

Entscheidungsbesprechung

Betrug durch Pflegedienstunternehmer bei Einsatz unzureichend qualifizierten Personals.

**Zum Abrechnungsbetrug der Betreiberin eines ambulanten Pflegedienstes, deren Mitarbeiter nicht über die mit der Kranken- und Pflegekasse vertraglich vereinbarte Qualifikation verfügen.
(Amtlicher Leitsatz)**

StGB § 263 Abs. 1

BGH, Beschl. v. 16.6.2014 – 4 StR 21/14 (LG Hagen)¹

I. Einleitung

Im Jahr 2013 wurden nach der Polizeilichen Kriminalstatistik 4697 Fälle von Abrechnungsbetrug im Gesundheitswesen gemeldet.² Der registrierte Schaden betrug dabei 41 Millionen Euro.³ Die besondere Anfälligkeit des Gesundheitssektors für Betrugstaten wird u.a. auf das komplizierte Abrechnungssystem der gesetzlichen Krankenversicherung zurückgeführt.⁴ Der enge Zusammenhang mit dem Sozialversicherungsrecht ist zugleich der Grund dafür, dass die Rechtsprechung den Vermögensschaden in Anlehnung an die sozialrechtlichen Grundlagen der Leistungsabrechnung bestimmt („streng formale Betrachtungsweise“).⁵ Diese Akzessorität zum Sozialversicherungsrecht ist im Schrifttum wiederholt kritisiert worden;⁶ in jüngeren Stellungnahmen wird darin sogar ein Verstoß gegen die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung gesehen, wonach Grundlage für die Schadensbegründung eine wirtschaftliche Betrachtungsweise sei, die durch normative Gesichtspunkte nicht verdrängt oder überlagert werden

¹ BGH NJW 2014, 3170 = NStZ 2014, 640.

² Bundesministerium des Innern, Polizeiliche Kriminalstatistik 2013, Stand: April 2014, S. 68, abrufbar im Internet unter http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Nachrichten/Pressemitteilungen/2014/06/PKS2013.pdf?__blob=publicationFile (20.3.2015).

³ Bundeskriminalamt, Wirtschaftskriminalität, Bundeslagebild 2013, S. 11, im Internet als Download verfügbar unter http://www.bka.de/nn_193360/DE/Publikationen/JahresberichteUndLagebilder/Wirtschaftskriminalitaet/wirtschaftskriminalitaet_node.html?__nn=true (20.3.2015).

⁴ Gaßner/Klars, *PharmaR* 2012, 356 (358); Kraatz, *NStZ-RR* 2013, 33 (35); H. Schneider, in: Wienke/Janke/Kramer (Hrsg.), *Der Arzt im Wirtschaftsstrafrecht*, 2011, S. 56 (59).

⁵ BGH *NStZ* 1995, 85 (86); BGH *NJW* 2003, 1198 (1200); siehe auch zum privatärztlichen Abrechnungsbetrug BGH *NJW* 2012, 1377 (1383); siehe den entsprechenden Klausurfall von Braun, *ZJS* 2013, 188.

⁶ Grunst, *NStZ* 2004, 533 (536 f.); H. Schneider (Fn. 4), S. 64 ff.; Stein, *MedR* 2001, 124 (129 f.); Ulsenheimer, *Arztstrafrecht*, 5. Aufl. 2015, Rn. 1121 ff.; Volk, *NJW* 2000, 3385 (3386 ff.).

dürfe^{7,8} Die vorliegende Entscheidung greift diese Kritik zwar auf, hält aber weiterhin an der „streng formalen Betrachtungsweise“ fest.

II. Sachverhalt

In dem der Entscheidung des BGH zu Grunde liegenden Fall hatte die Angeklagte als Inhaberin eines Pflegedienstes die häusliche Krankenpflege und Grundpflege eines Wachkoma-Patienten übernommen. Die Pflegeleistungen wurden auf der Grundlage eines Rahmenvertrages zwischen verschiedenen Krankenkassen und dem Landesverband der Pflegedienste und ergänzenden Vereinbarungen erbracht, in denen u.a. die Anforderungen an die Qualifikation der Pflegekräfte (fachlich weitergebildete Fachgesundheits- und Krankenpfleger/-innen für Intensivpflege und Anästhesie) festgelegt wurden. Das von der Angeklagten zur Erbringung der Pflegeleistungen eingesetzte Personal erfüllte diese Anforderungen zu keinem Zeitpunkt; die Pflegekräfte wurden durch entsprechend qualifiziertes Personal weder eingearbeitet noch überwacht, sondern von der Angeklagten lediglich in die vorzunehmenden Routinetätigkeiten eingewiesen und im Übrigen angehalten, erforderlichenfalls den Notarzt zu rufen. Überdies wurden anstelle der Kranken- und Pflegekasse bewilligten 24- bzw. 14-stündigen Pflege pro Tag lediglich über 5,5 bis 7,5 Stunden Pflegeleistungen erbracht, aber die volle Stundenzahl abgerechnet. Die Kranken- und Pflegekasse ging daraufhin davon aus, dass die Pflegeleistungen entsprechend den vertraglichen Vereinbarungen und in dem angegebenen Umfang erbracht worden seien, und beglich die von der Angeklagten eingereichten Rechnungen in Höhe von insgesamt € 247.154,51.

