dieser Werbung. Es liegt zudem ein Verstoß gegen § 10 ApoG vor, da ein bestimmtes Präparat rein aus finanziellen Erwägungen heraus gegenüber dem Verbraucher „angeboten“ wird.

Anders sieht es aus, wenn der Apotheker eine eigene (Kunden-)Zeitschrift oder ein sonstiges Werbemittel herausbringt und dort eine Werbefläche an den pharmazeutischen Unternehmer zu Werbezwecken, z.B. für Anzeigen, „vermietet“. Dies ist im Sinne eines Leistungs-Gegenleistungsverhältnisses zulässig, jedenfalls solange Leistung und Gegenleistung in einem angemessenen Verhältnis zueinanderstehen.

Entsprechend zulässig sein dürfte dies für Versandapotheken und deren Homepage. Auch hier spricht nichts dagegen, wenn Apotheker dort pharmazeutischen Unternehmen die Möglichkeit einräumen, als solche gekennzeichnete „Anzeigen“ für ihre Präparate gegen Bezahlung dort zu platzieren.

Etwas Anderes dürfte freilich dann gelten, wenn Versandapotheker ein Arzneimittel gegen Bezahlung des Pharmaunternehmens auf Platz 1 der Empfehlungen setzen. Das ist aus den oben schon mehrfach genannten Gründen unzulässig: denn dann liegt wiederum die o.g. Irreführung der Verbraucher vor, denen suggeriert wird, dass der Apotheker die Empfehlung allein aus fachlichen pharmazeutischen Gründen ausspricht und nicht wegen gewährter Zuwendungen. Daneben tritt ein Verstoß gegen § 10 ApoG hinzu.

6.1.3.6 Musterabgabe an Apotheken

Da durch die Herausnahme der OTC-Präparate aus der Verordnungsfähigkeit zu Lasten der gesetzlichen Krankenkassen und demzufolge eine Vielzahl von Erkrankungen in die Beratung des Apothekers gelangt sind, ist der Beratungsbedarf dort auch hinsichtlich der Anwendung und Nebenwirkungen erheblich gestiegen. Dies war Anlass für einige Unternehmen, den Apothekern Muster ihrer Arzneimittel zur Erprobung zur Verfügung zu stellen. Die Musterabgabe von OTC-Arzneimitteln hat sich daher vom Arzt zum Apotheker verlagert. Unstreitig ist insoweit nur, dass der Arzt nach wie Muster von OTC-Arzneimitteln erhalten darf. Er kann und darf diese auf dem sog. „Grünen Rezept“ verordnen oder mündlich empfehlen. Hinsichtlich der Apotheker besteht nach der derzeitigen Rechtsprechung, auch wenn diese nicht als gefestigt bezeichnet werden kann, ein erhebliches Risiko, dass eine Musterabgabe an diese unzulässig ist:

Der Streit, ob in einer Musterabgabe an Apotheker ein Verstoß gegen § 47 AMG zu sehen ist oder nicht, kann für die hier zu beantwortende Fragestellung dahinstehen (vgl. hierzu im Einzelnen OLG Hamburg, Hinweisbeschluss vom 10.02.2015 – Az. 3 U 16/13).

Fraglich ist, ob in der Musterabgabe an Apotheker ein Verstoß gegen § 7 HWG zu sehen ist. Das OLG Hamburg (Urt. v. 24.09.2014 – Az. 3 U 193/13) hat dazu entschieden, dass die kostenlose Abgabe eines Fertigarzneimittels mit einem Verkaufspreis von 9,97 Euro an Apotheker „zu Demonstrationszwecken“ sowohl gegen § 47 Abs. 3 AMG (Verbot der Abgabe von Arzneimittelmustern an andere als die in dieser Vorschrift genannten Personenkreise, zu denen Apotheker nicht gehören) als auch gegen § 7 HWG (Verbot nicht geringwertiger Zuwendungen und Werbegaben) verstößt.

Der Senat geht dabei davon aus, dass der Apotheker eine geöffnete Packung nutzbringend einsetzen könne, indem er diese zu Demonstrationszwecken des Produktes gegenüber Verbrauchern verwende. Der Apotheker müsste somit auf seine Kosten dem Kunden die Anwendung des Arzneimittels erklären. § 47 AMG, der die Musterabgabe an Ärzte ausdrücklich erlaubt, geht in seiner Begründung davon aus, dass der Arzt die Muster als Erklärungshilfe verwenden soll. Warum der Arzt dies ohne

eigenen Kostenaufwand machen kann, während der Apotheker eigene Mittel einsetzen soll, ist unerfindlich.

In dem Kommentar von

Bülow-Ring-Artz-Brixius, Kommentar, 5. Auflage, § 7 Rn. 89

heißt es hierzu:

„Wenn sich die Warenprobe aber gerade dadurch kennzeichnet, dass sie eine Quantität aufweist, die für eine hinreichende Erprobung notwendig ist und sich der Werbungtreibende dadurch dem Urteil des Endverbrauchers oder auch des verschreibenden Arztes oder des empfehlenden Apothekers stellt, ist auch die abstrakte Gefahr der unsachlichen Beeinflussung nicht gegeben; vielmehr wird die Kaufentscheidung durch sachliche Beeinflussung, nämlich durch die mittels Warenprobe getestete Güte der Leistung, herbeigeführt. Soweit die Quantität der Warenprobe also vom Erprobungszweck gedeckt ist und nicht darüber hinausgeht, ist in teleologischer Reduktion der Vorschrift von der Zulässigkeit der Warenprobe auszugehen, auch wenn aufgrund der Quantität die Geringfügigkeitsgrenze überschritten ist.“

Dies ergibt sich zudem aus § 7 Abs. 1 S. 3 HWG, wonach ausdrücklich § 47 Abs. 3 des Arzneimittelgesetzes unberührt bleibt. Ärzte dürfen somit „Muster“ eines Arzneimittels zur Erprobung erhalten.

