

Der ärztliche Abrechnungsbetrug

Von Wiss. Mitarbeiter **Sebastian Braun**, Leipzig*

Spätestens seit dem Beschluss des BGH zum Abrechnungsbetrug des privatliquidierenden Arztes vom 25.1.2012¹ und den darauf folgenden zahlreichen Reaktionen im Schrifttum ist zu erwarten, dass diese Materie auch in Examensklausuren und insbesondere im Schwerpunktbereich Strafrecht oder Medizin- und Gesundheitsrecht abgeprüft wird. Der vorliegende Beitrag stellt daher die Grundlagen des ärztlichen Abrechnungsbetruges dar und geht dabei auf vier wesentliche Fallgestaltungen ein. In diesem Rahmen wird berücksichtigt, was als Pflichtfachstoff und was bereits als medizinstrafrechtliches und sozialrechtliches Spezialwissen zu erachten ist. Allerdings wird die Kenntnis von der Struktur des § 263 StGB bei der Darstellung vorausgesetzt.

I. Einordnung und Begriffsklärungen

Die Behandlung des ärztlichen Abrechnungsbetruges richtet sich wie gewohnt nach § 263 StGB. Eine Strafbarkeit kommt daher nur in Betracht, wenn der objektive und subjektive Tatbestand des § 263 StGB verwirklicht ist. Dies bedeutet, dass objektiv die Merkmale Täuschung, Irrtum, Vermögensverfügung und Vermögensschaden verwirklicht sein müssen. Subjektiv ist neben dem Vorsatz (vgl. § 15 StGB) die Bereicherungsabsicht notwendig, da es sich bei § 263 StGB um einen Tatbestand mit überschießender Innentendenz handelt. Daran lässt sich bereits erkennen, dass sich der Student nicht von Besonderheiten des Medizinstrafrechts verwirren lassen muss, da man mit dem üblichen Handwerkszeug in Verbindung mit etwas Spezialwissen die Probleme des § 263 StGB im Rahmen einer Arztstrafrechtsklausur in den Griff bekommen kann. Allerdings können insbesondere die objektiven Tatbestandsmerkmale je nach Fallgruppe eine gesonderte Ausprägung erfahren, wie im Folgenden dargestellt werden soll. Die Relevanz für Ausbildung und Wissenschaft lässt sich ferner auch daran erkennen, dass nunmehr alle gängigen Kommentare und Lehrbücher Passagen zu dieser Materie aufgenommen haben² und bereits einschlägige Monographien und Aufsätze existieren.³

* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches und Internationales Wirtschaftsrecht an der Universität Leipzig bei Prof. Dr. Reinhard Welter und Doktorand am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie, Jugendstrafrecht und Strafvollzugsrecht von Prof. Dr. Hendrik Schneider, Universität Leipzig.

¹ BGH NJW 2012, 1377.

² Beispielfhaft *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 36. Aufl. 2013, Rn. 580; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 61. Aufl. 2014, § 263 Rn. 36, 60, 109a; *Kraatz*, Arztstrafrecht, 2013, § 11 Rn. 267 f.

³ Beispielfhaft seien genannt *Luig*, Vertragsärztlicher Abrechnungsbetrug und Schadensbestimmung, 2009; *Freitag*, Ärztlicher und zahnärztlicher Abrechnungsbetrug im deutschen Gesundheitswesen, 2009; *Schneider*, in: *Wienke/Janke/Kramer* (Hrsg.), *Der Arzt im Wirtschaftsstrafrecht*, 2011, S. 57; *Sal-*

Unter dem Begriff des ärztlichen Abrechnungsbetruges sind Manipulationsvorgänge bei der Abrechnung privat- oder vertragsärztlicher Leistungen zu verstehen.⁴ Als Anknüpfungspunkt für eine Strafbarkeit kommt dann in Betracht, dass der Arzt mittels seiner (Ab-)Rechnung Geld einfordert, obwohl dies gar nicht oder nicht in vollem Umfang geschuldet ist.⁵ Tauglicher Täter des Delikts kann sowohl der Vertrags- als auch der Privatarzt sein. Unter einem *Vertragsarzt* versteht man in Anwendung von §§ 72 Abs. 1, 95 Abs. 1 SGB V den innerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung an der Versorgung der Versicherten mitwirkenden nieder- und zugelassenen Arzt.⁶ Der *Privatarzt* ist hingegen für die Behandlung von privatversicherten Personen zuständig. Beiden gemein ist jedoch deren Stellung als Freiberufler (vgl. nur § 1 Abs. 2 Hs. 2 Bundesärzteordnung).⁷

II. Abrechnungssysteme

Die Polizeiliche Kriminalstatistik (PKS) aus dem Jahr 2012 weist 4379 erfasste Fälle des Abrechnungsbetruges im Gesundheitswesen auf.⁸ Oftmals wird im Schrifttum als Grund für solch eine hohe Kriminalitätsrate auch die Kompliziertheit und Unübersichtlichkeit des Abrechnungssystems und die damit verbundene Missbrauchsanfälligkeit angeführt.⁹ Da die Feinheiten der Abrechnungssysteme jedoch nicht durchweg zum examens- bzw. prüfungsrelevanten Stoff gehören, soll an dieser Stelle eine auf die absoluten Grundzüge beschränkte Darstellung¹⁰ erfolgen, die allerdings für ein besseres Verständnis des Abrechnungsbetruges unerlässlich ist.

1. Das Abrechnungssystem in der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV)

Mit seiner Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung wird der Arzt gemäß § 95 Abs. 3 SGB V Mitglied der Kassenärzt-

ger/Tsambikakis, MedR 2013, 284; *Ellbogen/Wichmann*, MedR 2007, 10; *Volk*, NJW 2000, 3385.

