



Juristische Fakultät  
Prof. Dr. Florian Bien, Prof. Dr. Markus Ludwigs,  
Prof. Dr. Ralf Schenke, Prof. Dr. Frank Schuster,  
Prof. Dr. Olaf Sosnitza, Prof. Dr. Christoph Teichmann

## Würzburger Arbeiten zum Wirtschaftsrecht

Julius-Maximilians-

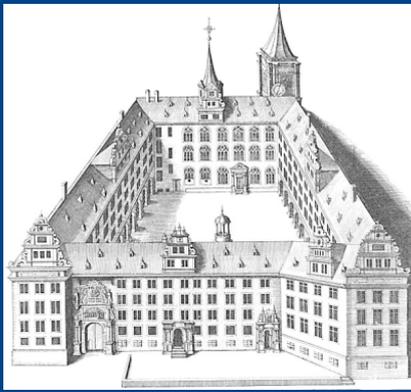
**UNIVERSITÄT  
WÜRZBURG**



**Band 10**

Nadja Neumaier

Ärztlicher Abrechnungsbetrug im kassenärztlichen System



# Würzburger Arbeiten zum Wirtschaftsrecht

Die Reihe stellt sehr gute Seminar-, Studien- und Magisterarbeiten der Fachöffentlichkeit vor. Den Arbeiten gemeinsam sind ihre Urheber, Studentinnen und Studenten der Juristischen Fakultät der Universität Würzburg, und ihr Gegenstand, das Wirtschaftsrecht. Dem Charakter des Wirtschaftsrechts als Querschnittsdisziplin entsprechend stehen gleichberechtigt nebeneinander die Perspektiven des Privatrechts, des Öffentlichen Rechts und des Strafrechts.

Die Würzburger Arbeiten zum Wirtschaftsrecht werden herausgegeben von  
Prof. Dr. Florian Bien (Privatrecht),  
Prof. Dr. Markus Ludwigs (Öffentliches Recht),  
Prof. Dr. Ralf Schenke (Öffentliches Recht),  
Prof. Dr. Frank Schuster (Strafrecht),  
Prof. Dr. Olaf Sosnitza (Privatrecht) und  
Prof. Dr. Christoph Teichmann (Privatrecht).

© Prof. Dr. Florian Bien  
(Geschäftsführender Herausgeber)  
Julius-Maximilians-Universität Würzburg  
Juristische Fakultät  
Domerschulstraße 16  
97070 Würzburg  
Tel.: +49 (0) 931 - 31-86096  
Fax: +49 (0) 931 - 31-81484  
<http://www.jura.uni-wuerzburg.de>  
Alle Rechte vorbehalten.  
Würzburg 2019.

Dieses Dokument wird bereitgestellt durch  
den Publikationsservice der Universität  
Würzburg.

Universitätsbibliothek Würzburg  
Am Hubland  
D-97074 Würzburg  
Tel.: +49 (0) 931 - 31-85906  
[opus@bibliothek.uni-wuerzburg.de](mailto:opus@bibliothek.uni-wuerzburg.de)  
<https://opus.bibliothek.uni-wuerzburg.de>  
Titelblattgestaltung / Fotos: Kristina Hanig

ISSN: 2193-5726

Zitation dieser Publikation:

Neumaier, Nadja (2019). Ärztlicher Abrechnungsbetrug im kassenärztlichen System. Würzburger Arbeiten zum Wirtschaftsrecht, Band 10. Würzburg: Universität Würzburg. DOI: 10.25972/OPUS-18189

ÄRZTLICHER ABRECHNUNGSBETRUG IM KASSEN-  
ÄRZTLICHEN SYSTEM

AKTUELLE PROBLEME DES STRAFRECHTS IM GESUNDHEITSWESEN

von

Nadja Neumaier

*Nadja Neumaier ist Studentin der Rechtswissenschaften an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg.*

## VORWORT

Die vorliegende Studienarbeit wurde im Sommersemester 2018 im Rahmen des universitätsübergreifenden Seminars „Aktuelle Probleme des Strafrechts im Gesundheitswesen“ des Schwerpunkts Kriminalwissenschaften erstellt. Unter der Leitung von Herrn Prof. Dr. Frank Peter Schuster und Herrn Prof. Dr. Hauke Brettel (Johannes-Gutenberg-Universität Mainz) referierten die Seminarteilnehmer im beschaulichen Rothenburg ob der Tauber zu aktuellen Themen des Wirtschaftsstrafrechts und des Medizinstrafrechts.