Bei

Kloesel-Cyran, Kommentar zum Arzneimittelgesetz, § 47 Rn. 51,

heißt es:

„Die Begrenzung der Musterabgabe soll verhindern, dass die in Nr. 1 genannten Personen bei der Auswahl des Arzneimittels für den Patienten durch nicht sachgerechte, nämlich nicht von dem Erprobungszweck bestimmte, Erwägungen beeinflusst werden, durch kostenlose Abgabe der Muster von Fertigarzneimitteln in größerem Umfange an ihre Patienten in unerlaubter Weise für ihre Praxis werben oder in beträchtlichem Maße gegenüber Krankenkassen ihren Arzneimittelkosten Durchschnitt senken.“

Dann aber stellt sich die Frage, warum die kostenlose Abgabe von Arzneimitteln zur Erprobung eines Arzneimittels durch den Arzt kein Verstoß gegen § 7 Abs. 1 Nr. 1 HWG darstellt, die Abgabe bei einem Apotheker jedoch unzulässig sein soll. Der vorgenannten Kommentierung ist zu entnehmen, dass eine Musterabgabe, die sich an die Grenzen des § 47 AMG hält, eben keine unsachgemäße Beeinflussung darstellt. Das Berufsbild zwischen Arzt und Apotheker ist nicht so unterschiedlich, dass hier eine unterschiedliche Bewertung gerechtfertigt wäre. Auch wird niemand ernstlich behaupten können, dass Apotheker leichter zu beeinflussen sind als Ärzte. Zumal Apotheker ein mit „zur Erprobung“ bzw. „ad usum proprium“ gekennzeichnetes Arzneimittel nicht verkaufen können, der Arzt ein „Ärztemuster“ jedoch zur Senkung seines Arzneimittelbudgets problemlos verwenden kann. Der Patient, der ein solches Muster bekommt, spart zudem die Zuzahlung, was hinsichtlich des Images eines Arztes weiterhin vorteilhaft ist. Vor diesem Hintergrund ist die Entscheidung des OLG Hamburg (a.a.O.) nur schwer nachvollziehbar.

Die Auffassung, der Apotheker könne Verkaufsware zur Erprobung öffnen und verwenden, ist praxisfremd. Dann könnte auch von dem Arzt verlangt werden, dass er die Arzneimittel, die er verschreiben möchte, auf eigene Kosten in der Apotheke erwirbt und zur Erprobung einsetzt. Was dem Arzt aber nicht zugemutet wird, kann nicht vom Apotheker verlangt werden.

Insofern stellt nach Auffassung des Autors die Abgabe eines Apothekenmusters oder als unverkäufliches Muster gekennzeichneten Arzneimittels an den Apotheker keinen Verstoß gegen § 7 Abs. 1 Nr. 1 HWG dar. Es bleibt abzuwarten, ob sich die gegenteilige Auffassung des OLG Hamburg durchsetzen und zu einer gefestigten Rechtsprechung werden wird.

6.1.3.7 On-Pack Aktionen

Der Begriff der „On-Pack Aktion“ wird (ebenfalls) für verschiedene Erscheinungsformen von Vermarktungsaktionen verwendet. Meist geht es um mehr oder weniger fix kombinierte, sichtbare „Zugaben“ zu Arzneimitteln. D.h. also dem Apotheker werden neben einem „verkauften“ Arzneimittel weitere Produkte oder Gegenstände kostenlos zur Weitergabe an den Endkunden zur Verfügung gestellt. Die Zugabe eines Promotions-Artikels, z.B. eines Kino-, Shopping- oder Erlebnisgutscheins oder auch einer DVD in Verbindung mit einem Preisnachlass, kann neue Beziehungen durch positive

Erfahrung und Assoziation verstärken. Häufig erfolgt die Abwicklung durch erfahrene Dienstleister, die sowohl die Produktvorgaben des Herstellers als auch die datenschutzrechtlichen Aspekte im Sinne des Verbrauchers berücksichtigt.

Fazit: Mit einer On-Pack Promotion sticht eine Marke aus der Masse hervor und spricht die potenziellen Kunden dort an, wo die Kaufentscheidung fällt: Am Supermarkttregal! (Anette Pfennings, Marketing Börse 12.10.2010). Dazu ein Beispiel aus der Praxis:

Zu jeder frubiase® SPORT Packung erhalten Kunden ein Päckchen „Compeed® Blasen unter den Füßen“ gratis dazu.“(*Jean Bouvain* von der Boehringer Ingelheim Pharma GmbH & Co. KG)

Festzuhalten ist, dass es sich bei frubiase Sport um ein Nahrungsergänzungsmittel handelt, auf das das HWG insgesamt, mithin auch § 7 HWG, keine Anwendung findet. Bei dem Compeed Blasenpflaster hingegen handelt es sich um ein Medizinprodukt, das den Regelungen des § 7 HWG unterfällt. Auf den ersten Blick könnte man zu der Auffassung gelangen, dass es sich hier um die Werbung für ein Nahrungsergänzungsmittel handelt, auf das deshalb das Heilmittelwerbegesetz nicht anwendbar ist, so dass das Blasenpflaster umsonst als On-Pack-Aktion abgegeben werden könnte. Allerdings stellt die Abgabe dieses Blasenpflasters auch eine Werbung für das Blasenpflaster da, womit das Heilmittelwerbegesetz und damit auch § 7 HWG Anwendung findet. Es wäre auch nicht nachvollziehbar, wenn die alleinige Abgabe dieses Pflasters einen Verstoß gegen § 7 HWG darstellte, dann aber, wenn dasselbe Produkt als On-Pack-Aktion für ein nicht dem HWG unterliegendes Produkt auf einmal zulässig sein sollte.

Bei sog. On-pack Aktionen für Arzneimittel erübrigt sich in der Regel eine Prüfung, ob z.B. bei einer mit einer Arzneimittelverpackung verbundenen DVD ein Verstoß gegen § 7 HWG vorliegt. Denn in solchen Fällen liegt bereits ein Verstoß gegen die Kennzeichnungsvorschriften des § 10 AMG vor.

Der Bundesgerichtshof hatte über die Werbung mit einem aufklappbaren Papp-Flyer, der mit zwei Klebepunkten auf der Längsseite des apothekenpflichtigen Arzneimittels Voltaren Schmerzgel angebracht war, zu entscheiden (Urt. v. 13. 12. 2012 – I ZR 161/11). Zwar handelte es sich hier nur um einen Flyer und nicht um eine Zuwen-

dung wie etwa bei einer DVD. Allerdings lassen sich die Ausführungen des BGH in den Urteilsgründen ohne weiteres auf solche On Pack Promotions übertragen, wenn es heißt:

„[14]a) Unzulässig sind daher insbesondere Gestaltungen, die beim Verwender des Mittels den Eindruck erwecken, dass ein auf seiner äußeren Umhüllung – wenn auch nur mit Klebepunkten und damit ablösbar – angebrachter Werbeflyer mit der übrigen Etikettierung eine Einheit bildet. Diese Voraussetzung ist bei der Gestaltung, die der Kl. mit dem auf die konkrete Verletzungsform abzielenden Insbesondere-Teil seines Klageantrags angreift, angesichts der farblichen Abstimmung des Flyers, der Ähnlichkeit der für die beiden Mittel verwendeten Marken sowie der Ähnlichkeit der Anwendungsgebiete der beiden Mittel erfüllt.

