



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

4 StR 239/03

vom
25. November 2003
in der Strafsache
gegen

- 1.
- 2.

zu 1. wegen Betruges
zu 2. wegen Beihilfe zum Betrug

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und der Beschwerdeführer am 25. November 2003 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revisionen der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Kaiserslautern vom 31. Januar 2003 aufgehoben; jedoch bleiben die Feststellungen zum äußeren Tatgeschehen aufrechterhalten.
2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.
3. Die weiter gehenden Revisionen werden verworfen.

Gründe:

Das Landgericht hat den Angeklagten N. wegen Betruges in 16 Fällen und den Angeklagten Dr. Sch. wegen Beihilfe hierzu schuldig gesprochen; es hat den Angeklagten N. zu einer zur Bewährung ausgesetzten Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten und den Angeklagten Dr. Sch. zu einer Gesamtgeldstrafe von 300 Tagessätzen zu je 70 € verurteilt. Mit ihren Revisionen gegen dieses Urteil rügen die Angeklagten die Verletzung materiellen Rechts; der Angeklagte Dr. Sch. erhebt darüber hinaus Verfahrensbeschwerden. Die Rechtsmittel haben in dem aus der Beschlußformel ersichtlichen Umfang Erfolg. Im übrigen sind die Revisionen un-

begründet (§ 349 Abs. 2 StPO); insoweit wird auf die Antragsschriften des Generalbundesanwalts vom 21. Juli 2003 Bezug genommen.

1. Nach den Feststellungen des Landgerichts mußte sich der Angeklagte N. aufgrund seines Gesundheitszustandes seit 1996 vorwiegend parenteral, d. h. unter Umgehung des Magen-Darm-Kanals zentralvenös ernähren. Die Kosten der Infusionen der hochkalorischen Nahrung und der Hilfsmittel im Gesamtwert von DM 436,64 täglich trug die gesetzliche Krankenkasse (TKK), bei der der Angeklagte N. krankenversichert war. Die mit einer Ernährungsberaterin abgestimmten Kalorienmengen verordnete ihm sein Hausarzt, der Mitangeklagte Dr. Sch. . Im Tatzeitraum (18. Juni 1997 bis 28. August 1998) verlangte der Angeklagte N. , daß der Mitangeklagte ihm zunächst das Doppelte und ab dem 9. Februar 1998 das Dreifache der täglichen Kalorienbedarfsmenge verschrieb. In den abgeurteilten 16 Fällen verordnete der Angeklagte Dr. Sch. diese Übermengen an Infusionslösungen und Hilfsmittel (Katheterbedarf), ohne daß dafür eine entsprechende ärztliche Indikation vorlag. Die gemäß der Vorlage der kassenärztlichen Rezepte durch die Apotheken ausgelieferten Übermengen verwendete der Angeklagte N. – wie von ihm von vornherein geplant – auf nicht feststellbare Art anderweitig, was der Angeklagte Dr. Sch. billigend in Kauf nahm.

Das Landgericht hat das Verhalten des Angeklagten N. als Betrug in 16 Fällen gewertet, weil er unter Mithilfe des Angeklagten Dr. Sch. und der gutgläubigen Apotheker die Techniker-Krankenkasse (TKK) getäuscht habe, indem er "dieser die Rezepte vorlegen ließ und dadurch den Eindruck erweckte, die Verordnungen seien medizinisch indiziert und die Medikamente ... würden von ihm zu seiner Gesunderhaltung alle verbraucht" (UA 56). Die TKK habe irrtumsbedingt eine Vermögensverfügung getroffen, "indem sie an die Apo-

theker gezahlt und damit den Angeklagten von seiner Verpflichtung (zur Kaufpreiszahlung) befreit hat".

2. Diese Feststellungen tragen die Schuldsprüche wegen Betruges bzw. Beihilfe hierzu nicht. Der Angeklagte N. hat weder durch Täuschung der Krankenkasse noch durch Täuschung der Apotheker einen von ihm erstrebten Vermögensvorteil erreicht. Insoweit hat das Landgericht die tatsächlichen und rechtlichen Besonderheiten des kassenärztlichen Abrechnungs- und Sachleistungssystems, die der Prüfung des Betrugsvorwurfs gemäß § 263 Abs. 1 StGB zugrunde zulegen sind (vgl. auch BGH NStZ 1993, 388), außer acht gelassen.