III. Entscheidung

Der BGH hat die erstinstanzliche Verurteilung wegen Betruges bestätigt. In der Einreichung der Rechnungen und (gefälschten) Leistungsnachweise sah das Gericht eine konkludente Täuschung über das Vorliegen der einen entsprechenden Zahlungsanspruch begründenden Tatsachen. Dies gelte sowohl für die angegebenen, aber tatsächlich nicht geleisteten Arbeitsstunden als auch für die Abweichung von der vertraglich vereinbarten Qualifikation der Pflegekräfte, denn mit der Rechnungsstellung habe die Angeklagte konkludent erklärt, die vertraglich vereinbarte Leistung ordnungsgemäß erbracht zu haben.⁹ Diese Täuschung habe bei den Mitarbeitern der Kranken- und Pflegekasse zu einem entsprechenden Irrtum und zu einer irrumsbedingten Verfügung (Bezahlung der Rechnungen) über das Vermögen der Kranken- und Pflegekasse geführt (Dreiecksbetrug).¹⁰

⁷ BVerfG *NJW* 2012, 907 (916, zu § 263 StGB), mit Verweis auf BVerfGE 126, 170 (228, zu § 266 StGB).

⁸ Braun, *ZJS* 2014, 35 (40); Brockhaus, *ZMGR* 2014, 22 (26 f.); Krüger/Burgert, *ZWH* 2012, 213 (214 f.); Mahler, *wistra* 2013, 44 (46 f.); Saliger/Tsambikakis, *MedR* 2013, 284 (286 f.).

⁹ BGH *NJW* 2014, 3170 (3171 Rn. 18-21).

¹⁰ BGH *NJW* 2014, 3170 (3171 Rn. 22).

Sodann begründet das Gericht eingehend das Vorliegen eines Vermögensschadens. In Bezug auf die tatsächlich nicht geleisteten Arbeitsstunden wird ein Schaden auf Seiten der Kranken- und Pflegekasse ohne Weiteres bejaht, denn der Kasse ist insoweit kein Vermögensvorteil zugeflossen, der die zahlungsbedingte Vermögensminderung kompensieren könnte.¹¹ Nach Ansicht des BGH sei ein Vermögensschaden aber auch hinsichtlich der Zahlungen für tatsächlich erbrachte Pflegeleistungen gegeben. Zur Begründung verweist das Gericht auf die einschlägigen Regelungen des Sozialrechts, wonach ein Vergütungsanspruch vollständig entfalle, wenn bei der Erbringung der Leistungen die vertraglich vereinbarte Qualifikation unterschritten wird. Dies gelte nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts¹² selbst dann, wenn die Leistungen im Übrigen ordnungsgemäß erbracht worden seien. Der BGH folgt insoweit seiner bisherigen Rechtsprechung, die den Vermögensschaden beim Abrechnungsbetrug akzessorisch zu den sozialrechtlichen Grundlagen der Leistungsabrechnung feststellt („streng formale Betrachtungsweise“).¹³ Einen Widerspruch zu der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, wonach die bei der Begründung des Vermögensschadens gebotene wirtschaftliche Betrachtungsweise nicht durch eine normative Auslegung dieses Merkmals überlagert werden dürfe, sieht der BGH nicht, denn Zahlungen, auf welche der Leistungserbringer unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt einen Anspruch habe, begründeten nicht nur normativ, sondern auch wirtschaftlich einen Vermögensschaden.¹⁴

Weitere Ausführungen zum Vorliegen eines Schadens wären damit eigentlich entbehrlich, aber das Gericht stützt sein Ergebnis außerdem auf die Erwägung, dass eine Kompensation der zahlungsbedingten Vermögensminderung durch die erbrachten Pflegeleistungen auch deshalb ausscheidet, weil diesen – unabhängig vom Bestehen eines Vergütungsanspruchs – aufgrund ihrer geminderten Qualität kein wirtschaftlicher Wert zukomme.¹⁵ Aus diesem Grund beruhe die Annahme eines Vermögensschadens nicht auf einer nach Art. 103 Abs. 2 GG unzulässigen Normativierung dieses Tatbestandsmerkmals.¹⁶