⁴ *Frister/Lindemann/Peters*, Arztstrafrecht, 2011, S. 113.

⁵ *Suhr*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), *Medizinrecht*, Kommentar, 2011, § 263 StGB Rn. 3.

⁶ *Quaas/Zuck*, *Medizinrecht*, 2. Aufl. 2008, § 17 Rn. 3; *Hartmannsgruber*, in: *Ratzel/Luxenburger* (Hrsg.), *Handbuch Medizinrecht*, 2. Aufl. 2011, § 7 Rn. 3.

⁷ *Lipp*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp* (Hrsg.), *Arztrecht*, 6. Aufl. 2009, S. 32; *Quaas/Zuck* (Fn. 6), § 12 Rn. 9.

⁸ BMI, *Polizeiliche Kriminalstatistik 2012*, Stand: Mai 2013, S. 57 – Im Internet abrufbar unter:

http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Broschuren/2013/PKS2012.pdf;jsessionid=78A4BED883B5E0BOCF6BF839071241B5.2_cid364?_blob=publicationFile (18.1.2014).

⁹ *Schneider* (Fn. 3), S. 58; *Schroth/Jost*, in: *Roxin/Schroth* (Hrsg.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 4. Aufl. 2010, S. 182; *Kraatz*, *NStZ-RR* 2013, 35.

¹⁰ Einen ausführlichen Überblick findet man bei *Frister/Lindemann/Peters* (Fn. 4), S. 116 f.

lichen Vereinigung (KV). Bei der für ihn zuständigen KV reicht nun der Arzt pro Quartal seine Abrechnungsunterlagen in Form sogenannter *Sammelerklärungen* ein.¹¹ Bei der Sammelerklärung handelt es sich um eine Erklärung des Arztes, mittels derer versichert wird, dass die getätigten Abrechnungen sachlich korrekt und zudem vom Arzt persönlich erbracht worden sind.¹² Anschließend erfolgt seitens der KV, in Zusammenarbeit mit der jeweiligen Krankenkasse, eine Prüfung dieser Abrechnungen, §§ 106a Abs. 1, 75 Abs. 2 S. 2 SGB V. Ist dies geschehen, vollzieht die KV die Vergütung des Vertragsarztes.¹³ Wie hoch diese Vergütung ausfällt, richtet sich nach dem Einheitlichen Bewertungsmaßstab (EBM). In diesem sind alle abrechenbaren Leistungen festgelegt und mit einem bestimmten Punktwert beziffert, § 87 Abs. 2 SGB V. Dieser wird herangezogen, um zu ermitteln, welchen konkreten Betrag der einzelne Arzt am Ende ausgeschüttet bekommt. Die Gelder, mit denen der Arzt honoriert wird, erhält die KV von den Krankenkassen in Form der Gesamtvergütung, §§ 85, 87a Abs. 3 S. 1 SGB V. Man sollte sich also letztendlich vor Augen führen, dass die Vergütung des Arztes auf einem komplexen Zusammenspiel von KV, Krankenkasse und Vertragsarzt beruht und dafür die Normen des SGB V maßgeblich sind.

2. Das Abrechnungssystem in der Privaten Krankenversicherung (PKV)

Zwischen Arzt und Patient kommt es zum Abschluss eines Behandlungsvertrages.¹⁴ Mit dem Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes ist dieser Vertragstypus nunmehr in §§ 630a ff. BGB normiert. Dadurch ist auch weitestgehend der Streit obsolet geworden, ob es sich beim Behandlungsvertrag um einen Dienst- oder einen Werkvertrag handelt, da § 630b BGB klarstellt, dass die Vorschriften des Dienstvertragsrechts Anwendung finden. § 630a Abs. 1 BGB regelt, dass der Patient die Vergütung der Behandlung schuldet, sofern nicht ein Dritter zur Zahlung verpflichtet ist. Wie gezeigt, ist genau dies in der GKV der Fall – der Arzt nimmt nicht den Patienten, sondern die KV in Anspruch. Der wesentliche Unterschied zwischen PKV und GKV bezüglich der Abrechnung liegt demnach in der Tatsache, dass der Arzt in der PKV den Patienten *direkt* in Anspruch nimmt und dieser auch gemäß § 630a Abs. 1 BGB zur Vergütung verpflichtet ist.¹⁵ Die Höhe der Vergütung bemisst sich hier nicht nach dem SGB V, sondern nach der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ).¹⁶ Somit kann auch die GOÄ Anknüpfungspunkt für einen Missbrauch seitens des Arztes sein. Die an den Arzt geleisteten Zahlungen kann sich der Privatversicherte nun im Wege

des Kostenerstattungsprinzips von seiner Krankenversicherung zurückholen¹⁷ (vgl. § 192 VVG).

III. Relevante Fallgruppen im Überblick

Sämtliche potenzielle Fallgestaltungen aufzuführen, ist an dieser Stelle nicht möglich, da diesbezüglich eine kaum überschaubare Vielfalt vorliegt.¹⁸ Ziel der Darstellung ist vielmehr, bedeutsame und klausurrelevante Bereiche zu erörtern. Zunächst werden an dieser Stelle vier Fallgruppen einzeln vorgestellt. Im Anschluss werden sie gesondert in den Kontext zum objektiven Tatbestand des § 263 StGB gesetzt.

