

Juni 2003
Jahrgang 3, Ausgabe 2

In dieser Ausgabe

1 Die Krankenhaus-träger sind gefordert...

1 Gratwanderung : Industriesponsoring...

BDA

Berufsverband Deutscher
Anästhesisten
- Iustitiare -
Roritzerstraße 27
90419 Nürnberg

Tel.: 0911/93378-17/27
Fax: 0911/3938195
e-mail: BDA.iustitiare@dgai-ev.de

Die Krankenhaus-träger sind gefordert

– zum Inhalt von Wahlleistungsvereinbarungen -

Dr. iur. E. Biermann, Nürnberg

In den letzten Jahren wird vermehrt diskutiert, welche Anforderungen an die persönliche Leistungserbringung der liquidationsberechtigten Ärzte zu stellen sind. Lange Zeit wenig beachtet wurden jedoch die Vorschriften der Bundespflegesatzverordnung (BPfIV) zum Inhalt der Wahlleistungsvereinbarung zwischen Patient und Krankenhaus. Der Bundesgerichtshof (BGH) hatte im Dezember 1995 zur alten Fassung des § 7 Abs. 2 BPfIV 1985 und der dort geforderten Unterrichtung des Patienten über die Entgelte der Wahlleistungen ausgeführt, daß es nicht reicht, den Patienten nur über die Entgeltlichkeit der Wahlleistungen zu unterrichten. Ist die Information des Wahlleistungspatienten unzureichend, dann folgte der BGH – rechtsdogmatisch allerdings angreifbar – daraus die Unwirksamkeit der Wahlleistungsvereinbarung zwischen Patient und Krankenhausträger, die in der Folge zur Unwirksamkeit des Arzt-Zusatzvertrages zwischen Wahlleistungspatient und liquidationsberechtigtem Arzt führt. Dies hat die Konsequenz, daß der Wahlarzt selbst dann nicht liquidieren kann, wenn er alle Leistungen – von der GOÄ so allerdings gar nicht gefordert – „höchstpersönlich“ erbracht haben sollte. Damals hatte der BGH, allerdings nur in einer Randbemerkung, es ausreichen lassen,

wenn vor der Unterzeichnung der Wahlleistungsvereinbarung auf die gesonderte Abrechnung nach der GOÄ hingewiesen und dem Patienten die GOÄ vorgelegt wurde. Diese Information genügte den Untergerichten in der Folgezeit nicht. Diese beriefen sich auf die Neufassung des § 22 Abs. 2 Satz 1 BPfIV 1995, wo gefordert wird, daß der Patient „vor Abschluß der Vereinbarung über die Entgelte der Wahlleistungen und deren Inhalt im einzelnen zu unterrichten“ ist. Inhalt und Grenzen der Unterrichtungspflicht sind umstritten, die Rechtsprechung dazu ist uneinheitlich. Einigkeit besteht allenfalls insoweit, daß es nicht ausreicht, wenn der Patient über die Entgeltlichkeit der Wahlleistungen als

Fortsetzung Seite 2

Gratwanderung: Industriesponsoring zwischen Vorteilsannahme und Bestechlichkeit

Dr. iur. E. Biermann, Nürnberg

Vier Juristen – fünf Meinungen: Daß derselbe Sachverhalt von der Staatsanwaltschaft als Bestechlichkeit, vom Landgericht als straflos und vom Oberlandesgericht sodann als Vorteilsannahme beurteilt wurde (siehe Hanseatisches Oberlandesgericht (OLG) Hamburg, MedR 2000, 371) mag den Arzt verwundern, macht aber deutlich, wie fließend die Grenze von legal-egal-illegal im Industriesponsoring ist.

Fortsetzung Seite 4

Fortsetzg. v. S. 1 „Krankenhaussträger...“

solche unterrichtet wird. Welche Anforderungen an den Inhalt der Wahlleistungen – für die der Krankenhaussträger verantwortlich ist – sind zu stellen? Genügen Beispielsrechnungen oder sind gar – bindende? – Kostenvoranschläge gefordert?

Oberlandesgericht Jena

Das Oberlandesgericht (OLG) Jena (Urteil v. 16.10.2002, Gesundheits-Recht 3/2003, 81 ff.) hatte über die Wirksamkeit einer Wahlleistungsvereinbarung zu entscheiden. Das Urteil ist nicht rechtskräftig, gleichwohl soll im folgenden aus den Urteilsgründen zitiert werden, da es den Meinungsstand referiert:

„Es wird zwar vertreten, dass sich die Aufklärungspflicht für die Wahlleistung „Komfortunterbringung“ in aller Regel durch Verweis auf und Vorlage entspr. „Zuschlagsverzeichnisse“ erfüllen lasse, für andere wahlärztliche Leistungen ergäben sich in der Praxis aber Schwierigkeiten, da zum Zeitpunkt der Krankenhausaufnahme meist der genaue Umfang der notwendigen diagnostischen Untersuchungen, therapeutischen Maßnahmen und Folgebehandlungen nicht zu übersehen sei. Die Rechtsprechung zu diesem Problemkreis ist noch nicht gefestigt. Der BGH (BGH, Urt.v.19.12.1995 – III ZR 233/94, NJW 1996, 781 f. = MedR 1996, 184 ff.) hat zur Frage, welche Anforderungen an die Unterrichtungspflicht des Krankenhauses zu stellen sei, bisher nur in einem obiter dictum Stellung genommen und die Vorlage der GOÄ angesprochen, ohne sie letztlich zu fordern. Entspr. dem normativen Zweck der Informationspflicht sei sie als ausreichend erfüllt anzusehen, wenn der Wahlleistungspatient mündlich über die Berechnungsgrundlagen, also die Grundstrukturen der GOÄ und die voraussichtliche Höhe der Gebühren allgemein unterrichtet werde. Eine im Wesentlichen zutreffende Angabe der Höhe der Gebühren, wie im Rahmen eines Kostenanschlages nach § 650 BGB, überfordere die Praxis und sei auch nicht im Interesse der Patienten geboten. Dem Patienten sei die

Möglichkeit der Einsichtnahme in die GOÄ/GOZ zu gewähren und auf Verlangen eine nähere Erläuterung zu geben (OLG Köln, Urt.v.22.04.1998 – 5 U 144/96, OLGReport Köln 1998, 212 = NJW-RR 1999, 228 f. [229] zu § 7 Abs. 2 BPflV 1985). Der Umfang der pflegesatzrechtlichen Informationspflicht des Krankenhauses werde von der Ziel- und Zwecksetzung bestimmt. Ziel der Unterrichtungspflicht sei der Schutz des Patienten vor vermögensmäßiger Ausnutzung und finanzieller Überforderung. Der Patient solle sich aufgrund der Belehrung durch das Krankenhaus bewusst machen können, dass er sich unter Umständen ganz erhebliche Verbindlichkeiten mit der Wahlleistungsvereinbarung auflade. Zur Erreichung dieses Zwecks sei es ausreichend, wenn der Patient auf die Tatsache hingewiesen werde, dass die Abrechnung des selbstliquidierenden Chefarztes nach der GOÄ erfolge und wie das System der Abrechnung nach der GOÄ im Wesentlichen funktioniere. Der Patient könne sich dann selbst nach Bedarf die GOÄ zur Vorlage erbitten oder selbst beschaffen. Bei der GOÄ handele es sich schließlich um gesetzliche Vorschriften, die von den Vertragsbeteiligten zu beachten seien und die – anders als häufig Allgemeine Geschäftsbedingungen – nicht mit Überraschungen oder inhaltlichen Fallstricken versehen seien (vgl. AG Kiel, Urt.v.25.08.2000 – 106 C 174/00; LG Kiel, Urt.v.15.02.2001 – 1 S 206/00, Kiel MedR 2001, 369 ff. [371]). Die vom OLG Düsseldorf (OLG Düsseldorf, Urt.v.23.04.1998 – 5 U 114/96) geforderte Erläuterung der Höhe der Entgelte anhand eines Berechnungsbeispiels und Darstellung des Unterschiedes zum allgemeinen Pflegesatz überfordere nicht nur die tägliche Praxis, sondern bedeute gleichzeitig eine erhebliche Verunsicherung des Patienten in einer gesundheitlichen Ausnahmesituation. Abgesehen davon sei eine rechnerische Ausgliederung der ärztlichen Kosten des konkreten Behandlungsfalles aus dem Pflegesatz in der Praxis mit erheblichem Aufwand verbunden und deshalb nicht vertretbar (vgl. Herbert Genzel, MedR 2001, 369 [370])“.

Diese Ansichten sind jedoch nach Auffassung des OLG Jena mit der

Neufassung des § 22 Abs. 2 BPflV nicht vereinbar:

„Diese Auffassung wird jedoch der Neuregelung zur Unterrichtungspflicht in § 22 Abs. 2 S. 1 Halbs. 2 BPflV nicht gerecht, denn diese ist wesentlich umfassender als die Altregelung in § 7 Abs. 2 BPflV 1985 und bestimmt, dass die Patienten über die Entgelte der Wahlleistungen und deren Inhalt im Einzelnen zu unterrichten sind. Hieraus ergibt sich eine Erweiterung ggü. der früheren Regelung in doppelter Hinsicht. Zum einen werden die Wahlleistungen selbst und nicht nur die für sie zu zahlenden Entgelte zum Gegenstand der Unterrichtung der Patienten gemacht, zum anderen wird festgelegt, dass die Unterrichtung über die Wahlleistungen und die Unterrichtung über die hierfür anfallenden Entgelte jeweils „im Einzelnen“ zu erfolgen hat“.