Der Vermögensschaden der Kranken- und Pflegekasse werde schließlich auch nicht dadurch kompensiert, dass diese die dem Versicherten geschuldeten Leistungen im Nachhinein nicht erbringen müsse, denn insoweit fehle es an der Unmittelbarkeit des herbeigeführten Vermögensvorteils. Die Befreiung der Kasse von der Leistungspflicht gegenüber dem Versicherten stelle keine Gegenleistung für die an die Angeklagte geleisteten Zahlungen dar, sondern resultiere aus einer anderen Leistungsbeziehung (nämlich derjenigen zwischen der Kasse und dem Versicherten).¹⁷ Aus dem gleichen Grund

(fehlende Unmittelbarkeit) entfalle der Vermögensschaden nicht mit Blick auf die ersparten Aufwendungen für die Beauftragung eines anderen Pflegedienstes.¹⁸

III. Würdigung

Die Entscheidung ist im Schrifttum zustimmend aufgenommen worden.¹⁹ Dies ist allerdings vor allem darauf zurückzuführen, dass der BGH sein Ergebnis nicht nur auf die „streng formale Betrachtungsweise“, sondern auch auf eine davon unabhängige wirtschaftliche Bewertung der tatsächlich erbrachten Pflegeleistungen gestützt hat.²⁰

1. Die wirtschaftliche Bewertung der erbrachten Pflegeleistungen

Indem der BGH das Vorliegen eines Vermögensschadens mittels einer wirtschaftlichen Bewertung der tatsächlich erbrachten Pflegeleistungen begründet, sichert er sein Ergebnis gegenüber der im Schrifttum geübten Kritik an der streng formalen Betrachtungsweise ab, die auf einer Schadensbegründung über eine Gesamtsaldierung nach wirtschaftlichen Kriterien besteht. Nach dieser Auffassung ist ein Vermögensschaden nur bei leistungsbezogenen Abrechnungsfehlern anzunehmen, d.h. die tatsächlich erbrachte gegenüber der abgerechneten Leistung qualitativ minderwertig ist.²¹ Ein solcher Fall sei insbesondere bei einem Mangel an fachlicher Qualifikation gegeben.²² Diese Voraussetzungen waren im vorliegenden Fall erfüllt. Das von der Angeklagten eingesetzte Personal hat zwar Pflegeleistungen erbracht, hatte dabei aber nicht die vertraglich vereinbarte fachliche Qualifikation. Dass dies keine negativen Auswirkungen auf den Gesundheits- oder Pflegezustand des Patienten hatte, ändert nichts daran, dass die erbrachte Leistung insofern minderwertig war, als die vertraglich geschuldete qualifizierte Überwachung des Patienten unterblieben und damit eine adäquate Versorgung im Notfall nicht gewährleistet war.²³

Fraglich ist allerdings, ob sich aus dieser wirtschaftlichen Betrachtungsweise die Wertlosigkeit der erbrachten Pflegeleistungen ergibt.²⁴ Zwar ergibt sich aus der fehlenden bzw. geringeren Qualifikation des Pflegepersonals eine Wertminderung in Bezug auf die Pflegeleistung, dies rechtfertigt es aber keineswegs, den Wert der erbrachten Leistung mit „Null“ zu bewerten, denn es wurden tatsächlich Pflegeleistungen erbracht, denen letztlich im vorliegenden Fall der gute Pflegezustand des betreuten Patienten zu verdanken war. Angesichts der im Schrifttum gezogenen Parallele zum An-

¹¹ BGH NJW 2014, 3170 (3171 Rn. 24 f.).

¹² BSG NZS 2006, 29 (31 m.w.N.).

¹³ BGH NJW 2014, 3170 (3171 f. Rn. 28-29).

¹⁴ BGH NJW 2014, 3170 (3172 Rn. 30, mit impliziter Bezugnahme auf Rn. 24).

¹⁵ BGH NJW 2014, 3170 (3172 Rn. 31).

¹⁶ BGH NJW 2014, 3170 (3172 Rn. 32).

¹⁷ BGH NJW 2014, 3170 (3172 Rn. 33).

¹⁸ BGH NJW 2014, 3170 (3172 Rn. 34).

¹⁹ C. Brand, ZWH 2014, 427 f.; Piel, NStZ 2014, 643 f.; Schuhr, NJW 2014, 3173.

²⁰ Piel, NStZ 2014, 643 (644); Schuhr, NJW 2014, 3173.

²¹ H. Schneider (Fn. 4), S. 67 f.; Volk, NJW 2000, 3385 (3387).

²² H. Schneider (Fn. 4), S. 67 f.; Volk, NJW 2000, 3385 (3387).

²³ Schuhr, NJW 2014, 3173; siehe auch Piel, NStZ 2014, 643 (644).

²⁴ So BGH NJW 2014, 3170 (3172 Rn. 31).

stellungsbruch²⁵ wäre also der Wert der Pflegeleistung auf die geleisteten Zahlungen anzurechnen, so dass ein Vermögensschaden nur in Höhe der Differenz zwischen den geleisteten Zahlungen und dem Wert der tatsächlich erbrachten Pflegeleistung bestanden hätte. Angesichts der mit der Bestimmung des Marktwertes einer minderwertigen Leistung verbundenen Probleme wird diese Konsequenz jedoch nicht gezogen, sondern auch die Befürworter einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise folgen insoweit einem formalen Ansatz, indem sie bei einer minderwertigen Leistung davon ausgehen, dass dieser Mangel die gesamte Leistung „kontaminiert“ und damit wertlos werden lässt.²⁶ Nur mit der Maßgabe, dass den Pflegeleistungen jedweder wirtschaftlicher Wert abgesprochen wird,²⁷ lässt sich mit dem BGH ein Vermögensschaden in Höhe des Gesamtbetrags der von der Kranken- und Pflegekasse geleisteten Zahlungen begründen. Damit wird die wirtschaftliche Betrachtungsweise nicht unerheblich relativiert, und es stellt sich damit die Frage, ob ein Vermögensschaden nicht von vornherein über die Wertungen des Sozialrechts begründet werden kann.

2. Die Akzessorietät zum Sozialrecht („streng formale Betrachtungsweise“)

Die „streng formale Betrachtungsweise“ der Rechtsprechung beruht auf der Überlegung, dass für die Bewertung der erbrachten Leistungen das Sozialrecht maßgeblich ist.²⁸ Verstößt der Leistungserbringer gegen gesetzliche Vorschriften oder vertragliche Vereinbarungen und steht ihm infolgedessen keine Vergütung zu, so wird das Vermögen der Kranken- bzw. Pflegekasse durch eine Bezahlung der Rechnung gemindert, ohne dass diese Minderung durch das Erlöschen eines entsprechenden Vergütungsanspruchs kompensiert wird.²⁹ Indem darauf abgestellt wird, ob dem Leistungserbringer kein Anspruch auf Vergütung der erbrachten (und abgerechneten) Leistung zusteht, wird eine Kompensation durch die tatsächlich erbrachte Leistung ausgeschlossen, denn deren Wert beträgt nach den insoweit maßgeblichen Grundlagen der Leistungsabrechnung „Null“.³⁰ Mangels Kompensation wäre demnach ein Vermögensschaden zu bejahen.

a) Normativierung des Schadensbegriffs und Art. 103 Abs. 2 GG

Die strenge Akzessorietät zum Sozialrecht wird im Schrifttum als mit Art. 103 Abs. 2 GG und der einschlägigen Recht-

sprechung des BVerfG unvereinbare Normativierung des Vermögensschadens kritisiert.³¹ Zudem führe die formale Betrachtungsweise zu einer Verschleifung von Täuschung und Schaden, da sowohl die Täuschung als auch der Vermögensschaden über die mangelnde Abrechenbarkeit der Leistung begründet würden.³² Dass auch die formale Betrachtungsweise sehr wohl zwischen Täuschungshandlung und Vermögensschaden differenziert, ergibt sich allerdings bereits daraus, dass der Vermögensschaden nicht bereits mit der konkludenten Täuschung über anspruchsbegründende bzw. – ausschließende Tatsachen (Rechnungstellung), sondern erst mit der Leistung der Kranken- bzw. Pflegekasse (Zahlung) eintritt. Dass die Erfassung der konkludenten Täuschung über den Willen, sich in der Zukunft vertragskonform zu verhalten, mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot keinen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet, hat das BVerfG sogar ausdrücklich festgestellt.³³ Es stellt daher keine unzulässige „Verschleifung“ von Täuschungshandlung und Schaden dar, wenn bei der Feststellung einer konkludenten Täuschung vertragliche bzw. gesetzliche Regelungen über die Abrechenbarkeit der jeweiligen Leistung berücksichtigt werden.

Auch der Einwand einer mit Art. 103 Abs. 2 GG unvereinbaren Normativierung des Schadensbegriffs greift im Ergebnis nicht durch. Nach der Rechtsprechung des BVerfG dürfen normative Erwägungen die wirtschaftliche Betrachtung nicht überlagern oder verdrängen; das Gericht hat jedoch ausdrücklich festgestellt, dass normative Erwägungen bei der Schadensfeststellung durchaus eine Rolle spielen können.³⁴ Zudem ist zu berücksichtigen, dass die verfassungsgerichtlichen Ausführungen im Kontext der schadensgleichen Vermögensgefährdung stehen,³⁵ mithin eine Fallkonstellation betreffen, in der bereits die Vermögensminderung (und nicht erst das Vorliegen einer Kompensation) zweifelhaft ist. Dass der Vermögensbegriff nicht allein nach wirtschaftlichen Kriterien zu bestimmen ist, sondern bei der Feststellung des Vermögensschadens auch normative Erwägungen einfließen, ist allgemein anerkannt. So wird zur Rechtfertigung der „streng formalen Betrachtungsweise“ darauf verwiesen, dass die Erbringung verbotener Leistungen (z.B. der Auftragsmord) auch dann nicht als Vermögenswert anerkannt wird, wenn sie üblicherweise nur gegen Entgelt erbracht wird und ihr damit „faktisch“ ein wirtschaftlicher Wert beigemessen wird.³⁶ Dass die „Leistung“ in dem einen Fall in der erlaubten (wenn nicht gar gebotenen) Versorgung

²⁵ Siehe insoweit *Dann*, NJW 2012, 2001 (2003); *H. Schneider* (Fn. 4), S. 67; zur Schadensfeststellung beim Anstellungsbetrug BGHSt 17, 254 (256 ff.); *Kindhäuser*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 263 Rn. 326.

²⁶ *Volk*, NJW 2000, 3385 (3387).

²⁷ So ausdrücklich *Piel*, NStZ 2014, 643 (644); vgl. auch *Schuhr*, NJW 2014, 3173.

²⁸ BGH NJW 2014, 3170 (3171 Rn. 28).

²⁹ BGH NJW 2012, 1377 (1383); *Singelstein*, wistra 2012, 417 (419).

³⁰ *C. Brand*, ZWH 2014, 427 (428).

³¹ *Braun*, ZJS 2014, 35 (40); *Krüger/Burgert*, ZWH 2012, 213 (217, 218); *Mahler*, wistra 2013, 44 (46); *Saliger/Tsambikakis*, MedR 2013, 284 (286).

³² *Braun*, ZJS 2014, 35 (40); *Brockhaus*, ZMGR 2014, 22 (26); *Dann*, NJW 2012, 2001 (2003); *Krüger/Burgert*, ZWH 2012, 213 (215, 217); *Mahler*, wistra 2013, 44 (46 f.); *H. Schneider* (Fn. 4), S. 65; *Saliger/Tsambikakis*, MedR 2013, 284 (286).

³³ BVerfG NJW 2012, 907 (915).

³⁴ BVerfG NJW 2012, 907 (916, zu § 263 StGB), mit Verweis auf BVerfGE 126, 170 (212, 228, zu § 266 StGB).

³⁵ BVerfG NJW 2012, 907 (916).

³⁶ BGH NJW 2012, 1377 (1384).

eines Patienten, im anderen Fall in der Begehung eines Verbrechens besteht,³⁷ ist mit Blick auf die in diesem Zusammenhang relevante Fragestellung – Zulässigkeit normativer Kriterien – nicht von Bedeutung. Die Akzessorietät zum Sozialrecht beruht auf dem Grundsatz, dass Leistungen, welche von der Rechtsordnung nicht als schutzwürdiges Vermögen anerkannt werden, auch im Rahmen des Betrugstatbestandes nicht als Vermögensposition zu berücksichtigen sind (vgl. §§ 814, 817 S. 2 BGB).³⁸ Mit anderen Worten: Wenn das Sozialrecht der erbrachten Leistung die Anerkennung als vermögenswerte (und damit abrechenbare) Leistung verweigert und insoweit auch keine anderweitigen Anspruchsgrundlagen (z.B. aus ungerechtfertigter Bereicherung oder Geschäftsführung ohne Auftrag) in Betracht kommen,³⁹ kann diese auch keinen Vermögenszufluss darstellen, der die mit der Zahlung begründete Vermögensminderung kompensiert.⁴⁰

b) Unmittelbarkeit der Kompensation

Dieses Ergebnis widerspricht der intuitiven Vorstellung, die tatsächlich erbrachte Behandlungsleistung sei mehr als ein wirtschaftliches oder rechtliches Nullum⁴¹, denn immerhin bewirkt sie, dass der Leistungsanspruch des versicherten Patienten erlischt, weil und soweit es sich um eine *lege artis* erbrachte Versorgung des Patienten handelt,⁴² jedenfalls aber, weil eine (erneute) Erbringung der Leistung nicht erforderlich ist bzw. wirtschaftlich unsinnig wäre.⁴³ Dass die letztgenannte Wirkung indes auch aus anderen Gründen (Zeitablauf, spontane Genesung) eintreten kann, nährt bereits Zweifel, ob in dem Erlöschen des Leistungsanspruchs des Versicherten ein kompensationsfähiger Vorteil gesehen werden kann.⁴⁴ Der BGH weist insoweit mit Recht darauf hin, dass die Befreiung der Kranken- bzw. Pflegekasse von ihrer Leistungspflicht gegenüber dem Versicherungsnehmer nicht das Leistungsverhältnis zwischen dem Pflegedienst der Angeklagten und der Kranken- bzw. Pflegekasse betrifft und damit nicht als (unmittelbare) Gegenleistung für die Zahlung angesehen werden kann.⁴⁵ Nach ständiger Rechtsprechung kann nur ein unmittelbar mit der Verfügung zusammenhängender Vermögenszufluss die mit der Verfügung eingetretene Vermögensminderung kompensieren, d.h. die Bestimmung des Schadens