1. Abrechnung von nicht bzw. nicht vollständig erbrachten Leistungen

Als Grundfall des ärztlichen Abrechnungsbetruges kann die Abrechnung von nicht bzw. nicht vollständig erbrachter Leistungen – sogenannte „Luftleistungen“ oder „fingierte Leistungen“¹⁹ – bezeichnet werden.²⁰ Diese kann sowohl im vertrags- als auch im privatärztlichen Bereich auftreten. Beispiele aus der Praxis sind die Abrechnung bestimmter Leistungen, obwohl dem Arzt dafür die Praxisausstattung fehlt²¹ oder wenn eine Leistung noch erneut unter einem anderen Datum abgerechnet wird, obwohl sie bereits erbracht worden ist.²² Vor allem im Bereich der GKV kann es zudem dazu kommen, dass der Arzt Leistungen für bereits verstorbene Patienten abrechnet.²³ Dass dies möglich ist, ist darauf zurückzuführen, dass die KV seitens der Krankenkasse keine Mitteilung darüber erhält, ob ein Versicherter gestorben ist.²⁴ Die KV nimmt dann die Honorar Ausschüttung zugunsten des Arztes vor, ohne zu ahnen, dass der Patient bereits tot ist.

2. Abrechnung nicht eigenständig erbrachter Leistungen

Anknüpfungspunkt für eine evtl. Strafbarkeit kann auch die Tatsache sein, dass der Arzt eine Leistung nicht eigenständig erbracht hat, sie aber dennoch als solche gegenüber der KV oder dem Patienten abrechnet.

a) Delegationsfälle in der GKV

Insbesondere im vertragsärztlichen Sektor hat die Konstellation, dass der Arzt die eigenständige Leistungserbringung schuldet, sie aber z.B. durch Dritte wie dem nichtärztlichen Praxispersonal durchführen lässt (Delegationsfälle),²⁵ die Rechtsprechung beschäftigt.²⁶ Grundsätzlich besteht die Ver-

¹¹ Vgl. *Frister/Lindemann/Peters* (Fn. 4), S. 117.

¹² *Steinhilper*, in: Schnapp/Wigge (Hrsg.), Handbuch des Vertragsarztrechts, 2. Aufl. 2006, § 17 Rn. 8.

¹³ *Frister/Lindemann/Peters* (Fn. 4), S. 117, 124.

¹⁴ Vgl. A. Schneider, JuS 2013, 104; *Olzen/Kaya*, Jura 2013, 661; *Katzenmeier*, NJW 2013, 817.

¹⁵ *Olzen/Kaya*, Jura 2013, 661 (662).

¹⁶ Für Zahnärzte ist die GOZ einschlägig. Vgl. auch *Frister/Lindemann/Peters* (Fn. 4), S. 139.

¹⁷ *Frister/Lindemann/Peters* (Fn. 4), S. 141.

¹⁸ Umfassend dazu *Freitag* (Fn. 3), S. 89 ff.; vgl. auch *Volk*, NJW 2000, 3386.

¹⁹ *Kraatz* (Fn. 2), § 11 Rn. 273; *Frister/Lindemann/Peters* (Fn. 4), S. 145.

²⁰ *Schroth/Jost* (Fn. 9), S. 187.

²¹ *Ulsenheimer*, in: Laufs/Kern (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 151 Rn. 7.

²² *Krüger/Burgert*, ZWH 2012, 213 (215).

²³ *Badle*, NJW 2008, 1032.

²⁴ *Badle*, NJW 2008, 1032.

²⁵ *Krüger/Burgert*, ZWH 2012, 213 (216).

²⁶ Grundlegend dazu BGH NSTZ 1995, 85.

pflichtung des Arztes, seine geschuldete Leistung auch persönlich zu erbringen, vgl. §§ 15, 28 SGB V. Der Patient soll ein Recht darauf haben, von demjenigen behandelt zu werden, auf dessen konkrete Fähigkeiten er vertraut.²⁷ Allerdings ist es unter Umständen möglich, Leistungen zu delegieren, sofern die Befähigungen Dritter eine Aufgabenverteilung zulassen.²⁸ §§ 15 Abs. 1 S. 2, 28 Abs. 1 S. 2 SGB V räumen diese Möglichkeit explizit ein. Überträgt der Arzt eine bestimmte Tätigkeit auf nicht ärztliches Personal, ist allerdings zu beachten, dass es sich um eine grundsätzlich delegierbare Leistung handelt, eine hinreichende fachliche Qualifikation gewährleistet ist und der Arzt die anderweitige Leistungserbringung korrekt angeordnet hat.²⁹ Sind diese Kriterien erfüllt, kann der Arzt die Leistung noch immer als eigens erbracht abrechnen.³⁰ Operationen, die Untersuchung und Aufklärung des Patienten oder das Stellen einer Diagnose gehören zum Kernbereich der ärztlichen Tätigkeit und sind als höchstpersönlich zu erbringende Leistungen nicht delegierbar.³¹ In der Praxis kann es allerdings zu Fehlern bei der korrekten Anordnung kommen. Eine solche ist nur dann gegeben, wenn der Arzt die Leistung stets bei jedem Einzelfall und jeder Maßnahme gesondert delegiert, er also nicht lediglich eine Generalanweisung ausspricht.³² Eine klassische Konstellation ist dabei die Generalanweisung an das Praxispersonal, jedem Patienten Blut abzunehmen.³³ In einem solchen Fall sind die Voraussetzungen einer rechtmäßigen Delegation nicht erfüllt, da es an einer Einzelanordnung fehlt.

b) Persönliche Leistungserbringung nach der GOÄ

Die Pflicht der persönlichen Leistungserbringung hat ihren Platz mit § 4 GOÄ auch im Gebührenrecht der Privatärzte gefunden.³⁴ Gemäß § 4 Abs. 2 GOÄ darf der Privatarzt nur solche Leistungen abrechnen, die er persönlich erbracht hat oder die unter seiner Aufsicht nach entsprechend fachlicher Weisung durchgeführt worden sind. Der BGH hat in seiner jüngsten Grundsatzentscheidung zum Abrechnungsbetrug des Privatärztes eine Strafbarkeit für den Fall angenommen, dass der Arzt Laborleistungen als eigene abgerechnet hat, obwohl er sie durch einen Spezialisten vornehmen ließ.³⁵ Damit habe er gegen die Vorschriften der GOÄ verstoßen, was im Ergebnis zu einer Strafbarkeit führe. Im Übrigen gelten auch hier die Anforderungen an eine Delegationsfähigkeit wie in der GKV. Eine Ausnahme besteht allerdings, wenn Arzt und Patient eine von der GOÄ abweichende Gebührenvereinbarung treffen, vgl. § 2 GOÄ. In diesem Fall darf die Leistung

niemals von einem Dritten erbracht werden, selbst dann nicht, wenn die Voraussetzung einer Delegation gegeben wären.³⁶ In dem Maß wie sich der Patient verpflichtet, für die Behandlung und Arbeit des konkreten Arztes höhere Unkosten in Kauf zu nehmen, muss die Leistung von letzterem auch höchstpersönlich erbracht werden.³⁷

3. Abrechnung unwirtschaftlicher Leistungen

Eine weitere Variante ist die Abrechnung unwirtschaftlicher Leistungen. Die Besonderheit dieser Fallgruppe liegt oftmals darin, dass der Arzt eine Leistung tatsächlich und auch lege artis selbst erbracht, allerdings dabei das Wirtschaftlichkeitsgebot der GKV missachtet hat. Besonders in § 12 Abs. 1 SGB V tritt dieses zu Tage, wonach die Leistungen ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sein müssen. § 12 Abs. 1 S. 2 SGB V stellt klar, dass unwirtschaftliche Leistungen nicht bewirkt werden dürfen. Eine Leistung ist dann als unwirtschaftlich zu bewerten, wenn die für sie aufgewandten Kosten und der erzielte Heilungserfolg nicht in angemessener Relation zueinander stehen.³⁸ Rechnet der Arzt jedoch solch eine Leistung ab, kann nach der Rechtsprechung aufgrund des damit verbundenen Verstoßes gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot eine Strafbarkeit nach § 263 StGB in Betracht kommen. Dies ist z.B. der Fall, wenn der Arzt eine Behandlung durchführt und auch abrechnet, die aber aufgrund mangelnder Symptome überhaupt nicht medizinisch indiziert ist.³⁹ Hierher gehört auch die Variante, dass die angewandte Maßnahme zwar indiziert gewesen ist, aber auch eine kostengünstigere Alternative zur Verfügung gestanden hätte.⁴⁰ Allerdings muss auch der privatliquidierende Arzt, für den § 12 SGB V nicht gilt, den Kerngedanken des Gebotes beachten, da § 1 Abs. 2 GOÄ die Abrechnung von Leistungen, die über das medizinisch notwendige Maß hinausgehen, verbietet. Daraus folgt, dass der Privatarzt seinen Patienten möglichst kostengünstig zu behandeln hat.⁴¹

4. Abrechnung unter Verstoß gegen zulassungsrechtliche und berufsrechtliche Bestimmungen

Abschließend soll auf die Fallvarianten innerhalb der GKV eingegangen werden, in denen der Arzt eine Leistung abrechnet, es jedoch in seiner Person an den zulassungsrechtlichen Voraussetzungen für ein Tätigwerden als Vertragsarzt fehlt oder gegen Berufsrecht verstoßen worden ist.⁴² Die besondere Brisanz dieser Fälle liegt darin, dass der Arzt meist eine medizinisch indizierte Leistung lege artis erbringt und abrechnet und dies auch unter Beachtung von § 12 SGB V geschieht. Die Rechtsprechung geht jedoch davon aus, dass dennoch ein Betrug anzunehmen ist, wenn der Arzt zu der

²⁷ Peikert, MedR 2000, 352 (353).

²⁸ Frister/Lindemann/Peters (Fn. 4), S. 145.

²⁹ Frister/Lindemann/Peters (Fn. 4), S. 150.

³⁰ Frister/Lindemann/Peters (Fn. 4), S. 150.

³¹ Freitag (Fn. 3), S. 130, mit weiteren Beispielen auch zu delegationsfähigen Leistungen.

³² Freitag (Fn. 3), S. 131.

³³ BGH NStZ 1995, 85.

³⁴ Taupitz/Neikes, MedR 2008, 121.

³⁵ BGH NJW 2012, 1377; kritisch Geiger/Schneider, GesR 2013, 7; Dann, NJW 2012, 2001; Lindemann, NZWiSt 2012, 334; als Klausur aufbereitet von Braun, ZJS 2013, 188.

³⁶ Frister/Lindemann/Peters (Fn. 4), S. 177.

³⁷ Frister/Lindemann/Peters (Fn. 4), S. 177.

³⁸ Freitag (Fn. 3), S. 28.

³⁹ Vgl. OVG Münster NJW 2007, 3300.

⁴⁰ Frister/Lindemann/Peters (Fn. 4), S. 159.

⁴¹ Hermanns/Filler/Roscher, GOÄ 2013, 7. Aufl. 2013, S. 5.

⁴² Krüger/Burgert, ZWH 2012, 213 (217).

Abrechnung an sich, aufgrund eines Verstoßes gegen Normen des SGB V oder des Berufsrechts, nicht berechtigt ist.

