

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

3 StR 461/92

vom

10. März 1993

in der Strafsache

gegen

1. Dr. Ernst Hermann K [REDACTED] aus R [REDACTED], geboren am [REDACTED] 1941 in L [REDACTED]/N [REDACTED],
2. Dr. Gustav B [REDACTED] aus R [REDACTED], geboren am [REDACTED] 1940 in H [REDACTED]

wegen Betruges

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 10. März 1993, an der teilgenommen haben:

Richter am Bundesgerichtshof
Zschockelt
als Vorsitzender,

die Richter am Bundesgerichtshof
Kutzer,
Dr. Rissing-van Saan,
Dr. Miebach,
Winkler
als beisitzende Richter,

Bundesanwalt [REDACTED]
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] aus [REDACTED]
für den Angeklagten Dr. [REDACTED],

Rechtsanwalt Prof. Dr. Dr. [REDACTED] aus [REDACTED]
für den Angeklagten Dr. [REDACTED]
als Verteidiger,

Justizangestellte [REDACTED]
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Die Revisionen der Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Wuppertal vom 19. Februar 1992 werden verworfen.

Jeder Beschwerdeführer hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

Von Rechts wegen

Gründe:

Das Landgericht hat beide Angeklagten wegen Betruges in 14 Fällen zu einer Gesamtgeldstrafe von 350 Tagessätzen verurteilt; als Tagessatzhöhe hat es für den Angeklagten Dr. K [REDACTED] 400 DM und für den Angeklagten Dr. B [REDACTED] 650 DM festgesetzt. Den Angeklagten - beide sind Orthopäden - wird Abrechnungsbetrug in 14 Quartalen (IV/81 bis I/85) gegenüber der für sie zuständigen Kassenärztlichen Vereinigung Nordrhein zur Last gelegt.

Die Revisionen der Angeklagten, mit denen sie die Verletzung materiellen Rechts rügen, sind unbegründet.

I. Der Schulterspruch weist - auch soweit die Beschwerdeführer die Sachrüge näher begründet haben - keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Angeklagten auf.

1. Die Angriffe der Revision gegen den Schulterspruch, soweit ihm der Vorwurf der unberechtigten Abrechnung von "Überweisungen auf Wunsch des Patienten" nach der Gebührenordnungsnummer 1 BMÄ/E-GO 1978 zugrundeliegt, gehen schon

deshalb fehl, weil die Angeklagten eingeräumt haben, im Rahmen der täglichen Vielzahl von Überweisungen - gelegentlich hatte sich nach jedem 2. oder 3. Zimmerwechsel eines Arztes für diesen ein Stapel von 20 bis 30 Überweisungsformularen angesammelt (vgl. Zeugin P [REDACTED] UA S. 120) - in mindestens 30 Fällen pro Quartal allein auf Wunsch des Patienten ungeprüft Überweisungsscheine unterschrieben zu haben. Die Strafkammer hat ihnen nur die Abrechnung dieser ungeprüften Überweisungsunterschriften angelastet (vgl. UA S. 18, 81, 119). Inwiefern Überweisungswünsche des Patienten, die der Arzt "ungeprüft" durch Unterschriftsleistung auf dem Überweisungsschein erfüllt, eine nach der Gebührenordnungsnummer 1 abrechenbare "Beratung" im Sinne einer Kommunikation zwischen Arzt und Patient (vgl. Wezel/Liebold, Handkommentar BMÄ, E-GO und GOÄ, S. 10 - 33/34) beinhalten oder eine (sonstige) Leistung darstellen soll, die spezifisch ärztliches Können und/oder Wissen voraussetzt, ist nicht ersichtlich. Allein auf Wunsch des Patienten ausgefüllte und unterschriebene Überweisungen sind verwaltungsmäßige Leistungen; diese waren vor dem 1. Oktober 1987 als "kostenloser Service" nicht abrechenbar (vgl. Wezel/Liebold, aaO, S. 10 - 113). Deshalb wurde mit dem BMÄ 87 eine neue, diese Leistung erfassende Gebührenordnungsnummer 70 geschaffen.