auf der Grundlage einer Gesamtsaldierung von Vermögensnachteilen und -vorteilen ist durch einen Vergleich des Vermögens unmittelbar vor und nach der Verfügung festzustellen.⁴⁶ Zum Zeitpunkt der Verfügung (Zahlung der Rechnung) war der oben genannte Leistungsanspruch des versicherten Patienten bereits erloschen, so dass dieser Umstand als unmittelbar mit der Verfügung zusammenhängender Vermögenszufluss ausscheidet.⁴⁷

c) Abrechnungsbetrug als Erfüllungsbetrug

Wie die vorstehenden Ausführungen zur Kompensation durch Vermögenszuflüsse gezeigt haben, findet der Abrechnungsbetrug im Erfüllungsstadium statt und stellt sich damit als eine Form des Erfüllungsbetruges dar,⁴⁸ bei dem der Täter vortäuscht, die vertraglich geschuldete Leistung ordnungsgemäß erbracht zu haben, und das Opfer damit zur Erbringung der Gegenleistung veranlasst.⁴⁹ Während beim Erfüllungsbetrug die vertragliche Vereinbarung den Maßstab für die Bewertung der erbrachten Leistung darstellt, sind es beim Abrechnungsbetrug die sozialrechtlichen Vorgaben, die – wie im vorliegenden Fall – durch Verträge ergänzt werden. In beiden Fällen ist der Schaden nicht auf der Grundlage einer Saldierung der wechselseitig erbrachten Leistungen, sondern danach zu bestimmen, ob mit der tatsächlich erbrachten Leistung der Anspruch ordnungsgemäß erfüllt worden ist; soweit dies nicht der Fall ist, wird durch die (vollständige) Erbringung der Gegenleistung ein Vermögensschaden begründet. Dabei ist einzuräumen, dass die Rechtsprechung beim sog. „unechten“ Erfüllungsbetrug, in dem die Eingehung und die Erfüllung einer Verbindlichkeit in einem Akt zusammenfallen, von diesen Grundsätzen abweicht und den Vermögensschaden auf der Grundlage eines objektiven Wertvergleiches der tatsächlich erbrachten Leistungen bestimmt.⁵⁰ Dies wird damit begründet, dass der Täter von vornherein nicht zu einer Erbringung einer vertragsgemäßen Leistung bereit ist und der über das tatsächlich Geleistete hinausgehende entsprechende Anspruch des Opfers angesichts des sofortigen Leistungsaustausches wirtschaftlich wertlos ist.⁵¹ Diese Grundsätze können jedoch nicht ohne Weiteres auf die vorliegende Fallkonstellation übertragen werden, denn eine einheitliche Bewertung von Eingehungs- und Erfüllungsbetrug setzt nicht nur

³⁷ Siehe den diesbezüglichen Einwand bei *Brockhaus*, ZMGR 2014, 22 (25); *Saliger/Tsambikakis*, MedR 2013, 284 (287); *Stein*, MedR 2001, 124 (127).

³⁸ BGH NJW 2012, 1377 (1384).

³⁹ Siehe insoweit BGH NJW 2014, 3170 (3172 Rn. 29), mit Verweis auf BSG MedR 2001, 649 (650).

⁴⁰ *Singelnstein*, wistra 2012, 417 (421).

⁴¹ *Saliger/Tsambikakis*, MedR 2013, 284 (286).

⁴² *Brockhaus*, ZMGR 2014, 22 (25); *Saliger/Tsambikakis*, MedR 2013, 284 (286 f.); *H. Schneider* (Fn. 4), S. 64.

⁴³ *Braun*, ZJS 2014, 35 (39); *Mahler*, wistra 2013, 44 (47); *Saliger/Tsambikakis*, MedR 2013, 284 (286 f.).

⁴⁴ Ähnlich BGH NJW 2012, 1377 (1383, erfolgreiche Behandlung durch einen Laien); siehe dagegen *Saliger/Tsambikakis*, MedR 2013, 284 (286 f.).

⁴⁵ BGH NJW 2014, 3170 (3172 Rn. 33).

⁴⁶ BGHSt 51, 10 (15); 53, 199 (201); 54, 69 (122); *Tiedemann*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 161.

⁴⁷ BGH NJW 2014, 3170 (3172 Rn. 33); *C. Brandt*, ZHW 2014, 427 (428); *Singelnstein*, wistra 2012, 417 (420); siehe auch BGH NJW 2012, 1377 (1383); a.A. *Grunst*, NSStZ 2004, 533 (537).

⁴⁸ Siehe insoweit bereits *Stein*, MedR 2001, 124 (129 f.); vgl. auch *Saliger/Tsambikakis*, MedR 2013, 284 (287).

⁴⁹ Siehe insoweit BGHSt 32, 211 (213); *Tiedemann* (Fn. 46), § 263 Rn. 161.

⁵⁰ BGHSt 16, 220 (223).

⁵¹ *Tiedemann* (Fn. 46), § 263 Rn. 201; siehe auch BGHSt 16, 220 (223, kein Recht des Opfers auf Ware mit der zugesicherten Eigenschaft).

voraus, dass der Täter von vornherein über seine Bereitschaft zur ordnungsgemäßen Erfüllung täuscht, sondern auch, dass genau diese Täuschung im Erfüllungsstadium fortwirkt.⁵² Eine Anwendung der Grundsätze zum „unechten Erfüllungsbetrug“ scheidet hingegen aus, wenn die Verfügung im Erfüllungsstadium auf einer neuen, selbständigen Täuschungshandlung beruht.⁵³ Da die Verfügung beim Abrechnungsbetrug erst durch die Rechnungstellung und die darin liegende Täuschung über die ordnungsgemäße Leistungserbringung veranlasst wird, dürfte es sich in der Regel – d.h. auch im vorliegenden Fall – um einen „echten Erfüllungsbetrug“ handeln.⁵⁴ Selbst wenn man sich dieser Einschätzung nicht anschließen und einen „unechten Erfüllungsbetrug“ annehmen wollte, sähe man sich den Einwänden ausgesetzt, die gegen die Unterscheidung von „echtem“ und „unechtem“ Erfüllungsbetrug erhoben werden und auf die Akzessorietät zum Zivilrecht gestützt werden: Wenn der vertragliche Anspruch auf eine bestimmte Leistung in dem einen Fall als Vermögensbestandteil geschützt wird („echter Erfüllungsbetrug“), muss dies auch und erst recht gelten, wenn der Täter von vornherein nicht bereit ist, die geschuldete Leistung zu erbringen („unechter Erfüllungsbetrug“).⁵⁵

d) Durchbrechung der Akzessorietät wegen fehlender Vermögensrelevanz sozialrechtlicher Vorgaben?

Die „streng formale Betrachtungsweise“ ist nach alledem kein Fremdkörper im Betrugstatbestand, sondern eine konsequente Fortentwicklung eines nicht rein wirtschaftlichen, sondern auch normativen Vermögensbegriffs, indem die Akzessorietät zum Zivilrecht um diejenige zum Sozialrecht ergänzt wird.⁵⁶ Während die Orientierung am Zivilrecht mit Blick auf das geschützte Rechtsgut nahe liegt, sieht sich eine Anknüpfung an das Sozialrecht dem Verdacht ausgesetzt, dass der Betrugstatbestand nicht mehr dem Schutz des Vermögens, sondern der Durchsetzung gesundheits-, gebühren- oder berufsordnungspolitischer Ziele diene.⁵⁷ So werde beispielsweise mit dem Erfordernis der Zulassung als Vertragsarzt bzw. der Genehmigung der Beschäftigung angestellter Ärzte die berufspolitische Zielsetzung (ärztliche Versorgung grundsätzlich durch niedergelassene Ärzte „in freier Praxis“, siehe § 32 Abs. 1 S. 1 Zulassungsverordnung für Vertragsärzte) verfolgt; da das mit dieser Norm verfolgte Ziel in keinerlei Zusammenhang mit dem wirtschaftlichen Wert der erbrachten Leistung stehe, könne ein Verstoß gegen diese Vor-

schrift auch keinen Vermögensschaden begründen.⁵⁸ Die Konstruktion eines Vermögensschadens über das Sozialrecht laufe auf eine „Rechtsgutsvertauschung“ hinaus: Anstelle des Vermögens würden sozial- und berufspolitische Interessen zum Rechtsgut erhoben.⁵⁹

Nun lässt sich gegen die fehlende Vermögensrelevanz bereits einwenden, dass auch das Erfordernis der Zulassung bzw. Genehmigung einen mittelbaren Vermögensbezug aufweist, da die freie ärztliche Tätigkeit auch der Qualitätssicherung dient.⁶⁰ Der Vermögensbezug des sozialrechtlichen Regelungsgefüges tritt umso stärker hervor, je mehr mit der Ausgestaltung des Sozialrechts das Ziel verfolgt wird, die Wirtschaftlichkeit und die finanzielle Stabilität der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung zu gewährleisten.⁶¹ Im Unterschied zum Zivilrecht werden die Modalitäten der Leistungserbringung nicht mehr vertraglich, sondern durch gesetzliche Vorgaben geregelt; in beiden Fällen ergibt sich aber implizit aus den Anforderungen an die zu erbringende Leistung bzw. den Voraussetzungen eines entsprechenden Vergütungsanspruchs deren Vermögensrelevanz.

