

Compliance im Gesundheitswesen

Dieners

4. Auflage 2022
ISBN 978-3-406-65692-7
C.H.BECK

C. Einseitige Leistungen

mens ausschlaggebend sein. Der Abschluss des Referentenvertrags darf also nicht auf eine Beeinflussung von Beschaffungs-, Verordnungs- oder Therapieentscheidungen des ärztlichen Referenten zielen.

- Leistungen und Gegenleistungen müssen in einem **angemessenen Verhältnis** zueinander stehen. Dies ist bei Abschluss des Referentenvertrags zu prüfen und zu dokumentieren. Zu dokumentieren sind auch die Vertragsabwicklung und die Arbeitsergebnisse (Redemanuskript, Präsentation etc). Diese sollten in der Vertragsakte des Unternehmens aufbewahrt werden.
- Die Zahlung der vertraglich vereinbarten Vergütung sollte erst dann erfolgen, wenn zuvor die geschuldete **Leistung** (Referat, Präsentation etc) **erbracht** und auf ihre Ordnungsgemäßheit überprüft worden ist.
- Sofern ein Arzt oder ein anderer Mitarbeiter einer medizinischen Einrichtung Vertragspartner werden soll, ist die vorherige **Genehmigung des Dienstherrn bzw. des Arbeitgebers** unter Offenlegung der für die Tatbestände der §§ 299, 299a, b, 331 ff. StGB relevanten Tatsachen einzuholen.

Sofern „aktive Teilnahmen“ auf der Grundlage eines solchen Referentenvertrags erfolgen und dieser den genannten Voraussetzungen entspricht, liegt ein **Gegenleistungsverhältnis und keine einseitige Leistung** vor. Die besonderen Risiken, die gemeinhin mit der Gewährung oder Annahme einseitiger Leistungen verbunden sind, bestehen in einem solchen Fall nicht. 42

Im Klinikbereich kommt bei der Auswahl des Vertragspartners nicht nur der Klinikarzt, der etwa als Referent auftreten soll, in Betracht, sondern auch die **medizinische Einrichtung**. In einem solchen Fall verpflichtet sich die medizinische Einrichtung gegenüber dem Unternehmen, dass ein bestimmter Arzt (etwa der Arzt, der als Prüfarzt oder als Leiter der klinischen Prüfung eine Studie durchgeführt hat) im Rahmen seiner Dienstaufgaben das entsprechende Referat hält. Eine derartige Auswahl des Vertragspartners führt im Regelfall zu einer **weiteren Risikominimierung**. 43

Von einer „aktiven Teilnahme“ in dem oben genannten Sinn kann auch gesprochen werden, wenn etwa ein Arzt verpflichtet wird, einen **Kongressbericht zu verfassen**. Allerdings sollten einem solchen Kongressbericht besondere Fragestellungen des Unternehmens zugrunde liegen, die von dem Unternehmen bzw. den Mitarbeitern des Unternehmens, die ebenfalls an der entsprechenden Veranstaltung teilnehmen, nicht ohne Weiteres beantwortet werden können. Dies ist dann der Fall, wenn ein Arzt besondere medizinische Fragestellungen im Rahmen der Veranstaltung erfasst, auswertet und an das Unternehmen übermittelt. Für diesen Fall bietet sich eine entsprechende vertragliche Vereinbarung auf der Grundlage eines „Beratervertrags“ an, der ebenfalls die oben genannten Voraussetzungen erfüllen muss (hierzu ausführlich → Rn. 23–27). Sofern ein Unternehmen eine Vielzahl von Ärzten, die an der Veranstaltung teilnehmen, mit der Erstellung von Kongressberichten beauftragt, denen dieselben oder ähnliche Fragestellungen zugrunde liegen, können Zweifel in Bezug auf das legitime Interesse am Abschluss entsprechender Vertragsbeziehungen entstehen, wenn nicht hinreichend nachvollziehbar nachgewiesen werden kann, aus welchen Gründen eine solche Vielzahl von Kongressberichten benötigt wird. In solchen Fällen haben Staatsanwaltschaften in der Vergangenheit das Vorliegen einer „echten Gegenleistung“ in Frage gestellt. 44

c) „Passive Teilnahme“

Von einer „passiven Teilnahme“ an unternehmensinternen oder fremdorganisierten Fort- und Weiterbildungsveranstaltungen wird dann gesprochen, wenn niedergelassene Ärzte, Klinikärzte oder andere Mitarbeiter medizinischer Einrichtungen an Veranstaltungen teilnehmen, ohne dass ein Fall der „aktiven Teilnahme“ vorliegt und das Unternehmen entweder die Kosten der Fort- und Weiterbildungsveranstaltungen trägt oder Aufwendungen, etwa für Reise- und Übernachtungskosten sowie gegebenenfalls Registrierungsgebühren übernimmt. Hierzu gehört auch der Fall, dass Ärzte zwar auf der Veranstaltung Moderatio- 45