Das Wirtschaftsstrafrecht, in dem der thematische Schwerpunkt der Arbeit liegt, verknüpft als jüngerer Teilbereich des Wirtschaftsrechts Fragen der klassischen Strafrechtsdogmatik mit aktuellen gesellschaftspolitischen Fragestellungen. Die vorliegende Arbeit befasst sich mit dem ärztlichen Abrechnungsbetrug im kassenärztlichen System. Literatur und sonstige Quellen wurden bis einschließlich März 2018 berücksichtigt.

Mein Dank richtet sich an alle Teilnehmer des Seminars für den anspruchsvollen Diskurs, der eine gehaltvolle Auseinandersetzung mit verschiedensten Fragen des Strafrechts im Gesundheitswesen ermöglichte. Die Bearbeitung und Präsentation meiner Seminararbeit stellt eine außerordentlich bereichernde Erfahrung in meiner bisherigen Studienzeit dar. Ich danke Herrn Prof. Dr. Frank Peter Schuster herzlich für die konstruktive Betreuung und für die Möglichkeit zur Publikation der Arbeit in der Schriftenreihe „Würzburger Arbeiten zum Wirtschaftsrecht“.

Würzburg, im Mai 2019

Nadja Neumaier

# INHALTSVERZEICHNIS

A. Einführung.....	1
B. Das vertragsärztliche Abrechnungssystem.....	2
I. Leistungsbeziehungen .....	2
II. Abrechnungsprüfung.....	5
C. Fallkonstellationen des ärztlichen Abrechnungsbetrugs .....	5
I. Abrechnung von nicht oder nicht vollständig erbrachten Leistungen .....	6
II. Bewusste Falschabrechnung .....	6
III. Abrechnung nicht persönlich erbrachter Leistungen.....	6
IV. Abrechnung unwirtschaftlicher Leistungen .....	8
V. Nichtberücksichtigung von Rabatten bei der Abrechnung.....	9
VI. Abrechnung unter Verstoß gegen vertragsarztrechtliche Bestimmungen.....	9
1. Keine Approbation .....	9
2. Strohmännchen-Konstellation.....	10
3. Verdecktes Angestelltenverhältnis .....	10
4. Scheinanstellungsverhältnis .....	10
D. Der Tatbestand des Abrechnungsbetrugs.....	11
I. Objektiver Tatbestand .....	11
1. Täuschung über Tatsachen .....	11
2. Irrtum.....	16
3. Vermögensverfügung .....	18
4. Vermögensschaden.....	20
a) Die streng formale Betrachtungsweise.....	21
b) Schadenskompensation .....	22

aa) Befreiung vom ärztlichen Honorarvergütungsanspruch .....	22
bb) Ersparnis von Aufwendungen .....	22
cc) Befreiung von einer Verbindlichkeit gegenüber dem Patienten.....	22
dd) Kompensation durch Wert der vertragsärztlichen Leistung.....	23
(1) Streng formale Betrachtungsweise .....	25
(2) Ablehnung der streng formalen Betrachtungsweise .....	25
(3) Kompensation im Einzelfall .....	27
(a) Verstoß gegen die persönliche Leistungspflicht .....	27
(b) Verdecktes Angestelltenverhältnis .....	28
(c) Strohmann-Konstellation .....	29
c) Ergebnis.....	30
II. Subjektiver Tatbestand.....	30
E. Schlussbetrachtung .....	30