[15]b) Entgegen einer im Schrifttum vertretenen Ansicht

vgl. *Stallberg*, WRP 2011, 1525

ist auch dann **keine andere oder auch nur differenzierende Beurteilung geboten, wenn die auf der äußeren Umhüllung angebrachte Werbung anders gestaltet ist als die äußere Umhüllung im Übrigen. Das Verbot, auf der äußeren Umhüllung von Arzneimitteln Angaben zu machen, die Werbecharakter haben können, soll verhindern, dass die Verwender durch solche Angaben von den ihnen gem. § 10 Abs. 1 und 5 AMG gegebenen Informationen abgelenkt werden.** Das Erreichen dieses Ziels wird durch eine auf der äußeren Umhüllung angebrachte Werbung unabhängig davon verhindert oder immerhin in Frage gestellt, ob sich die äußere Umhüllung und die auf ihr angebrachte Werbung als Einheit darstellen oder nicht. Für die Bejahung eines Rechtsverstoßes reicht es aus, dass das Erreichen dieses Ziels in Frage gestellt wird; denn auf der äußeren Umhüllung angebrachte Angaben sind nach Art. 62 Halbs. 2 Richtlinie 2001/83/EG bereits dann unzulässig, wenn sie Werbecharakter haben können. Der im Streitfall gestellte Klageantrag ist daher, soweit er allgemein gefasst ist, nicht deshalb unbegründet, weil er auch erlaubte Verhaltensweisen verbietet.“ (Hervorhebungen nur hier)

Wenn aber die Kennzeichnung von Arzneimitteln das Anbringen jeglicher Werbung verbietet, weil dies von den wesentlichen gesetzlich vorgeschriebenen In-

formationen ablenkt, so gilt dies natürlich erst recht für Werbeartikel (wie z.B. eine DVD). Hierdurch werden die Endverbraucher nicht nur von den wesentlichen für ihre Gesundheit relevanten und deshalb vorgeschriebenen Informationen abgelenkt, sondern darüber hinaus wegen der Anreizwirkung des Werbeartikels u.U. auch noch in unlauterer Weise zum Kauf eines Arzneimittels verleitet, das sie möglicherweise überhaupt nicht benötigen.

***Kartellrechtliche Implikationen,
RA Dr. Christian Burholt, LL.M., Baker & McKenzie***

7. Kartellrechtliche Implikationen des Gesetzes

Seit Beginn des Gesetzgebungsverfahrens wurde lebhaft debattiert, ob bzw. unter welchen Voraussetzung die Gewährung von Rabatten – bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen – zu einer Strafbarkeit wegen Bestechlichkeit bzw. Bestechung im Gesundheitswesen gemäß §§ 299a, 299b StGB führen kann. Im Fokus der Diskussion standen dabei insbesondere Rabatte, die Arzneimittelhersteller den Offizinapothekern beim Einkauf von OTC-Arzneimitteln gewähren (OTC-Rabatte). An der Schnittstelle von Kartell-, Lauterkeits- und Strafrecht stellte sich die Frage, ob die Gewährung eines Rabatts, der gegen die Vorgaben des deutschen bzw. EU-Kartellrechts verstößt, zugleich eine Strafbarkeit nach §§ 299a, 299b StGB begründen kann.

Die Antwort auf diese Frage blieb aufgrund der wechselhaften Gesetzeshistorie der §§ 299a, 299b StGB lange unklar. Erst in „letzter Minute“ eliminierte der Gesetzgeber das Strafbarkeitsrisiko für Arzneimittelhersteller bei der Gewährung von OTC-Rabatten an Offizinapotheker. Diese strafrechtliche Entschärfung der §§ 299a, 299b StGB bedeutet allerdings nicht, dass Arzneimittelhersteller den Offizinapothekern schrankenlos OTC-Rabatte gewähren dürfen. Insbesondere das Heilmittelwerbe-, Lauterkeits- und Kartellrecht müssen wie bisher beachtet werden. Die Gewährung kartellrechtswidriger OTC-Rabatte an Offizinapotheker birgt weiterhin kartellrechtliche Risiken – etwa in Form von Bußgeldern.

Abseits der Belieferung von Offizinapothekern gibt es darüber hinaus Sonderkonstellationen, in denen die Gewährung eines kartellrechtswidrigen Rabatts bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen eine Strafbarkeit nach §§ 299a, 299b StGB begründen kann.

Um die Diskussion um die OTC-Rabatte und neue Rechtslage zu verstehen, ist ein kurzer Blick auf die Gesetzeshistorie erforderlich.

7.1 Gesetzeshistorie – Referentenentwurf und Regierungsentwurf aus kartellrechtlicher Sicht

Der **Referentenentwurf** des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz knüpfte die Strafbarkeit nach § 299a StGB (Bestechlichkeit **und** Bestechung im Gesundheitswesen) entweder an eine unlautere Bevorzugung im inländischen oder ausländischen Wettbewerb **oder** an eine Verletzung von Berufsausübungspflichten an. Dies galt sowohl für den Bezug, die Verordnung, die Abgabe von Arznei- Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten als auch für die Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial. Zum damaligen Zeitpunkt stellten sich damit zwei Probleme an der Schnittstelle von Kartell-, Lauterkeits- und Strafrecht: Fraglich war zum einen, ob die Gewährung kartellrechtswidriger Rabatte das Tatbestandsmerkmal der „unlauteren Bevorzugung im Wettbewerb“ erfüllt. Diskutiert wurde zudem, ob eine Rabattgewährung den Offizinapotheker zum Verstoß gegen seine Berufsausübungspflichten verleiten und damit eine Strafbarkeit nach § 299a Abs. 2 StGB begründen könnte, selbst wenn der Rabatt im Einklang mit den Vorgaben des deutschen bzw. EU-Kartellrechts gewährt wurde.

Im anschließenden Gesetzentwurf der Bundesregierung (**Regierungsentwurf**, BT-Drucks. 18/6446) wurde beim **Bezug** von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten die Tatbestandsvariante der „unlauteren Bevorzugung im Wettbewerb“ vollständig gestrichen. Maßgeblich für eine Strafbarkeit nach §§ 299, 299 StGB war nur noch die Verletzung einer „berufsrechtlichen Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit“. Im Regierungsentwurf wurde dies damit begründet, dass sich bei Bezugsentscheidungen die Unlauterkeit einer Bevorzugung auch aus Verstößen gegen Preis- und Rabattvorschriften ergeben könne, bei denen es jedoch an einem korruptionsspezifischen Unrechtsgehalt sowie einer Beeinträchtigung des Vertrauens in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen fehle. Die Gewährung kartellrechtswidriger Rabatte beim Bezug von Arznei-, Heil-, Hilfsmitteln oder Medizinprodukten hätte nach dem damaligen Willen der Bundesregierung nicht mehr zu einer Strafbarkeit nach §§ 299a, 299b StGB führen können.