nen, Referate oder Präsentationen übernehmen, diese jedoch in keinem engen Zusammenhang mit Problemen oder Therapieformen stehen, die für Produkte des Unternehmens bzw. deren Anwendung unmittelbar oder zumindest mittelbar von besonderem Interesse sind. In diesem Fall wird die Übernahme von Aufwendungen durch das Unternehmen regelmäßig als **Gewährung von einseitigen Leistungen** verstanden. Ob diese Einschätzung tatsächlich zutrifft, wird allerdings nicht einheitlich beurteilt. Argumentieren ließe sich durchaus, dass auch dem Fall der „passiven Teilnahme“ eigentlich ein vertragliches Austauschverhältnis zugrunde liegt, da die Übernahme derartiger Aufwendungen nur unter der Bedingung der ordnungsgemäßen Teilnahme von Ärzten an den Veranstaltungen erfolgt und eine solche Teilnahme für die **Vermittlung von Know-how für die sachgerechte Anwendung von Produkten der Industrie** unerlässlich ist. Die Übernahme von Aufwendungen stelle danach quasi eine Gegenleistung dafür dar, dass sich etwa Klinikärzte bereit erklären, sich mit den Produkten eines Unternehmens, deren Anwendung oder damit in Zusammenhang stehenden Therapieformen zu befassen und hierfür Zeit aufzuwenden etc. Die Rechtsprechung hat sich, soweit ersichtlich, mit dieser Argumentation noch nicht ausdrücklich auseinandergesetzt. Vielmehr wird die Gewährung von Aufwendungsersatz zur passiven Teilnahme an medizinischen Fortbildungs- und Weiterbildungsveranstaltungen in der Praxis vielfach als Vorteil betrachtet, auf den der Arzt keinen Anspruch haben soll. Ungeachtet dessen zeigt die vorgenannte Argumentation jedoch durchaus die strukturellen Unterschiede zur Gewährung von Geschenken und Zuwendungen an Amtsträger, die ansonsten in der strafgerichtlichen Praxis, etwa bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge, im Mittelpunkt stehen. Hier geht es in der Regel um private Bereicherungen, die bei ordnungsgemäß durchgeführten Fortbildungsveranstaltungen nicht vorliegen, da sie die Vermittlung von medizinischem Fachwissen zum Ziel haben.

d) Straf- und dienstrechtliches Risikopotential im Klinikbereich

- 46 Die **bisherige Ermittlungspraxis der Staatsanwaltschaften** sowie die **Spruchpraxis der Gerichte** haben sich, soweit bekannt, im Klinikbereich bislang vorwiegend auf folgende Fallkonstellationen konzentriert:⁴³
- Teilnahme an (fremdorganisierten) medizinischen Fachkongressen im **Ausland**,
 - Charakter des Kongressortes als beliebtes **Ziel des Tourismus**,
 - Mitnahme von **Ehegatten** oder anderen **Begleitpersonen** (und deren Kostentragung durch die Industrie),
 - Verbindung von Kongress- mit **Urlaubsaufenthalten**,
 - Tagesprogramme mit erheblichem Spielraum für **typische Urlaubsaktivitäten**,
 - Betriebsbesichtigungen im Ausland mit **luxuriösen Bewirtungen** und **Begleitprogrammen** (zB Opernbesuch),
 - Übernahme von Kosten für Betriebsfeiern oder Privatveranstaltungen,
 - unentgeltliches Bereitstellen von Arbeitsräumen und Personal durch eine Klinik an einen niedergelassenen Arzt im Austausch für die Zuführung von Patienten,
 - Vergütung von Beratertätigkeiten ohne konkrete Leistungsnachweise.
- 47 Dies bedeutet nicht, dass nicht auch die finanzielle Unterstützung der Teilnahme von Klinikärzten oder anderen Mitarbeitern medizinischer Einrichtungen an ordnungsgemäß organisierten Veranstaltungen, die von dritter Seite bzw. von der Industrie im In- und Ausland durchgeführt werden, Gegenstand von Ermittlungsverfahren werden kann. Jedoch stellt die bisherige Ermittlungs- und Rechtspraxis eine Reihe von Orientierungspunkten zur Verfügung, die für eine **Risikobewertung** im Hinblick auf die Fortführung der genannten Unterstützungsleistungen von Bedeutung sind.⁴⁴

⁴³ Siehe auch *Ulsenheimer* in Laufs/Kern/Rehborn § 162 Rn. 28 ff.; *Dann/Jones* in Dann S. 232 f.; *Dieners/Taschke PharmR* 2000, 309 (310 ff.) jeweils mit weiteren Beispielen.

⁴⁴ Eine Zusammenstellung der Rechtsprechung findet sich bei *Ulsenheimer* in Laufs/Kern/Rehborn § 162 Rn. 1 f.

Von den bislang damit befassten Gerichten wurde die Erstattung von Reisekosten für berufliche Fortbildungen oder für die Teilnahme an wissenschaftlichen Fachkongressen und Betriebsbesichtigungen regelmäßig als Vorteil iSd Antikorrupsionsvorschriften bejaht. Allerdings führt die bloße Annahme des Vorliegens eines Vorteils noch nicht unweigerlich zu einer Strafbarkeit. Vielmehr muss eine **Unrechtsvereinbarung** mit dem Klinikarzt oder einem anderen Mitarbeiter einer medizinischen Einrichtung vorliegen. Eine solche liegt dann vor, wenn die Zuwendung für die Verordnung (§§ 299a, b StGB) oder die Bestellung von Produkten gewährt wird (§§ 299, 299a, b, 331 ff. StGB).⁴⁵ Während der Vorteil für eine Strafbarkeit nach §§ 299, 299a, b, 332, 334 (Bestechung und Bestechlichkeit) StGB als Gegenleistung für eine unlautere Bevorzugung gefordert, angeboten, versprochen oder angenommen werden muss, reicht es für eine Strafbarkeit nach §§ 331, 333 StGB (Vorteilsgewährung bzw. -annahme) bereits aus, dass eine bewusste Verknüpfung zwischen Dienstaussübung und Vorteil besteht, die Zuwendung beispielsweise zum Zwecke der Klimapflege gewährt wird.⁴⁶ Hinsichtlich des Äquivalenzverhältnisses wird von den Gerichten über den jeweiligen Einzelfall hinaus das gesamte „**Beziehungsgflecht**“ zwischen Unternehmen und Arzt im Rahmen der Beweiswürdigung herangezogen, wobei insbesondere der zeitliche Zusammenhang von Unterstützungsleistungen und Bestellentscheidungen von Bedeutung sein soll. Ferner soll auch eine **fehlende dienstrechtliche Involvierung** der Anstellungskörperschaft bzw. des Dienstherrn ein Beziehungsverhältnis der gewährten Vorteile zu Diensthandlungen indizieren. Allerdings verlangt der BGH in seiner Entscheidung vom 23.5.2002 für den Nachweis einer (konkludenten) Unrechtsvereinbarung zu Recht eine direkte Manifestation nach außen.⁴⁷ Somit kann das Vorliegen einer „konkludenten Unrechtsvereinbarung“ nicht bereits dann angenommen werden, wenn Unterstützungsleistungen zur Teilnahme an Kongressveranstaltungen in Kenntnis bestehender Geschäftsbeziehungen zwischen Arzt und Industrie von dem Arzt angenommen werden. Aus der bloßen Annahme eines Vorteils kann nicht ohne Weiteres geschlossen werden, dass die Zuwendungen zur Stabilisierung und Steigerung des Absatzes gewährt würden.

Die Abgrenzung der Vorteilsannahme und Vorteilsgewährung (§§ 331, 333 StGB) zu den Tatbeständen der Bestechung und Bestechlichkeit (§§ 332, 334 StGB) erfolgt anhand des Merkmals der **Pflichtwidrigkeit der Diensthandlung**. Verschiedene Gerichte haben insofern die Auffassung vertreten, dass es bei Produktentscheidungen nach einer vorhergehenden Zuwendung nicht auf die Sachwidrigkeit der Entscheidungsergebnisse ankomme. Vielmehr sei bereits dann von einer Pflichtwidrigkeit der Diensthandlung auszugehen, wenn der Arzt den Vorteil „**auf die Waagschale der Entscheidung**“ gelegt habe.⁴⁸ Dies wurde von diesen Gerichten dann angenommen, wenn dem Arzt bewusst gewesen sein musste, dass etwa an die Annahme von finanziellen Unterstützungen zur Teilnahme an medizinischen Fachkongressen die Erwartung geknüpft war, er werde auch in Zukunft Produkte der entsprechenden Lieferanten bestellen. In anderen Fällen gingen die Gerichte davon aus, dass sich die Erwartung einer Gegenleistung für die Zuwendung aufdrängen musste, insbesondere dann, wenn es sich hierbei nicht nur um kleinere Aufmerksamkeiten, sondern um relativ hohe Beträge handelte.

Auch das OLG Hamburg und der BGH⁴⁹ gehen davon aus, dass bei Ermessensentscheidungen eine Pflichtwidrigkeit bereits dann vorliegen sollte, wenn der Amtsträger den ihm gewährten Vorteil auf die Waagschale seiner Entscheidung lege. Allein die Vereinbarung oder

⁴⁵ Fischer StGB § 299 Rn. 22 f., § 299a Rn. 6, 13, § 332 Rn. 11.

⁴⁶ Fischer StGB § 331 Rn. 21, 23; Heil/Oeben PharmR 2016, 217 (220).

⁴⁷ BGH NJW 2002, 2801 ff.; 2002, 2801 ff.; hierzu Michalke NJW 2002, 3381 f.; Taschke PharmR 2002, 409 ff. (= MPR 2002, 101 ff.) sowie Taschke in Anhalt/Dieners § 20 Rn. 223, 232 ff.

⁴⁸ Hierzu im Einzelnen der Beitrag von Taschke in Anhalt/Dieners § 20 Rn. 231–235.

⁴⁹ BGH NJW 2002, 2801 ff.; hierzu Michalke NJW 2002, 3381 f.; Taschke PharmR 2002, 409 ff. (= MPR 2002, 101 ff.) sowie Taschke in Anhalt/Dieners § 20 Rn. 223, 232 ff.; außerdem OLG Hamburg StV 2001, 277 (281 f.).

