

FASP Finck Sigl & Partner, Nußbaumstraße 12, 80336 München

**Persönlich / Vertraulich**

TV-Wartezimmer Gesellschaft für moderne  
Kommunikation MSM GmbH & Co. KG  
Raiffeisenstraße 31  
85356 Freising

München, 30.05.2016  
00369-15/ST  
(Bitte stets angeben)

**Rechtliche Stellungnahme zum neuen Korruptionsstrafrecht  
Im Gesundheitswesen - §§ 299a, 299b, 300 StGB**

Sehr geehrter Herr Spamer,  
sehr geehrter Herr Schweitzer,

gerne teile ich Ihnen meine Rechtsauffassung zu den neuen §§ 299a, 299b, 300 StGB in der Fassung der am 14.04.2016 vom Bundestag beschlossenen Fassung des Rechtsausschusses und in der Bundesrats-Drucksache 181/16 vom 22.04.2016 publizierten Fassung mit. Meiner Auffassung nach bestehen hinsichtlich dem nachfolgend von Ihnen skizzierten Sachverhalt keine strafrechtlichen Bedenken nach den neuen §§ 299a ff. StGB.

**1. Darstellung des zu prüfenden Geschäftsmodells**

Der Stellungnahme liegt folgendes Geschäftsmodell zugrunde:

Mit über 7.000 Bildschrimen (Screens) in Deutschland und Europa ist TV-Wartezimmer nach eignen Angaben das marktführende Netzwerk für moderne Patientenkommunikation. Im Auftrag der Kunden (Arztpraxen, MVZen und Krankenhäuser) informiert TV-Wartezimmer jeden Monat über 6 Millionen Patienten mit einem maßgeschneiderten Programm.

TV-Wartezimmer stellt für jeden Screen ein individuelles Programm zusammen. Die Programmschleife ist im Durchschnitt etwa 50 Minuten lang. Das Programm

**Elisabeth Baus**  
Rechtsanwältin

**Franz J. Doll**  
Dipl.-Kaufmann, Steuerberater  
Vereidigter Buchprüfer

**Klaus G. Finck**  
Rechtsanwalt, Steuerberater,  
Fachanwalt für Handels-  
und Gesellschaftsrecht,  
Fachanwalt für Steuerrecht

**Dr. Holger Hoffmann**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Erbrecht

**Martin Hoffmann**  
Rechtsanwalt

**Stefan Klein**  
Rechtsanwalt,  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

**Dr. Werner Klughardt** 2  
Rechtsanwalt,  
Fachanwalt für Medizinrecht

**Frank Kosterhon** 1  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Bau- und  
Architektenrecht

**Paul Luppert** 1  
Rechtsanwalt

**Harald J. Mönch**  
Rechtsanwalt,  
Fachanwalt für gewerblichen  
Rechtsschutz

**Markus Schollmeyer**  
Rechtsanwalt

**Anton Sigl**  
Steuerberater

**Dr. Cornelia Stapff**  
Rechtsanwältin,  
Fachanwältin für Arbeitsrecht

**Dr. Andreas Stauffer** 3  
Rechtsanwalt,  
Fachanwalt für Medizinrecht  
Fachanwalt für IT-Recht

**Markus Zenetti, MBA** 4  
Rechtsanwalt, Mediator (DGM)  
Fachanwalt für Bau- und  
Architektenrecht

1 Lehrbeauftragter für privates  
Baurecht an der Hochschule München

2 Lehrbeauftragter für Recht  
an der Hochschule Neu-Ulm

3 Lehrbeauftragter an der Hochschule  
für angewandtes Management Erding

selbst ist zweigeteilt: Ein Rahmenprogramm aus tagesaktuellen Nachrichten und verschiedenen Contentbausteinen wie Tier und Natur, Fitnesstipps, Nachrichten, Wetter und darin eingebettet auch Fremdwerbung in einem so genannten *Regional-Fenster*. Von diesem Programmteil getrennt werden Inhalte des Kunden eingublendet, vor allem solche über Praxisleistungen und Selbstdarstellung.

In dem Rahmenprogramm werden standort-individuell in zwei Regional-Fenstern – dem regionalen Gesundheitsfenster und dem regionalen Wirtschaftsfenster – ausgewählte Unternehmen aus der Region mit einem eigenen Werbespot präsentiert. Beide Regional-Fenster unterscheiden sich nur in der Auswahl der Werbekunden. Im Bereich Gesundheit, Wellness, Medizin und Fitness können dies beispielsweise Apotheken, Physiotherapeuten, Masseur, andere Ärzte/Zahnärzte oder Fitnessstudios sein, im Bereich der sonstigen Wirtschaftszweige, die nicht zwingend in das Gesundheitsfenster gehören beispielsweise Autohäuser, Steuerberater, Einzelhandel oder Restaurants. Die Vermarktung hierfür übernimmt die [www.regionale-werbung.de](http://www.regionale-werbung.de) GmbH, Gebrüder-Wahl-Str. 21a, 35619 Braunfels als *Vermarkter*. Ausschließlich der Vermarkter ist Vertragspartner der *Werbekunden*.

Die Werbemöglichkeiten in den Regional-Fenstern sind auf maximal neun regionale Unternehmen limitiert. Eine Exklusivität der Branchen besteht nicht. So kann das Gesundheitsfenster beispielsweise von neun Apotheken gleichermaßen gebucht werden. Vorgaben des Kunden werden nicht berücksichtigt. Der Kunde kann Vorschläge unterbreiten, welche Unternehmen angefragt werden; eine Exklusivität oder ein Wahlrecht des Kunden ist jedoch ausgeschlossen. Der Kunde hat keinen Einfluss auf den Inhalt des Werbefensters. Selbst Wettbewerber des Kunden können einen Spot buchen. Die Bedingungen sind für alle Werbekunden und Interessenten identisch. Der Vermarkter ist bemüht, die Werbeplätze vollständig zu vergeben, es sei denn der Kunde bucht gegen Aufpreis ein werbefreies Programm und schließt damit eine Vermarktung der Werbeplätze gänzlich aus.

Der Spot wird in einem der beiden Regional-Fenster ausgestrahlt, das als solches betitelt ist. Konkret lautet die deutlich sichtbare Überschrift des Gesundheitsfensters:

**„Ihr regionales Gesundheitsfenster empfiehlt:“**

Mit einem Abstand von wenigen Sekunden im Wechsel oder zeitgleich wird folgende Information eingeblendet:

**„Keine Information Ihres Arztes!“**

Die Einkünfte aus den Werbeeinblendungen kommen zu einem Teil mittelbar dem Kunden zugute. Denn der Kunde kauft TV-Wartezimmer oder least im Regelfall. Im Falle des Leasings zahlt der Kunde eine monatliche Rate an das finanzierende Leasingunternehmen. Buchen Werbekunden im Regionalfenster eine Anzeige, zahlt der Vermarkter für die Mitbenutzung des Systems einen Prozentsatz hiervon an die Leasinggesellschaft unmittelbar zugunsten der Leasingrate des Kunden. Die Zahlungen beschränken sich auch bei mehreren Werbekunden maximal auf die Höhe einer Leasingrate. Der Kunde erhält weder eine Auszahlung noch einen Anteil an den Werbeeinnahmen.

Alternativ besteht die Möglichkeit des Abonnements unmittelbar bei TV Wartezimmer. Der Vermarkter zahlt dann nicht an ein Leasingunternehmen, sondern unmittelbar an TV-Wartezimmer. Auch hier erhält der Kunde einen Anteil als Kostenreduzierung für die Mitbenutzung, maximal beschränkt auf die Kosten für sein TV-Wartezimmer.

Der Kunde erhält über TV-Wartezimmer ein Unterhaltungsprogramm für seine Patienten im Wartebereich sowie die Möglichkeit der Selbstdarstellung. Der Screen ersetzt damit zwei bisher in Praxen übliche Unterhaltungs- und Werbemittel aus dem Printbereich: namentlich 1. Boulevardzeitungen sowie 2. Praxis-Informationen. Auch Boulevardzeitungen werden je nach Ausgestaltung kostenlos als Regionalzeitungen und Anzeigenblätter, alternativ mittelpreisig bis hochpreisig und dann nahezu werbefrei angeboten. Der Kunde hat auch bei dem Screen von TV-Wartezimmer grundsätzlich die Wahl eines werbefreien, dann aber teureren Programms oder eines Programms mit Werbeeinblendungen. Der Kunde erhält keine weiteren Vergünstigungen oder Einkünfte über die Kosten des Angebots von TV-Wartezimmer hinaus. Bestenfalls kann der Kunde den Screen kostenfrei, aber mit Werbeunterbrechungen, und damit werbefinanziert betreiben.

## 2. Darstellung der gesetzlichen Neuregelung durch die §§ 299a ff. StGB

Seit dem Urteil des Großen Strafsenats des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 2012<sup>1</sup> beschäftigt sich der Deutsche Bundestag mit der Novellierung des Korruptionsstrafrechts im Gesundheitswesen.<sup>2</sup> Damals hatte der Bundesgerichtshof im Wesentlichen (nur) festgestellt, dass niedergelassene Vertragsärzte keine Amtsträger im Sinne der §§ 331 ff. StGB sind, wenn sie im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung gesetzlich versicherten Medikamente verordnen. Damit ergab sich eine durch den Gesetzgeber zu schließende Strafbarkeitslücke im niedergelassenen Bereich.<sup>3</sup>

Der Deutsche Bundestag hat zuletzt in seiner 164. Sitzung in Berlin, am 14.04.2016 den Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen auf Drucksache 18/6446 in der Fassung des Rechtsausschusses auf Drucksache 18/8106 unter Buchstabe a in zweiter und dritter Beratung angenommen. Er ist in der Bundesrats-Drucksache 181/16 vollständig wiedergegeben.

Die neuen Straftatbestände sind den Straftaten gegen den Wettbewerb zugeordnet. Vorgesehen ist, dass die Annahme beziehungsweise das Versprechen von Vorteilen gegen entsprechende Gegenleistung mit einer Geld- oder Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren bestraft werden kann. In schweren Fällen kann eine Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren verhängt werden.

Die Straftatbestände lauten in der aktuellen Gesetzesfassung wie folgt:

### **§ 299a StGB: Bestechlichkeit im Gesundheitswesen**

Wer als Angehöriger eines Heilberufs, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert, im Zusammenhang mit der Ausübung seines Berufs einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er

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

---

<sup>1</sup> BGH, Beschluss vom 29.03.2012 – GSSSt 2/11, abgedruckt in BGHSt 57, 202; NJW 2012, 2530; MedR 2012, S. 656.

<sup>2</sup> Vgl. Überblick bei Badle, Übertriebene Erwartungen an einen Straftatbestand der Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen, medstra 2015, 2.

<sup>3</sup> Vgl. zur Ausgangslage auch Geiger, Neues Strafbarkeitsrisiko § 299a StGB – Chance für die Healthcare-Compliance? medstra 2015, S. 97, 98 ff.

3. bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial

einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

### **§ 299b StGB: Bestechung im Gesundheitswesen**

Wer einem Angehörigen eines Heilberufs im Sinne des § 299a im Zusammenhang mit dessen Berufsausübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er

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

ihn oder einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

### **§ 300 StGB: Besonders schwere Fälle der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr und im Gesundheitswesen**

In besonders schweren Fällen wird eine Tat nach den §§ 299, 299a und 299b mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn

1. die Tat sich auf einen Vorteil großen Ausmaßes bezieht oder
2. der Täter gewerbsmäßig handelt oder als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat.

Die Straftatbestände wenden sich damit gegen korruptive Handlungen, die den Wettbewerb verzerren.<sup>4</sup> § 299a StGB kriminalisiert die passive Bestechlichkeit, § 299b StGB wendet sich gegen die aktive Bestechung. Beide Straftatbestände sind abstrakte Gefährungsdelikte.<sup>5</sup> Damit kommt es nicht auf die Verletzung eines Rechtsgutes an, sondern auf die Schaffung einer abstrakten Gefahr. Voraussetzung der §§ 299a, 299b StGB ist weder die Verletzung eines konkreten Rechtsguts, noch muss dieses konkret gefährdet sein.

Das Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen wird am Tag nach seiner Verkündung im Bundesgesetzblatt in Kraft treten.

---

<sup>4</sup> Vgl. noch zur Regierungsfassung Kubiciel, Die Straftatbestände gegen die Korruption im Gesundheitswesen: verfassungskonform, kriminalpolitisch angemessen und effektiv? WiJ 2016, S. 1 ff, 3.

<sup>5</sup> Bundestags-Drucksache 18/6446, S. 21.

### 3. Subsumption des dargestellten Geschäftsmodells

Das unter Ziffer 1 dargestellte Geschäftsmodell soll im Folgenden unter die unter Ziffer 2 dargestellten §§ 299a, 299b StGB subsumiert werden.

Nicht Gegenstand der vorliegenden Prüfung waren etwaige weitere Normen, insbesondere nicht die §§ 10, 11 ApoG, § 7 HWG, §§ 73 Abs. 7, 128 SGB V, die Regelungen der Heilberufs- und Kammergesetze der Länder mit den darauf gestützten Berufsordnungen wie die §§ 31 bis 33 MBO-Ärzte, § 2 Abs. 7 und 8 MBO-Zahnärzte, § 12 Abs. 8 MBO-Tierärzte oder § 5 Abs. 7 MBO-Psychotherapeuten. Nicht Gegenstand der Prüfung waren etwaige von dem unter Ziffer 1 dargestellten Geschäftsmodell abweichende Sachverhalte ebenso wenig wie die zugrunde liegenden Verträge, Prospekte sowie die Inhalte der Werbespots.

#### a. Heilberufsangehörige als Adressaten des Gesetzes

Adressatenkreis sind alle *Angehörigen eines Heilberufes, deren Berufsausübung oder Führung einer Berufsbezeichnung eine staatliche geregelte Ausbildung erfordert*. Darunter fallen neben den Ärzten, Zahnärzten, Tierärzten, Psychotherapeuten und Apothekern auch Gesundheitsfachberufe wie Gesundheitspfleger, Krankenpfleger und die Heilmittelerbringer Physiotherapeuten, Ergotherapeuten, Logopäden, Podologen. Auf der Geberseite von § 299b StGB handelt es sich in allen Fällen um ein Jedermann-Delikt.<sup>6</sup>

Die Kunden von TV-Wartezimmer können damit zunächst dem möglichen Adressatenkreis des § 299a StGB zugeordnet werden. Sowohl TV-Wartezimmer als auch der Vermarkter sind mögliche Adressaten des § 299b StGB.