Im Rahmen der **Verordnung** oder **Abgabe** von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten sowie bei der **Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial** wurde hingegen nach wie vor alternativ auch auf eine unlautere Be-

vorzugung im inländischen oder ausländischen Wettbewerb abgestellt. Sofern der Arzneimittelhersteller daher beispielsweise dem Offizinapotheker kartellrechtswidrige Vorteile dafür gewährt, dass er ausschließlich bestimmte OTC-Arzneimittel abgibt, hätte dies u.U. eine Strafbarkeit nach § 299b Abs. 1 StGB begründen können. Überdies wurde weiterhin diskutiert, ob eine kartellrechtskonforme Rabattgewährung den Offizinapotheker zum Verstoß gegen seine Berufsausübungspflichten verleiten und damit eine Strafbarkeit nach § 299b Abs. 2 StGB begründen könnte. Die Begründung zum Referentenentwurf sowie der Begründung zum Regierungsentwurf war in diesem Punkt nicht eindeutig und befeuerte die Diskussion:

*„Bei **branchenüblichen** und **allgemein gewährten Rabatten und Skonti** kann es bereits an der Unrechtsvereinbarung fehlen, da diese nicht als Gegenleistung für eine konkrete Bezugsentscheidung gewährt, sondern allgemein gegenüber jedermann angeboten werden.“* (Hervorhebung durch Verfasser).

Teilweise wurde die Begründung so interpretiert, dass Rabatte, die heilmittelwerberechtlichen, lauterkeitsrechtlichen und kartellrechtlichen Vorgaben entsprechen, nach dem Willen des Gesetzgebers nicht in den Anwendungsbereich der Korruptionsstrafatbestände fallen sollen. Durch die Wahl des abschwächenden Modalverbs „kann“ ließ der Gesetzgeber jedoch die theoretische Möglichkeit einer Korruptionsstrafbarkeit offen. Es hätte abgewartet werden müssen, ob sich die Staatsanwaltschaften und Strafgerichte für eine Kongruenz zwischen strafrechtsexternen und strafrechtlichen Verhaltensnormen entschieden hätten. Als Argument hätte insbesondere das Auslegungsprinzip der asymmetrischen Akzessorietät herangezogen werden können,

vgl. hierzu: *Schneider/Kaltenhäuser*, in: medstra 2015, S. 24 ff.; *Geiger*, in: medstra 2016, S. 9 ff, 16.

7.2 Die Rechtslage in der am 4. Juni 2016 in Kraft getretenen Fassung

Die letztlich am 4. Juni 2016 in Kraft getretene Fassung der §§ 299a, 299b StGB wurde im Hinblick auf die korruptionsstrafrechtliche Beurteilung von kartellrechtswidrigen Rabatten beim Ein- bzw. Verkauf von OTC-Arzneimitteln an drei entscheidenden Stellen geändert:

- (1) Die Tatbestandsvariante der Abgabeentscheidung wurde **vollständig** aus dem Gesetz gestrichen.

- (2) Die Strafbarkeit beim Bezug von Arzneimitteln, Heilmitteln und Medizinprodukten knüpft nun wieder **ausschließlich** an eine **unlautere Bevorzugung** im Wettbewerb an.
- (3) Diese Tatbestandsvariante gilt jedoch nur für den Bezug von Arzneimitteln, Heilmitteln und Medizinprodukten, die zur **unmittelbaren Anwendung** durch den Heilberufsangehörigen oder einen seiner Helfer bestimmt sind. Rein unternehmerische Entscheidungen, bei denen die Heilberufsangehörigen ausschließlich eigene wirtschaftliche Interessen verfolgen, sollen so strafrechtlich privilegiert werden,

vgl. *Tsambikakis*, in: medstra 2016, S. 131 ff., 135; *Geiger*, in: medstra 2016, S. 9 ff. 10.

7.3 Rabattgewährung gegenüber den verschiedenen Akteuren im Gesundheitswesen

Die Frage, ob die Gewährung eines kartellrechtswidrigen Rabatts beim Ein- bzw. Verkauf von Arznei-, Hilfsmitteln oder Medizinprodukten in den Anwendungsbereich der §§ 299a, 299b StGB fallen könnte, hängt damit entscheidend (i) vom jeweiligen Abnehmer (Offizinapotheker, Ärzte etc.) und (ii) der Frage ab, ob sie zur unmittelbaren Anwendung durch den Heilberufsangehörigen oder einen seiner Helfer bestimmt sind.

7.3.1 Rabatte an Offizinapotheker

Die Rabattgewährung gegenüber Offizinapothekern für verschreibungspflichtige Rx-Arzneimittel ist aufgrund der Geltung der Arzneimittelpreisverordnung (**AMPreisVO**) von vornherein stark eingeschränkt bzw. nahezu ausgeschlossen. Von praktischer Relevanz bleibt daher in erster Linie die Gewährung von Rabatten für die von der AMPreisVO ausgenommenen Rx- und OTC-Arzneimittel und für Medizinprodukte. Diese werden in der Regel nicht von Offizinapothekern oder ihren Helfern (z.B. Pharmazeutisch-technische Assistenten) unmittelbar angewendet, sondern lediglich an den Kunden abgegeben. Da die Abgabe von Arznei-, Hilfsmitteln und Medizinprodukten nicht (mehr) in den Anwendungsbereich von §§ 299a, 299b StGB fällt, kann die Gewährung von kartellrechtswidrigen Rabatten an Offizinapotheker regelmäßig nicht mehr zu einer Korruptionsstrafbarkeit nach §§ 299a, 299b StGB führen.