Annahme eines Vorteils besage aber noch nicht, dass die Unbefangenheit des Ermessensbeamten beeinträchtigt sei und er diese Entscheidung aufgrund sachfremder Erwägungen getroffen bzw. sich hierzu bereit erklärt habe. Der Tatbestand der Bestechlichkeit erfordere daher gegenüber der Vorteilsannahme **zusätzliche Umstände**, aus denen folge, dass sich der Amtsträger gegenüber dem Vorteilsträger bereit gezeigt habe, sich bei der Ermessensausübung durch den Vorteil beeinflussen zu lassen. Während die Vorteilsannahme bzw. Vorteilsgewährung nach den §§ 331 Abs. 3 bzw. 333 Abs. 3 StGB durch eine Genehmigung des Dienstherrn bzw. des Arbeitgebers mit der Folge gerechtfertigt werden kann, dass eine Strafbarkeit ausscheidet, ist ein Strafbarkeitsausschluss aufgrund einer Genehmigung dann nicht möglich, wenn auch die Pflichtwidrigkeit der Diensthandlung bejaht wird, da in diesem Fall die Tatbestände der Bestechung bzw. Bestechlichkeit vorliegen, die nicht genehmigungsfähig sind. Dies gilt auch für die Tatbestände der Bestechung bzw. der Bestechlichkeit im Gesundheitswesen gem. §§ 299a, b StGB.⁵⁰

- 51 Unter dienstrechtlichen Gesichtspunkten ist zu berücksichtigen, dass derartige Unterstützungsleistungen als „**Geschenke**“ oder „**Belohnungen**“ (→ Kap. 2 Rn. 70 ff.) eingeordnet werden könnten, deren Annahme Beamten oder Angestellten des öffentlichen Dienstes ausnahmsweise und teilweise nur mit vorheriger Genehmigung ihres Dienstherrn bzw. Arbeitgebers gestattet ist. Dienstreisegenehmigungen oder die Erteilung von Sonderurlaub durch die Verwaltung reichen hierzu im Regelfall allein nicht aus, da diese Genehmigungen lediglich das Fernbleiben vom Dienst, jedoch nicht die Annahme der Industrieunterstützung betreffen. Dasselbe gilt für den Fall, dass für den Besuch von Fortbildungsveranstaltungen Erholungsurlaub gewährt wurde. Auch betrifft die Erlaubnis der Verwaltung regelmäßig nicht auch die Annahme finanzieller Unterstützungen durch die Industrie.
- 52 In der Vergangenheit wurde von einigen Staatsanwälten in inoffiziellen Äußerungen am Rande von juristischen Fachtagungen zur Kooperation der Industrie mit Krankenhäusern und Ärzten die finanzielle Unterstützung von Ärzten für eine passive Teilnahme an **im Ausland** stattfindenden Informationsveranstaltungen der Industrie als unzulässig eingestuft. Diese Auffassung verkennt den Umstand, dass der Ort der Veranstaltung kein Kriterium für die rechtliche Zulässigkeit von Unterstützungsleistungen sein darf, da der Meinungsaustausch in der medizinischen Forschung nicht auf die deutschen Landesgrenzen beschränkt werden kann und auch die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Unterstützung derartiger Teilnahmen nicht an einen Inlands- oder Auslandsbezug anknüpfen. Vielmehr sollten Ärzte auch die Möglichkeit erhalten, am Meinungsaustausch auf nationalen wie auch internationalen Kongressen teilzunehmen. Durch die geschilderte restriktive Auffassung werden deutsche Mediziner benachteiligt, die oft die mit erheblichen Kosten verbundene Teilnahme an internationalen Kongressen nicht finanzieren können. Eine derartige Beschränkung des internationalen Fachdiskurses ist aber nicht zeitgemäß und für den Forschungsstandort Deutschland schädlich.
- 53 In diesem Argumentationskontext sind auch die Empfehlungen des „Gemeinsamen Standpunkts“ der Verbände hinsichtlich der Unterstützung der Teilnahme von Klinikärzten an Fort- und Weiterbildungsveranstaltungen zu verstehen, welche die forschungs- und wissenschaftspolitische Notwendigkeit derartiger Unterstützungen deutlich herausstellen. Die Verbände fordern insofern, dass die Unsicherheiten nicht zu einer Gefährdung der Unterstützungsmaßnahmen führen dürfen. Gleichzeitig weisen die Verbände jedoch auch darauf hin, dass diese Unterstützungsleistungen die Gefahr bergen, unter strafrechtlichen Gesichtspunkten als unzulässige Einflussnahmen auf Beschaffungsentscheidungen betrachtet zu werden. Der „Gemeinsame Standpunkt“ der Verbände präferiert vor diesem Hintergrund, dass **der medizinischen Einrichtung** von Seiten der Industrie auf der Grundlage einer entsprechenden Vereinbarung Mittel für die Veranstaltungsteilnahme zur Verfügung gestellt werden, so dass die Mitarbeiter der Einrichtung an diesen Veranstaltungen **im Rahmen**