Im folgenden referiert das OLG Jena weitere Gerichtsentscheidungen zum Inhalt der Informationspflicht:

„Beim Abschluss einer Vereinbarung über wahlärztliche Leistungen sei auf der Basis des § 22 Abs. 2 S. 1 Halbs. 2 BPflV zu umschreiben, worin die von der ärztlichen Versorgung im Rahmen der allgemeinen Krankenhausleistung zu unterscheidende Leistung des Wahlarztes bestehe. Insoweit sei insb. der Umfang der persönlichen Leistungserbringung des Wahlarztes von Interesse (OLG Düsseldorf, Urt.v.16.02.1995 – 8 U 33/94, OLGReport Düsseldorf 1995, 236 = NJW 1995, 2421 [2421]). Diese müsse möglichst konkret umschrieben und von den ohnehin im Rahmen der allgemeinen Krankenhausleistungen erfolgenden ärztlichen Leistungen abgegrenzt und zumindest für die dem Patienten zu erbringenden Hauptleistungen angegeben werden. Diesbezüglich davon auszugehen, dass sich die Leistungsbeschreibung lediglich darin erschöpfen könne, allgemein auf die das persönliche Tätigwerden des leitenden Abteilungsarztes, verbunden mit dem Hinweis auf angeblich zulässige Vertretung oder Delegation hinzuweisen, werde der von § 22 Abs. 2 BPflV „im Einzelnen“ verlangten Information nicht gerecht. Hinsichtlich der Unterrichtung über

die Entgelte der wahlärztlichen Leistungen bedürfe es zunächst der Vorlage bzw. der Übergabe der GOÄ, was bereits für die Regelung des § 7 Abs. 2 BPflV 1985 anerkannt sei (BGH, Urt.v.19.12.1995 – III ZR 233/94, NJW 1996, 781 [782]). Kritiker meinten, dass dies dem Patienten wenig nutze, da er im Regelfall nicht fachkundig genug sei, die komplizierten Mechanismen der Gebührenrechnung nachzuvollziehen und wollen es daher im Grundsatz bei einem bloßen Hinweis auf die Abrechnung der GOÄ belassen. Gerade hier aber sei zum Ausgleich des Informationsdefizites des Wahlleistungspatienten und zur Erreichung des Zwecks der Regelung zu verlangen, dass die Krankenhäuser im Einklang mit der erweiterten Neuregelung der Informationspflicht eine noch weitergehende Unterrichtung vornehmen und dem Patienten Hinweise darauf gäben, welche Gebührensätze mutmaßlich in Ansatz gebracht würden, ob die Regelhöchsätze der GOÄ überschritten würden (so OLG Düsseldorf, Urt.v. 23.04.1998 – 8 U 171/97, OLGReport Düsseldorf 1999, 109 = VersR 1999, 496 [497] bereits zu § 7 Abs. 2 BPflV 1985) und welche Höhe der Arztrechnung sich hieraus für den Patienten voraussichtlich ergebe. Eine bloß allgemein gehaltene und nicht individualisierte Information des Patienten werde dem nicht gerecht. Eine genaue Angabe der zu erwartenden Kosten sei dabei letztlich nicht erforderlich. Wie im Rahmen eines Kostenanschlages nach § 650 BGB reiche auch hier eine im Wesentlichen zutreffende Angabe aus (vgl. Uleer/Miebach/Patt, Abrechnung von Arzt- und Krankenhausleistungen, 2. Aufl., § 22 BPflV, E.2.2).“

Der letzten Auffassung schließt sich das OLG Jena an und begründet dies mit der Interessenlage des Patienten:

„Der Zielsetzung der Novellierung, den Patienten in einer vielfach existenziellen Ausnahmesituation vor vermögensmäßiger Ausnutzung und Überforderung zu schützen, wird am ehesten die zuletzt vertretene Meinung gerecht. Das Selbstbestimmungsrecht in dieser gesundheitlichen Notlage des Patienten soll gewährleistet sein. Er soll in die Lage versetzt werden abzuwägen, ob und in welchem

Umfang er Zusatzleistungen für sich in Anspruch nehmen will und zu welchem Preis. Diese Abwägung wird ihm nur ermöglicht, wenn er in etwa über den Umfang der voraussichtlich anfallenden Wahlleistungen und die voraussichtlich anfallenden Kosten in Kenntnis gesetzt wird. Bei einer so detaillierten Unterrichtung des Patienten scheint dann allerdings die Vorlage bzw. Übergabe der GOÄ entbehrlich... Eine ausreichende Unterrichtung hätte vorausgesetzt, dass der voraussichtliche Umfang anfallender Wahlleistungen und die hierfür voraussichtlich anfallenden Entgelte ihm zur Kenntnis gebracht worden wären. Der der Patient i.d.R. nicht fachkundig genug ist, die komplizierten Mechanismen der GOÄ nachzuvollziehen, ist zum Ausgleich dieses Informationsdefizites den Krankenhäusern zuzumuten, dem Wahlleistungspatienten mitzuteilen, welche Gebührensätze mutmaßlich in Ansatz gebracht, ob und welche Regelhöchsätze der GOÄ überschritten werden und welche Höhe der Arztrechnung sich hieraus für den Patienten voraussichtlich ergibt“.

