

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

2 StR 258/93

F. J. M.

vom

1. September 1993

in der Strafsache
gegen

Dr. med. Walter Georg E r [REDACTED] aus F [REDACTED]
[REDACTED] a M [REDACTED], geboren am [REDACTED]. [REDACTED] 1940 in Lu [REDACTED].

wegen Betruges

147

- 2 -

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 1. September 1993, an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof
Dr. Jähnke,

die Richter am Bundesgerichtshof
Niemöller
Gollwitzer
Detter
Streck
als beisitzende Richter,

Oberstaatsanwalt beim Bundesgerichtshof [REDACTED]
in der Verhandlung,
Bundesanwalt [REDACTED] bei der Verkündung
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] aus [REDACTED] und
[REDACTED] aus [REDACTED]
als Verteidiger des Angeklagten,

Justizangestellte [REDACTED]
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 21. August 1992 mit den Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Gründe:

Das Landgericht hat den Angeklagten, einen als Kassenarzt zugelassenen Facharzt für Laboratoriumsmedizin, Mikrobiologie und Infektionsepidemiologie, vom Vorwurf freigesprochen, in der Zeit von 1983 bis 1987 Radionuklidkosten gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung Hessen (KV Hessen) unrichtig abgerechnet und dadurch zu deren Nachteil bzw. der zur Erstattung verpflichteten Krankenkassen einen Betrag von 740.126,01 DM betrügerisch erlangt zu haben.

I.

1. Das Landgericht hat festgestellt:

Der Angeklagte betreibt ein Einsendelabor im Bereich der Strahlendiagnostik. Er selbst führt keine Untersuchungen an Patienten durch. Seine Tätigkeit beschränkt sich auf

die Analyse von eingesandten Körperflüssigkeiten und -substanzen unter Zuhilfenahme von Radionukliden (sog. "in-vitro-Untersuchungen"). Die Art der Untersuchungen machte die Aufbereitung der radioaktiven Stoffe notwendig. Diese erfolgte unter Verwendung von sog. RIA-Kits (=radio-immune-assays; Radionuklidgeneratoren), die bis Mitte der 80-er Jahre kompliziert aufgebaut waren. Es bedurfte verschiedener Aufbauschritte, bis man zu der letztlich anwendbaren Substanzkonzentration gelangte. Einmal angebrochene Kits mußten, um ein Unbrauchbarwerden zu verhindern, gänzlich aufbereitet werden. Ab 1985 bezog der Angeklagte dann einfacher strukturierte Kits.

Die Abrechnung der Kosten gegenüber der KV Hessen richtete sich seit dem 1. Juli 1978 nach dem "Bewertungsmaßstab für Kassenärztliche Leistungen" (BMÄ), für den Bereich der Ersatzkassen nach der gleichlautenden "Ersatzkassen-Gebührenordnung" (E-GO). Dort hieß es für die hier interessierenden Abrechnungen des Angeklagten:

Abschnitt A (Allgemeine Bestimmungen A 2: "Die allgemeinen Praxiskosten, auch die durch die Anwendung von ärztlichen Instrumenten und Apparaten entstehenden Kosten sind in den abrechnungsfähigen Leistungsansätzen enthalten."

A 4. "Die Kosten der Laboratoriumsdiagnostik ...
- ausgenommen die hierbei entstehenden Versand- und Portokosten sowie die Kosten für zu inkorpo-

rierende Substanzen - sind in den abrechnungsfähigen Leistungsansätzen enthalten, sofern nichts anderes bestimmt ist."

Abschnitt O II Anwendung radioaktiver Substanzen (Radionuklide)

A 2: "Die Kosten für die Beschaffung und gegebenenfalls die Aufbereitung solcher radioaktiver Substanzen, die mit ihrer Anwendung verbraucht sind sowie die Kosten dieser Substanzen selbst sind in den abrechnungsfähigen Leistungen nicht enthalten."