⁵⁰ Dannecker/Schröder in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafrecht, § 299a Rn. 202.

ihrer Dienstaufgaben teilnehmen.⁵¹ Sofern entsprechende Vereinbarungen mit der medizinischen Einrichtung selbst nicht vorliegen, sollten die Dienstherrn oder Arbeitgeber, Krankenhausverwaltungen bzw. Krankenhausträger über Art und Inhalt der Veranstaltung informiert sein und die Teilnahme genehmigt haben. Zu Recht weisen die Verbände darauf hin, dass von einer **einschränkungslosen Genehmigung** auch der Unterstützungsleistungen insofern nur dann gesprochen werden kann, wenn bei deren Beantragung von dem Mitarbeiter sämtliche Tatsachen unterbreitet worden sind, die für die Beziehung zwischen dem Arzt bzw. dem Mitarbeiter der Einrichtung und dem Unternehmen bedeutsam sind.

e) Kriterien für die individuelle Unterstützung

Sofern sich ein Unternehmen dazu entscheiden sollte, die **individuelle finanzielle Unterstützung** von Ärzten für die Teilnahme an internen Produktschulungen sowie an fremdorganisierten Fort- und Weiterbildungsveranstaltungen weiterzuführen, ist insbesondere auf Folgendes zu achten:

- Die Unterstützungsleistungen dürfen **nicht** dazu **missbraucht werden**, Beschaffungs-, Verordnungs- oder Therapieentscheidungen des jeweiligen niedergelassenen Arztes, Klinikarztes oder eines anderen Mitarbeiters einer medizinischen Einrichtung zugunsten des Unternehmens unsachlich zu beeinflussen oder auch nur einen entsprechenden Eindruck zu erwecken.
- Die Veranstaltung darf ausschließlich der **Vermittlung und Verbreitung von medizinischem Wissen** und praktischen Erfahrungen dienen. Die wissenschaftlichen Informationen und die Weitergabe von Kenntnissen in Diagnostik und Therapie müssen im Vordergrund stehen. Die Teilnahme soll nur unterstützt werden, wenn ein Bezug zum Tätigkeitsgebiet des Unternehmens und gleichzeitig zum Tätigkeitsgebiet des Veranstaltungsteilnehmers vorliegt.
- Es dürfen nur folgende Kosten erstattet werden:
 - angemessene **Hin- und Rückreisekosten** zum/vom Veranstaltungsort;
 - **Übernachungskosten**;
 - ggf. **Kongressgebühren**.
- Kosten für Bewirtungen nur insoweit, als sie einen **angemessenen Rahmen** nicht überschreiten und von untergeordneter Bedeutung bleiben.
- Darüber hinausgehende Kosten (für Theater, Konzertbesuche, Rundflüge, Sportveranstaltungen, Besuche von Freizeitparks etc) dürfen **nicht erstattet** werden. Ein Verbleiben auf Kosten des Unternehmens über den für die Veranstaltung notwendigen Zeitraum hinaus darf nicht erfolgen. Die Annahme bzw. Gewährung von sonstigen Belohnungen, Geschenken und geldwerten Vorteilen mit privatem Charakter (zB Kosten für Begleitpersonen) darf ebenfalls nicht erfolgen.
- Die Übernahme der Kosten sollte ferner davon abhängig gemacht werden, dass sich der von einem Unternehmen eingeladene niedergelassene Arzt, Klinikarzt oder andere Mitarbeiter einer medizinischen Einrichtung **zur Teilnahme an der Veranstaltung verpflichtet** und an ihr auch **tatsächlich teilnimmt**.
- Es sollte aus Gründen der vollständigen **Dokumentation** eine Liste der Teilnehmer erstellt werden, welche die Veranstaltung tatsächlich besucht haben.
- Es sollte auch darauf geachtet werden, dass es sich bei der Veranstaltung um eine allgemein **anerkannte wissenschaftliche Veranstaltung** handelt, der Veranstaltungsort kein beliebtes Touristenziel darstellt, die Veranstaltung nicht in der üblichen Urlaubszeit stattfindet und das Tagesprogramm keinen erheblichen Spielraum zur Entfaltung typischer Urlaubsaktivitäten bietet.

⁵¹ Eine Regelung, die sich eng an den „Gemeinsamen Standpunkt“ anlehnt, sieht Nr. 4.3 der Verwaltungsvorschriften zur Annahme und Verwendung von Mitteln Dritter an Hochschulen (Drittmitteleichtlinien – DriMiR) des Bayerischen Staatsministeriums für Wissenschaft, Forschung und Kunst vom 21.10.2002 vor.