Kartellrechtswidrige Rabatte an Offizinapotheker sind damit aber keineswegs erlaubt. Sie sind „lediglich“ nicht strafbar. Kartellrechtsverstöße können für die beteiligten Arzneimittel- und Medizinproduktehersteller sowie für die für sie handelnden natürlichen Personen zu erheblichen Konsequenzen führen. Vor allem die von den Kartellbehörden (z.B. Bundeskartellamt und Europäische Kommission) verhängten Bußgelder stellen ein beträchtliches Risiko dar. Nach deutschem Kartellrecht ist ein Verstoß gegen das deutsche bzw. EU-Kartellrecht eine Ordnungswidrigkeit (§ 81 Abs. 1-3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (**GWB**)). Das Bundeskartellamt ist in diesem Fall berechtigt, gegen natürliche Personen ein Bußgeld in Höhe von bis zu einer Million Euro (§ 81 Abs. 4 Satz 1 GWB) und gegen Unternehmen ein Bußgeld in Höhe von bis zu 10% des weltweiten Konzernumsatzes des betreffenden Unternehmens (§ 81 Abs. 4 Satz 2 GWB) zu verhängen. Das Bundeskartellamt hat z.B. allein im Jahr 2014 Bußgelder in Höhe von mehr als 1 Mrd. Euro gegen insgesamt 67 Unternehmen und 80 Privatpersonen verhängt,

vgl. [Pressemitteilung des Bundeskartellamts vom 23.12.2014.](#)

Daneben drohen Arzneimittel- und Medizinprodukteherstellern zunehmend auch zivilrechtliche Schadensersatzansprüche von Wettbewerbern, Abnehmern oder sonstigen Betroffenen. Dieser Trend dürfte sich durch die Ende 2014 in Kraft getretene und bis zum 27. Dezember 2016 in deutsches Recht umzusetzende EU-Richtlinie zur Durchsetzung privater Schadensersatzansprüche bei Kartellrechtsverstößen vor nationalen Zivilgerichten noch verstärken,

vgl. Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union.

Rabattvereinbarungen, die gegen das deutsche bzw. EU Kartellverbot verstoßen, sind aus zivilrechtlicher Sicht zudem nichtig. Die Gewährung kartellrechtswidriger Rabatte kann damit auch erhebliche Konsequenzen für Verträge haben, die für einen Arzneimittel- oder Medizinproduktehersteller von großer wirtschaftlicher Bedeutung sind. Letztlich ist auch nicht zu vernachlässigen, dass mit einem Kartellrechtsverstoß typischerweise Image- und Reputationsschäden bei Wettbewerbern, Lieferanten,

Abnehmern und Endverbrauchern sowie bei Gerichten und Kartellbehörden einhergehen.

Unter welchen Voraussetzungen ein Rabatt gegen die Vorgaben des deutschen bzw. EU-Kartellrecht verstößt, wird nachfolgend unter Ziff. 1.5. im Einzelnen erläutert.

7.3.2 Rabatte an Krankenhausapotheker

Die Bestechung von Krankenhausapothekern ist bereits nach geltender Rechtslage strafbar, vgl. § 299 StGB (Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr) sowie ggf. auch – im Falle eines staatlichen Krankenhauses – § 334 StGB (Bestechung),

hierzu: *Schuhr*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 338, Rn. 17, 19.

Der bereits existierende Straftatbestand des § 299 StGB (Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr) knüpft die Korruptionsstrafbarkeit – ebenso wie §§ 299a, 299b StGB – an eine „unlautere Bevorzugung im Wettbewerb“ an. Die Gewährung eines kartellrechtswidrigen Rabatts an Krankenhausapotheker hätte daher bereits nach geltender Rechtslage zu einer Strafbarkeit nach § 299 StGB führen können. Soweit ersichtlich, existiert bislang aber keine Entscheidungspraxis deutscher Strafgerichte zu der Frage, ob die Gewährung kartellrechtswidriger Rabatte bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen eine Strafbarkeit gemäß § 299 StGB zur Folge haben kann. Dies ist m.E. auch folgerichtig, weil Kartellrechtsverstöße in Deutschland – von wenigen Ausnahmen abgesehen (z.B. Submissionsbetrug gem. §§ 263, 298 StGB) – nicht strafbar sind, sondern Ordnungswidrigkeiten darstellen. Der Gesetzgeber hat Forderungen, Kartellverstöße zu kriminalisieren bislang immer eine Absage erteilt. Zuletzt empfahl die Monopolkommission (ein unabhängiges Beratungsgremium, das die Bundesregierung und die gesetzgebenden Körperschaften auf den Gebieten der Wettbewerbspolitik, des Wettbewerbsrechts und der Regulierung berät) eine Kriminalisierung besonders schwerwiegender Wettbewerbsverstöße (sog. „Hardcore“-Kartelle),

vgl. Sondergutachten 72 der Monopolkommission, Strafrechtliche Sanktionen bei Kartellverstößen, abrufbar unter:

http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s72_volltext.pdf.

Auch die Justizministerinnen und Justizminister der Länder haben im Rahmen der Frühjahrskonferenz am 17./18. Juni 2015 ihren Strafrechtsausschuss gebeten, „die Möglichkeiten für eine Fortentwicklung des Sanktionsrechts bei Kartellabsprachen auszuloten“,

vgl. Beschluss der 86. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder, TOP II.5 Strafbarkeit von Kartellverstößen, abrufbar unter: <http://justizministerium-bw.de/pb/site/jum2/get/documents/jum1/JuM/Justizministerium%20NEU/JuMiKo/Beschl%C3%BCsse/2015%20Fr%C3%BChjahr/TOP%20II.5%20-%20Strafbarkeit%20von%20Kartellverst%C3%B6%C3%9Fen%20%28oA%29.pdf>.

Ob der Gesetzgeber diese Vorschläge umsetzen wird, bleibt abzuwarten.

Demgegenüber ist weder unklar noch umstritten, dass die Arzneimittel- und Medizinproduktehersteller das deutsche bzw. EU-Kartellrecht bei der Rabattgewährung gegenüber Krankenhäusern und Klinikverbänden beachten müssen.

7.3.3 Belieferung von Ärzten mit Arzneimitteln, Medizinprodukten und Hilfsmitteln, die zur unmittelbaren Anwendung bestimmt sind

Es verbleiben jedoch Sonderkonstellationen, in denen die Gewährung kartellrechtswidriger Rabatte beim Verkauf von Arznei-, Hilfsmitteln oder Medizinprodukten für Arzneimittel- und Medizinproduktehersteller eine Strafbarkeit nach § 299b StGB begründen kann. Dies gilt für die Belieferung von Ärzten mit Arznei-, Hilfsmitteln oder Medizinprodukten, die zur unmittelbaren Anwendung bestimmt sind wie z.B. Implantate, Prothesen, bestimmte Impfstoffe sowie Arzneimittel, die einem Sondervertriebsweg unterliegen (vgl. § 47 AMG; Beispiele sind Lösungen zur Haemodialyse und Peritonealdialyse sowie radioaktive Arzneimittel (Kontrastmittel)).