a) Nach §§ 27 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 Nr. 3, 31 Abs. 1 SGB V haben die Versicherten in der gesetzlichen Krankenversicherung einen Anspruch auf Krankenbehandlung. Als Bestandteil der Krankenbehandlung sind Arznei-, Verband-, Heil- und Hilfsmitteln als Sachleistung zu erbringen (§ 2 Abs. 2 Satz 1 SGB V). Ein derartiger Sachleistungsanspruch kann grundsätzlich nur dadurch begründet werden, daß ein Vertragsarzt das Arzneimittel auf Kassenrezept verordnet und damit die Verantwortung für die Behandlung übernimmt; denn die §§ 31 ff. SGB V begründen keine unmittelbar durchsetzbaren Ansprüche auf "Versorgung" mit von dem Versicherten gewählten Arznei- oder Hilfsmitteln, sondern ausfüllungsbedürftige Rahmenrechte. Ein bestimmtes Arzneimittel kann der Versicherte daher erst dann beanspruchen, wenn es ihm als ärztliche Behandlungsmaßnahme in Konkretisierung des gesetzlichen Rahmenrechts vom Vertragsarzt als einem mit öffentlichrechtlicher Rechtsmacht "beliehenen" Verwaltungsträger verschrieben wird (vgl. BSGE 73, 271, 278 f., 280 f.; 77, 194, 199 f.: "Vertragsarzt als 'Schlüssselfigur' der Arzneimittelversorgung"; vgl. auch BSG SozR 3-2500 § 39 SGB V Nr. 3, S. 9; SozR 3-2500 § 13 SGB V Nr. 12, S. 59; krit. Neumann in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Ver-

tragsarztrechts 2002, § 12 Rdn. 17 ff.). Bei Verordnung einer Sachleistung handelt der Vertragsarzt also kraft der ihm durch das Kassenarztrecht verliehenen Kompetenzen (vgl. etwa §§ 72 Abs. 1, 73 Abs. 2 Nr. 7 SGB V) als Vertreter der Krankenkasse (BSGE 73, 271, 278; 77, 194, 200). Mit Wirkung für und gegen die Krankenkasse gibt er die Willenserklärung zum Abschluß eines Kaufvertrages über die verordneten Medikamente ab.

Der Apotheker, dem das Kaufvertragsangebot der Krankenkasse mit Vorlage der kassenärztlichen Verordnung durch den Versicherten (als Boten) angetragen wird, nimmt dieses an, indem er dem Versicherten das verordnete Arzneimittel aushändigt. Es handelt sich um einen zwischen der Krankenkasse und dem Apotheker – unter Einschaltung des Vertragsarztes als Vertreter der Krankenkasse – geschlossenen Vertrag zugunsten des Versicherten (vgl. BSGE 77, 194, 200; Schmidt in: Peters, Handbuch der Krankenversicherung, Bd. 2, Stand: 48. Lfg. November 2002, § 31 SGB V Rdn. 95). Nach anderer Auffassung soll zwar der Kaufvertrag zwischen Apotheker und Versichertem zustande kommen, wobei die daraus resultierende Zahlungspflicht des Versicherten die Krankenkasse durch eine antizipierte Schuldübernahme übernehme, der Apotheker also ebenfalls einen Zahlungsanspruch gegenüber der zur Erstattung verpflichteten Krankenkasse habe (vgl. Obermayer, Das ärztliche Rezept, Diss. Gießen 1991, S. 148 ff., 152; Schmitt, Leistungserbringung durch Dritte im Sozialrecht, 1990, S. 217 ff., 232, 237; Wigge, NZS 1999, 584, 586 unter Hinweis auf die – insoweit nicht tragenden – Erwägungen in BGHZ 89, 250, 254 f.; jeweils m.w.N.). Diese unterschiedlichen Auffassungen wirken sich aber bei den hier zu entscheidenden Fragen nicht aus.

Dem Apotheker obliegt bei Vorlage des kassenärztlichen Rezeptes eine eigenständige, aber begrenzte Prüfungspflicht, deren Modalitäten in § 17 Apo-

BetrO und – soweit es sich um spezielle Pflichten bei der Arzneimittelabgabe an Versicherte handelt – in § 129 SGB V und in den das Nähere bestimmenden Rahmenverträgen über die Arzneimittelversorgung auf Bundesebene (§ 129 Abs. 2 bis 4 SGB V) bzw. ergänzenden Arznelieferungsverträgen auf Landesebene (§ 129 Abs. 5 SGB V) festgelegt sind. Er hat insoweit zunächst zu prüfen, ob die vorgelegte ärztliche Verordnung (§§ 73 Abs. 2 Nr. 7, 129 Abs. 1 SGB V) den formalen Anforderungen entspricht, sie beispielsweise den Namen, die Berufsbezeichnung und die Anschrift des verschreibenden Arztes, den Namen der Person, für die das Arzneimittel bestimmt ist und die abzugebende Menge der verschriebenen Arzneimittel enthält (vgl. etwa § 4 Abs. 2 Arznelieferungsvertrag vom 4. Mai 1995 – ALV -, abgedruckt bei Gerdemann/Rostalski, Arzneimittel – Rezeptprüfung, Beratung und Regress, Stand: September 2003, Bd. 1, Nr. 270; s. auch § 2 Abs. 1 der Verordnung über verschreibungspflichtige Arzneimittel vom 30. August 1990, BGBl. I 1866). Daneben hat er zu prüfen, ob das Arzneimittel von der Versorgung nach § 31 SGB V ausgeschlossen ist (§§ 34, 93 SGB V). Schließlich muß er gemäß § 17 Abs. 8 ApoBetrO einem erkennbaren Arzneimittelmißbrauch in geeigneter Weise entgegentreten, insbesondere den Empfänger der Medikamente informieren und beraten, um dazu beizutragen, Gefahren im Umgang mit Arzneimitteln zu verhüten oder zu mindern, wobei die ärztliche Therapie nicht beeinträchtigt werden darf (vgl. auch § 20 ApoBetrO).

Über diese pharmazeutische und pharmakologische Prüfungspflicht hinaus ist der Apotheker grundsätzlich nicht verpflichtet, die Angaben des Arztes zu überprüfen, insbesondere ob die Verschreibung sachlich begründet ist (§ 4 Abs. 4 Satz 3 ALV; vgl. auch BSGE 77, 194, 207 f., 209; Cyran/Rotta, Apothekenbetriebsordnung, 4. Aufl. [Stand: 1. Juli 2000] § 17 Rdn. 22; Pfeil/Pieck/Blume, Apothekenbetriebsordnung 5. Aufl. Stand: 1999, § 17 Rdn.

125; Obermayer, aaO, S. 163 ff.); denn es wäre eine zeitlich-fachliche Überforderung des Apothekers und würde seiner Stellung im System der Kassenversorgung nicht entsprechen, wenn er jedes ihm vorgelegte Rezept auf dessen medizinische Richtigkeit überprüfen sollte (BSGE aaO). Nach der sozialrechtlichen Kompetenzverteilung ist der Apotheker "weder ein medizinischer Obergutachter noch eine Aufsichtsbehörde des Arztes" (BSGE aaO); allein die Krankenkasse kann die Nichterforderlichkeit einer Leistung im Sinne des § 12 Abs. 1 SGB V überprüfen lassen und bei den entsprechenden Prüfungsgremien eine Wirtschaftlichkeitsprüfung (auch) mit dem Ziel eines Arzneimittelregresses beantragen (§ 106 Abs. 2, 2a Nr. 1, 5 SGB V; vgl. im einzelnen dazu auch Schwerdtfeger NZS 1998, 97, 101 f.). Weiterhin kann die Krankenkasse gegen Vertragsärzte, die ihre vertragsärztlichen Pflichten nicht ordnungsgemäß erfüllen, bei der Kassenärztlichen Vereinigung Maßnahmen nach § 81 Abs. 5 SGB V anregen bzw. die Entziehung der Zulassung (§ 95 Abs. 6 SGB V) beantragen (vgl. im einzelnen BSGE 77, 194, 203).

b) Ausgehend von diesen Grundsätzen halten die Erwägungen des Landgerichts zur Täuschung durch den Angeklagten N. rechtlicher Überprüfung nicht stand.

Die Täuschungshandlung besteht nach dem Wortlaut des Gesetzes in der Vorspiegelung falscher oder in der Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen. Täuschung ist danach jedes Verhalten, das objektiv irreführt oder einen Irrtum unterhält und damit auf die Vorstellung eines anderen einwirkt (BGHSt 47, 1, 3 m.w.N.). Bei schlüssigem Verhalten ist entscheidend, welcher Erklärungswert dem Gesamtverhalten des Täters nach der Verkehrsanschauung zukommt (vgl. auch BGH NJW 1995, 539 f.).

aa) Das Landgericht ist im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, daß der Angeklagte N. bei den Apothekern keinen tatbestandsmäßigen Irrtum erregt hat. Soweit mit der Vorlage der Rezepte konkludent behauptet worden ist, daß es sich bei den vom Vertragsarzt verschriebenen Medikamenten und Hilfsmitteln um notwendige Leistungen handele, fehlt es an einem Irrtum der Apotheker, der für die von ihnen jeweils getroffene Verfügung, die Aushändigung der parenteralen Nahrung an den Angeklagten N., kausal geworden ist. Ob die Leistungen notwendig im Sinne des § 12 Abs. 1 SGB V sind, haben die Apotheker grundsätzlich nicht zu prüfen. Da es sich bei den eingereichten Rezepten um ordnungsgemäß ausgestellte kassenärztliche Verordnungen handelte, waren die Apotheker – aufgrund des Rechtsanspruchs der Versicherten auf Versorgung im Sinne des § 31 SGB V – verpflichtet (§ 4 Abs. 1 Satz 1 ALV), die kassenärztlichen Verschreibungen gemäß § 17 Abs. 4 ApoBetrO unverzüglich einzulösen ("zivilrechtlicher Kontrahierungszwang", vgl. auch Cyran/Rotta aaO Rdn. 158; Pfeil/Pieck/Blume aaO Rdn. 125; Obermayer, aaO, S. 164, 166); hierbei war es für sie ohne Bedeutung, ob die verschriebenen Medikamentenmengen das Maß des Notwendigen (§ 12 Abs. 1 SGB V) überschritten.

Ob etwas anderes für den Fall gilt, daß die kassenärztliche Verordnung in der Weise offensichtlich mißbräuchlich ist, daß (ausnahmsweise) die Verpflichtung des Apothekers begründet wird, die Abgabe der Überverordnungs- menge zu verweigern (vgl. auch BSGE 77, 194, 208), kann letztlich dahin gestellt bleiben. Nur bei ganz offensichtlichen, objektiv klar erkennbaren Verletzungen kassenärztlicher Pflichten darf der Apotheker, der bei Zweifeln an der Richtigkeit der Verschreibung jedoch zunächst Rückfrage beim Arzt nehmen muß (vgl. dazu Cyran/Rotta aaO und Rdn. 22, 261; Pfeil/Pieck/Blume aaO Rdn. 155), das verschriebene Arzneimittel – allerdings nur für eine kurze Über-

gangszeit bis zum Eingreifen der von den Prüfinstanzen zu ergreifenden Maßnahmen (vgl. auch BSGE aaO, S. 208 f.) – nicht abgeben. Besteht der verschreibende Arzt auf uneingeschränkter Beachtung seiner Verschreibung, so ist der Apotheker regelmäßig berechtigt und verpflichtet, die ärztliche Verordnung auf Kosten der Krankenkasse auszuführen (vgl. Pfeil/Pieck/Blume aaO).

Daß die Verletzung der kassenärztlichen Pflichten in dieser Weise offensichtlich gewesen ist, ist weder festgestellt noch liegt sie nach den bisher getroffenen Feststellungen nahe. Dagegen spricht schon der Umstand, daß die Krankenkasse keinen Anlaß gesehen hat, den Angeklagten Dr. Sch. im Tatzeitraum an der Fortsetzung der Verordnungsweise zu hindern. Die TTK erfüllte vielmehr ihre Zahlungsverpflichtungen auch dann noch, als ihr der Apotheker F. seine Bedenken hinsichtlich der Verordnungsmenge mitteilte. Hinzu kommt, daß die Apotheker regelmäßig keinen (medizinischen) Einblick in das Arzt-Patienten-Verhältnis haben, so daß sich ihnen die Notwendigkeit sozialversicherungsrechtlicher Leistungen gerade nicht erschließt.

bb) Der Angeklagte N. hat aber auch keine seinen Vermögensvorteil bewirkende Täuschungshandlung gegenüber der Krankenkasse begangen.

Die Vermögensverfügung, die letztlich den Vorteil des Angeklagten N. und spiegelbildlich den Schaden der Krankenkasse bewirkt hat, hat der Mitangeklagte Dr. Sch. durch Ausstellung der die Krankenkasse zur Leistung verpflichtenden Arzneimittelverordnungen getroffen. Der Angeklagte Dr. Sch. – insoweit als Vertreter der TTK handelnd – kannte jedoch nach den Feststellungen die den Mangel begründenden Umstände; insoweit wurde die Krankenkasse nicht getäuscht.

Auch durch die mit Wissen des Angeklagten N. erfolgte Weiterleitung der ärztlichen Verordnungen an die TKK durch die (gutgläubigen) Apotheker hat er keine Täuschung der Krankenkasse begangen, die diese zu einer ihm vorteilhaften Vermögensverfügung veranlaßt hätte. Sofern die Krankenkasse überhaupt eine inhaltliche Prüfung auf die medizinische Notwendigkeit verordneter Heilmittel nach Leistungserbringung vornimmt, erfolgt diese – wie ausgeführt – ausschließlich im Hinblick auf eine nachträgliche Korrektur medizinisch nicht indizierter Maßnahmen im Innenverhältnis des Vertragsarztes zur Krankenkasse (vgl. Schwerdtfeger aaO S. 101; Igl in GK-SGB V, Stand: Juni 1999, § 12 Rdn. 32 m.w.N.). Insoweit bestünde jedoch keine Stoffgleichheit zwischen der unterlassenen Geltendmachung etwaiger Regreßansprüche gegenüber dem Angeklagten Dr. Sch. und dem vom Angeklagten N. erstrebten Vermögensvorteil.

Nach alledem können die Schuldsprüche keinen Bestand haben.

3. Aufgrund der getroffenen Feststellungen hat sich der Angeklagte N. aber an einer durch den Angeklagten Dr. Sch. zum Nachteil der TKK begangenen Untreue (§ 266 Abs. 1 StGB) beteiligt.

a) Tathandlung der Untreue des Angeklagten Dr. Sch. nach § 266 Abs. 1 StGB ist seine im Außenverhältnis wirksame, aber im Verhältnis zum Geschäftsherrn bestimmungswidrige Ausübung der Befugnis zur Vermögensverfügung oder Verpflichtung (Mißbrauchstatbestand).

Nach den Prinzipien des kassenärztlichen Abrechnungssystems handelt der Vertragsarzt bei Ausstellung einer Verordnung – wie ausgeführt – als Vertreter der Krankenkasse, indem er an ihrer Stelle das Rahmenrecht des einzelnen Versicherten auf medizinische Versorgung konkretisiert. Der Kassenarzt

darf allerdings den materiellen (und formellen) Rahmen der kassenärztlichen Versorgung nicht verlassen (vgl. nur BSGE 73, 271, 278, 281 f.). Er darf deshalb Leistungen, die jenseits der Bandbreite offener Wertungen nach den Regeln der ärztlichen Kunst (vgl. Schwerdtfeger aaO, S. 101) eindeutig nicht notwendig, nicht ausreichend oder unzweckmäßig sind, nicht verordnen (§§ 12 Abs. 1 Satz 2, 70 Abs. 1 Satz 2 SGB V). Verschreibt der Kassenarzt dennoch ein Medikament zu Lasten der Krankenkasse, obwohl er weiß, daß er die Leistung – wie hier – im Sinne des § 12 Abs. 1 SGB V nicht bewirken darf, mißbraucht er diese ihm vom Gesetz eingeräumten Befugnisse. Damit verletzt er seine Betreuungspflicht gegenüber dem betroffenen Vermögen der Krankenkasse. Indem der Arzt Medikamente auf Rezept verschreibt, erfüllt er die im Interesse der Krankenkasse liegende Aufgabe, gemäß § 31 Abs. 1 SGB V ihre Mitglieder mit Arzneimitteln zu versorgen. Da er bei Erfüllung dieser Aufgabe der Krankenkasse gegenüber kraft Gesetzes (§ 12 Abs. 1 SGB V) verpflichtet ist, nicht notwendige bzw. unwirtschaftliche Leistungen nicht zu bewirken, kommt darin eine Vermögensbetreuungspflicht zum Ausdruck (vgl. auch Goetze, Arzthaftungsrecht und kassenärztliches Wirtschaftlichkeitsgebot, 1989, S. 178). Der Arzt nimmt insoweit Vermögensinteressen der Krankenkasse wahr (vgl. Goetze aaO, S. 179).

b) Mangels eigener Pflichtenstellung kommt eine Beteiligung des Angeklagten N. an der Untreue des Angeklagten Dr. Sch. nicht als (Mit-)Täter, sondern nur als Gehilfe (§ 27 StGB) oder – naheliegend – als Anstifter (§ 26 StGB) in Betracht. Das bedarf jedoch ergänzender Feststellungen.

c) Einer Änderung der Schuldsprüche durch den Senat steht zudem § 265 StPO entgegen. Die Schuldsprüche müssen daher insgesamt aufgehoben werden. Rechtsfehler hinsichtlich der Feststellungen zum äußeren Geschehensablauf weist das angefochtene Urteil nicht aus. Diese Feststellungen können daher bestehen bleiben.

Tepperwien

Maatz

Athing

Ernemann

Sost-Scheible

BGHSt: ja

BGHR: ja

Veröffentlichung: ja

StGB §§ 263, 266

StGB V § 12

Zur Abgrenzung von Untreue und Betrug gegenüber Krankenkasse und Apotheker beim Bezug kassenärztlich verordneter, aber nicht notwendiger Medikamente.

BGH, Beschluß vom 25. November 2003 – 4 StR 239/03 – LG Kaiserslautern