#### b. Zusammenhang mit der Berufsausübung

Ein unmittelbarer *Zusammenhang mit der Ausübung des Berufs* besteht bereits aufgrund der Positionierung des Screens im Wartezimmer des Heilberufsangehörigen. Der Screen bezweckt, die Patienten des Heilberufsangehörigen für Werbemaßnahmen unmittelbar anzusprechen, aber auch diese zu unterhalten.

---

<sup>6</sup> Vgl. Dieners, Die neuen Tatbestände zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen, PharmR 2015, S. 529, 530.

### c. Vorteil für sich oder einen Dritten

Der bisher in den §§ 299 f., 331 ff. StGB grundlegende Begriff des *Vorteils* findet sich auch in den §§ 299a, 299b StGB.<sup>7</sup> Nach der bisherigen Rechtsprechung zum Korruptionsstrafrecht liegt ein Vorteil im Sinne der Normen bei jeder Leistung vor, auf die kein Anspruch besteht und die die wirtschaftliche, rechtliche oder auch nur persönliche Lage objektiv verbessert.<sup>8</sup> Die Definition des Vorteils ist auf § 299a StGB übertragbar.<sup>9</sup> Geld und geldwerte Leistungen sind strafrechtlich relevante Vorteile, ebenso immaterielle Zuwendungen (z.B. Ämter, Ehrungen) sowie der Abschluss eines Vertrages hinsichtlich einer vergüteten Tätigkeit (z.B. Anwendungsbeobachtungen). Dazu zählen auch das Sponsoring<sup>10</sup>, der Leistungsaustausch aufgrund gegenseitiger Verträge<sup>11</sup> oder Rabatte.<sup>12</sup> Ein Vorteil kann selbst im Abschluss eines Vertrages liegen, auf den kein Rechtsanspruch besteht.

Die Ermäßigung aufgrund der Werbeeinblendungen bei Bezug der Leistungen von TV-Wartezimmer könnten daher zunächst als Vorteil des Heilberufsangehörigen gewertet werden. Diese Auffassung ist allerdings falsch. Denn werbefreie und werbefinanzierte Programme stellen ein Aliud dar. Der Heilberufsangehörige zahlt für die Leistungen von TV-Wartezimmer ein Entgelt. Dieses Entgelt verringert sich aufgrund der Minderleistung, die durch die Werbeeinblendung entsteht. Ein werbefinanziertes Programm enthält „Werbepausen“, die bei einem voll finanzierten Programm nicht entstehen. Die Vermietung von Werbezeit beruht damit auf einem Gegenleistungsprinzip. Der Heilberufsangehörige erwirbt keinen konkreten „Vorteil“. Der Kunde zahlt vielmehr für unterschiedliche Leistungen ein Entgelt in unterschiedlicher Höhe – werbefinanziert oder werbefrei. Der Kunde erlangt schließlich auch keinen Vorteil, wenn er zwischen der Ausstrahlung eines Unterhaltungsfilms auf einem Screen oder der Ausstrahlung eines werbefinanzierten Fernsehsenders auswählt; auch die Ausstrahlung eines werbefinanzierten Fernsehsenders (wie z.B. NTV, Pro7, RTL, Sat.1 oder KiKa) ist dem Heilberufsangehörigen berufsrechtlich nicht untersagt. Der Vermarkter

---

<sup>7</sup> Vgl. Dieners, aaO. S. 530.

<sup>8</sup> Vgl. Dieners, aaO. mit weiteren Nachweisen; Fischer, Strafgesetzbuch, C. H. Beck, 62. Auflage 2015 § 299 Rn. 7 mit weiteren Nachweisen; BGH, Urteil vom 11.04.2001 – 3 StR 503/00.

<sup>9</sup> Vgl. Schneider/Ebermann: Der Regierungsentwurf zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen, A&R 2015, S. 202, 206.

<sup>10</sup> BGH, Urteil vom 23.10.2002 – 1 StR 541/01, BGHSt 48, 44.

<sup>11</sup> BGH, Urteil vom 21.06.2007 – 4 StR 99/07, NStZ 2008, S. 216.

<sup>12</sup> BGH, Urt. v. 11.04.2001 – 3 StR 503/00, NJW 2001, S. 2558.

erhebt ähnlich den werbefinanzierten Fernsehsendern ein Entgelt für die Vermietung von Werbeflächen/Werbezeit. Diese Werbezeit erhält der Vermarkter *bei* – nicht *von* – dem Heilberufsangehörigen. Diese Werbezeit steht auf dem Screen des Heilberufsangehörigen als dessen Minderleistung (geringere Sendezeit für den Heilberufsangehörigen) zur Verfügung.

Unabhängig von der Frage, ob überhaupt ein Vorteil vorliegt, stellt der Vorteil kein selbstständiges erfolgsbezogenes Tatbestandsmerkmal dar, sondern lediglich das Bezugsobjekt der in den Tathandlungen enthaltenen Unrechtsvereinbarungen.