Liegt eine dieser Sonderkonstellationen vor, kann ein Rabatt als „Vorteil“ im Sinne der §§ 299a, 299b StGB angesehen werden,

vgl. zu Preisnachlässen als „Vorteile“ im Sinne der Korruptionsstraftatbestände BGH, Urteil v. 11.04.2001 – 3 StR 503/00, Rn. 18.

Weitere Tatbestandsvoraussetzung ist, dass die Rabatte als „Gegenleistung“ für eine unlautere Bevorzugung im inländischen oder ausländischen Wettbewerb angeboten, versprochen oder gewährt werden. An dieser Stelle kommt es darauf an, ob die Rabattgewährung gegen die Vorgaben des deutschen bzw. EU-Kartellrechts – insbesondere gegen das deutsche bzw. EU-Marktmachtmissbrauchsverbot gem. § 19 GWB bzw. Art. 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (**AEUV**) – verstößt. Sofern dies der Fall ist, würde die kartellrechtswidrige Rabattgewährung wohl auch gegen § 3a des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (**UWG**) i.V.m. 19 GWB bzw. § 4 Nr. 4 UWG verstoßen und wäre damit als unlautere Bevorzugung im Wettbewerb anzusehen,

hierzu im Einzelnen: *Geiger*, in: *medstra* 01/2016, S. 9 ff.

Wie bereits oben dargelegt, haben sich die deutschen Strafgerichte – soweit ersichtlich – im Rahmen des bereits existierenden § 299 StGB nicht mit der Gewährung kartellrechtswidriger Rabatte befasst. Es bleibt abzuwarten, ob sich diese Praxis bei der Anwendung von §§ 299a, 299b StGB ändern wird.

Dessen ungeachtet kann bereits ein Kartellrechtsverstoß erhebliche Sanktionen und weitere negative Konsequenzen nach sich ziehen (s.o. unter [7.3.1](#)), die es zu verhindern gilt. Bei der Gewährung von Rabatten sollten daher die nachfolgend dargestellten Vorgaben des deutschen bzw. EU-Kartellrechts beachtet werden.

7.4 Vorgaben des deutschen bzw. EU-Kartellrechts bei der Gewährung von Rabatten

Niedrige Preise sind als Zeichen eines funktionierenden Preiswettbewerbs grundsätzlich erwünscht, so dass die Gewährung von Preisnachlässen und Rabatten aus kartellrechtlicher Sicht zunächst positiv zu bewerten ist. In Ausnahmefällen können von Rabatten jedoch auch negative Auswirkungen auf den Wettbewerb und die allgemeine Verbraucherwohlfahrt ausgehen. Wann die Gewährung von Rabatten durch Arzneimittel- oder Medizinproduktehersteller gegen das deutsche bzw. EU-Kartellrecht verstößt, wird nachfolgend überblicksartig zusammenfasst:

7.4.1 Verstoß gegen das deutsche bzw. EU Kartellverbot

Arzneimittel- oder Medizinproduktehersteller können unabhängig von ihrer Marktstärke mit ihrer Rabattgestaltung gegenüber ihren Abnehmern – d.h. gegenüber Apothekern, Ärzten oder auch Großhändlern – zunächst gegen das deutsche bzw. EU-Kartellverbot gem. § 1 GWB bzw. Art- 101 Abs. 1 AEUV verstoßen. Insbesondere langfristige (**faktische**) **Exklusivitätsvereinbarungen** sowie die Vereinbarung von **Gesamtbedarfsdeckungsklauseln** können für Arzneimittel- oder Medizinproduktehersteller kartellrechtlich problematisch sein:

- Eine **Exklusivitätsvereinbarung** liegt vor, wenn der Arzneimittel- oder Medizinproduktehersteller seine Abnehmer (d.h. Apotheker, Ärzte etc.) nicht nur zum Bezug der Arzneimittel oder Medizinprodukte verpflichtet, sondern darüber hinaus auch den Bezug von Konkurrenten verbietet. Dabei ist es aus kartellrechtlicher Perspektive unerheblich, ob der Alleinbezug auf einer ausdrücklichen vertraglichen Exklusivitätsvereinbarung oder auf anderen Maßnahmen beruht, die *de facto* – zu einem Alleinbezug führen – d.h. beispielsweise durch die Gewährung eines Rabatts. Solche Exklusivitätsvereinbarungen stellen grundsätzlich eine **vertikale Wettbewerbsbeschränkung** zwischen Unternehmen verschiedener Wirtschaftsstufen dar.
- Gleiches gilt für sog. **Gesamtbedarfsdeckungsklauseln**. Dabei knüpft die Rabattgewährung daran an, dass die Abnehmer (d.h. die Apotheker, Ärzte etc.) ihren **gesamten** Bedarf oder zumindest einen wesentlichen Teil (mehr als **80%**) ausschließlich beim Arzneimittel- bzw. Medizinproduktehersteller decken.

Exklusivvereinbarungen und Gesamtbedarfsdeckungsklauseln können jedoch von einer gesetzlichen Freistellung nach der **Vertikal-GVO** (Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20.04.2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen) profitieren, wenn

- die jeweiligen Marktanteile der an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen (d.h. sowohl des Arzneimittel- bzw. Medizinprodukteherstellers als auch des

Abnehmers) **jeweils 30 %** nicht überschreiten (vgl. Art. 3 Abs. 1 Vertikal-GVO) und

- die Laufzeit der Vereinbarung auf höchstens **fünf Jahre** begrenzt wird (vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. a) Vertikal-GVO). Die Möglichkeit einer **stillschweigenden Verlängerung** der Vereinbarung muss dabei von vornherein ausgeschlossen werden.

Sollte eine gesetzliche Freistellung nach der Vertikal-GVO nicht in Betracht kommen, bliebe unter Umständen die Möglichkeit einer gesetzlichen **Einzelfreistellung nach § 2 Abs. 1 GWB bzw. Art. 101 Abs. 3 AEUV**. Um die Einzelfreistellungsvoraussetzungen zu erfüllen, muss der Arzneimittel- oder Medizinproduktehersteller darlegen und im Ernstfall auch beweisen, dass (1.) die Vereinbarung zu Effizienzvorteilen führt, die (2.) auch den Verbrauchern zu Gute kommt. Darüber hinaus müsste (3.) die Vereinbarung unerlässlich sein, um die identifizierten Effizienzvorteile zu erzielen. Und schließlich dürfte sie (4.) nicht geeignet sein, den Wettbewerb in dem relevanten Markt vollständig auszuschalten. Diese Voraussetzungen sind im Einzelfall zu prüfen.

7.4.2 Verstoß gegen das deutsche bzw. europäische Marktmachtmissbrauchsverbot

Es gilt der Grundsatz, dass auch marktbeherrschende Arzneimittel- und Medizinproduktehersteller finanzielle Anreize für eine Bezugskonzentration schaffen dürfen. Der Rabattgestaltung eines marktbeherrschenden Arzneimittel- oder Medizinprodukteherstellers gegenüber Apothekern, Ärzten, Großhändlern etc. werden jedoch durch das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot gem. gem. §§ 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 GWB bzw. Art. 102 AEUV kartellrechtliche Grenzen gesetzt.

7.4.2.1 Marktbeherrschung und relative Marktmacht

Das kartellrechtliche Marktmachtmissbrauchsverbot ist grundsätzlich nur anwendbar, wenn und soweit ein Arzneimittel- oder Medizinproduktehersteller über eine **marktbeherrschende Stellung** verfügt. Das kartellrechtliche Diskriminierungs- und Behinderungsverbot gem. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB gilt darüber hinaus aufgrund einer Besonderheit des deutschen Rechts auch für *nicht* marktbeherrschende Arzneimittel- und Medizinproduktehersteller, von denen kleine oder mittlere Unternehmen in der Weise abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten auf andere

Hersteller auszuweichen, nicht bestehen (sog. **relative Marktmacht**, vgl. § 20 Abs. 1 GWB). Nachfolgend wird der Einfachheit halber nur von marktbeherrschenden Arzneimittel- oder Medizinprodukteherstellern gesprochen, auch wenn damit nach deutschem Recht auch marktstarke Unternehmen gemeint sind.

Gemäß § 18 Abs. 4 GWB wird vermutet, dass ein Unternehmen **einzelmarktbeherrschend** ist, wenn es auf dem relevanten Markt über einen Marktanteil von **mindestens 40%** verfügt. Darüber hinaus wird gemäß § 18 Abs. 6 Nr. 1 und Nr. 2 GWB vermutet, dass ein marktbeherrschendes **Duopol bzw. Oligopol** besteht, wenn drei oder weniger Unternehmen zusammen einen Marktanteil von **50%** erreichen bzw. **fünf oder weniger Unternehmen** über einen Marktanteil von **mindestens 66,66%** verfügen. Diese Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung kann von den betroffenen Unternehmen widerlegt werden.

Nach der Rechtsprechung des EuGH verfügt ein Unternehmen über eine marktbeherrschende Stellung, wenn es einen Spielraum hat, der es ihm erlaubt sich gegenüber seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und den Verbrauchern in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten,

vgl. EuGH, Urteil v. 23.05.1978 – Rs. 85/76 , Rn. 38 – *Hoffmann-La Roche*.

Nach der sog. AKZO-Entscheidung des EuGH wird vermutet, dass ein Unternehmen einzelmarktbeherrschend ist, wenn es auf dem relevanten Markt über einen Marktanteil von **mindestens 50%** verfügt,

vgl. EuGH, Urteil v. 03.07.1991 – Rs. 82/86, Rn. 60 – *AKZO*; vgl. auch EuGH, Urteil v. 06.12.2012 – Rs. C-457/10 P, Rn. 176 – *AstraZeneca*.

Marktanteile **zwischen 40% und 50%** deuten nach der Entscheidungspraxis des EuGH ebenfalls auf eine marktbeherrschende Stellung hin, allerdings sind in diesem Fall **weitere Faktoren** wie z.B. Anzahl und Stärke der Wettbewerber zu berücksichtigen,

vgl. EuGH, Urteil v. 14.02.1978 – Rs. 27/76, Rn. 108 – *United Brands*.

Verfügt ein Unternehmen über Marktanteile **zwischen 25% und 40%** kann eine marktbeherrschende Stellung nur unter **außergewöhnlichen Umständen** – z.B. im Fall von erheblichen Marktzutrittsschranken – angenommen werden,

vgl. EuGH, Urteil v. 15.12.1994 – Rs. C 250/92, Rn. 48 – *Gottrup-Klim*.

Marktanteile **unter 25%** reichen hingegen in der Regel nicht aus, um eine marktbeherrschende Stellung begründen zu können,

vgl. *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1. EU/Teil 1, Art. 102 AEUV, Rn. 93.

Für die Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung kommt es demnach weder auf die Größe, die absoluten Konzernumsätze noch auf die Internationalität eines Arzneimittels- oder Medizinprodukteherstellers an. Auch kleine und mittelständische Arzneimittel- oder Medizinproduktehersteller können daher auf den für sie relevanten Märkten über eine (relativ) marktbeherrschende Stellung verfügen. Die o.g. Marktanteile bieten Anhaltspunkte für eine erste Orientierung. Ob tatsächlich eine marktbeherrschende Stellung vorliegt, muss anhand einer Vielzahl von rechtlichen und ökonomischen Kriterien und unter Berücksichtigung der Besonderheiten des relevanten Marktes im Rahmen einer Gesamtschau ermittelt werden.

7.4.2.2 Marktabgrenzung im Arzneimittelsektor

Um beurteilen zu können, ob ein Arzneimittel- oder Medizinproduktehersteller über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, muss zunächst der relevante Angebotsmarkt für das jeweilige Arznei-, Hilfsmittel oder Medizinprodukt bestimmt werden. Die Marktabgrenzung erfolgt grundsätzlich in zwei Schritten. Zunächst muss der **sachlich relevante Markt** (der sog. Produktmarkt) definiert und anschließend der **räumlich relevante Markt** bestimmt werden. Maßgeblich ist dabei insbesondere die bisherige Entscheidungspraxis der deutschen bzw. EU-Kartellbehörden sowie der deutschen bzw. EU-Gerichte.

7.4.2.3 Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Sofern ein Arzneimittel- oder Medizinproduktehersteller über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, muss dessen Rabattgestaltung gegenüber Apothekern, Ärzten

etc. auch den Anforderungen des deutschen bzw. EU-Marktmachtmissbrauchsverbots genügen. Insbesondere darf von den gewährten Rabatten keine kartellrechtlich problematische „Sogwirkung“ für die Abnehmer (d.h. für die Apotheker, Ärzte etc.) ausgehen, die Wettbewerber u.U. behindern könnte (kartellrechtliches **Behinderungsverbot**). Entsprechend der *Intel*-Entscheidung des EuG sowie der *Post Danmark II*-Entscheidung des EuGH lassen sich **drei Kategorien** von Rabatten zusammenfassen,

vgl. EuG, Urt. v. 12.06.2014, Rs T-286/09 – *Intel*; EuGH, Urt. v. 06.10.2015, Rs. C-23/14 – *Post Danmark II*:

- (1) Die erste Kategorie bilden **reine Mengenrabatte**. Diese sind nach Auffassung des EuG bzw. EuGH **grundsätzlich unbedenklich**.
- (2) Als zweite Kategorie nennt das EuG bzw. der EuGH sog. **Treue- und Exklusivitätsrabatte**. Diese sind nach Auffassung des EuG bzw. EuGH **stets missbräuchlich**. Gleiches gilt für Rabatte, die daran gebunden sind, dass der Kunde seinen Gesamtbedarf bzw. einen wesentlichen Teil seines Gesamtbedarfs (mehr als 80 %) beim marktbeherrschenden Unternehmen deckt,

Vgl. EuGH, Urteil v. 19.04.2012 – Rs. C-549-10 P – *Tomra*; EuGH, Urteil v. 13.02.1979, C-85/76 – *Hoffmann/La Roche*.

- (3) Rabatte der dritten Kategorie sind **weder exklusiv noch rein mengenbezogen** und bedürfen einer umfassenden **kartellrechtlichen Einzelfallprüfung**.

Aus kartellrechtlicher Sicht besonders problematisch sind dabei auf das Beschaffungsvolumen der einzelnen Nachfrager **individuell** zugeschnittene Rabatte,

vgl. EuGH, Urteil v. 13. Februar 1979, C-85/76 – *Hoffmann/La Roche*.

Darunter fallen z.B. individuell zugeschnittene **Steigerungs- und Zielrabatte** bei Erreichen eines bestimmten Abnahme bzw. Umsatzziels innerhalb eines bestimmten Referenzzeitraums (z.B. 10% mehr Umsatz als im Vorjahr). Problematisch sind des weiteren **Gesamtumsatzrabatte**, bei denen in die Berechnung des (Jahres-) Umsatzrabatts das gesamte oder ein Großteil des Angebotssortiments mit einbezogen wird.

Die nachfolgenden Rabattarten lösen hingegen bei Einhaltung bestimmter Vorgaben in der Regel **keine** kartellrechtlich problematischen Sogwirkung aus:

- Gewährung eines **inkrementellen Mengenrabatts** am Ende einer bestimmten Referenzperiode, der beim Überschreiten der Rabattstufen nicht auf die erste gekaufte Einheit zurückwirkt. Dabei kommt es entscheidend darauf an, dass zwischen den einzelnen Rabattstufen keine „Rabattsprünge“ vorhanden sind, die wieder zu einer kartellrechtlich problematischen Sogwirkung führen könnten. Das inkrementelle Mengenrabattsystem sollte demnach zumindest linear oder aber degressiv ausgestaltet sein. Des Weiteren darf es zu keiner Überkompensation kommen, da eine Kartellbehörde oder ein Gericht dann zu dem Ergebnis gelangen könnte, dass die Rabatte tatsächlich für Treue bzw. die Gewährung faktischer Exklusivität gewährt werden.
- Gewährung eines **Funktionsrabatts** für die Übernahme bestimmter zusätzlicher Leistungen durch die Abnehmer, die der Arzneimittel- oder Medizinproduktehersteller andernfalls mit eigenen Personal- und Sachmitteln oder entgeltlich von Dritten erledigen lassen müsste (z.B. Werbemaßnahmen, Schulungen von Fachpersonal, Serviceleistungen, Datenerhebungen etc.). Funktionsrabatte sind dann kartellrechtlich zulässig, wenn durch den Rabatt eine zusätzliche Leistung des Abnehmers angemessen vergütet wird. Auch bei **Skonti** handelt sich aus kartellrechtlicher Sicht um einen Funktionsrabatt, der eine besondere Leistung des Abnehmers, nämlich die kurzfristige Bezahlung der Rechnung, vergütet. Auch hier darf es zu keiner Überkompensation kommen.
- Gewährung eines angemessenen **Neuprodukteinführungsrabatts** für ein Produkt, das durch den marktbeherrschenden Arzneimittel- oder Medizinproduktehersteller neu auf den Markt gebracht wurde. Die Dauer der Produkteinführungsphase darf in Anlehnung an die Vertikalleitlinien der EU-Kommission maximal zwei Jahre betragen (vgl. Leitlinien für vertikale Beschränkungen (2010/C 130/01), Rn. 61).

Zusätzlich muss das Rabattsystem eines marktbeherrschenden Arzneimittel- oder Medizinprodukteherstellers diskriminierungsfrei und transparent ausgestaltet werden (kartellrechtliches **Diskriminierungsverbot**). Das bedeutet, dass im Wesentlichen vergleichbare Kunden im Wesentlichen vergleichbare Rabatte erhalten und sie zu-

mindest in groben Zügen über die unterschiedlichen Rabattarten informiert werden müssen.

7.5 Ergebnis

Die Gewährung von kartellrechtswidrigen OTC-Rabatten an Offizinapotheker sind aus den o.g. Gründen gemäß §§ 299a, 299b StGB nicht strafbar. Es bestehen – wie zuvor – allerdings kartellrechtliche Risiken, insbesondere in Form von Bußgeldern und Schadensersatz.

Abseits der Belieferung von Offizinapothekern mit OTC-Arzneimitteln gibt es Sonderkonstellationen, in denen die Gewährung eines kartellrechtswidrigen Rabatts eine Strafbarkeit nach §§ 299a, 299b StGB begründen kann.

Allerdings bleibt abzuwarten, ob der Gesetzgeber den Anwendungsbereich der §§ 299a, 299b StGB zukünftig nicht deutlich erweitern wird. In seinem Billigungsbeschluss zu §§ 299a, 299b StGB hat der Bundesrat ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die jetzt vorgenommene Beschränkung des Gesetzes dazu führt, *„dass ganze Berufsgruppen, vor allem die der Apothekerinnen und Apotheker, aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes herausfallen“*.

vgl. Beschluss vom 13.05.2016, BR-Drucks. 181/16, S. 2 f.

Vor diesem Hintergrund bittet der Bundesrat die Bundesregierung zu beobachten, *„ob zukünftig in der Praxis die vorbeschriebenen Strafverfolgungslücken in einem Umfang auftreten, der geeignet ist, das Vertrauen der Patienten in das Gesundheitssystem zu beeinträchtigen. Sollte dies der Fall sein, müssten die notwendigen gesetzlichen Änderungen im Sinne dieser EntschlieÙung vorgenommen werden.“*