## A. Einführung

Während der Niederschrift der vorliegenden Arbeit meldete das Statistische Bundesamt, dass die Ausgaben im Gesundheitswesen im Jahr 2017 die Schwelle von einer Milliarde Euro pro Tag überschritten haben.<sup>1</sup> Der rasante Kostenanstieg in der Medizinbranche ist insbesondere Folge des medizinischen Fortschritts und des demographischen Wandels und wirft immer häufiger die Frage nach der zukünftigen Finanzierbarkeit des Gesundheitssystems auf. Geschätzt sollen jährlich zwischen 5 und 20 Mrd. Euro im Gesundheitswesen allein durch Abrechnungsbetrug versickern.<sup>2</sup> In der Konsequenz wurden Schwerpunktstaatsanwaltschaften geschaffen und Sonderermittlungseinheiten für Straftaten im Gesundheitswesen gebildet. Eine davon ist die Ermittlungsgruppe „Medicus“ die 2010 mehrere Großrazzien in den Berliner Rot-Kreuz Kliniken wegen des Verdachts des Abrechnungsbetrugs in Millionenhöhe durchführte.<sup>3</sup> Zwar gingen die registrierten Fälle von Abrechnungsbetrug zuletzt zurück, dennoch werde zukünftig mit weiterhin anhaltend hohen Schäden gerechnet.<sup>4</sup> Die Taten belasten nicht nur die angespannte Finanzierungslage des Sozialversicherungssystems, sondern führen auch zu einem Vertrauensverlust der Versicherten in die Ärzteschaft. Diese gesellschaftlichen Belange erfordern eine dezidierte Auseinandersetzung mit wirtschaftsstrafrechtlichen Fragen im Gesundheitswesen, deren Problembereiche mitunter ungeklärte dogmatische Fragen berühren. Zentrales Delikt ist der Abrechnungsbetrug, dessen täterschaftliche Begehung durch Ärzte im ambulanten Sektor thematisiert werden soll. Hierfür ist zunächst die Erörterung des kassenärztlichen Abrechnungssystems erforderlich um sozialrechtliche Besonderheiten in der strafrechtlichen Beurteilung eines Abrechnungsbetrugs berücksichtigen zu können. Im Anschluss erfolgt eine Darstellung der relevantesten Fallgruppen, deren dogmatische Probleme im Rahmen der Tatbestandsmerkmale des Betrugs rechtlich gewürdigt werden. Schließlich werden die gefundenen Ergebnisse zusammengefasst um in der Schlussbetrachtung eine Bewertung der mit dem ärztlichen Abrechnungsbetrug zusammenhängenden Fragestellungen vorzunehmen.

---

<sup>1</sup>[https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilunggen/2018/02/PD18\\_050\\_23611.html](https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilunggen/2018/02/PD18_050_23611.html) (zuletzt abgerufen am: 24.03.18).

<sup>2</sup> Badle, NJW 2008, 1028 (1028); Duttge, in: Duttge, Tatort, S. 6.

<sup>3</sup> <https://www.tagesspiegel.de/themen/reportage/abrechnungsbetrug-im-gesundheitswesen-der-polizist-der-kriminelle-aerzte-in-berlin-jagt/19302974.html> (zuletzt abgerufen am 24.03.18).

<sup>4</sup> Bundeslagebild Wirtschaftskriminalität 2016, S. 17, abrufbar unter: (<https://www.bka.de/Shared-Docs/Downloads/DE/Publikationen/JahresberichteUndLagebilder/Wirtschaftskriminalitaet/wirtschaftskriminalitaetBundeslagebild2016.html>) (zuletzt abgerufen am 24.03.18).

## **B. Das vertragsärztliche Abrechnungssystem**

### **I. Leistungsbeziehungen**

Zunächst ist die Abgrenzung zwischen den Bereichen der gesetzlichen und der privaten Krankenversicherung erforderlich, denn die Liquidation bei Privatpatienten unterscheidet sich grundlegend vom gesetzlichen Abrechnungssystem. Zwischen dem Arzt und seinem Patienten kommt ein Behandlungsvertrag gem. § 630 a BGB zustande. Der Privatpatient erhält eine Rechnung seines Arztes, zu dessen Zahlung er verpflichtet ist. Im Unterschied dazu hat der gesetzlich Krankensichere keine Kenntnis über die tatsächlich abgerechnete Leistung und deren Höhe, weil ihn keine Zahlungsverpflichtung aus dem geschlossenen Behandlungsvertrag trifft.<sup>5</sup> Dies ist Resultat des kassenärztlichen Abrechnungssystems, dessen Rechtsgrundlage sich schwerpunktmäßig im Fünften Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) befindet. Nach den sozialrechtlichen Bestimmungen existieren im Grunde vier am Abrechnungssystem beteiligte Parteien, die zueinander in komplexen Leistungsbeziehungen stehen: der gesetzlich versicherte Patient, seine Krankenkasse, der behandelnde Arzt und die Kassenärztliche Vereinigung.

Die gesetzliche Krankenversicherung ist dezentral organisiert, daher sind ihre Träger die 110 deutschen Krankenkassen<sup>6</sup> als Körperschaften des öffentlichen Rechts, deren Mitglieder die jeweiligen Versicherten sind.<sup>7</sup> Zwischen dem Patient und der Krankenkasse besteht ein öffentlich-rechtliches Versicherungsverhältnis, aus dem sich ein Beitragsanspruch der Krankenkasse gegen den Versicherten und im Gegenzug ein Anspruch des Versicherten auf medizinische Versorgung mittels Sach- und Dienstleistungen<sup>8</sup>, insbesondere auf Krankenbehandlung gem. § 2 Abs. 2 i.V.m. §§ 11, 27 SGB V ergibt.<sup>9</sup> Die Erfüllung dieser Verpflichtung geschieht seitens der Krankenkasse durch Verträge mit den Leistungserbringern gem. §§ 69 ff. SGB V.<sup>10</sup> Im deutschen Gesundheitswesen wird hierbei zwischen der ambulanten und der stationären Versorgung unterschieden. Letztere wird durch Krankenhäuser sichergestellt, mit denen die Krankenkassen Verträge schließen bzw. die kraft Gesetz zur Leistungsabrechnung zugelassen sind.<sup>11</sup> Die Abrechnung erfolgt dabei

---

<sup>5</sup> Hellmann/Herffs, Rn. 2.

<sup>6</sup>[https://www.gkv-spitzenverband.de/krankenversicherung/kv\\_grundprinzipien/alle\\_gesetzlichen\\_krankenkassen/alle\\_gesetzlichen\\_krankenkassen.jsp](https://www.gkv-spitzenverband.de/krankenversicherung/kv_grundprinzipien/alle_gesetzlichen_krankenkassen/alle_gesetzlichen_krankenkassen.jsp) (zuletzt abgerufen am 24.03.18).

<sup>7</sup> Luig, S. 8 f.

<sup>8</sup> Kingreen, in: Becker/Kingreen, § 13 Rn. 1.

<sup>9</sup> Kraatz, Rn. 15.

<sup>10</sup> Scholz, in: Becker/Kingreen, § 2 Rn. 13.

<sup>11</sup> Tsambikakis, in: Volk, § 31 Rn. 3.

direkt zwischen der Krankenkasse und dem Krankenhaus. Demgegenüber wird die ambulante Versorgung durch niedergelassene Vertragsärzte (früher Kassenärzte<sup>12</sup>) gewährleistet, deren Leistungsabrechnung durch das kassenärztliche Abrechnungssystem geregelt wird. Kennzeichen dieses Systems ist die historisch bedingte Zwischenschaltung einer Stelle zwischen der Ärzteschaft und den Kostenträgern.

Die ambulante medizinische Versorgung wird durch Verträge der Krankenkassen mit den Kassenärztlichen Vereinigungen gem. §§ 82 ff. SGB V sichergestellt. Dabei wird durch sog. Bundesmantelverträge auf Bundesebene (BMV-Ä) und Gesamtverträge auf Landesebene insbesondere das vertragsärztliche Vergütungssystem kollektivvertraglich geregelt.<sup>13</sup> Zu diesem Zweck wird gem. § 87 SGB V vom Bewertungsausschuss als gemeinsames Gremium stellvertretend für die Vertragsparteien ein einheitlicher Bewertungsmaßstab für ärztliche Leistungen vereinbart, der z.B. den zeitlichen Umfang, den Inhalt und die Grenzen der Leistung oder die Art ihrer Erbringung festlegt.<sup>14</sup> Jeder ärztlichen Leistung wird im Verhältnis zu den anderen festgelegten Leistungen eine Punktzahl zugeordnet, nach der sich ihr Wert bestimmt. Nur die auf Grundlage dieses Bewertungsmaßstabs festgelegten Leistungen sind abrechnungsfähig.<sup>15</sup> Anknüpfend an diesen Punktemaßstab ergibt sich unter Miteinbeziehung der regional ermittelten Morbiditätsstruktur der Patienten, also dem Faktor, der die Häufigkeit von Krankheiten in der Bevölkerung beschreibt<sup>16</sup> der voraussichtliche Behandlungsbedarf, der als Punktzahlvolumen ausgedrückt wird.<sup>17</sup> Davon ausgehend wird zunächst der Wert pro Leistungspunkt in Euro auf Bundesebene festgelegt, an dessen Wert sich der regional festgelegte Punktwert (Zu- oder Abschlag möglich) orientiert.<sup>18</sup> Aus dem Punktzahlvolumen multipliziert mit dem jeweiligen Punktwert in Euro ergibt sich die morbiditätsbedingte Gesamtvergütung, also die notwendige medizinische Versorgung.<sup>19</sup> Die Krankenkassen zahlen diesen Betrag an die Kassenärztlichen Vereinigungen, wodurch die Vergütung sämtlicher ärztlicher Leistungen für ein vergangenes Quartal bewirkt wird.<sup>20</sup>

---

<sup>12</sup> *Schnapp*, in: *Schnapp/Wigge*, § 1 Rn. 50.

<sup>13</sup> *Freitag*, S. 29.

<sup>14</sup> *Frister/Lindemann/Peters*, 2. Kap. Rn. 16; *Hellmann*, in: *Fischer/Huber*, S. 250.

<sup>15</sup> *Luig*, S. 13.

<sup>16</sup> <https://www.duden.de/rechtschreibung/Morbiditaet#Bedeutungb> (zuletzt abgerufen am 24.03.18)

<sup>17</sup> *Kraatz*, Rn. 268.

<sup>18</sup> *Luig*, S. 13.

<sup>19</sup> *Kraatz*, Rn. 268.

<sup>20</sup> *Schroth*, in: *Roxin/Schroth*, 3. Auflage, S. 128.

Die ärztliche Versorgung wird durch Vertragsärzte sichergestellt, die in den Kassenärztlichen Vereinigungen auf Landesebene aufgrund von Zwangsmitgliedschaft zusammengeschlossen sind.<sup>21</sup> Im Vertragsarztrecht besteht mit der Zulassung des Arztes das Recht (und die Pflicht) zur Erbringung von Leistungen zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherung, § 95 III S.1 SGB V. Im Gegenzug steht dem Arzt ein Honoraranspruch gegenüber seiner Kassenärztlichen Vereinigung zu.<sup>22</sup> Infolge dessen wird die von den Krankenkassen erhaltene Gesamtvergütung nach einem Honorarverteilungsmaßstab auf die Vertragsärzte verteilt.<sup>23</sup> Die Vergütung des Arztes richtet sich gem. § 87b SGB V nach der regionalen Euro-Gebührenordnung.<sup>24</sup> Danach ergibt sich für jede Leistung ein bestimmter Wert in Euro, der sich anhand der Multiplikation des o.g. regional festgelegten Punktwerts mit der Anzahl der Punkte der jeweils erbrachten Leistung nach dem einheitlichen Bewertungsmaßstab berechnet.<sup>25</sup> Der Arzt rechnet seine erarbeiteten Punkte anhand dieser Gebührenordnung ab, solange die Anzahl der abgerechneten Punkte nicht die Obergrenze des ihm zustehenden Regelleistungsvolumen erreicht.<sup>26</sup> Diese Grenze errechnet sich im Wesentlichen anhand der individuellen Anzahl der Fälle des Arztes aus dem Vorjahresquartal und dem vorgegebenen arztgruppenspezifischen Fallwert.<sup>27</sup> Wird das Regelleistungsvolumen überschritten, kann für die nachfolgend abgerechneten Punkte nicht der volle Euro-Punktwert abgerechnet werden, stattdessen erfolgt eine abgestaffelte Kürzung des Leistungswerts bis zur vollständigen Kürzung.<sup>28</sup> Für eine Honorierung jener (übersteigender) Leistungen stehen unabhängig von der Gesamtvergütung spezielle begrenzte Sondertöpfe zur Verfügung, deren Gesamtsumme durch alle über dem Regelleistungsvolumen erbrachten Punkte der Vertragsärzte dividiert wird, wodurch sich ein Euro-Punktwert (floatender Punktwert) ergibt, der dann mit der individuellen Punktzahl des Arztes rückmultipliziert wird.<sup>29</sup> Nach allem ergibt sich also ein festes Praxisbudget mit nur begrenzter zusätzlicher Vergütungsfähigkeit derjenigen erbrachten Leistungen, die die Grenze des Regelleistungsvolumens übersteigen. Resultiert die Budgetüberschreitung aus einer höheren Fallanzahl, wird das Regelleistungsvolumen des

---

<sup>21</sup> Schiller, in: Schnapp/Wigge, § 5A Rn. 62.

<sup>22</sup> Hancock, S. 98.

<sup>23</sup> Hess, in: Körner/Leiterer/Mutschler, § 87b Rn. 5.

<sup>24</sup> Frister/Lindemann/Peters, 2. Kap. Rn. 26.

<sup>25</sup> Kraatz, Rn. 269.

<sup>26</sup> Hellmann, in: Fischer/Huber, S. 249.

<sup>27</sup> Kraatz, Rn. 269.

<sup>28</sup> Hellmann, in: Fischer/Huber, S. 249.

<sup>29</sup> Kraatz, Rn. 269.

Folgejahresquartals für den Arzt erhöht.<sup>30</sup> Durch diese Anpassung tragen die Krankenkassen nunmehr das Morbiditätsrisiko. Im Übrigen existieren auch förderungswürdige Sonderleistungen, die direkt mit der Krankenkasse abgerechnet werden, welche jedoch die Summe hierfür von der Gesamtvergütung im Voraus abzieht.<sup>31</sup>

## **II. Abrechnungsprüfung**

Am Quartalsende reicht der Arzt die Abrechnungsunterlagen bei der Kassenärztlichen Vereinigung ein, welche diese einer Prüfung unterzieht und sodann der Krankenkasse zuleitet.<sup>32</sup> Durch eine miteinzureichende Abrechnungssammelerklärung garantiert er dabei die Richtigkeit der eingereichten Unterlagen.<sup>33</sup> Das Prüfverfahren umfasst zunächst die sachlich-rechnerische Richtigkeit der Abrechnung, also z.B. ob der Arzt überhaupt zur Abrechnung befugt ist,<sup>34</sup> und deren Plausibilität, z.B. ob Abrechnungsauffälligkeiten wie die Abrechnung fachfremder Leistungen oder die Überschreitung der möglichen täglichen Arbeitszeit vorliegen.<sup>35</sup> Ist die Abrechnung sachlich-rechnerisch nicht zu beanstanden, wird ein Honorarbescheid unter Vorbehalt erlassen, da neben der meist noch nicht beendeten Plausibilitätsprüfung in einem letzten Schritt noch die Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung geprüft werden muss.<sup>36</sup> Sodann werden die Unterlagen an die Krankenkasse übermittelt, die dann ihrerseits die ihr obliegenden Prüfverfahren gem. § 106a I, III SGB V durchführt.<sup>37</sup> Sind diese beendet, zahlt die Krankenkasse die von der Kassenärztlichen Vereinigung angeforderte Gesamtvergütung, die dann nach dem Honorarverteilungsmaßstab an die Ärzte ausgekehrt wird.

## **C. Fallkonstellationen des ärztlichen Abrechnungsbetrugs**

Der Begriff des ärztlichen Abrechnungsbetrugs umfasst unterschiedliche Manipulationsvorgänge bei der Honorarabrechnung zulasten des Kostenträgers.<sup>38</sup> Als Anknüpfungspunkt für eine Strafbarkeit kommt die Honorareinforderung mittels der eingereichten Abrechnung in Betracht, wenn die Summe nicht vollumfänglich geschuldet ist. Die Vielzahl möglicher Begehungsweisen erfordert eine

---

<sup>30</sup> *Hellmann*, in: Fischer/Huber, S. 249.

<sup>31</sup> *Renner*, S. 43.

<sup>32</sup> *Herffs*, S. 13 f.

<sup>33</sup> *Badorff*, S. 12.

<sup>34</sup> *Frister/Lindemann/Peters*, 2. Kap. Rn. 35.

<sup>35</sup> *Freitag*, S. 59 f.

<sup>36</sup> *Frister/Lindemann/Peters*, Kap. 2 Rn. 38.

<sup>37</sup> *Frister/Lindemann/Peters*, Kap. 2 Rn. 38.

<sup>38</sup> *Frister/Lindemann/Peters*, 2. Kap. Rn. 2; *Ellbogen/Wichmann*, MedR 2007, 10 (11).

Systematisierung anhand von Fallgruppen, die jeweils unterschiedliche Problemkreise eröffnen.<sup>39</sup>

### **I. Abrechnung von nicht oder nicht vollständig erbrachten Leistungen**

Selbsterklärend ist die Konstellation, in der der Arzt eine Leistung abrechnet, die er in Wirklichkeit nicht oder nicht vollständig erbracht hat. Neben des Hinzufügens fingierter Luftleistungen,<sup>40</sup> der Abrechnung von Leistungen für Verstorbene<sup>41</sup> oder der Abrechnung bestimmter Leistungen ohne die für die Leistung tatsächlich erforderliche Praxisausstattung,<sup>42</sup> sind auch Fälle von Krankenkassenkartenmissbrauch relevant, bei denen die Behandlungsdaten des Patienten zu einem späteren Zeitraum erneut zur Abrechnung fingierter Leistungen genutzt werden.<sup>43</sup> Eine unvollständig erbrachte Leistung liegt vor, wenn neben der Behandlung z.B. eine erweiterte Dokumentation des Krankheitsverlaufs notwendig ist, die unterblieben, aber dennoch als vollständige Leistung abgerechnet wurde.<sup>44</sup>

### **II. Bewusste Falschabrechnung**

Eine bewusste Falschabrechnung liegt vor, wenn die erbrachte Leistung zum Zwecke der Umgehung eines Abrechnungsausschlusses, zur Honorarsteigerung oder zur Manipulation der Prüfstatistik gezielt hinter einer anderen, unzutreffenden Leistungsziffer versteckt wird.<sup>45</sup> Dies ist der Fall bei einer Verteilung der abgerechneten Leistungen auf mehrere Tage, womit höhere Abrechnungsbeträge als bei einer Einzelbehandlung erzielt werden, indem durch die Schaffung einer fiktiven zeitlichen Zäsur Höchstbetragsgrenzen pro Tag überwunden werden, (sog. Splitting).<sup>46</sup>

### **III. Abrechnung nicht persönlich erbrachter Leistungen**

Im Berufsalltag kommt auch die Abrechnung von Leistungen, die nicht persönlich erbracht oder nicht ordnungsgemäß delegiert wurden, vor.<sup>47</sup> Die persönliche Leistungspflicht ist „Wesensmerkmal der freiberuflichen Tätigkeit“<sup>48</sup> und im Arztrecht mehrfach normiert (vgl. § 19 M-BOÄ, § 32 I 1 Ärzte-ZV, § 15 I 1 SGB V). Dieses Prinzip wohnt dem Behandlungsvertrag als Dienstvertrag inne und dem daraus

---

<sup>39</sup> Ulsenheimer, § 14 Rn. 1098.

<sup>40</sup> Frister/Lindemann/Peters, 2. Kap. Rn. 64.

<sup>41</sup> Badle, NJW 2008, 1028 (1032).

<sup>42</sup> Ulsenheimer, in: Laufs/Kern, § 151 Rn. 7.

<sup>43</sup> Hellmann/Herffs, Rn. 116.

<sup>44</sup> Ulsenheimer, in: Laufs/Kern, § 151 Rn. 9.

<sup>45</sup> Ulsenheimer, § 14 Rn. 14/17.

<sup>46</sup> Heintz-Koch, S. 140 f.

<sup>47</sup> Ulsenheimer, § 14 Rn. 14/27.

<sup>48</sup> Gaidzik, wistra 1998, 329 (333).

entspringenden Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient im Rahmen der Krankenbehandlung.<sup>49</sup> Das Vertrauen des Patienten in die konkreten Fähigkeiten seines Gegenübers ist schützenswert, deswegen besteht auch ein Patientenrecht auf freie Arztwahl (§ 76 SGB V).

Eine Abweichung von der persönlichen Leistungspflicht ist nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich. Der Kernbereich ärztlicher Leistung umfasst z.B. die Anamnese, Operationen, Diagnostik, Patientenberatung, -untersuchung und -aufklärung oder die Auswahl und Dosierung von Medikamenten.<sup>50</sup> Als höchstpersönliche Leistungen, die auf ärztlicher Fachkenntnis basieren, sind sie nicht delegierbar (sog. Arztvorbehalt).<sup>51</sup> