

*Zuwendungen in der Gesundheitswirtschaft*

# Sales Promotion – ein Fall für den Staatsanwalt?

*Peter Brammen · Wettbewerbszentrale*

*Korruption ist auch im Gesundheitswesen weitverbreitet. Diesem Missstand, der dem lauterem und fairen Wettbewerb entgegenwirkt, soll das neue Korruptionsstrafrecht im Gesundheitswesen einen Riegel vorschieben. Wie die neuen Strafvorschriften angewandt werden, beschreibt nachfolgender Beitrag.*

Das neue Korruptionsstrafrecht im Gesundheitswesen ist im Einzelnen in den Paragraphen 299a und b des Strafgesetzbuches (StGB) geregelt. Der Anlass für diesen gesetzgeberischen Akt ist schnell beschrieben. Seit der Große Senat des Bundesgerichtshofes (BGH) die Amtsträgereigenschaft niedergelassener Vertragsärzte verneint hatte (Beschluss vom 29.03.2012, Az. GSSt 2/11) und infolgedessen die Korruptionsstrafbarkeit für diesen Kreis ausgeschlossen war, tat sich im strafrechtlichen System der Bestechungsdelikte eine Lücke auf, die nach Auffassung des Gesetzgebers geschlossen werden sollte. Verständlich – geht es doch um den Schutz bedeutender Rechtsgüter, nämlich

- der Primat der medizinischen Entscheidung: Der Patient soll sich darauf verlassen können, dass der Arzt die gesamte Behandlung einschließlich etwaiger Empfehlungen anderer Leistungserbringer allein an medizinischen Erwägungen im Interesse des Patienten ausrichtet.
- die Wahlfreiheit der Patienten: Gewährleistung unbeeinflusster Wahlfreiheit des Patienten in Bezug auf Anbieter von Gesundheitsdienstleistungen
- Vermeidung ungerechtfertigter Wettbewerbsvorteile gegenüber ärztlichen Berufskollegen.

Das stimmt wiederum vollständig überein mit der Schutzzwecktrias des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Der Vorrang der medizinischen Entscheidung dient der Volksgesundheit, also dem Schutz der Allgemeinheit. Die Wahlfreiheit des Patienten, der zugleich Verbraucher im Sinne des Paragraphen 2 Abs.1 Nr. 2 UWG ist, ist ein wesentliches Element des Verbraucherschutzes, während die Vermeidung ungerechtfertigter Wettbewerbsvorteile selbstredend den Schutz der betroffenen Mitbewerber im Blick hat. Dieser Zusammenhang macht deutlich, dass man sich auch mit den neuen Strafvorschriften im Recht des lauterem Wettbewerbes befindet. Der 26. Abschnitt des StGB ist demnach auch folgerichtig überschrieben mit den Worten: „Straftaten gegen den Wettbewerb“.

## Der persönliche Anwendungsbereich der Strafnormen

Die vielleicht vor und erst recht nach Inkrafttreten der neuen Strafvorschriften am häufigsten gestellte Frage war, wer sich denn nun vor den strafrechtlichen Sanktionen zu fürchten habe. Sprich: Wie sieht der persönliche Anwendungsbereich von Paragraph 299a und Paragraph 299b StGB aus? Sowohl der die Nehmerseite betreffende Paragraph 299a als auch der die Geberseite betreffende Paragraph 299b StGB formulieren dazu bereits im Eingangswortlaut: „Wer als Angehöriger eines Heilberufs ...“ beziehungsweise „Wer einem Angehörigen eines Heilberufs ...“ Da bekanntlich Bestechungsdelikte stets zwei Beteiligte voraussetzen, nämlich einen, der gibt und einen, der nimmt, machen die Zitate aus den Strafvorschriften deutlich, dass die Begehung eines solchen Deliktes nur denkbar ist, wenn zumindest der auf der Nehmerseite Beteiligte einen Heilberuf ausübt. Das sind zunächst einmal die akademischen Heilberufe (Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte und Apotheker) sowie diverse Gesundheitsfachberufe, soweit diese eine staatlich geregelte Ausbildung erfordern (zum Beispiel Physiotherapeuten, Ergotherapeuten oder Logopäden), nicht jedoch das sogenannte Heilgewerbe, wozu auch die Gesundheitshandwerker gehören. Das ist rechtssystematisch nicht stringent, jedoch in der Fachliteratur unstrittig.



*Das neue Korruptionsgesetz stellt Bestechung und Bestechlichkeit im Gesundheitshandwerk unter Strafe.*

Foto: staras/fotolia.com

Für die Praxis ergeben sich hieraus insbesondere folgende Konsequenzen:

- Im Verhältnis Business-to-Business (B2B), also Hörgeräteindustrie/Hörakustiker kann es unter normalen Umständen nach dieser Gesetzeslage nicht zu Delikten nach Paragraf 299a und Paragraf 299b StGB kommen, da kein Beteiligter Angehöriger eines Heilberufes ist. Allenfalls käme eine strafbare Beteiligung in Form von Anstiftung oder Beihilfe in Betracht, wenn vonseiten der Industrie für die nachfolgende Wirtschaftsstufe Konzepte propagiert werden, die auf eine Vorteilsgewährung an den Arzt als Angehörigen eines Heilberufes hinauslaufen (vergleiche BGH, Urteil vom 24.06.2010, Az. I ZR 182/08 – Brillenversorgung II).
- Beim Fachkreismarketing der Industrie gegenüber Ärzten kann dies anders aussehen, wenn zum Beispiel Veranstaltungen (Kongresse oder Fortbildungen) den Rahmen ausschließlicher Berufsbezogenheit verlassen und eine Angemessenheitsprüfung ergibt, dass ein vertretbarer Rahmen überschritten wird. Auch wenn die Verletzung freiwilliger Kodizes nicht unmittelbar die Unzulässigkeit eines herstellerseitigen Verhaltens zu begründen vermag (BGH, Urteil vom 09.09.2010, Az. I ZR 157/08, FSA-Kodex), stellen die Kriterien des Bundesverbandes der Hörgeräte-Industrie (BVHI) (BVHI 2016) oder auch diejenigen des Kodexes der Freiwilligen Selbstkontrolle für die Arzneimittelindustrie e.V. (FSA-Kodex) indiziell ein probates Hilfsmittel dar, um rechtliche Risiken spürbar zu mindern. Insbesondere das Veranstaltungsmanagement der Industrie wird hier aber um eine sorgfältige Prüfung in jedem Einzelfall nicht umhinkommen.
- Der Hörakustiker kann gegenüber einem Arzt – wie jeder andere auch – Täter nach Paragraf 299b StGB sein, wenn er diesem im Kontext einer Unrechtsvereinbarung einen Vorteil anbietet, verspricht oder gewährt.

## Vorteilsgewährung und Unrechtsvereinbarung

Vorteil und Unrechtsvereinbarung sind zwei Merkmale des neuen Korruptionstatbestandes, die in einer unmittelbaren Beziehung zueinanderstehen. Der Vorteil muss erkennbar gewährt werden, um eine unlautere Bevorzugung im Wettbewerb zu erlangen. Diese Grenze zur beabsichtigten unlauteren Bevorzugung im Wettbewerb ist sicher noch nicht überschritten, wenn es lediglich darum geht, ein mehr oder weniger unspezifisches „Wohlwollen“ des Begünstigten zu erreichen (Ramb 2015, Bundestagsdrucksache 18/6446). Eine kleine Aufmerksamkeit zum Jahresende als Dank für gute Zusammenarbeit (eine Flasche Wein oder Pralinen) wird kaum dazu führen, dass eine Staatsanwaltschaft ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachtes einer Straftat nach Paragraf 299a oder Paragraf 299b StGB eröffnet.

Es sind denn auch eher andere Sachverhalte, die entsprechende strafprozessuale Maßnahmen auslösen könn-

ten. Typisches Kriterium ist insoweit die Abhängigkeit eingeräumter Vorteile von der Ordnungs-, Zuweisungs- oder Empfehlungsaktivität des Arztes. So etwa bei jeglicher Provision für Zuweisungen (Kick-Back) oder auch bei direkten oder indirekten durch Treuhänder gehaltenen gesellschaftsrechtlichen Beteiligungen an Unternehmen von Leistungserbringern. Die nicht marktgerechte Vermietung von Praxisräumen durch den Gesundheitshandwerker kann ebenso einen hinreichenden Tatverdacht begründen wie eine Pro-forma-Beschäftigung von nahen Verwandten des Hals-Nasen-Ohren(HNO)-Arztes im Betrieb eines Hörakustikers. Diese Beispiele mögen veranschaulichen, dass die Strafverfolgungsbehörden hier von einem weiten Vorteilsbegriff ausgehen. Die hier nur beispielhaft aufgezeigten Missstände sind nun wirklich nicht neu und spielten in zivil- und sozialversicherungsrechtlichen Auseinandersetzungen der Vergangenheit bereits eine Rolle. Manches konnte in diesen Verfahrensarten jedoch nicht „ausermittelt“ werden, weil genau dies nach den Verfahrensmaximen etwa des Zivilprozessrechtes nicht vorgesehen ist. Man kann sich aber darauf verlassen, dass fortan dasjenige „ausermittelt“ wird, was bisher mitunter im Dunkeln lag.

## Der Vorfeldschutz des ärztlichen Berufsrechtes und des Heilmittelwerberechtes

Auch wenn der Gesetzgeber mit den neuen Korruptionstatbeständen für das Gesundheitswesen das schärfste Schwert gezogen hat, das ihm zur Verfügung steht, sollte nicht außer Acht bleiben, dass die bereits bestehenden Vorschriften des ärztlichen Berufsrechtes, dargelegt in den Berufsordnungen der Ärztekammern in den Ländern (Bundesärzteordnung, BOÄ), und das Heilmittelwerberecht im Heilmittelwerbegesetz (HWG) bei strikter Beachtung aller Beteiligten diese vor dem Risiko schützen, überhaupt in das Fadenkreuz strafrechtlicher Ermittlungen nach Paragraf 299a und Paragraf 299b StGB zu geraten. Daher soll an dieser Stelle auf die Anforderungen sowohl

### Wettbewerbszentrale

Die Wettbewerbszentrale ist die größte und einflussreichste Selbstkontrollinstitution für fairen Wettbewerb. Getragen wird die gemeinnützige Organisation von mehr als 1 200 Unternehmen und über 800 Kammern und Verbänden der Wirtschaft. Sie finanziert sich allein aus der Wirtschaft heraus und erhält keine öffentlichen Mittel. Als branchenübergreifende, neutrale und unabhängige Institution der deutschen Wirtschaft setzt sie die Wettbewerbs- und Verbraucherschutzvorschriften im Markt – notfalls per Gericht – durch. Sie bietet umfassende Informationsdienstleistungen, berät ihre Mitglieder in allen rechtlichen Fragen des Wettbewerbes und unterstützt den Gesetzgeber als neutraler Ratgeber bei der Gestaltung des Rechtsrahmens für den Wettbewerb.

berufs- wie auch werberechtlicher Compliance nach den neuesten Entwicklungen in der Rechtsprechung sowie der Fallpraxis der Wettbewerbszentrale eingegangen werden.

## Räumliche Kooperation

So ist eine Entscheidung des BGHs vom 16.06.2016 (Az. I ZR 46/15 – Sporthopaedicum) zu beachten, weil es hier um wichtige Grenzziehungen bei der Kooperation zwischen Fachärzten und Leistungserbringern in den Räumlichkeiten der Arztpraxis geht. So hat der BGH dazu festgestellt, dass in dem Überlassen des Raumes durch den Arzt und der Duldung von Schildern, die den Weg zu diesem Raum weisen, eine unzulässige Empfehlung im Sinne des Paragraphen 31 Abs. 2 der Berufsordnung für die Ärzte Bayerns liege. Nach dieser Vorschrift dürfen mit dem Ziel der Wahrung der ärztlichen Unabhängigkeit bei der Zusammenarbeit mit Dritten Ärzte den Patienten nicht ohne hinreichenden Grund bestimmte Heil- und Hilfsmittelbringer oder sonstige Anbieter gesundheitlicher Leistungen empfehlen oder gar an diese verweisen.