#### **d. Unrechtsvereinbarung**

Korruptionsvorschriften verlangen eine Unrechtsvereinbarung. Das bloße Annehmen eines Vorteils allein erfüllt den Tatbestand der §§ 299a, 299b StGB nicht. Der Vorteil muss mit der intendierten Gegenleistung inhaltlich verknüpft sein.<sup>13</sup> Der Vorteil muss also als *Gegenleistung* für eine konkrete unlautere Bevorzugung im Wettbewerb oder eine konkrete Verletzung der Berufsausübungspflichten angeboten, versprochen oder gewährt werden<sup>14</sup> (do-ut-des-Verhältnis).<sup>15</sup> Die Unrechtsvereinbarung war als Tatbestandsvoraussetzung bereits in den §§ 299, 332, 334 StGB enthalten; sie ist es jetzt auch in den §§ 299a, 299b StGB.<sup>16</sup> Heranzuziehen sind damit die zur Unrechtsvereinbarung bei der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB) entwickelten Grundsätze.<sup>17</sup> Fehlt eine Verbindung von Vorteil und Bevorzugung, entfällt der objektive Tatbestand. Anknüpfungspunkt für die Strafbarkeit sind damit Absprachen zwischen dem Angehörigen eines Heilberufs und anderen mit dem Inhalt, dass der Angehörige des Heilberufs eine Gegenleistung für die Bevorzugung oder die Empfehlung bestimmter Leistungserbringer erhält. Hieran fehlt es.

---

<sup>13</sup> Vgl. Bundestags-Drucksache 18/6446, Seite 18; Jary, Anti-Korruption – Neue Gesetzesvorhaben zur Korruptionsbekämpfung im Gesundheitswesen und im internationalen Umfeld, PharmR 2015, S. 99, 102; vgl. Fischer, aaO. zu § 331 Rn. 21.

<sup>14</sup> Jary, aaO S. 103.

<sup>15</sup> Rönnau, in Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, C. F. Müller, 4. Auflage 2015, 2. Kapitel, Teil 3, Rn. 36,

<sup>16</sup> Vgl. jedenfalls die Anmerkung in Bundestags-Drucksache 18/6446, Seite 18, Bundestags-Drucksache 18/8106 S. 16.

<sup>17</sup> Bundestags-Drucksache 18/6446, Seite 18.

Der Heilberufsangehörige hat keine unmittelbare oder mittelbare Beteiligung am Erfolg des bevorzugten Unternehmens. Hat die Patientenzuführung – objektiv betrachtet – keinen spürbaren Einfluss auf den Ertrag des Unternehmens, fallen solche Beteiligungen regelmäßig nicht unter § 299a StGB.<sup>18</sup> Der Werbetreibende müsste die Kosten für die Werbung – als für die Aussendung des Werbespots – sowieso zahlen und zwar zunächst an den Vermarkter, der eine rechtmäßige und übliche Leistung – namentlich die Vermarktung einer Werbefläche – anbietet. Der Heilberufsangehörige erhält keine Gegenleistung für ein Unrecht, sondern eine Ermäßigung für den Minderwert einer marktüblichen werbefinanzierten Leistung. Ob der Werbetreibende die Werbung weiter betreibt, ist eine unternehmerische Entscheidung, wie sie bei sämtlichen Werbemitteln in gleicher Weise zu treffen wäre.

Lediglich vorsorglich wäre in Betracht zu ziehen, dem Heilberufsangehörigen die das Werbefenster buchenden Unternehmen nicht namentlich zu benennen. Dem Eindruck einer Käuflichkeit des Heilberufsangehörigen wird dadurch zusätzlich der Anreiz genommen, selbst wenn es dem Heilberufsangehörigen natürlich unbenommen bleibt, das praxis-individuelle Programm in Augenschein zu nehmen. Das Trennungsprinzip ist strikt eingehalten, um jeden Anschein einer Unrechtsvereinbarung von vornherein zu vermeiden.

#### **e. Beeinflussung einer heilberuflichen Entscheidung**

So wie es an der Unrechtsvereinbarung fehlt, fehlt es auch an der Eignung, mittels der Ausstrahlung von Werbung die heilberufliche Entscheidungen zu beeinflussen. Denn es fehlt bereits an einem objektiven Zusammenhang zwischen der heilberuflichen Tätigkeit und der Ausstrahlung durch Werbung seitens des Vermarkters. Hat der Heilberufsangehörige keinen unmittelbaren Einfluss auf den Inhalt des Werbeprogramms, kann er durch seine heilberuflichen Entscheidungen auch nicht das Ergebnis der Werbekunden beeinflussen.

#### **f. Verordnung von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln, Medizinprodukten**

Die Tathandlung muss sich *bei der Verordnung von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln, Medizinprodukten* ergeben. Die Regelung lehnt sich an die Fassung des § 31 Absatz 1 MBO-Ärzte an. Die Unabhängigkeit ärztlicher Entscheidungen von

---

<sup>18</sup> Vgl. Jary aaO 103 mit weiteren Nachweisen.

merkantilen Gesichtspunkten ist ein zentraler Bestandteil jeder ärztlichen Berufsordnung.<sup>19</sup> Demnach ist es Ärzten nicht gestattet, „für (...) den Bezug von Arznei- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten ein Entgelt oder andere Vorteile sich versprechen oder gewähren zu lassen oder selbst zu versprechen oder zu gewähren.“ Ein derartiger Zusammenhang ist bei dem beschriebenen Sachverhalt nicht erkennbar. Denn die Vorteile des Heilberufsangehörigen – sofern überhaupt solche bestehen – erhält dieser nicht für sein Ordnungsverhalten, sondern für die Möglichkeit der grundsätzlichen Zurverfügungstellung eines Werbefensters.