Desweiteren war bestimmt, daß Porto, Radionuklide und sonstige Kosten in tatsächlicher Höhe gesondert zu vergüten sind. Ab dem Jahr 1985 wurden die Kosten einiger radioaktiver Substanzen und ihrer Beschaffung mit Festbeträgen abgegolten. Im Jahr 1987 erfolgte die Vereinbarung einer umfassenden pauschalierten Kostenerstattung für Radionuklide.

Der Angeklagte, der ein Seminar über die anfallenden Abrechnungsfragen besucht hatte, rechnete nach den dort erwähnten Maßstäben, wonach die "Aufwendungen kostendeckend, aber nicht mit Gewinn" zu errechnen seien, wie folgt ab: Neben den RIA-Rechnungen berücksichtigte er im Rahmen der Kostenermittlung die (unterschiedliche) Auslastung eines einzelnen Kits. Auf der Grundlage der Kosten und Auslastung nahm er dann eine "Budgetierung" vor. Dabei berücksichtigte er "als Kosten der Beschaffung und Aufbereitung" auch die im Rahmen einer gesonderten Kalkulation ermittelten anteiligen "Personal-, Raum- und Sachkosten", bezogen auf die

reinen RIA-Einkaufskosten. Aufgrund dieser "Vorkalkulation" legte der Angeklagte für jeden RIA-Parameter einen Unkostenbetrag fest. Die so festgestellten "Annäherungswerte" korrigierte er am Ende eines Jahres im Wege einer Nachkalkulation. Zusätzlich prüfte er, ob er nicht höhere Beträge von der KV Hessen erhalten habe, als ihm an Kosten einschließlich der insoweit angefallenen Personal- und Praxiskosten tatsächlich entstanden waren. RIA-Parameter, die häufig vorkamen und deshalb kostengünstiger ausgenutzt werden konnten, korrigierte er mehrfach und rechnete mit geringeren Kostenansätzen.

Von 1983 bis zum 2. Quartal 1985 rechnete er seine bis zu 25 verschiedenen RIA-Parameter mittels kalkulatorisch ermittelter Unkostenbeträge, seit dem 3. Quartal 1985 gegenüber Ersatzkassen (seit dem 1.10.1985 auch gegenüber den RVO-Kassen) mit deren Einverständnis teilweise mit pauschalisierten Beträgen ab.

Den Verantwortlichen der KV Hessen war bis Mitte des Jahres 1985 nicht bewußt, daß die RIA-Kostenabrechnung Probleme aufwerfen könnte. Aufgrund eines Ermittlungsverfahrens gegen einen Nuklearmediziner in Hamburg wurde zur Diskussion gestellt, was unter Kosten der "Beschaffung und Aufbereitung" zu verstehen sei.

Es kam zu einer Neuberechnung der erstattungsfähigen Kosten, wobei eine Zuvielzahlung an den Angeklagten für die Jahre 1983 bis 1986 zunächst von 740.126,01 DM, später auf 541.825,94 DM korrigiert, ermittelt wurde. Der Angeklagte

verpflichtete sich am 1.10.1990 in einem Vergleich mit der KV Hessen zu einer Rückzahlung von 370.000 DM sowie zur Zahlung von 36.000 DM Verwaltungs- und Treuhänderkosten.

2. Das Landgericht hat den Angeklagten vom Vorwurf des Betruges freigesprochen, da er über die Kosten der verbrauchten radioaktiven Substanzen nicht getäuscht habe. Er habe eine der realen Kostensituation seiner Praxis angepaßte Kalkulation der jeweiligen RIA-Parameter vorgenommen. Eine andere Abrechnungsweise sei weder möglich noch von der KV erwartet worden. Unerheblich sei, daß nicht die tatsächlich angefallenen Kosten, sondern nur im Wege einer Kalkulation errechnete Beträge geltend gemacht worden seien. Bei den Sachbearbeitern der KV sei auch kein Irrtum erregt worden. Diesen sei bekannt gewesen, daß eine Kostenkalkulation der Abrechnung zugrundegelegt werde. Eine Schadensberechnung sei auch nicht mehr möglich. Der Angeklagte habe ferner nicht in dem Bewußtsein und mit dem Willen gehandelt, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Er habe sein Vorgehen danach gerichtet, was ihm bei einem Seminar als zulässig vermittelt worden sei.