- Eine Unterstützung von Klinikärzten darf nur erfolgen, wenn eine **Genehmigung** von Seiten des Dienstherrn bzw. des Arbeitgebers des betroffenen Klinikarztes **vorliegt**. In der Regel sollten sich Unternehmen die **Genehmigung vor der Veranstaltung in schriftlicher Form** vorlegen lassen. Bei Kurzveranstaltungen oder über das Internet angebotenen Veranstaltungen wie Webinare, bei denen die individuelle finanzielle Unterstützung äußerst gering ist bzw. sich allein auf eine kostenlose Bereitstellung des Fort- und Weiterbildungsangebots beschränkt, kann im Einzelfall eine angemessen dokumentierte Zusicherung des betroffenen Klinikarztes ausreichen, dass – soweit erforderlich – eine Genehmigung des Dienstherrn bzw. des Arbeitgebers eingeholt wurde.
 - In **keinem Fall** darf die Auswahl der niedergelassenen Ärzte, Klinikärzte oder von anderen Mitarbeitern medizinischer Einrichtungen im Hinblick auf deren Stellung bei der Beschaffung oder Verordnung von Produkten des Unternehmens erfolgen bzw. von Beschaffungs- oder Verordnungsentscheidungen abhängig gemacht werden.
- 55 Diese **Kriterien** sind inzwischen **allgemein anerkannt**.⁵² Sie entsprechen den Voraussetzungen, die nach dem „Gemeinsamen Standpunkt“ der Verbände an eine strafrechtlich einwandfreie Unterstützung der Teilnahme an Fort- und Weiterbildungsveranstaltungen gestellt werden. Darüber hinaus hat die Regelung des § 33 MBO-Ä aF zum „individuellen Fortbildungssponsoring“, die durch die Novelle der MBO-Ä im Jahr 2011 in § 32 Abs. 2 MBO-Ä integriert wurde, die Empfehlungen und Hinweise des „Gemeinsamen Standpunkts“ ausdrücklich übernommen (→ Kap. 2 Rn. 125 ff.; zu beachten sind jedoch in diesem Zusammenhang die unterschiedlichen Umsetzungen der MBO-Ä durch die einzelnen Landesärztekammern, vgl. → Kap. 2 Rn. 127 ff. sowie die Bestrebungen einer möglichen gänzlichen Streichung des § 32 Abs. 2 MBO-Ä, vgl. → Kap. 2 Rn. 129 ff.). Eine entsprechende Regelung sehen die „Verhaltensempfehlungen“ der Verbände der pharmazeutischen Industrie (Nr. 6) sowie § 20 FSA-Kodex Fachkreise und § 8 Kodex „Medizinprodukte“ vor. Die dem „Gemeinsamen Standpunkt“ entsprechenden Kriterien haben im Übrigen auch verschiedene Bundesländern, etwa in Baden-Württemberg oder Bayern, als Vorbild für die Regelung der Frage gedient, ob und unter welchen Voraussetzungen ihren Hochschulangehörigen die Annahme von Unterstützungsleistungen von der Industrie zur Teilnahme an internen und externen Fort- und Weiterbildungsveranstaltungen möglich ist. Diese Kriterien können daher als **gute Orientierungspunkte** dienen, deren Einhaltung den Grad der rechtlichen Risiken erheblich minimiert.
- 56 Auch bei Einhaltung der genannten Kriterien besteht angesichts der bisherigen Ermittlungspraxis sowie der bislang ergangenen Rechtsprechung im Klinikbereich ein gewisses **Restrisiko**, dass Ermittlungsbehörden dennoch entsprechende Vorgänge wegen des Verdachts der Bestechlichkeit bzw. Bestechung verfolgen bzw. Gerichte entsprechende Verurteilungen aussprechen. Dementsprechend rät der BVMed seinen Mitgliedern neuerdings ausdrücklich, von der **direkten Unterstützung einer aktiven und passiven Teilnahme an externen Veranstaltungen** abzusehen (vgl. → Kap. 4 Rn. 14a f.). Stattdessen könne eine indirekte Unterstützung über sogenannte **Educational Grants**, dh die Zurverfügungstellung finanzieller Mittel an Gesundheitsorganisationen für die Veranstaltungsteilnahme auf Grundlage einer Vereinbarung erfolgen, sofern in der Vereinbarung sichergestellt wird, dass die Mittel nur für angemessene Hin- und Rückreisekosten sowie notwendige Übernachtungskosten verwendet werden (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 lit. a, b). Zum 1.1.2018 erhielt zunächst die bisherige Regelung des § 8 Abs. 2 Nr. 2 lit. b S. 4 Kodex „Medizinprodukte“ (Fort- und Weiterbildung) ein Addendum, wonach das Risiko, durch die direkte Unterstützung einer passiven Teilnahme an drittorganisierten Konferenzen unter Korruptionsverdacht zu geraten, nur dadurch minimiert werden könne, indem die Unternehmen eine derartige Unterstützung gänzlich einstellen. 2020 wurde das Addendum in den Kodextext überführt und die entsprechende Vorschrift neu strukturiert. Damit setzt der BVMed die

⁵² Vgl. etwa *Krüger* GesR 2015, 527 (531); *Dann/Jones* in *Dann* S. 243 f., 263–266.