Die Umsetzungsschwierigkeit im Klinikalltag sieht das OLG Jena, hält diese jedoch für überwindbar:

„Mögliche praktische Schwierigkeiten bei Beginn einer Behandlung, den einzuschlagenden Behandlungsweg oder dessen Umfang bereits festlegen zu können, stehen dem nur scheinbar entgegen. Der Patient kann schrittweise, parallel zur Aufklärung über die vorzunehmenden Therapieschritte, über die finanziellen Konsequenzen des therapeutischen Vorgehens in Kenntnis gesetzt werden. Dabei spielt der Umstand, dass der Patient i.d.R. durch eine die Wahlleistungen erstattende Krankenversicherung vor wirtschaftlichen Schäden bewahrt ist, keine Rolle. Der Patient muss übersehen können, welche Vorfinanzierung von ihm ggf. sicherzustellen ist. Letzteres gilt besonders für Privatversicherte, die beihilfeberechtigt sind und auf die Erstattung von Kosten für in Anspruch genommene Wahlleistungen (soweit sie über die Beihilfestellen abgerechnet werden) unter Umständen geraume Zeit warten müssen“.

§ 7 Abs. 2 Satz 1 BPflV (alte Fassung)

Wahlleistungen sind vor der Erbringung schriftlich zu vereinbaren; der Patient ist vor Abschluß der Vereinbarung über die Entgelte der Wahlleistungen zu unterrichten. Die Wahlleistungen sind der zuständigen Landesbehörde mitzuteilen.

§ 22 Abs. 2 Satz 1 BPflV (aktuelle Fassung)

Wahlleistungen sind vor der Erbringung schriftlich zu vereinbaren; der Patient ist vor Abschluss der Vereinbarung über die Entgelte der Wahlleistungen und deren Inhalt im einzelnen zu unterrichten. Die Art der Wahlleistungen ist der zuständigen Landesbehörde zusammen mit dem Genehmigungsantrag nach § 20 mitzuteilen.

Kammergericht Berlin

Ähnlich das Kammergericht Berlin (Urteil v. 24.02.200, 20 U 1868/98):

„Nach Auffassung des Kammergerichtes Berlin wäre der Patient „vor der Unterzeichnung der Wahlleistungsvereinbarung über die Höhe der Entgelte konkret zu informieren gewesen, was nicht nur die Vorlagemöglichkeit der GOÄ voraussetzt, sondern die Mitteilung der maßgeblichen Abrechnungspositionen, d.h. der (voraussichtlichen) Leistungen, und der hierfür geschuldeten Beträge. Es wären jedenfalls die Entgelthöhen für die konkreten Leistungen, die Möglichkeit des 3,5-fachen Satzes, derWahlarztabschlag sowie die voraussichtliche Dauer und Art der Leistungen zu nennen gewesen, so daß der Patient die auf ihn zukommende finanzielle Belastung abschätzen kann“.

Pfälzisches Oberlandesgericht Zweibrücken

Auf eine weitere Besonderheit weist das Pfälzische OLG Zweibrücken

(Urteil v. 28.05.2002, MedR 2002, 654 ff) hin. Ob aus § 22 Abs. 2 BpflV eine detaillierte Unterrichtung im Sinne eines Kostenvoranschlages abgeleitet werden kann, läßt das Pfälzische OLG offen. Es hebt jedoch hervor, daß der Patient vor Abschluß der Wahlleistungsvereinbarung, wenn auch nicht notwendigerweise schriftlich, zu unterrichten ist. Im konkreten Fall ging die Unterschrift des Patienten unter das Wahlleistungsformular der stationären Aufnahme und der Unterschrift des Vertretungsberechtigten des Krankenhauses um eine Woche voraus. Ob der Patient nach seiner Unterschrift, aber vor oder bei stationärer Aufnahme über die Entgelte informiert und ihm Einsicht in die GOÄ geboten wurde, kann nach Auffassung des OLG Zweibrücken dahin stehen. Denn diese Unterrichtung wäre zu spät gekommen:

„Der mit der vorgeschriebenen Unterrichtung über die Entgelte der Wahlleistung bezweckte Schutz des Patienten liefe ins Leere, wollte man eine Unterrichtung nach Abgabe des verbindlichen Angebots auf Abschluss der Wahlleistungsvereinbarung durch den Patienten, aber vor Annahme dieses Antrags durch die Klinik, genügen lassen. Die Unterrichtung muss deshalb vor Abgabe der auf Abschluss der Wahlleistungsvereinbarung gerichteten Willenserklärung des Patienten erfolgen. Nur so kann der Patient in Kenntnis der finanziellen Konsequenzen eine ihn bindende Entscheidung für oder gegen die Inanspruchnahme wahlärztlicher Leistungen treffen.Die behauptete Unterrichtung am Vortag der schweren Herzoperation, der ausweislich der vorliegenden Liquidation mit vorbereitenden Untersuchungen angefüllt war, erscheint nicht nur unzweckmäßig, war die Patientin jedenfalls zu dieser Zeit kaum noch in der Verfassung, die Konsequenzen der Wahlleistungsvereinbarung in Ruhe zu überdenken. Da vorliegend die Patientin jedenfalls vor Abgabe ihres verbindlichen Angebots nicht in dem gebotenen Maße über die Entgelte der Wahlleistungen unterrichtet worden war, ist die Wahlleistungsvereinbarung unwirksam (vgl. Uleer/Miebach/Patt, a.a.O., § 22 BpflV, Abschnitt E. 3.1; BGH, a.a.O.; OLG Düsseldorf, a.a.O.). Auf sie kann der geltend gemachte Vergütungsanspruch nicht gestützt werden“.

Ausblick

Das Urteil des OLG Jena sowie das des Pfälz. OLG Zweibrücken sind, soweit ersichtlich, nicht rechtskräftig, über die Revisionen wird der BGH zu entscheiden haben. Angesichts der divergierenden Entscheidungen der Untergerichte ist ein klärendes Wort des BGH dringend notwendig. Es bleibt zu hoffen, daß der BGH der Forderung eines Kostenvoranschlages eine Absage erteilt. Schon im Urteil vom 19.12.1995 (NJW 1996, 781) hat der BGH auf die Neufassung der BpflV hingewiesen und die Auffassung vertreten, eine Verschärfung der Unterrichtungspflichten sehe er nicht. Dies unabhängig davon, ob die Worte „im einzelnen“ in § 22 Abs. 1 S. 1 BpflV sich überhaupt auf die Entgelte, oder nur auf den Inhalt der Wahlleistungen beziehen. Der BGH verweist auf die Begründung der Neufassung, in der es heißt, daß die neue Vorschrift den Regelungen des § 7 Abs. 2 Satz 1 BpflV a.F. entspräche, daß der Patient künftig auch über den Inhalt der Wahlleistungen im einzelnen zu unterrichten sei. Es wird sodann beispielhaft aufgeführt „bei der Wahlleistung Ein- oder Zweibettzimmer“, könnte dies z.B. die Angabe von Telefon, Fernseher u.a. sein“. Daraus folgte der BGH damals, daß es nicht Sinn des Ordnungsgebers war, den Sinn des Wortes „Entgelte“ gegenüber der alten Fassung der Vorschrift zu ändern. Die Informationspflicht ist deshalb auf ein vernünftiges, interessengerechtes Maß zu reduzieren. Inhalt der ärztlichen Leistung ist es nicht, den Patienten im Sinne eines Werkvertrages zu „reparieren“, geschuldet werden nur die auf Therapie gerichteten ärztlichen Bemühungen in Form eines Dienstvertrages. Die Forderung nach einem Kostenvoranschlag, wie er im Werkvertragsrecht gilt, ist schon deshalb systemwidrig. Die vom OLG Jena geforderte schrittweise Unterrichtung müßte konsequenterweise bereits vor den ersten diagnostischen Maßnahmen einsetzen. Es ist zudem schon bei Standardbehandlungen fraglich, inwieweit sich eine Art Kostenvoranschlag erstellen läßt. Bei komplizierteren Behandlungsabläufen scheint eine solche Forderung gar nicht mehr erfüllbar. Es ist aber ein alter rechtlicher Grundsatz, daß von niemandem Unmögliches gefordert werden darf. Dem Schutz vor Überforderung des Patienten ist bereits

dadurch Genüge getan, daß ärztliche Leistungen nur im Rahmen der Gebührenordnung für Ärzte abgerechnet werden können.

* * * *



Fortsetzung von S. 1 „Gratwanderung...“

Mit der Grundsatzentscheidung vom 23.05.2002 (siehe JUS-Letter 4/2002) hat der BGH immerhin das Verhältnis von Drittmittelwerbung und Vorteilsannahme insoweit geklärt, als eine strafbare Vorteilsannahme dann nicht vorliegt, wenn die jeweiligen Drittmittelrichtlinien (insbesondere Anzeige/Genehmigung) eingehalten wurden.