Als Beispiel zur Verdeutlichung dient der „Strohmann-Fall“. Gemeint ist damit die Konstellation, dass ein nicht in der GKV zugelassener Arzt Kassenpatienten behandelt und seine erbrachten Leistungen nicht selbst, sondern durch einen zugelassenen Kollegen abrechnen lässt.⁴³ Ein Betrug läge darin, dass der Arzt ohne vertragsärztliche Zulassung nicht berechtigt ist, am Vergütungssystem der GKV teilzuhaben.⁴⁴

Letztendlich lässt sich hier u.a. auch die bereits erläuterte Delegationsproblematik verorten, da der Arzt schließlich durch eine fehlerhafte Delegation neben dem SGB (§§ 15 Abs. 1 S. 2, 28 Abs. 1 S. 2 SGB V) auch gegen das ärztliche Berufsrecht verstößt, vgl. § 19 Musterberufsordnung für Ärzte (MBO-Ä). Ebenso verstößt der Privatarzt, selbst wenn die Behandlung komplett ordnungsgemäß durchgeführt wurde, gegen § 4 Abs. 2 GOÄ, wenn er sie nicht im Sinne der GOÄ selbst erbracht hat.

IV. Die Fallgruppen im Lichte der Tatbestandsmerkmale

Im Folgenden wird dargelegt, inwieweit die objektiven Tatbestandsmerkmale des § 263 StGB durch die jeweiligen Fallgruppen eine besondere Ausprägung erfahren.

1. Täuschung

Als Täuschung bezeichnet man das Einwirken auf das Vorstellungsbild eines anderen, wobei dem Verhalten des Täters ein bestimmter Erklärungswert zukommen muss.⁴⁵ Getäuscht wird über Tatsachen, d.h. Zustände aus Vergangenheit oder Gegenwart, die dem Beweis zugänglich sind.⁴⁶ Bei der Frage, ob eine bestimmte Leistung erbracht worden ist oder nicht, handelt es sich um eine Tatsache. Somit bedarf es auch beim Abrechnungsbetrug zunächst einer Täuschungshandlung, die eine konkrete Erklärung in sich trägt. Innerhalb der GKV kommt daher als Täuschungshandlung das Einreichen der Abrechnungsunterlagen in Form der Sammelerklärung bei der KV in Betracht.⁴⁷ Gegenüber Privatpatienten ist sie im Zusenden der Rechnung zu erblicken. Rechtsprechung und Literatur gehen davon aus, dass der Arzt mit der Abrechnung ausdrücklich erklärt, alle aufgeführten Leistungen auch tatsächlich erbracht zu haben.⁴⁸ Hat er dies wie bei der Fallgruppe der Luftleistungen nicht getan, liegt somit eine Täuschung vor.

Allgemein ist anerkannt, dass eine Täuschung auch konkludent erfolgen kann. Auch im Rahmen des Abrechnungsbetruges wird von der herrschenden Meinung davon ausgegangen, dass der Arzt mit seiner Abrechnung bestimmte Inhalte *konkludent miterklärt*. Grundlegend für solch eine Annahme ist eine Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1993

gewesen. In dem Urteil ist angenommen worden, dass der Arzt in der GKV mit seiner Abrechnung konkludent erkläre, dass seine Leistung zu den vertragsärztlichen Versorgungsleistungen gehört und nach dem EBM abrechenbar ist.⁴⁹ Davon ausgehend wird auch in den Fällen, in denen es an einer ausdrücklichen Erklärung fehlt, ein konkludenter Erklärungsinhalt angenommen. Für die Delegationsfälle bedeutet dies, dass der Arzt konkludent erklärt, die Leistung persönlich erbracht bzw. sie ordnungsgemäß delegiert zu haben. Auf die Fallgruppe der unwirtschaftlichen Leistungserbringung übertragen, liegt die Täuschung darin, dass der Arzt konkludent zum Ausdruck bringt, dass er das Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 SGB V beachtet hat. Auch in der Entscheidung des BGH vom 25.1.2012 ging der *Senat* davon aus, dass der Arzt mit dem Einfordern der Vergütung zugleich konkludent erklärt, dass er die der Abrechnung zugrunde liegenden *Rechtsvorschriften eingehalten* hat und dies sowohl für den Vertrags- als auch für den Privatarzt gelte.⁵⁰ Dies bedeutet, dass nach dem BGH u.a. im „Strohmann-“ und im „Scheingesellschaftler-Fall“⁵¹ eine Täuschung darin zu sehen ist, dass der Arzt gegen Vorschriften des SGB V und des ärztlichen Berufsrecht verstoßen hat, die jedoch zur Grundlage der Abrechnung gehören. Aufgrund der gleichen Prämisse erklärt auch der Privatarzt konkludent, dass sein Anspruch bestehe, weil er die Vorschriften der GOÄ eingehalten hat.⁵² Teilweise wird diese Rechtsprechung kritisch betrachtet,⁵³ jedoch auch begrüßt.⁵⁴ Für die Klausur sollte es jedoch genügen, wenn man sie kennt und auf den jeweiligen Fall anwenden kann.

2. Irrtum

Ein Irrtum ist die Fehlvorstellung über Tatsachen.⁵⁵ Im *vertragsärztlichen* Bereich kommt der Irrtum auf Seiten der KV in Betracht. Da diese jedoch eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ist (vgl. § 77 Abs. 5 SGB V), muss auf den die Abrechnung jeweils prüfenden Sachbearbeiter als potenziell Irrenden abgestellt werden.⁵⁶ Bei der *Privatarztabrechnung* kann sowohl der Patient als auch der Bearbeiter der Krankenversicherung, der den Antrag des Patienten auf Kostenerstattung prüft, Irrender sein. In letzterer Konstellation fungiert jedoch der Patient meist als Werkzeug des Arztes, sodass eine mittelbare Täterschaft zu prüfen ist.⁵⁷ In beiden Bereichen kann der Patient oder der Sachbearbeiter durchaus Zweifel an der Abrechnung hegen.⁵⁸ Allerdings wird insbe-

⁴⁹ BGH NStZ 1993, 388 (389).