Wollte man sich bei der Bewertung der erbrachten Leistung von diesen sozialrechtlichen Vorgaben lösen, so müsste für das Strafrecht ein eigener Maßstab entwickelt⁶² oder ein nicht bestehender Vergütungsanspruch fingiert⁶³ werden. Nach den Kritikern der „streng formalen Betrachtungsweise“ entspräche die damit einhergehende Begrenzung des Betrugsstatbestandes der Funktion des Strafrechts als „ultima ratio“ der Sozialkontrolle,⁶⁴ da für die Sanktionierung ärztlichen Fehlverhaltens zivil-, berufs- und disziplinarrechtliche Instrumente ausreichen.⁶⁵ Diese letztlich kriminalpolitischen Überlegungen⁶⁶ sollten jedoch nicht den Blick auf die Konsequenzen verstellen, die mit einer solchen Abkehr von der Akzessorietät zum Sozialrecht verbunden wären und die auch für den Vermögensnachteil im Sinne des § 266 StGB gelten müssten: Dass danach der Sachbearbeiter der Krankenversicherung, der trotz Kenntnis des fehlenden (sozialrechtlichen) Zahlungsanspruchs eine Auszahlung veranlasst, mangels Vermögensschadens nicht wegen Untreue strafbar wäre, ist ein weiterer Beleg für die Unhaltbarkeit einer von der Sozi-

⁵⁸ Stein, MedR 2001, 124 (130).

⁵⁹ Braun, ZJS 2014, 35 (40); Brockhaus, ZMGR 2014, 22 (26); H. Schneider (Fn. 4), S. 66; Ulsenheimer (Fn. 6), Rn. 1121; Volk, NJW 2000, 3385 (3388).

⁶⁰ Singelnstein, wistra 2012, 417 (421).

⁶¹ Singelnstein, wistra 2012, 417 (420); vgl. auch BGH NJW 2014, 3170 (3172 Rn. 29), mit Hinweis auf BVerfG NJW 2014, 2340 (2341).

⁶² Siehe dazu Singelnstein, wistra 2012, 417 (421 f.).

⁶³ So wohl Stein, MedR 2001, 124 (130): „Bei der Schadensberechnung ist folglich so zu tun, als werde die KV von einer Honorarverbindlichkeit in Höhe der tatsächlichen Zahlung befreit; [...]“.

⁶⁴ H. Schneider (Fn. 4), S. 60 f., 70.

⁶⁵ Saliger/Tsambikakis, MedR 2013, 284 (286); Ulsenheimer (Fn. 6), Rn. 1122.

⁶⁶ Vgl. zur Vertragsarztuntreue Bülte, NZWiSt 2013, 346 (350).

⁵² BayObLG NJW 1999, 663 f.

⁵³ Tiedemann (Fn. 46), § 263 Rn. 202.

⁵⁴ Siehe dagegen zur Erschleichung einer Kassenarztzulassung und daran anknüpfende Quartalsabrechnungen Grunst, NStZ 2004, 533 (536); Stein, MedR 2001, 124 (130).

⁵⁵ Puppe, JZ 1984, 531 (532).

⁵⁶ Singelnstein, wistra 2012, 417 (421).

⁵⁷ Brockhaus, ZMGR 2014, 22 (26); Krüger/Burgert, ZWH 2012, 213 (218); Mahler, wistra 2013, 44 (47); Saliger/Tsambikakis, MedR 2013, 284 (286); H. Schneider (Fn. 4), S. 66; Schroth/Joost, in: Roxin/Schroth (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl. 2010, S. 179 (196); Stein, MedR 2001, 124 (130).

alrecht gelösten, autonom strafrechtlichen bzw. wirtschaftlichen Betrachtungsweise.⁶⁷ Die Akzessorietät zum Sozialrecht verliert also keineswegs das mit den §§ 263, 266 StGB geschützte Vermögen aus den Augen, sondern setzt diesen Schutz auf der Grundlage der dieses Rechtsgut mitkonstituierenden Vorschriften konsequent um.

Prof. Dr. Martin Böse, Bonn

⁶⁷ *Hefendehl*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 263 Rn. 583.