3. Gegen dieses Urteil wendet sich die Staatsanwaltschaft mit ihrer Revision, die vom Generalbundesanwalt nicht vertreten wird. Sie macht mit der Verfahrensrüge die unrichtige Verbescheidung mehrerer Hilfsbeweisanträge geltend und erhebt die Sachbeschwerde.

II.

Das Rechtsmittel hat Erfolg.

Das Landgericht ist der ihm obliegenden Verpflichtung zur vollständigen Würdigung des festgestellten Sachverhalts nicht gerecht geworden und hat deshalb zu Unrecht das Vorliegen der Voraussetzungen eines Betruges gemäß § 263 StGB verneint.

1. Der Angeklagte hat die zur Entgegennahme seiner jeweiligen Quartalsabrechnung berechnete Stelle, die KV Hessen, über die ihm zustehenden Kosten für die "Beschaffung und Aufbereitung der radioaktiven Substanzen" getäuscht. Er hat nämlich insoweit auch Personal-, Raum- und Sachkosten, also allgemeine Praxiskosten, bei der von ihm vorgenommenen Kalkulation berücksichtigt. Dabei handelt es sich aber um Aufwendungen, die nach dem klaren Wortlaut des Abschnittes A 2 der BMÄ mit der für die Tätigkeit anfallenden Vergütung abgegolten werden und nicht doppelt abgerechnet werden dürfen. Zwar waren bei der Anwendung radioaktiver Stoffe die Kosten der "Beschaffung und ggf. der Aufbereitung von Radionukliden" gesondert zu vergüten (vgl. BMÄ Abschnitt O II A.2). Dies beruhte auf den bei der Befassung mit Radionukliden auftretenden Besonderheiten, vor allem der kurzen Verfallzeit, nicht jedoch auf der Entstehung hoher Sach- und Personalkosten (vgl. im einzelnen: BGH wistra 1992, 95, 96 = BGHR StGB § 263 Abs. 1 Täuschung 9). Was unter Beschaffungskosten zu verstehen war, konnte nicht zweifelhaft sein. Soweit Aufbereitungskosten zu erstatten waren, handelte es sich schon nach dem Wortlaut ("gegebenenfalls") nicht um Kosten, die regelmäßig beim Umgang mit radioaktiven Stoffen anfielen, also nicht um allgemeine Sach- und Personalkosten. Eine "Vollkostenkalkulation" schied deshalb von vornherein als mit dem Gebührenrecht nicht vereinbar

aus. Vielmehr bedurfte es für die Erstattungsfähigkeit einer eindeutigen Zuordnung als zusätzliche Aufwendung für den jeweiligen Vorgang. Dies ergibt sich für die Aufbereitungskosten aus dem Wortlaut der Regelung ("gegebenenfalls"), insbesondere aber auch aus deren Sinn und Zweck. Keinesfalls sollte dem Arzt eine zusätzliche Verdienstquelle geschaffen werden. Die Kosten des Praxispersonals und der Praxiseinrichtung waren und blieben Bestandteil der allgemeinen in den Gebühren enthaltenen Praxisunkosten (vgl. Wezel/Liebold, Handbuch zum BMÄ, 5. Aufl. 1987 zu O II A; BGH a.a.O. S. 97; vgl. auch Urteil des Landgerichts Mainz vom 22. September 1992 - 105 Js (Wi) 21845/88 - 5 Kls - UA S. 43 ff, das dem Vorlagebeschuß des Senats vom 19. Mai 1993 - 2 StR 645/92 - StV 1993, 414 f - zugrundeliegt). Gesondert erstattungsfähig waren nur die Kosten, die entstanden, wenn die von den Herstellern gelieferten radioaktiven Substanzen für den konkreten Einsatz verwendbar gemacht werden mußten, wobei, wie dem Senat aus anderen Verfahren (vgl. o.g. Urteil des Landgerichts Mainz vom 22. September 1992; vgl. auch BGH a.a.O. S. 97) bekannt ist, im Bereich der "in-vitro"-Untersuchungen häufig gar keine oder nur geringfügige Tätigkeiten zu entfalten waren. Der Angeklagte hat Personal-, Raum- und Sachkosten bei seiner "Kalkulation", wenn auch bezogen auf die reinen RIA-Einkaufskosten, berücksichtigt. Dadurch verstieß er gegen allgemein anerkannte und auch bekannte Grundprinzipien des ärztlichen Vergütungswesens. Daraus folgt aber, daß der Angeklagte gegenüber der KV Hessen eine Täuschungshandlung begangen hat, denn er hat vorgespiegelt, nur zusätzlich angefallene Kosten der Aufbereitung bei der Verwendung von Radionukliden zu berechnen, während er in Wirklichkeit