Mit dem folgenden Grundsatzurteil setzt der BGH seine Rechtsprechung zum Industriesponsoring, speziell zur Abgrenzung zwischen Vorteilsannahme und Bestechlichkeit, fort. Allerdings nehmen sowohl das o.g. Urteil vom 23.05.2002 wie das nachfolgend dargestellte Urteil des BGH vom 23.10.2002 Bezug auf die Fassung der Straftatbestände vor der Strafverschärfung durch das sog. Antikorruptionsgesetz von 1997. In den wesentlichen, hier dargestellten Grundzügen darf jedoch wohl davon ausgegangen werden, daß die dort getroffene Abgrenzung auch vor dem Hintergrund der Neufassung der Straftatbestände der Vorteilsannahme und Bestechlichkeit Bestand haben wird

Das Urteil des BGH vom 23.10.2002 (siehe auch ArztRecht 4/2003, 93): Das Landgericht (LG) verurteilte den angeklagten Universitätsprofessor, Leiter der Herzchirurgie eines Universitätsklinikums, wegen Bestechlichkeit in 11 Fällen zu einer Gesamtgeldstrafe von 250 Tagessätzen zu je 330 DM. Dem Angeklagten wurde zur Last gelegt, von medizintechnischen Firmen Zuwendungen und Leistungen erhalten zu haben, z.B. in Form der Kostenerstattung für Kongreßreisen

des Angeklagten, für Betriebs- und Weihnachtsfeiern; als Gegenzug für Beschaffungsentscheidungen wurde medizinisch-technisches Gerät zur Verfügung gestellt. Nach der Geschäftsverteilung war zwar die Abteilung Materialwirtschaft für die Bestellung sämtlicher medizinischer Produkte zuständig, mangels Erfahrung im Bereich der Herzchirurgie war dem Angeklagten aber faktisch gestattet, Produkte direkt bei den Firmen zu bestellen oder durch seine Mitarbeiter bestellen zu lassen. Das LG geht davon aus, dem angeklagten Arzt sei klar gewesen, daß die gewährte finanzielle Unterstützung als Gegenleistung sowohl für bisherige

§ 331 StGB – Vorteilsannahme

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

(2) Ein Richter oder Schiedsrichter, der einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, daß er eine richterliche Handlung vorgenommen hat oder künftig vornehme, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Der Versuch ist strafbar.

(3) Die Tat ist nicht nach Absatz 1 strafbar, wenn der Täter einen nicht von ihm geforderten Vorteil sich versprechen läßt oder annimmt und die zuständige Behörde im Rahmen ihre Befugnisse entweder die Annahme vorher genehmigt hat oder der Täter unverzüglich bei ihr Anzeige erstattet und sie die Annahme genehmigt.

wie auch künftige Entscheidungen bei der Materialauswahl erfolgt sei; der Angeklagte habe sich durch die Annahme der Zahlungen und der Einladungen zu Kongreßreisen bereit gezeigt, diese Zuwendungen bei seinen Beschaffungsentscheidungen auch mit „in die Waagschale“ zu werfen.

Der wesentliche Unterschied zwischen der Vorteilsannahme und der höher bestraften Bestechlichkeit ist der, daß bei der Bestechlichkeit ein Vorteil für eine bestimmte Diensthandlung entgegengenommen wird und der Bestechene durch diese Diensthandlung seine Dienstpflichten verletzt hat oder verletzen würde. Hinzu kommt, daß nach

§ 332 StGB – Bestechlichkeit

(1) Ein Amtsträger oder ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter, der einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, daß er eine Diensthandlung vorgenommen hat oder künftig vornehme und dadurch seine Dienstpflichten verletzt hat oder verletzen würde, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe. Der Versuch ist strafbar.

(2) Ein Richter oder Schiedsrichter, der einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, daß er eine richterliche Handlung vorgenommen hat oder künftig vornehme und dadurch seine richterlichen Pflichten verletzt hat oder verletzen würde, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft. In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren.

(3) Falls der Täter den Vorteil als Gegenleistung für eine künftige Handlung fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, so sind die Absätze 1 und 2 schon dann anzuwenden, wenn er sich dem anderen gegenüber bereit gezeigt hat,

1. bei der Handlung seine Pflichten zu verletzen oder,
2. soweit die Handlung in seinem Ermessen steht, sich bei Ausübung des Ermessens durch den Vorteil beeinflussen zu lassen.

§ 332 Abs. 3 auch derjenige bestraft wird, der den Vorteil als

Gegenleistung für eine künftige Handlung entgegennimmt, wenn er sich dem anderen gegenüber bereit gezeigt hat, bei der Handlung seine Pflichten zu verletzen oder bei Ermessensentscheidungen sich bei Ausübung des Ermessens durch den Vorteil beeinflussen zu lassen. Zur Frage, wann eine derartige Dienstpflichtverletzung vorliegt, nimmt der BGH Stellung: „Nach allgemeiner Ansicht liegt eine Dienstpflichtverletzung vor, wenn die Diensthandlung gegen ein Gesetz, eine Rechtsverordnung, eine Verwaltungsvorschrift oder eine allgemeine oder konkrete dienstliche Weisung verstößt. Bei Ermessensentscheidungen handelt der Amtsträger pflichtwidrig, wenn er sachwidrig entscheidet, aber auch dann, wenn er sich nicht ausschließlich von sachlichen Gesichtspunkten leiten, sondern sich durch den Vorteil beeinflussen läßt, diesen also mit in die Waagschale legt (vgl. nur BGHSt 15, 88, 92; 15, 239, 242, 247). Dabei spielt es für den Schuldspruch keine Rolle, ob die Entscheidung selbst sachlich gerechtfertigt werden kann“. Zur Strafausweitung in § 332 Abs. 3 StGB in Form des sich Bereitzeigens führt der BGH aus:

„Bezieht sich die Vereinbarung mit dem Vorteilsgeber auf eine künftige Diensthandlung, so genügt es..., daß der Täter sich ausdrücklich oder stillschweigend bereit gezeigt hat, bei Vornahme der Diensthandlung seine Pflichten zu verletzen oder, bei einer Ermessensentscheidung, sich bei der Ausübung seines Ermessens von dem Vorteil beeinflussen zu lassen. Ob der Täter sich insgeheim vorbehält, später sachgerecht zu verfahren, ist unerheblich. Entscheidend ist der von ihm nach außen erweckte Eindruck. Schließlich kann die pflichtwidrige Diensthandlung nicht bereits in der Annahme des Vorteils gesehen werden; vielmehr muß sich die Vorteilsannahme auf eine schon an sich und als solche pflichtwidrige Diensthandlung beziehen.

Das Merkmal des (vorsätzlichen) Sichbereitzeigens zur Beeinflussung verlangt den Nachweis eines entsprechenden Sachverhalts. Ein solcher Eindruck kann durch ausdrückliche Erklärung, aber auch durch schlüssiges Verhalten in einem bestimmten Zusammenhang erweckt werden. Dabei werden in der Regel die

Rahmenbedingungen eine wichtige Rolle spielen. Allein die Annahme eines Vorteils reicht dazu grundsätzlich nicht aus. Maßgebend sind die jeweiligen Umstände des Einzelfalles...

Das bloße Fordern, Vereinbaren oder Annehmen eines Vorteils kann allerdings insbesondere in Fällen ausschließlich eigennütziger Vereinnahmung und Verwendung des Vorteils ein gewichtiges Beweisanzeichen für ein Sichbereitzuweisen im Sinne des § 332 Abs. 3 Nr. 2 StGB sein. Solches kann nahe liegen, wenn dem Vorteil jeglicher dienstliche Verwendungsbezug fehlt, typischerweise bei der Annahme klassischer „Schmiergelder“ oder hoher Beträge, die ausschließlich für private Zwecke des Amtsträgers verwendet werden. Hat aber der Vorteil einen wie immer gearteten dienstlichen Bezug und können andere Gesichtspunkte auch gegen einen bewußt vermittelten Eindruck der Beeinflussbarkeit sprechen, so bedarf es einer ausdrücklichen Würdigung aller Umstände, die die Annahme eines Sichbereitzuweisens zu tragen oder ihnen zu widerstreiten vermögen. Im Einzelfall muß dazu auch festgestellt werden, welche Vorstellungen über den Zweck der Vorteilsgewährung und deren Annahme bei den Beteiligten bestanden haben (vgl. BGHSt 15, 352, 355)“.

Anders als das LG sieht der BGH jedoch in der überwiegenden Zahl der Fälle dieses Merkmal dieses Sichbereitzuweisens nicht gegeben:

„Das Landgericht ist in den hier in Rede stehenden zehn Fällen davon ausgegangen, für das Sichbereitzuweisen genüge es, daß der Zuwendende mit dem Ziel der Beeinflussung handele und der Beamte dies erkenne, aber gleichwohl den Vorteil annehme (UA S. 85). Das allein reicht hier jedoch nicht hin. Es hätte vielmehr über die bloße Vereinbarung und die Annahme der Vorteile hinaus der Feststellung weiterer Begleitumstände bedurft, um daraus auf ein Sichbereitzuweisen schließen und dieses wertend feststellen zu können. Die Revision weist mit Recht darauf hin, daß der Wert der Zuwendungen im Verhältnis zu den getätigten Umsätzen jedenfalls nicht als hoch erscheint. Bei der Finanzierung der Kongreßreisen war ein konkreter dienstlicher Bezug gegeben, der selbst bei den durch Kostenübernahme