Der Heilberufsangehörige kann durch sein Ordnungsverhalten keinen Wettbewerber unmittelbar bevorzugen. Alleine das Zurverfügungstellen der Werbemöglichkeit per se lässt einen Zusammenhang zwischen Bevorzugung und Ordnung nicht erkennen. Der Vermarkter trifft die Entscheidung über Auswahl, Annahme und Platzierung der Werbung, nicht der Heilberufsangehörige. Ein solcher Zusammenhang bestünde nur, wenn eine über das Regional-Fenster hinausgehende Vereinbarung zwischen dem Heilberufsangehörigen und den Werbekunden bestünde oder zumindest eine derartige Intention erkennbar wäre, die eine Buchung des Regional-Fensters von der Ordnungsweise abhängig macht.

Da es sich bei den Korruptionsstraftatbeständen um abstrakte Gefährdungsdelikte handelt, ist eine Rechtsauffassung, die einen solchen Zusammenhang annimmt, zwar nicht vollständig ausgeschlossen. Hierzu müssten allerdings meines Erachtens weitere Faktoren hinzutreten, die auf das Medium *Screen* aufsetzen. Denkbar wäre hier die Verknüpfung eines konkreten Werbespots für ein in der Apotheke erhältliches Arzneimittel, das der Arzt verordnet. Das bedürfte dann einer zusätzlichen, auf dem Medium *Screen* aufbauenden Tathandlung.

**g. Bezug von Arznei- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten, die jeweils zur unmittelbaren Anwendung durch den Heilberufsangehörigen oder einen seiner Berufshelfer bestimmt sind**

Ein Zusammenhang mit dem Bezug von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten ist ebenso wenig erkennbar. Auch dieser Tatbestand ent-

---

<sup>19</sup> Ratzel/Lippert, Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (MBO), Springer Verlag, 6. Auflage 2015, S. 466.

spricht im Wesentlichen den Vorstellungen des § 31 Abs. 1 MBO-Ärzte. Diesbezüglich darf ich auf die unter f.) dargestellten Erwägungen verweisen.

#### **h. Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial**

Auch ein unmittelbarer Zusammenhang mit der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial besteht nicht.

Die Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial gleich ebenfalls dem berufsrechtlichen Verbot des § 31 Abs. 1 MBO-Ärzte. Nach § 31 Abs. 1 MBO-Ärzte ist es Ärzten *„nicht gestattet, für die Zuweisung von Patientinnen und Patienten ein Entgelt oder andere Vorteile zu fordern“*. Ärzte und Zahnärzte sind gehalten, die Entscheidung darüber, an wen sie einen Patienten verweisen oder wem sie Untersuchungsmaterial zur Laboruntersuchung überlassen, allein nach ärztlichen Gesichtspunkten mit Blick auf das Patienteninteresse zu treffen.<sup>20</sup> Nach § 31 Abs. 2 MBO ist es Ärzten darüber hinaus untersagt, Patienten ohne hinreichenden Grund an bestimmte Apotheken, Geschäfte oder Anbieter von gesundheitlichen Leistungen zu verweisen. Eines der Ziele dieser Vorschrift ist die Wahrung der ärztlichen Unabhängigkeit. Mit anderen Worten soll die ärztliche Tätigkeit idealtypisch frei von merkantilen Motiven bei der Auswahl der Kooperationspartner gestaltet werden. Der Arzt soll seine starke Vertrauensstellung gegenüber den Patienten nicht zur Generierung von Zusatzverdiensten „missbrauchen“.<sup>21</sup>

Die Entscheidung über die Werbeausstrahlung trifft jedoch der Vermarkter, nicht der Heilberufsangehörige. Alleine das Zurverfügungstellen der Werbefläche erfüllt nicht den Tatbestand der §§ 299a Abs. 1 Nr. 3, 299b Abs. 1 Nr. 3 StGB. Nicht der Heilberufsangehörige wirbt für die Zuführung, sondern TV-Wartezimmer im Rahmen des Regionalen Gesundheitsfensters. Es wird ausdrücklich und durch einen Disclaimer gut sichtbar darauf hingewiesen, dass es sich nicht um eine Empfehlung des Heilberufsangehörigen handelt, sondern um ein fremdfinanziertes Werbefenster. Zudem hat TV-Wartezimmer die früher beworbene Exklusivität einzelner Branchen – wie sie noch das OLG Frankfurt be-

---

<sup>20</sup> Vgl. auch Bundestags-Drucksache 18/6446, S. 19.

<sup>21</sup> Ratzel/Lippert, Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (MBO), Springer Verlag, 6. Auflage 2015, S. 482.

anstandet hatte<sup>22</sup> – aufgegeben. Die Vermarktung von Sendezeit ist mit dem Auslegen von Werbezeitschriften vergleichbar. Auch Heilberufsangehörige erhalten über Lesezirkel und andere Vermarkter kostengünstige Boulevardzeitschriften, die sie zu diesem Preis im regulären Handel nicht beziehen könnten. Der Heilberufsangehörige kann die dort wiedergegebene Werbung ebenfalls nicht beeinflussen. Dennoch sind Zeitschriften mit Werbung günstiger als Zeitschriften vollständig ohne Werbeeinblendungen.

Es wird zwar die Auffassung vertreten, dass der Arzt selbst ungewollte Drittwerbung zu vermeiden hat; dies schließt sogar Werbebanner oder Pop-Ups auf der Homepage mit ein, die hiervon frei bleiben müsse.<sup>23</sup> Übertragen auf den vorliegenden Fall wäre selbst ein regionales Werbefenster berufsrechtlich unzulässig. Selbst das Auslegen von Boulevardzeitschriften und Anzeigenblättern im Wartezimmer wäre damit wohl nicht zu vereinbaren. Diese Rechtsauffassung geht letztlich zu weit. Jegliche werbefinanzierten Artikel wären in der Praxis zu verbieten – angefangen von werbefinanzierten Kugelschreibern bis hin zu den beliebten Notizblöcken, einschließlich des Werbeaufdrucks des Lieferanten. Eine solche weite Auffassung geht mit der gelebten Praxis weder konform noch ist sie verständlich. Die korrekte Abgrenzung kann daher nur darin getroffen werden, dass der Heilberufsangehörige nicht seine Berufsqualifikation und sein Vertrauensverhältnis gegenüber dem Patienten für Werbemaßnahmen ausnützt. Soweit eine solche Trennung erkennbar ist, muss Werbung auch im Wartezimmer – und auch bei Werbebannern und Pop-Ups auf der ärztlichen Homepage – erlaubt sein.<sup>24</sup>

Ein Zusammenhang wäre ohnehin nur bei Werbekunden bestimmter Branchen gegeben, die eine Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial überhaupt ermöglicht. Zwar mag bei diesen Branchen die Intention des Werbemittels tatsächlich die sein, Patienten zu akquirieren; sie ist allerdings sämtlichen Werbemitteln – ob bei Annonce, Werbespot oder Werbebanner – immanent. Die Bevorzugung müsste zudem bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial entstehen.

---

<sup>22</sup> OLG Frankfurt, Urteil vom 20.3.2014 - 6 U 2/13, aufgehoben durch BGH Urteil vom 12.03.2015 - I ZR 84/14.

<sup>23</sup> Vgl. Ratzel/Lippert, Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (MBO), Springer Verlag, 6. Auflage 2015, S. 430 zu § 27 MBO-Ärzte.

<sup>24</sup> Vgl. auch die Auffassung des AG Wetzlar, Urteil vom 12.05.2015, 30 C-788/14. Selbst die Ärztekammer Westfalen-Lippe hatte 2011 in einem dem Unterzeichner vorliegenden Schreiben in der Werbeeinblendung bei TV-Wartezimmer keine „gezielte Empfehlung der auf diese Weise vorgestellten Ärzte“ erkannt.

## i. Unlautere Bevorzugung

Als strafbare Gegenleistung müsste der Heilberufsangehörige den ausländischen oder inländischen Wettbewerb unlauter bevorzugen. Eine *unlautere Bevorzugung* und damit eine Benachteiligung anderer Wettbewerber als intendierte Gegenleistung scheidet aus.

Unlauter ist eine Bevorzugung, wenn sie geeignet ist, Mitbewerber durch die Umgehung der Regelungen des Wettbewerbs und Ausschaltung der Konkurrenz zu schädigen,<sup>25</sup> wenn sie gegen die Grundsätze eines redlichen Geschäftsverkehrs verstößt. Das 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.<sup>26</sup> Eine Bevorzugung im Wettbewerb ist nur denkbar, wenn mindestens zwei Wettbewerber vorhanden sind.<sup>27</sup> Es muss zu einer direkten Bevorzugung des einen Wettbewerbers und einer Benachteiligung des anderen kommen. Ist dagegen der Bezug der Leistung von mindestens einem Konkurrenten möglich, entfällt die Bevorzugung eines Wettbewerbers.<sup>28</sup> Eine Bevorzugung scheidet daher aus, wenn der Bezug von Leistungen eine Besserstellung gegenüber Mitbewerbern gar nicht bewirken kann.<sup>29</sup>

Vorliegend wird kein Wettbewerber bevorzugt. Denn der Heilberufsangehörige selbst hat keinen Einfluss auf die Auswahl des werbenden Unternehmers. Er hat zwar ein allgemeines Hinweis- bzw. Vorschlagsrecht, jedoch kein Wahlrecht. Der Heilberufsangehörige kann den Vermarkter auf mögliche Interessenten in der Region hinweisen. Ausschließlich der Vermarkter ist berechtigt, mit dem Werbekunden einen Vertrag über die Vermarktung im jeweiligen Regional-Fenster zu schließen. Wettbewerbern steht es damit offen, gleichfalls Anzeigen im Regional-Fenster zu buchen. Der werbende Unternehmer erhält kein Exklusivrecht. Konkurrenten sind nicht ausgeschlossen. Die Präsentation von neun regional ansässigen Unternehmen sollte insoweit Möglichkeiten für weitere Wettbewerber gewährleisten. Die Bedingungen (Preise) sind für alle Konkurrenten identisch.