nicht gesondert erstattungsfähige Kosten in erheblichem Umfang im Wege einer "Vollkostenkalkulation" in seine Berechnung einbezogen hat. Das ist aber entgegen der Annahme des Landgerichts eine Täuschung über Tatsachen. Ohne Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, daß der Angeklagte eine Kalkulation ("Budgetierung") vorgenommen hat, denn auch die unzulässige Aufnahme von Rechnungsposten, die das Gesamtergebnis verfälschen, ist eine Täuschungshandlung gegenüber der KV Hessen. Andernfalls käme bei Vorliegen einer Kalkulation, der die zugrundeliegenden Posten bewußt vorschriftswidrig eingefügt sind, ein strafrechtlich relevantes Handeln nicht in Betracht.

2. Daß damit auf Seiten der KV Hessen ein Irrtum entstanden ist, liegt auf der Hand. Denn hätte der Angeklagte geoffenbart, er berücksichtige bei der Kalkulierung seiner ärztlichen Leistungen seine Allgemeinkosten, wenn auch umgerechnet auf die Verarbeitung nuklearer Substanzen, wäre dies von der KV Hessen nicht hingenommen worden. Der objektive Erklärungswert der Abrechnung des Angeklagten führte auf Seiten der KV Hessen zu einem Irrtum, der dann auch die Vermögensverfügung, nämlich die Auszahlung der unrichtig berechneten Beträge bewirkte. Daß zum damaligen Zeitpunkt Unklarheiten über die Abrechnung der Gebühren beim Einsatz radioaktiver Stoffe bestanden, steht dem nicht entgegen. Denn die zusätzliche Verrechnung von Praxiskosten war bereits damals, wie die Regelung der allgemeinen Bestimmungen der BMA (Abschnitt A A.2) zeigte, nach übereinstimmender Meinung unzulässig.

3. Rechtsfehlerhaft ist desweiteren die Auffassung des Landgerichts, einer Verurteilung wegen Betruges stehe die "fehlende Feststellung eines konkreten Vermögensschadens" entgegen.

Der Angeklagte hatte in unzulässiger Weise Praxiskosten in die Berechnung einbezogen. Die Substanz- und Beschaffungskosten können, zumindest soweit noch Unterlagen vorhanden sind, ermittelt werden. Es läßt sich, wie dem Senat aus dem vorgenannten Verfahren des Landgerichts Mainz bekannt ist, anhand von Vergleichen mit anderen Praxen auch klären, ob überhaupt und gegebenenfalls welche Kosten für die Aufbereitung der dem Angeklagten gelieferten Substanzen notwendig waren. Auf Grund dieser Feststellungen kann dann, erforderlichenfalls im Wege einer Schätzung (vgl. BGH a.a.O. S. 98), der Mindestschaden ermittelt werden (vgl. auch BGHSt 36, 320 f). Dabei wird auch dem Betrag, zu dessen Rückzahlung sich der Angeklagte gegenüber der KV Hessen verpflichtet hat, für den Mindestschaden ein gewisser Indizwert zukommen.