C. Einseitige Leistungen

Vorgaben des MedTech Europe Code of Ethical Business Practice⁵³ um. Der BVMed reagiert damit auch auf die Ansicht verschiedener Staatsanwälte, wonach die individuelle Unterstützung einer passiven Teilnahme zumindest einen erheblichen Anfangsverdacht der Korruption begründen könne.⁵⁴ Sofern Unternehmen derartige Unterstützungsleistungen nicht völlig eingestellt haben, beschränken sie sich nun vielfach darauf, den medizinischen Einrichtungen im Wege einer **Geld- oder Sachspende** (etwa in Form eines „Reisegutscheins“) oder eines **betrieblichen Geschenks** Mittel zur Verfügung zu stellen, um Klinikärzten und anderen Mitarbeitern medizinischer Einrichtungen die Teilnahme an fremdorganisierten Fort- und Weiterbildungsveranstaltungen zu ermöglichen. In diesen Fällen ist es aus steuerlichen Gründen (→ Kap. 10 Rn. 79) empfehlenswert, dass die konkreten Klinikärzte bzw. anderen Mitarbeiter, die an der Veranstaltung teilnehmen sollen, von der medizinischen Einrichtung und nicht von dem Unternehmen benannt werden. Dies hat auch unter strafrechtlichen Gesichtspunkten den Vorteil, dass eine Individualisierung der entsprechenden Klinikärzte und Mitarbeiter durch die medizinische Einrichtung erfolgt. In der Praxis führen jedoch insbesondere Geldspenden für die Teilnahme von Mitarbeitern an medizinischen Fachkongressen zu Problemen, da die Verwaltungen oftmals keine Kapazitäten oder Erfahrungen haben, die Teilnahme von Klinikärzten und anderen Mitarbeitern an medizinischen Fachkongressen zu organisieren. Ferner erhöhen sich regelmäßig die Kosten für die Teilnahme, wenn nicht von Sammelbestellungen Gebrauch gemacht werden kann. Von daher kommt der Möglichkeit, eine bereits organisierte Kongressreise in **Form einer Sachspende** oder eines **betrieblichen Geschenks** von Seiten der Industrie zu gewähren, eine höhere Praktikabilität zu.

2. Spenden

In der Praxis werden von Unternehmen oftmals an gemeinnützige medizinische Einrichtungen oder andere gemeinnützige Organisationen Spenden zum Zwecke der Unterstützung von Forschung und Lehre, zur Verbesserung der Gesundheits- bzw. Patientenversorgung, zur Aus- und Weiterbildung bzw. für mildtätige Zwecke gewährt.⁵⁵ Der FSA-Kodex Fachkreise enthält in §§ 25, 26 Vorgaben für Spenden und sonstige Zuwendungen an medizinische Einrichtungen. Doch auch außerhalb des Anwendungsbereichs dieser speziellen Vorschriften sind die folgenden Grundsätze zu beachten. Spenden müssen grundsätzlich **unabhängig von Umsatzgeschäften** erfolgen und dürfen auch nicht zu deren Voraussetzung gemacht werden.⁵⁶ Um bereits den Eindruck zu vermeiden, Spenden dienten individuellen persönlichen Interessen von Beschäftigten medizinischer Einrichtungen, sollte darauf geachtet werden, dass die Spende nicht auf ein Privatkonto (etwa des ärztlichen Abteilungsdirektors) überwiesen wird. Spenden sollten nur auf ein Spenden- oder Drittmittelkonto der medizinischen Einrichtung erfolgen, das in der **Verfügungsgewalt der Verwaltung** steht. Gleichzeitig gewährleistet dies eine Einbeziehung der Krankenhaus- und Universitätsverwaltungen bei der Einwerbung und Administration von Spenden. Entsprechendes gilt, wenn Spendengelder für Fördervereine von Krankenhäusern oder Universitätskliniken eingeworben werden. Auch hier sollten die Dienstherren bzw. Arbeitgeber der einwerbenden Klinikärzte (dh in der Regel die Verwaltung) in die Administration und Verwendung der Spenden eingebunden sein.⁵⁷

Die Notwendigkeit der vorherigen Einbeziehung des Dienstherrn bzw. Arbeitgebers folgt auch hier aus den geltenden Antikorruptionsvorschriften. Danach besteht ein Strafbar-

⁵³ MedTech Europe Code of Ethical Business Practice, abrufbar unter: <https://www.medtecheurope.org/wp-content/uploads/2017/06/medtech-europe-code-of-ethical-business-practice-qu-dg.pdf> (zuletzt abgerufen am 8.11.2021).

⁵⁴ So zB die Staatsanwaltschaft Thüringen Ärzteblatt Thüringen 5/2017, 292.

⁵⁵ So auch *Leipold* in Hauschka/Moosmayer/Lösler § 50 Rn. 62.

⁵⁶ Zu strafrechtlichen Fragen im Zusammenhang der Gewährung von Spenden an universitäre Einrichtungen s. *Dauster* NStZ 1999, 63 ff.