⁵⁰ BGH NJW 2012, 1377 (1379).

⁵¹ Vgl. zu letzterem *Schneider* (Fn. 3), S. 63.

⁵² BGH NJW 2012, 1377 (1379).

⁵³ *Geiger/Schneider*, GesR 2013, 7 (8 f.); vgl. auch *Kraatz*, in: Geisler (Hrsg.), Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011, 2011, S. 269.

⁵⁴ *Dann*, NJW 2012, 2001 (2002); *Lindemann*, NZWiSt 2012, 334 (335).

⁵⁵ *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 15. Aufl. 2013, § 13 Rn. 39.

⁵⁶ *Frister/Lindemann/Peters* (Fn. 4), S. 183.

⁵⁷ *Braun*, ZJS 2013, 188 (190).

⁵⁸ Dazu *Braun*, ZJS 2013, 188 (190).

⁴³ *Schneider* (Fn. 3), S. 63; ausf. dazu *Idler*, JuS 2004, 1037.

⁴⁴ BGH NJW 2003, 1198.

⁴⁵ *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 2), Rn. 496.

⁴⁶ *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 2), Rn. 493.

⁴⁷ *Ellbogen/Wichmann*, MedR 2007, 10 (11).

⁴⁸ OLG Hamm NStZ 1997, 131; *Frister/Lindemann/Peters* (Fn. 4), S. 144; *Freitag* (Fn. 3), S. 92.

sondere innerhalb der GKV aufgrund der massenhaft eingehenden Abrechnungen davon ausgegangen, dass sich der Sachbearbeiter nicht positiv vorstellen muss, dass jede einzelne Rechnungsposition korrekt ist.⁵⁹ Vielmehr wird im Zuge eines sachgedanklichen Mitbewusstseins der Irrtum bereits dann bejaht, wenn der Bearbeiter davon ausgeht, dass die Abrechnung insgesamt in Ordnung ist.⁶⁰ Selbiges soll erst recht für den Privatpatienten gelten, der das komplexe Vergütungssystem nicht kennt.⁶¹

3. Vermögensverfügung

Eine Vermögensverfügung ist jedes Verhalten, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt.⁶² Problematisch im Rahmen des Abrechnungsbetruges ist die Frage, wessen Vermögen in der GKV gemindert wird.⁶³ Für den Pflichtfachstoff genügt es jedoch davon auszugehen, dass in den meisten Fällen mit dem Erlass des Honorarbescheides zugunsten des Vertragsarztes eine Vermögensminderung auf Seiten der übrigen ordnungsgemäß abrechnenden Ärzte als Mitglieder der KV einhergeht.⁶⁴ Beahlt der Privatpatient die Rechnung des Arztes, mindert er damit unmittelbar sein eigenes Vermögen. In der Konstellation der mittelbaren Täterschaft liegt die Vermögensverfügung zu Lasten der privaten Krankenversicherung in der Bewilligung der Kostenerstattung.⁶⁵

4. Vermögensschaden

Ein Vermögensschaden ist nach der Gesamtsaldierungslehre dann gegeben, wenn nach der Vermögensverfügung das Vermögen gemindert ist, ohne dass durch ein entsprechendes wirtschaftliches Äquivalent ein Ausgleich erfolgt.⁶⁶ Die Fallgestaltung der Luftleistungen ist daher auch ohne arztstrafrechtliches Wissen gut in den Griff zu bekommen: Die Vermögensminderung durch die Vergütung des Arztes wird nicht durch dessen erbrachte Leistung ausgeglichen, da er sie nicht bzw. nicht vollständig erbracht hat. Es bleibt somit ein Minus stehen, der Schaden liegt vor. Bei den übrigen in diesem Beitrag behandelten Fällen greift die Rechtsprechung zur Schadensfeststellung auf die erstmals auf die Delegationsfälle angewandte *streng formale Betrachtungsweise des Sozialversicherungsrechts* zurück. Nach dieser ist eine Leistung bereits dann nicht erstattungsfähig, wenn sie in Teilbereichen nicht den gestellten Anforderungen genügt.⁶⁷ Das bedeutet, dass ein Schaden bereits dann vorliegt, wenn gegen zulassungs- oder berufsrechtliche Voraussetzungen verstoßen worden ist. Begründet wird dies damit, dass die in realiter erbrachte ärzt-

liche Leistung aufgrund des Verstoßes gegen einschlägige Rechtsvorschriften im System der gesetzlichen Krankenversicherung als wertlos zu erachten ist und sie damit nicht als Äquivalent für die erlittene Vermögenseinbuße in Betracht kommen kann.⁶⁸ Daher soll auch unabhängig von einer doch eventuell bestehenden Werthaltigkeit der Leistung beim „Strohmann-Fall“ ein Vermögensschaden vorliegen.⁶⁹ Dies gilt seit 2012 auch für den Privatarzt, der gegen das Gebührenrecht verstößt – insoweit hat der BGH auch hier die Grundsätze der streng formalen Betrachtungsweise angewandt.⁷⁰

Allerdings sieht sich diese Linie der Rechtsprechung seit jeher starker Kritik aus dem Schrifttum ausgesetzt. Es wird angeführt, dass dadurch die Grundsätze der Gesamtsaldierung unterlaufen werden, da die ärztliche Leistung sehr wohl als Äquivalent fungiere.⁷¹ Zu fragen ist somit, ob dem System der gesetzlichen Krankenversicherung durch die ärztliche Leistung ein wirtschaftliches Gegenstück zum ausgeschütteten Honorar zufließt. Insbesondere *Schneider* zeigt auf, dass eine medizinisch korrekt erbrachte Leistung im System der GKV dazu führt, dass ein Vermögensschaden verneint werden muss.⁷² Anknüpfungspunkt dafür ist die Tatsache, dass der Patient vor der ärztlichen Behandlung gegenüber seiner Krankenkasse gemäß §§ 2, 23 Abs. 1, 27 SGB V einen Anspruch auf die Erbringung der erforderlichen medizinischen Leistungen hat.⁷³ Hat der Patient nun eine *lege artis* erbrachte Leistung erhalten, wird die Krankenkasse von dieser Verbindlichkeit befreit.⁷⁴ Gerade dieser für das System der gesetzlichen Krankenversicherung bedeutende Fakt ist im Rahmen der Gesamtsaldierung zu berücksichtigen. Schließlich spielt es für die Korrektheit und damit medizinische Werthaltigkeit der ärztlichen Leistung keine Rolle, ob im Rahmen einer Delegation lediglich eine Generalanweisung ausgesprochen oder die Leistung von einem Arzt erbracht worden ist, dem lediglich der berufsrechtliche Status eines Vertragsarztes fehlt.⁷⁵ Überdies würde den gesetzlich Versicherten auch kein Anspruch zustehen, die gleiche Leistung noch einmal von einem ordnungsgemäß abrechnenden Arzt erbringen zu lassen.⁷⁶ Dies lässt sich damit begründen, dass durch die bereits medizinisch korrekt erbrachte Behandlung das Merkmal der Notwendigkeit in §§ 23, 27 SGB V entfallen würde.⁷⁷ Ferner kann sich vor Augen geführt werden, dass in solchen Konstellationen gar ein Vorteil auf Seiten des GKV-Systems

⁶⁸ *Frister/Lindemann/Peters* (Fn. 4), S. 204.

⁶⁹ OLG Koblenz MedR 2001, 144; BGH NJW 2003, 1198.

⁷⁰ BGH NJW 2012, 1377 (1383).

⁷¹ *Schneider* (Fn. 3), S. 64; vgl. auch *Braun*, ZJS 2013, 188 (194).

⁷² *Schneider* (Fn. 3), S. 64; vgl. auch *ders.*, in: Duttge (Hrsg.), *Tatort Gesundheitsmarkt, Rechtswirklichkeit – Strafwürdigkeit – Prävention*, 2011, S. 35 (S. 39 f.).

⁷³ *Schneider* (Fn. 3), S. 64.

⁷⁴ *Schneider* (Fn. 3), S. 64; *Saliger/Tsambikakis*, MedR 2013, 284 (286); *Gaidzik*, wistra 1998, 329 (332); ausf. dazu *Luig* (Fn. 3), S. 97 f.

⁷⁵ *Schneider* (Fn. 3), S. 64.

⁷⁶ *Schneider* (Fn. 3), S. 64.

⁷⁷ *Schneider* (Fn. 3), S. 64.

⁵⁹ *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 2), Rn. 511.

⁶⁰ *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 2), Rn. 511.

⁶¹ BGH NJW 2012, 1377 (1382).

⁶² *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 2), Rn. 515.

⁶³ Vgl. dazu *Freitag* (Fn. 3), S. 113 f.

⁶⁴ *Frister/Lindemann/Peters* (Fn. 4), S. 200.

⁶⁵ *Frister/Lindemann/Peters* (Fn. 4), S. 202.

⁶⁶ *Satzger*, Jura 2009, 518 (521); *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 2), Rn. 538.

⁶⁷ BGH NStZ 1995, 85 (86); BGH NJW 2003, 1198; zustimmend *Beckemper/Wegner*, NStZ 2003, 315 (316).

vorliegen kann: Denn selbst wenn der Arzt die Vergütung erhält, hat er darauf keinen Anspruch, wenn er gegen die sozialrechtlichen Vorschriften verstößt.⁷⁸ Die Folge ist, dass die Vergütung zurückverlangt werden kann, während hingegen der Patient dennoch eine medizinisch tadellose Behandlung erfahren hat, wodurch sein Anspruch gegenüber der Versicherung erlischt.⁷⁹ Ebenso muss auch im privatärztlichen Sektor der lege artis erbrachten Leistung ein wirtschaftlicher Wert beigemessen werden. Selbst wenn der Arzt z.B. eine solche als eigene abrechnet, obwohl er sie nicht durchgeführt hat, kann darin zwar ein Verstoß gegen § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ liegen. Dennoch erhält der Patient für sein Geld eine korrekte Leistung, deren wirtschaftlicher Wert nicht durch eine Missachtung von Vorschriften genommen wird, die lediglich gebührenpolitische Zwecke verfolgen.⁸⁰ Seine ökonomische Vermögenseinbuße ist dann ausgeglichen. Anderenfalls würde der Schaden nur danach beurteilt werden, ob die Leistung nach sozial- bzw. ärztlichem Gebührenrecht abrechenbar ist. Dadurch würde § 263 StGB auch der Bestand des gesetzlichen bzw. privaten Krankenversicherungssystems als Schutzgut untergeschoben werden, obwohl dieser nach einhelliger Auffassung nur das Vermögen schützt.⁸¹ Für die Sanktionierung der vom Arzt begangenen Abrechnungsmanipulationen bildet zudem das Disziplinar- und Berufsrecht die richtige Grundlage⁸² ohne dass damit eine Bejahung des strafrechtlichen Vermögensschadens einhergeht.