Daß die Angeklagten auch vorsätzlich gehandelt haben, um sich zu Unrecht zu bereichern, hat das Landgericht ohne Rechtsfehler dargelegt (vgl. UA S. 117, 119).

2. Revisionsrechtlich nicht zu beanstanden ist ferner die Wertung des Landgerichts, die Angeklagten hätten sich dadurch des Betruges schuldig gemacht, daß sie Behandlungen

mit einem "Vibrodyngerät" neben der Gebührennummer 551 auch nach der Gebührennummer 520 für "Teilmassage (Massage einzelner Körperteile)" abrechneten, obwohl sie wußten, daß seit dem 1. Juli 1983 "mittels Gerät" erbrachte Massagen nicht mehr abrechnungsfähig waren. Bei dem mit den Händen geführten "Vibrodyngerät" wurden die Hände selbst zur Massage nicht verwendet.

Das Landgericht hat sich eingehend mit Bedeutung und Tragweite des vom Bewertungsausschuß eingeführten Zusatzes, daß unter anderem "der Leistungsinhalt der Nummern 520 bis 523 nicht erfüllt ist, wenn die Massage mittels Gerät erbracht wird", befaßt und sich mit den Einlassungen der Angeklagten hierzu auseinandergesetzt. Es hat sich nicht nur mit dem Wortlaut dieses Zusatzes, sondern auch mit den Umständen befaßt, die den Bewertungsausschuß dazu bewogen haben, diesen Zusatz in die "Allgemeinen Bestimmungen" vor dem Gebührenabschnitt "physikalisch-medizinische Leistung" aufzunehmen; es hat hierzu Zeugen und Sachverständige gehört und sich in tatrichterlicher Würdigung der Beweisergebnisse die Überzeugung verschafft, daß nicht nur jedem redlich handelnden Arzt, sondern insbesondere auch den Angeklagten nach Einführung des Zusatzes bewußt war, daß bei einer Massage, sollte sie abrechenbar sein, ein Gerät allenfalls unterstützend während der im übrigen mit den Händen ausgeführten Behandlung eingesetzt werden durfte. Die eigenen Auslegungsversuche der Revision laufen darauf hinaus, die rechtsfehlerfrei getroffene tatrichterliche Würdigung in unzulässiger Weise durch die eigene zu ersetzen.

3. Der Schulterspruch begegnet auch insoweit keinen rechtlichen Bedenken, als die Angeklagten deshalb wegen Betruges verurteilt worden sind, weil sie in den Quartalen III/82 bis I/85 Magnetfeldtherapiebehandlungen nach der Gebührennummer 551 BMÄ/E-GO abgerechnet haben, obwohl sie wußten, daß diese Behandlungsmethode nicht zu den abrechenbaren Leistungen zählte.

a) Bei der Magnetfeldtherapie handelt es sich um eine, im Laufe der 70iger Jahre entwickelte, von jeher umstrittene Behandlungsmethode. Im Tatzeitraum hatte sich der Bewertungsausschuß, der für die Frage zuständig ist, ob eine neue Behandlungsmethode in die einheitlichen Bewertungsmaßstäbe - endgültig - aufzunehmen oder nicht aufzunehmen ist und damit als kassenärztliche Leistung anerkannt oder nicht anerkannt wird, nicht befaßt. Allerdings gab der bei der Kassenärztlichen Bundesvereinigung eingerichtete "Ausschuß für Untersuchungs- und Heilmethoden" (UHM-Ausschuß) im Februar 1980 eine dahingehende Stellungnahme ab, daß diese Behandlungsmethode zur Zeit als für die Erzielung des Heilerfolges nicht notwendig beziehungsweise als unwirtschaftlich anzusehen sei. Nach weiteren Prüfungen gab dieser Ausschuß Ende März 1982 eine neuerliche Stellungnahme ab, mit der die Zweckmäßigkeit und Notwendigkeit der Magnetfeldtherapie nur bei Behandlungen von vier bestimmten Krankheiten anerkannt wurde. Beide Stellungnahmen wurden von den dafür zuständigen Gremien der Ersatzkassen übernommen, letztere mit Wirkung vom 1. Oktober 1982. Die Magnetfeldbehandlung ist seit dem 19. Februar 1992 ganz aus dem Kreis anerkannter kassenärzt-

licher Leistungen herausgenommen worden und darf daher in keinem Fall mehr abgerechnet oder verordnet werden (vgl. Wenzel/Liebold, aaO, Abschnitt E S. 10 - 274).