## Meisterpräsenz

Weiterhin hat der BGH in den Entscheidungsgründen klargestellt, dass die Raumnutzung in der Arztpraxis durch einen gesundheitshandwerklichen Leistungserbringer keinen Nebenbetrieb im Sinne des Paragraphen 3 Abs. 1 Handwerksordnung (HwO) darstellt, der bei einem nur unerheblichen Umfang der handwerklichen Tätigkeit vom Gebot der Meisterpräsenz befreit wäre. Der Grundsatz der Meisterpräsenz gilt also auch bei derartigen Konstellationen zumindest dann, wenn dort wesentliche Tätigkeiten eines Gesundheitshandwerkes erbracht werden. Im Ergebnis hat der BGH also die Kooperation von Facharzt und fachgebietsbezogener Tätigkeit recht deutlich begrenzt. Nicht auszuschließen ist es, dass der Gerichtshof mit dieser strengen Entscheidung auch darauf hinwirken wollte, latente Gefahrenzonen für die Verwirklichung der neuen Straftatbestände zum Korruptionsstrafrecht im Gesundheitswesen von vornherein zu begrenzen.

## Das heilmittelwerberechtliche Zuwendungsverbot

Größte Aufmerksamkeit schenken sollten sowohl Hersteller als auch Hörakustiker dem Zuwendungsverbot des Paragraphen 7 HWG. Mit diesem Verbot zielt der Gesetzgeber darauf ab, im Rahmen der produktbezogenen Absatzförderung, also mit Ausnahme der reinen unternehmensbezogenen Imagewerbung, die Werteklamme weitestgehend einzudämmen. Auf diesem Wege soll jeglicher unangemessene, unsachliche Einfluss auf die geschäftlichen Entscheidungen des Kunden, speziell in der Gesundheitswirtschaft, vermieden werden. Einige Einzelfälle aus der Arbeit der Wettbewerbszentrale in 2016 machen deutlich, wo hier die Risiken für Abmahnungen und zivilgerichtliche Verfahren liegen.

## Teilnahme an Hörtests und Hörstudien

So wurde die Bereitschaft der Kunden zum Aufsuchen von Hörgeräteakustikbetrieben zur Durchführung eines Hörtestes mit Sachzuwendungen honoriert, die deutlich jenseits der Geringwertigkeitsgrenze des Paragraphen 7 Abs. 1 Nr. 1 HWG liegen, beispielsweise mit der Ankündigung „Jetzt kostenlosen Hörtest machen & Gehörschutz gratis“. Auch wenn der Kauf eines Hörgerätes erfahrungsgemäß dem Hörtest erst folgt, muss doch berücksichtigt werden, dass es sich bereits bei diesem Testverfahren zur Erkennung eines Hörverlustes als krankhafte Beschwerde beim Menschen um eine Leistung des Hörakustikers handelt, auf die die Vorschriften des Heilmittelwerberechtes unmittelbar anwendbar sind (Paragraf 1 Abs. 1 Nr. 2 HWG).

Soweit nach erfolgreicher Beanstandung durch die Wettbewerbszentrale erkannt wurde, dass dies kein heilmittelwerberechtlich gangbarer Weg ist, wurde von demselben Anbieter die Teilnahme an einer Hörstudie vorgeschaltet, bei der ein durch die Kunden einfach und schnell zu beantwortender Fragebogen der Gewährung eines TV-Hörverstärkers als Belohnung für die Teilnahme am Hörtest den Charakter einer Zuwendung ohne Gegenleistung nehmen sollte. Ein echtes Äquivalent konnte in dieser mit geringem Aufwand zu erledigenden Aufgabe allerdings nicht gesehen werden, weshalb auch diese Variante außergerichtlich im Wege der Abmahnung und Abgabe einer Unterlassungsverpflichtungserklärung unterbunden werden konnte.

Ähnliche Fragen warf die Werbeaktion eines Hörgeräteakustikunternehmens in Kooperation mit einem renommierten Automobilklub auf, bei der den Interessenten die Teilnahme an einem Test verschiedener Hörsysteme mit der Gewährung einer einjährigen Mitgliedschaft im Automobilklub einschließlich Pannen- und Unfallhilfe versüßt wurde. Der wichtige Zusammenhang mit der produktbezogenen Absatzförderung liegt in diesen Hörtest- und Hörstudienfällen regelmäßig auch darin, dass Hörtest und Hörgerätekauf, obwohl in der Werbung nicht direkt angesprochen, als ein nach der Lebenserfahrung zusammenhängendes Geschehen angesehen werden muss. Es wird



*Nicht selten versuchen Unternehmen durch Mitmachaktionen ihren Absatz anzukurbeln.*

Foto: K.C./fotolia.com



kaum jemand, der nicht den Eindruck hat, es könnte bereits ein relevanter Hörverlust vorliegen, „einfach so“ an einem Hörtest oder einer Hörstudie teilnehmen. Man mache sich an dieser Stelle also nichts vor: Es geht schon bei der Teilnahme am Test in der Regel um nichts anderes, als den Erwerb eines Hörsystems im Unternehmen des Werbenden anzubahnen.

### Zuwendungen B2B

Verletzungen des Zuwendungsverbotes nach Paragraph 7 HWG sind allerdings nicht nur in der endverbraucherbezogenen Werbung von Gesundheitshandwerkern zu beobachten. Auch im Verhältnis B2B blieben in den vergangenen Monaten Verlockungen zu Verkaufsförderungszwecken nicht aus. Die gegenüber Augenoptikbetrieben ausgesprochene Aufforderung, Lieferscheinbarcodes von Zusatzbrillen zu scannen, um damit die Chance zu vergrößern, 14-tägig 250 Euro für das Geschäft zu gewinnen, verstieß ebenso gegen Paragraph 7 HWG wie die von der optischen Industrie an Augenoptiker ausgesprochene Aufforderung, im Rahmen einer TV-Kampagne 2016 pro Monat 20 Markenzusatzglaspaares abzusetzen und dafür jeden einzelnen Monat eine Flasche hochwertigen Geldermann-Sekt pro Geschäft zu erhalten. Beide Fälle konnten von der Wettbewerbszentrale jeweils durch Anerkenntnisurteil des Landgerichtes Freiburg im Breisgau vom 19.05.2016 zum Az. 1 O 123/16 beziehungsweise vom 11.07.2016 zum Az. 12 O 54/16 abgeschlossen werden.

### Schlussbemerkung

Sowohl die Entwicklung der Rechtsprechung als auch rechtspolitische Aktivitäten des Gesetzgebers zeigen, dass

im Interesse der Gewährleistung eines lautereren, fairen Wettbewerbes sich die Gangart bei der Unterbindung zweifelhafter Praktiken tendenziell verschärft hat. Dies macht es dringend erforderlich, dass nicht nur die großen, marktstarken Unternehmen, sondern auch der Mittelstand und der fachärztliche Berufsstand ihre Bemühungen um die korruptionsrechtliche, berufsrechtliche und werberechtliche Compliance verstärken sollten, um in dem Spannungsfeld zwischen wettbewerblichen Notwendigkeiten und gesetzlichen Anforderungen ohne Regelverstöße erfolgreich am Markt bestehen zu können.

### Literatur

Bundestagsdrucksache 18/6446, S. 17  
 BVHI – Kodex Hörsysteme (2016) <https://www.ear-fidelity.de/bvhi/kodex-hoersysteme/> (Stand: 10.01.2017)  
 Ramb J (2015) Healthcare Compliance. In: Corporate Compliance Zeitschrift (CCZ), S. 262–263

#### Der Autor

*Der Jurist Peter Brammen ist Mitglied der Geschäftsführung der Wettbewerbszentrale in Hamburg und verantwortlich für den Bereich Gesundheits-handwerk und Medizinprodukte. Er referierte Ende 2016 bei der vierten Gesundheitskonferenz in Ulm über Korruption im Gesundheitswesen.*



Foto: Gudrun Forath