Zudem ist diese Betrachtungsweise auch angesichts der neueren Rechtsprechung des BVerfG zum Vermögensschaden anzuzweifeln. Bereits im Juni 2010 hatte sich das BVerfG in einem Beschluss zum Untreuetatbestand mit dem Merkmal des Vermögensschadens und den Anforderungen an die Schadensbestimmung auseinandergesetzt.⁸³ Mit Beschluss vom 7.12.2011 hatte das BVerfG sodann in seiner AI Quaida-Entscheidung klargestellt, dass die im Juni 2010 festgelegten Grundsätze zur Handhabung des Schadensmerkmals genauso für § 263 StGB gelten.⁸⁴ Es ist dabei dargelegt worden, dass das Merkmal des Vermögensschadens der Begrenzung des Betrugstatbestandes dient.⁸⁵ Um daher, auch im Hinblick auf die Einhaltung des Bestimmtheitsgebotes (Art. 103 Abs. 2 GG),⁸⁶ einer Überdehnung des Tatbestandes entgegenzuwirken, fordert das BVerfG, dass auch im Rahmen des § 263 StGB der Schaden der Höhe nach beziffert werden muss.⁸⁷ Richtungsweisend führt es zudem aus: „Normative Gesichts-

punkte können bei der Bewertung von Schäden eine Rolle spielen; sie dürfen die wirtschaftliche Betrachtung allerdings nicht überlagern oder verdrängen“⁸⁸. Wenn jedoch nun der BGH schon allein aufgrund der streng formalen Betrachtungsweise vom Vorliegen eines Vermögensschadens ausgeht, wird diesem Erfordernis allerdings keine Rechnung getragen.⁸⁹ Aufgrund der verfassungsrechtlichen Distanzierung bzgl. einer Normativierung des § 263 StGB, kann die Anwendung der streng formalen Betrachtungsweise nicht (mehr) als hinreichende Methode betrachtet werden, um das Vorliegen eines Schadens bejahen zu können. Schließlich basiert die bisherige Haltung der Rechtsprechung, dass eine Leistung aufgrund eines Abrechnungsmangels komplett als wertlos angesehen wird, auf einer rein normativen Erwägung,⁹⁰ die den tatsächlichen wirtschaftlichen Gehalt der Leistung außer Acht lässt. Anstatt dass durch die Gerichte untersucht wird, ob der Leistung ein solcher Wert inne wohnt, stellt *Schneider* fest, dass mit der streng formalen Betrachtungsweise lediglich ein Schluss von Täuschung auf Schaden einhergeht.⁹¹ Damit wird allerdings der tatsächliche Sachverhalt nicht mehr unter den Begriff der Schadens subsumiert⁹² und es mangelt an der vom BVerfG geforderten wirtschaftlich bezifferbaren Schadensermittlung.

Es zeigt sich, dass man in der Klausur daher mit guten Argumenten die Linie der Rechtsprechung ablehnen und sich auch an die Grundsätze der Gesamtsaldierung halten kann. Allerdings bringt bereits die Kenntnis dieser etwas exotischeren Rechtsprechung Punkte.

V. Fazit

Es ist zu erkennen, dass man sich auch bei der Bearbeitung einer Abrechnungsbetrugsklausur im gewohnten Umfeld von § 263 StGB befindet. Beherrscht man dessen Grundlagen, kann an den entsprechenden Problempunkten des objektiven Tatbestandes das zusätzliche medizinstrafrechtliche Wissen eingeflochten werden. Zu empfehlen ist dabei die Ausformulierung verschiedener Fallkonstellationen, um einschätzen zu können, wie viel Zeit die Verortung der aufgezeigten Besonderheiten beim Schreiben des Gutachtens in Anspruch nimmt. Der Student ist zudem gut beraten, auch einen Blick auf die aktuellen Rechtsprechungsentwicklungen des Medizinstrafrechts zu werfen und sich zu überlegen, wie diese mit potenziellem Prüfungstoff verwoben werden könnten.

⁷⁸ *Schneider* (Fn. 3), S. 64.

⁷⁹ *Schneider* (Fn. 3), S. 64.

⁸⁰ *Saliger/Tsambikakis*, MedR 2013, 284 (286); *Gaßner/Strömer*, NSTZ 2013, 621 (628).

⁸¹ *Volk*, NJW 2000, 3385; *Frister/Lindemann/Peters* (Fn. 4), S. 205; *Fischer* (Fn. 2), § 263 Rn. 3.

⁸² *Kratz* (Fn. 2), § 11 Rn. 295.

⁸³ BVerfG NJW 2010, 3209; besprochen durch *Beckemper*, ZJS 2011, 88.

⁸⁴ BVerfG NJW 2012, 907 (916); vgl. *Jahn*, JuS 2012, 266; *Kudlich*, JA 2012, 230.

⁸⁵ BVerfG NJW 2012, 907 (916).

⁸⁶ *Mahler*, wistra 2013, 44 (46).

⁸⁷ BVerfG NJW 2012, 907 (916).

⁸⁸ BVerfG NJW 2012, 907 (916).

⁸⁹ So auch *Saliger/Tsambikakis*, MedR 2013, 284 (286).

⁹⁰ *Krüger/Burgert*, ZWH 2012, 213 (215).

⁹¹ *Schneider* (Fn. 3), S. 65.

⁹² *Schneider* (Fn. 3), S. 65.