⁵⁷ Hierzu auch „Gemeinsamer Standpunkt“, S. 22.

keitsrisiko für Ärzte, die Vorteile für sich oder einen Dritten fordern, sich versprechen lassen oder annehmen. Gleiches Risiko einer Strafbarkeit besteht für Unternehmensmitarbeiter, die Ärzten Vorteile für sich oder einen Dritten anbieten, versprechen oder gewähren. Folglich kann das Strafbarkeitsrisiko durch die vorherige Genehmigung der Dienstherren bzw. Arbeitgeber hinsichtlich der Vorteilsannahme bzw. Vorteilsgewährung ausgeschlossen, bezüglich der übrigen Bestechungstatbestände weitgehend minimiert werden.⁵⁸ Voraussetzung ist allerdings auch hier, dass die Einwerbung bzw. Gewährung von Spenden **nicht im Zusammenhang mit Beschaffungs- oder Verordnungsentscheidungen** steht. Diese Grundregeln sind in den Fällen nicht ohne Weiteres anwendbar, in denen die Spende nicht für eine bestimmte medizinische Einrichtung, sondern an eine von der medizinischen Einrichtung unabhängige Institution (etwa an wissenschaftliche Fachgesellschaften oder karitative oder wissenschaftliche Organisationen) gewährt werden soll. Da auch in diesen Fällen ein Strafbarkeitsrisiko in Folge der Drittvergleichsproblematik (→ Kap. 2 Rn. 11) nicht ausgeschlossen werden kann, ist zu empfehlen, dass bei der Einwerbung von Spenden für unabhängige Organisationen ebenfalls die Dienstherren bzw. Arbeitgeber der einwerbenden Ärzte die Einwerbung bzw. Gewährung der Spende vorher genehmigen. Diese Empfehlung gilt nicht nur für Ärzte, die als Funktionsträger (etwa als Vorsitzende oder Schatzmeister) Spenden für ihre Organisationen einwerben, sondern auch für sonst einwerbende Klinikärzte, die lediglich einfache Mitglieder dieser Organisationen sind oder Spenden einwerben, ohne selbst dieser Organisation anzugehören. In der Praxis hat sich die Einholung von Genehmigungen in solchen Fällen vielfach als schwierig oder unmöglich herausgestellt, da die für Klinikärzte zuständigen Verwaltungsstellen der medizinischen Einrichtungen oftmals die Notwendigkeit einer Genehmigung nicht einsehen oder aber nach ihrer Auffassung nicht über die notwendigen Hintergrundinformationen zur Erteilung einer Genehmigung verfügen. Aus diesem Grund empfiehlt der „Gemeinsame Standpunkt“ der Verbände, dass aus Gründen einer möglichst weitreichenden Risikominimierung unter dem Gesichtspunkt des sog. „Drittvergleichs“ bzw. zu Dokumentationszwecken **zumindest die entsprechende Information an den Dienstherrn bzw. Arbeitgeber** gegeben werden soll.

- 60 Sofern der Dienstherr bzw. Arbeitgeber mit der Verwaltung der medizinischen Einrichtung identisch ist, der die Spende zugutekommen soll, ist zu empfehlen, dass auch die vorgesetzte Behörde des Dienstherrn bzw. des Arbeitgebers die Einwerbung bzw. Gewährung der Spende vorher genehmigt. Der Grund hierfür besteht darin, dass es rechtlich bisher nicht eindeutig geklärt ist, ob der Dienstherr bzw. Arbeitgeber die Gewährung eines Vorteils auch dann genehmigen kann, wenn der genehmigte Vorteil der von ihm verwalteten Einrichtung selbst zugutekommt. Dies führt im Regelfall dazu, dass in diesen Fällen auch der Träger der medizinischen Einrichtung einzubeziehen ist, der die Spende gewährt werden soll. Hier sollte es jedoch ausreichen, wenn eine **generelle Genehmigung des Trägers** vorliegt und die entsprechende Verwaltungsstelle das Vorliegen dieser Genehmigung bestätigt. Die genannten Grundsätze gelten auch im Hinblick auf Sachspenden an gemeinnützige medizinische Einrichtungen oder andere gemeinnützige Organisationen, etwa im Zusammenhang mit der Überlassung von **Geräten** oder **Fachliteratur**.

3. Geschenke und Bewirtungen

- 61 Sofern es sich bei Klinikärzten um Beamte und Angestellte des öffentlichen Rechts handelt, ist die Annahme von Geschenken ohne Zustimmung des Dienstherrn grundsätzlich untersagt. Dasselbe gilt für die Annahme von Bewirtungen. Nach der sowohl für Klinikärzte als auch für niedergelassene Ärzte geltenden Regelung des § 32 MBO-Ä des ärztlichen Berufsrechts ist es dem Arzt nicht gestattet, Geschenke oder andere Vorteile für sich oder Dritte zu fordern, sich oder Dritten versprechen zu lassen oder anzunehmen, wenn hier-

⁵⁸ Rápplé implant 1997, 9, setzt die hohe Bedeutung der Dienstherreninvolvierung mit einer „rechtlichen Lebensversicherung“ gleich; zur Ausnahme hiervon im Rahmen des § 299a StGB Heil/Oeben PharmR 2016, 217 (220).