Nach den Feststellungen befaßten sich die Angeklagten nach Anschaffung des ersten Magnetfeldgeräts im Mai 1980 mit der Frage der Abrechenbarkeit dieser Behandlungsmethode; da keine sie ausdrücklich beschreibende Gebührennummer in den BMÄ/E-GO aufgenommen war, gingen sie davon aus, daß sie für diese Leistung keine Vergütung beanspruchen konnten. Sie verordneten deshalb diese Therapie fast immer zusammen mit der Dezimeterwellenbehandlung, einer nach den Gebührenordnungsnummern 548 oder 549 abrechenbaren ärztlichen Leistung. Allein diese Nummern rechneten sie auch ab. Als sie Ende des zweiten/Anfang des dritten Quartals 1982 durch ihre berufsständischen Organisationen über den Beschuß des UHM-Ausschusses von Ende März 1982 informiert worden waren, gingen sie ab dem dritten Quartal 1982 dazu über, die Magnetfeldtherapie als alleinige Behandlungsmethode zu verordnen. Sie wiesen ihre Helferinnen an, jede erbrachte Magnetfeldtherapie wie zuvor mit den Gebührennummern 548 oder 549 - den für die jetzt nicht mehr erbrachte Dezimeterwellenbehandlung maßgeblichen Ziffern - und ab etwa Mitte 1983 vornehmlich mit der Gebührennummer 551 abzurechnen. Letztere Leistungsnummer erfaßt die Anwendung nieder- und/oder mittelefrequenter Ströme, wie sie bei der Magnetfeldtherapie verwandt werden.

Das Landgericht ist bei seiner rechtlichen Würdigung davon ausgegangen, daß die Kassenärzte ab dem zweiten Quartal 1982 als Folge der für sie verbindlichen Stellungnahme

des UHM-Ausschusses die Magnetfeldtherapie bei der Behandlung der dort genannten vier Krankheiten - allerdings nur für diese - abrechnen durften. Gleiches hat es für die Vertragsärzte der Ersatzkassen ab dem vierten Quartal 1982 angenommen. Bei der Schadensberechnung ist es von der Bewertungszahl der Gebührennummer 551 ausgegangen, die das Landgericht mangels verbindlicher Stellungnahme des Bewertungsausschusses nach Maßgabe des Wortlautes dieser Leistungsbeschreibung in den EMÄ/E-GO für einschlägig gehalten hat. Der im übrigen näher ausgeführten Schadensschätzung hat es das Geständnis der Angeklagten, mindestens zwei Drittel der von ihnen erbrachten Magnetfeldbehandlungen seien nicht abrechnungsfähig gewesen, zugrunde gelegt. Dementsprechend ist es von mindestens 80 nicht abrechenbaren Magnetfeldbehandlungen pro Arzt und Quartal in den Quartalen III/82 und IV/82, von mindestens 160 nicht abrechenbaren Behandlungen in den Quartalen I/83 und II/83 sowie von mindestens 300 nicht abrechenbaren Magnetfeldtherapien in der Folgezeit pro Arzt und Quartal ausgegangen.

b) Die Beschwerdeführer wenden hiergegen ein, das Landgericht habe § 23 Abs. 2 Satz 2 des Bundesmantelvertrag-Ärzte (BMV-Ä) in Verbindung mit der Gebührenordnungsnummer 551 falsch ausgelegt, indem es nur die der Behandlung der in der Stellungnahme des UHM-Ausschusses von Ende März 1982 genannten vier Krankheiten dienenden Magnetfeldtherapien für abrechenbar erachtet hat, deren Anwendung in den übrigen Fällen jedoch nicht. Es habe der Stellungnahme des UHM-Ausschusses eine Verpflichtungswirkung beigemessen, die ihr nicht zukomme. Das Landgericht sei gehalten gewesen, in jedem von den Angeklagten abgerechneten Einzelfall zu prüfen und festzu-

stellen, was diese konkret getan hätten und ob die Magnetfeldtherapie in diesem konkreten Einzelfall möglicherweise mehr als andere Behandlungsmethoden zu leisten vermochte und daher - fallbezogen - durchaus wirtschaftlich war.

Dieser Einwand lässt die tatsächlichen und rechtlichen Besonderheiten des kassenärztlichen Abrechnungssystems außer acht, die auch der Prüfung des Betrugsvorwurfs gemäß § 263 StGB zugrundezulegen sind. Die kassenärztliche Versorgung umfasst nur solche Leistungen, die zweckmäßig, notwendig und wirtschaftlich sind. Leistungen, die für die Erzielung des Heilerfolges nicht notwendig oder unwirtschaftlich sind, kann der Versicherte nicht beanspruchen, der an der kassenärztlichen Versorgung teilnehmende Arzt darf sie nicht bewirken oder verordnen (§ 368 e RVO). Der Kassenarzt ist auf der Grundlage des gesetzlichen Kassenarztrechts nach §§ 368 bis 368 s und § 369 RVO (seit dem 1. Januar 1989 in SGB V geregelt) in eine Vielzahl kollektiver vertraglicher Regelungen eingebunden. Maßgeblich für seine Abrechnung ist ein vertraglich vereinbarter - standardisierter - einheitlicher Bewertungsmaßstab, der den Inhalt der abrechnungsfähigen ärztlichen Leistungen bestimmt (§ 368 g Abs. 4 Satz 2 RVO). Dieser einheitliche Bewertungsmaßstab, der für alle Kassenärzte und RVO-Kassen (BMÄ), aber auch gemäß entsprechender gesetzlicher Bestimmungen für die Ersatzkassen und ihre Vertragsärzte (E-Go) gilt, führt abschließend auf, welche Maßnahmen im einzelnen zur kassenärztlichen Versorgung gehören und welche nicht. Der mit seiner Kassenärztlichen Vereinigung abrechnende Kassenarzt darf ausschließlich nach diesem Bewertungsmaßstab und nur die dort aufgeführten Leistungen

abrechnen (vgl. Günter Schneider, Kassenarztrecht, 1983, S. 212 ff.; Heinemann/Liebold, Kassenarztrecht, § 368 g RVO Anm. C 495). Diesen einheitlichen Bewertungsmaßstab vereinbaren die Vertragspartner des Bundesmantelvertrag-Ärzte durch den Bewertungsausschuß (§ 368 g Abs. 4 Satz 1 RVO), der, wie das Landgericht nicht verkannt hat, allein für die inhaltliche Bestimmung der kassenärztlichen abrechenbaren Leistungen sowie die Aufnahme neuer Heilmethoden, sei es durch Schaffung einer neuen Leistungsbeschreibung und Gebührennummer, sei es durch Zuordnung zu einer bereits bestehenden anerkannten kassenärztlichen Leistung, zuständig ist.

Nach § 23 Abs. 2 BMV-Ä ist es Aufgabe des UHM-Ausschusses, auf Antrag der Kassenärztlichen Bundesvereinigung oder eines Bundesverbandes dazu Stellung zu nehmen, ob für eine Untersuchungs- oder Heilmethode, insbesondere für neue Methoden, die in § 368 e RVO bezeichneten Voraussetzungen vorliegen. Seine Stellungnahmen sind gemäß § 23 Abs. 2 Satz 2 BMV-Ä von den Ärzten und Krankenkassen zu beachten. Sie sind im Verhältnis zwischen ihnen verbindlich (vgl. BSGE 52, 70, 74). Lehnt dieser Ausschuß eine Methode ausdrücklich als im Rahmen der kassenärztlichen Versorgung nicht notwendig, nicht zweckmäßig oder nicht wirtschaftlich ab - wie hier im Februar 1980 für die Magnetfeldtherapie geschehen -, so darf der Kassenarzt sie nicht abrechnen (vgl. Heinemann/Liebold, aaO, Anm. H 303). In seiner Stellungnahme Ende März 1982 hat der UHM-Ausschuß in bezug auf die Magnetfeldtherapie die Voraussetzungen der kassenärztlichen Versorgung gemäß § 368 e RVO nur für die dort genannten vier Krankheiten anerkannt. Soweit in dieser positiven Stellungnahme des UHM-Ausschusses eine "Selbstbindung der Verwaltung" gesehen

wird, die eine Übernahmeverpflichtung der Krankenkassen gegenüber dem Versicherten begründet (vgl. BSGE 52, 70), hat das Landgericht dem Rechnung getragen und die Abrechnungsfälle, die der Behandlung einer der vier genannten Krankheiten dienten, vom Vorwurf des Betruges ausgenommen.

c) Aus den von den Beschwerdeführern angeführten Entscheidungen des Bundessozialgerichts zum Nachweis ihrer Ansicht, das Landgericht habe den Stellungnahmen des UHM-Ausschusses eine ihnen nicht gebührende zu hohe Verbindlichkeit beigemessen, das Landgericht habe deshalb in jedem Einzelfall prüfen müssen, ob die Magnetfeldtherapie zweckmäßig gewesen war, ergibt sich nichts anderes. Das Bundessozialgericht hat den Stellungnahmen des UHM-Ausschusses lediglich im Verhältnis des Versicherten zu seiner Krankenkasse eine geringere verbindliche Rechtswirkung dahin zugesprochen, daß diese Stellungnahmen es dem - für das Vorliegen der Voraussetzungen eines Erstattungsanspruchs entgegen der Stellungnahme vorlegungs- und beweispflichtigen - Versicherten nicht verwehre, seine Krankenkasse im Klagewege für eine bisher verweigerte Leistung in Anspruch zu nehmen. Ebenso unergiebig für den Tatbestand des Betruges gemäß § 263 StGB ist die Frage der Beweislastverteilung in einem sozialgerichtlichen Prozeß, den ein in Regreß genommener Arzt gegen die Kassenärztliche Vereinigung beziehungsweise die Krankenkassen angestrengt hat. Die hieraus von den Revisionen gezogene Schlußfolgerung, daß das Landgericht bei jedem der 80 bis 300 Fälle pro Quartal habe prüfen müssen, ob die Magnetfeldtherapie im konkreten Einzelfall wirtschaftlich war, vermag der Senat nicht nachzuvollziehen. Entgegen den Ausführungen der Revisionen hat das Landgericht den Betrugsvorwurf nicht

darauf gestützt, die Angeklagten hätten unwirtschaftlich gehandelt. Die für den Betrugsvorwurf maßgebliche Handlung der Angeklagten hat es allein darin gesehen, daß sie die Magnetfeldtherapie in den Fällen, die nicht der Behandlung der vier Krankheiten dienten, unter Täuschung über diesen Umstand dennoch wie eine in den BMÄ/E-GO enthaltene, als zweckmäßig und notwendig anerkannte kassenärztliche Leistung abgerechnet haben, obwohl sie - eingestandenermaßen - wußten, daß dies nicht der Fall war. Diese ärztlichen Maßnahmen hätten sie allenfalls außerhalb der kassenärztlichen Gebührenordnungen unter Offenlegung der Besonderheiten des Einzelfalles - ob mit Erfolg kann dahinstehen - abrechnen dürfen. Rechnet ein Kassenarzt jedoch im Rahmen des vertraglich vereinbarten, für ihn verbindlichen Abrechnungssystems der BMÄ/E-GO Leistungen unter einer dort genannten Gebührenordnungsnummer ab, so behauptet er - konkludent - nicht nur, daß diese Leistung unter die Leistungsbeschreibung dieser Gebührennummer fällt, sondern auch, daß seine Leistung zu den kassenärztlichen Versorgungsleistungen gehört und nach dem allgemeinen Bewertungsmaßstab abgerechnet werden kann. Trifft dies, wie es bei den Angeklagten der Fall war, nicht zu, so wird die Kassenärztliche Vereinigung über einen für dieses Abrechnungssystem maßgeblichen Umstand getäuscht; die auf dieser - falschen - Abrechnungsgrundlage erfolgte Vergütung beruht auf einem entsprechenden Irrtum und führt zu einem dem Umfang der unberechtigt geltend gemachten Leistungen entsprechenden Schaden (vgl. auch BGH Wistra 1992, 95).

Im übrigen ist den für die Sachrüge maßgeblichen Urteilsgründen nicht zu entnehmen, daß die Angeklagten selbst jemals für einen einzigen Einzelfall geltend gemacht haben,

die Magnetfeldtherapie sei in diesem Fall zweckmäßig und notwendig gewesen. Nach dem Revisionsvorbringen haben sie solche Beweisanträge nicht gestellt; eine entsprechende Aufklärungsfrage ist nicht erhoben.

II. Die Strafaussprüche halten ebenfalls rechtlicher Überprüfung stand.

Das Landgericht hat hinsichtlich beider Angeklagten alle für die Strafzumessung bestimmenden Gründe dargelegt und gegeneinander abgewogen. Zur Bemessung der Strafhöhe hat es auch zutreffend auf die in der Entscheidung BGHSt 36, 320, 322 aufgeführten Umstände abgehoben (vgl. auch BGH, Urteil vom 21. Mai 1992 - 4 StR 577/91 S. 16, insoweit in BGHR StGB § 263 I Täuschung 11 nicht abgedruckt).

Anlaß zu näheren Ausführungen geben lediglich die Einwände des Angeklagten Dr. B [REDACTED] gegen die Festsetzung der Tagessatzhöhe. Entgegen seiner Auffassung ist die Bemessungsgrundlage für die Festsetzung der Tagessatzhöhe sachlich-rechtlich nicht zu beanstanden. Die Annahme, daß dieser Angeklagte tatsächlich eine Praxisumlage erbracht und über die ihm vom Landgericht angerechneten Vorsorgeaufwendungen in Höhe von 15.000 DM hinaus weitere einkommensmindernde Sonderausgaben hatte, versteht sich nicht von selbst. Die Urteilsgründe ergeben hierfür keine Anhaltspunkte. Auch in der Revisionsbegründung hat der Angeklagte Dr. B [REDACTED] nicht behauptet, derartige zusätzliche Ausgaben gehabt zu haben und in welcher Höhe dies der Fall war. Die bei dieser Sachlage erforderliche Verfahrensfrage ist nicht erhoben.

Daß das Landgericht unter den "im Rahmen spekulativer Vermögensbildung" erwachsenen Verlusten, die es bei der Berechnung der Tagessatzhöhe nicht von dem Einkommen des Angeklagten in Abzug gebracht hat, rein steuerrechtliche Abschreibungen aus Bauherrenmodellen meint, ergibt sich aus den Feststellungen zu den Vermögensverhältnissen des Angeklagten (vgl. UA S. 113). Auch sonstige mit § 40 StGB nicht in Einklang zu bringende Zumessungserwägungen zeigt die Revision dieses Angeklagten nicht auf. Die Regel des § 40 Abs. 2 StGB bezweckt keine starre Bindung des Tatrichters, vermeidet sie vielmehr. Die vom Tatrichter vorgenommene Würdigung aller rechtsfehlerfrei festgestellten tatsächlichen Umstände, die für die Leistungsfähigkeit eines Angeklagten maßgebend sind, ist vom Revisionsgericht hinzunehmen (vgl. BGHSt 27, 212, 215).

Zschockelt

Kutzer

Rissing-van Saan

Miebach

Winkler