finanzierten Weihnachts- und Betriebsfeiern für die Mitarbeiter der Klinikabteilung des Angeklagten nicht völlig fehlte. Schließlich ergeben die Urteilsgründe auch Umstände, die einer Bereitschaftsbekundung im Sinne des § 332 Abs. 3 Nr. 2 StGB eher entgegenstehen können und die das Landgericht in seine Bewertung hätte einbeziehen müssen: So ließ der Angeklagte die Gesamtrechnung für die Weihnachtsfeier am 15. Dezember 1993 in Teilrechnungen aufspalten, die drei verschiedene Firmen übernahmen. Er ließ sich auch sonst von mehreren Firmen unterstützen, die untereinander zum Teil ersichtlich auch konkurrierten. Zudem sah der Angeklagte Ende Juni 1994 vom weiteren Bezug der Duromedics-Tekna-Herzklappen bei B. ab, weil es bei einer solchen Klappe zu einem Flügelbruch gekommen war (UA S. 26); dies obgleich er am Umsatz pro abgenommener Klappe absprachegemäß mit 500 DM beteiligt war und davon auch namhafte Beträge auf sein offizielles Drittmittelkonto bei der Universität flossen...

Bei dieser Sachlage hätte es neben der bloßen Vereinbarung und Annahme der Vorteile weiterer Umstände bedurft, um in tatsächlicher wie rechtlicher Hinsicht davon ausgehen zu können, der Angeklagte habe sich gegenüber dem Zuwendenden bereit gezeigt, sich bei seinen Beschaffungsentscheidungen beeinflussen zu lassen. Die bloße Vorteilsannahme in Kenntnis der von den Zuwendenden verfolgten Absichten genüge dafür in den vorliegenden Fällen nicht. Sonst würde der tatbestandliche Unterschied zwischen Vorteilsannahme und Bestechlichkeit verwischt und der Eigenständigkeit des Merkmals des Sichbereitzuweisens nicht hinreichend Rechnung getragen“.

Insoweit lag nach Auffassung des BGH „nur“ eine Vorteilsannahme vor. In zwei Fällen allerdings kam der BGH zu dem Ergebnis, daß der Angeklagte sich der Bestechlichkeit schuldig gemacht hatte, da er sich „tatsächlich durch den Vorteil beeinflussen“ ließ, „ihn also gleichsam mit in die Waagschale“ legte und mitberücksichtigte, „mag die Entscheidung auch sachlich zu rechtfertigen sein“. An der Pflichtwidrigkeit der Diensthandlung hätte sich nach Auffassung des BGH nichts geändert, wenn die „Kopp-

lungsvereinbarung“ sich für das Klinikum als günstig erwiesen hätte: „Es trifft zwar zu, daß das aufgabengerechte Heraushandeln von Vorteilen für die Anstellungskörperschaft bei entsprechender Offenlegung dieser gegenüber für sich gesehen den Schutzbereich des Tatbestandes nicht berührt. Werden im Verhandlungswege günstige Konditionen, etwa auch eine Art „Draufgabe“ für die Anstellungskörperschaft und damit zugleich bessere Wirkungsmöglichkeiten für den Verhandelnden erreicht, so ist der darin liegende Vorteil nicht eine Gegenleistung für die Diensthandlung des Abschlusses der Vereinbarung; der Vorteil ergibt sich vielmehr aus dem günstigen Abschluß selbst und ist Teil dessen (vgl. BGHSt 1, 182). Wird der Vorteil aber gerade gegenüber der Anstellungskörperschaft oder der bei ihr sonst dafür zuständigen Stelle nicht offengelegt, sondern nebenbei und heimlich gewährt, ist sehr wohl das tatbestandliche Beziehungs- und Gegenleistungsverhältnis gegeben, selbst wenn der nebenbei gewährte Vorteil – der nicht Gegenstand der „offiziellen“ Vereinbarung ist – wirklich oder vermeintlich dem Geschäfts- oder Dienstherrn, hier dem Klinikum mit zugute kommen sollte, sich aber eben auch als mittelbarer Vorteil des Amtsträgers erweist. Hätte der Angeklagte also die Kopplungsvereinbarung zum Gegenstand der schließlich durch die Abteilung Materialwirtschaft bewirkten Bestellung gemacht (Mengenkontrakt) und nicht verheimlicht, hätte sich der Vorteil aus der in Rede stehenden Diensthandlung selbst ergeben. Er wäre dann nicht tatbestandsmäßig. Diesem Ergebnis entspricht, daß Bestechlichkeit wie Vorteilsannahme ein gewisses Maß an Heimlichkeit und Verdeckung der Vorteilsvereinbarung und des Vorteils gegenüber der Anstellungskörperschaft eigen ist“.

Abschließend weist der BGH auch hier darauf hin, daß wegen der langen Dauer des Verfahrens, des Fehlens einer effektiven Kontrolle durch die Aufsichtsorgane und der seinerzeitigen „Branchenüblichkeit“ der Unterstützung von Feiern und Kongreßreisen durch die Industrie es sich erweisen könnte, daß das „verwirklichte verbleibende Unrecht nicht allzu schwer wiegt“, zumal die Vorteile „möglicherweise deutlich überwiegend dem Klinikbetrieb zugute“ kamen.