---

<sup>25</sup> Vgl. Jary aaO S. 103.

<sup>26</sup> Schneider/Ebermann: Der Regierungsentwurf zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen, A&R 2015, 202, 204, Definition mit weiteren Nachweisen.

<sup>27</sup> Vgl. Fischer, Strafgesetzbuch, C. H. Beck, 62. Auflage 2015, zu § 299 Rn. 14.

<sup>28</sup> Vgl. Fischer aaO. zu § 299 Rn. 15.

<sup>29</sup> Vgl. Fischer aaO. zu § 299 Rn. 15a.

## **j. Antrag oder öffentliches Interesse**

Die Tat kann sowohl auf Antrag als auch bei öffentlichem Interesse von der Staatsanwaltschaft verfolgt werden.

## **4. Fazit**

Ärzte und Angehörige von Heilberufen stehen zwar vor veränderten Spielregeln. Allerdings hat sich an den bisherigen Verbotstatbeständen nicht viel verändert.

Meines Erachtens dürften aufgrund der fehlenden Unrechtsvereinbarung, des fehlenden Zusammenhangs mit einer der in den Nr. 1-3 genannten Tatbestände, vor allem aber der fehlenden unlauteren Benachteiligung von Wettbewerbern keine strafrechtlichen Verurteilungen nach den §§ 299a, 299b, 300 StGB zu erwarten sein.

Ich empfehle dennoch, die Entwicklung des Gesetzgebungsvorhabens und die Rechtslage weiter zu beobachten und stets eine Subsumption des Sachverhalts im Einzelfall unter die Verbotsnormen vorzunehmen - zumal sich bislang keine gefestigte Meinung in Rechtsprechung und Literatur bilden konnte.

Bei Fragen hierzu stehe ich Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Andreas Staufer  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Medizinrecht

## Anhang

### Literaturübersicht

- Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, C. F. Müller, 4. Auflage 2015
- Badle, Übertriebene Erwartungen an einen Straftatbestand der Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen, medstra 2015, 2
- Diener, Aktuelle Entwicklungen und Themenfelder im Bereich der Pharma-Selbstkontrolle, PharmR 2015, 338
- Dieners: Die neuen Tatbestände zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen, PharmR 2015, 529
- Fischer, Strafgesetzbuch, C. H. Beck, 62. Auflage 2015
- Frank/Vogel, Korruptionsbekämpfung im Gesundheitswesen – symbolisch und (un)gut, Anwaltsblatt 2016, 94
- Geiger, Neues Strafbarkeitsrisiko § 299a StGB – Chance für die Healthcare-Compliance? medstra 2015, 97
- Halbe, Moderne Versorgungsstrukturen: Kooperation oder Korruption? MedR 2015, 168
- Hartmann/Flocke, Gesetzentwurf zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen: Fortschritt bei der Korruptionsbekämpfung oder Privilegierung von Heilberufen? G+S 2015, 79
- Jary, Anti-Korruption – Neue Gesetzesvorhaben zur Korruptionsbekämpfung im Gesundheitswesen und im internationalen Umfeld, PharmR 2015, 99
- Kneisel, Still und heimlich – der neueste Referentenentwurf des BMJV zur Korruptionsbekämpfung, seine Kernpunkte und Konsequenzen, DOI: 105771/0934-9200-2014-4-324
- Krüger, Sponsoring im Krankenhaus, GesR 2015, 527
- Kubiciel, Die Straftatbestände gegen die Korruption im Gesundheitswesen: verfassungskonform, kriminalpolitisch angemessen und effektiv? WiJ 2016, 1
- Martenstein/Wienke, Aktuelle Gesetzgebung im Gesundheitswesen 2015/2016, Der Anästhesist 12.04.2016
- Montgomery/Hübner/Dörfer/Kreitz/Lehmann: Vertragsärztliche Tätigkeit – eine berufsrechtsfreie Zone? MedR 2015, 555
- Steenbreker, Korruptionsbekämpfung in sonstiger Weise: § 299 a E-StGB und Strafgesetzgebung im Gesundheitswesen, MedR 2015, 660
- Ratzel/Lippert, Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (MBO), Springer Verlag, 6. Auflage 2015
- Ratzel/Luxenburger, Handbuch Medizinrecht, C. F. Müller, 3. Auflage 2015
- Schneider/Ebermann: Der Regierungsentwurf zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen, A&R 2015, 202
- Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, C.F. Müller, 5. Auflage 2015