4. Soweit die Strafkammer zusätzlich das Vorliegen vorsätzlichen Handelns verneint, kann dies ebenfalls rechtlicher Nachprüfung nicht standhalten.

Das Landgericht mißt den Feststellungen zu den objektiven Betrugsmerkmalen - insoweit zu Recht - erhebliche Bedeutung für die Würdigung der inneren Tatseite zu. Da die Feststellungen zur objektiven Tatseite aber dadurch gekenn-

zeichnet sind, daß die Merkmale einer Kalkulation nicht von den Kalkulationsgrundlagen getrennt werden, bieten sie keine tragfähige Basis zur Beurteilung des Tatvorsatzes.

Die Erwägungen des Landgerichts sind zudem mit weiteren Mängeln behaftet. So durfte sich die Strafkammer nicht allein mit der Einlassung des Angeklagten zufrieden geben, er habe so abgerechnet, wie dies auf einem Seminar von einem Fachkollegen vorgeschlagen worden sei. Aus der Beweiswürdigung ist nicht zu entnehmen, wie das Landgericht zu der Feststellung gelangt, der damalige Gebührenreferent habe ausdrücklich die Berücksichtigung von "Personal-, Raum- und Sachkosten" für zulässig erachtet, obwohl der Angeklagte sich nur dahin eingelassen hatte, es sei die Rede davon gewesen, daß kostendeckend abzurechnen sei, Gewinne dürften nicht erzielt werden. Hinzu kommt, daß die Äußerung des Gebührenreferenten keine verbindliche Auslegung der Abrechnungsvorschriften bedeutete, da es sich nur um die Meinung eines von der Regelung selbst betroffenen Kollegen gehandelt hat. Im übrigen kam es auf die Einzelheiten der Erklärungen auf diesem Seminar an. Von besonderer Bedeutung war, ob tatsächlich die Meinung vertreten worden ist, daß abweichend vom bisherigen Grundsatz allgemeine Praxiskosten, wenn auch bezogen auf die Aufbereitung der Radionuklide, eingerechnet werden durften, obwohl dafür keine sachlichen Gründe bestanden. Wie oben ausgeführt widersprach diese Handhabung dem auch dem Angeklagten bekannten Grundsatz der Abgeltung dieser Kosten durch die normale Vergütung. Es mußte sich den beteiligten Zuhörern die Frage stellen, warum dies hier nicht der Fall sein sollte. Ob dies bei diesem Seminar tatsächlich unerörtert blieb, bedurfte der Prüfung.

Dazu hätte sich das Landgericht, abgesehen von der gebotenen - hier fehlenden - umfassenden Erörterung der wesentlichen Umstände, die für ein strafbares Verhalten sprachen, durch die im Hilfsbeweis Antrag (Nr. 5) beantragte Vernehmung des damaligen Referenten gedrängt sehen müssen. Das Beweisthema war nicht, wie das Landgericht meint, mit der Feststellung erschöpft, der Angeklagte habe, wie auf dem Seminar erörtert, nur die tatsächlich entstandenen Kosten, die auch einer bestimmten ärztlichen Leistung zugeordnet werden konnten, abgerechnet. Der Beweisantrag zielte dahin, zu beweisen, keinesfalls sei erklärt worden, daß die üblicherweise anfallenden Praxiskosten im Wege einer "Vollkostenabrechnung" in eine erforderliche Kalkulation einbezogen werden durften. Dieses Beweisergebnis hat das Landgericht aber nicht seiner Entscheidung zugrundegelegt.

Auf die weiteren gestellten Hilfsbeweisanträge der Staatsanwaltschaft kommt es hiernach nicht mehr an. Der Senat bemerkt lediglich, daß ein Beweisantrag nicht mit der Begründung abgelehnt werden kann, die Beweisbehauptung und ihr Gegenteil seien erwiesen.

Jähnke

Niemöller *

Gollwitzer

Detter

RiBGH Streck ist infolge Urlaubs
verhindert, seine Unterschrift
beizufügen

Jähnke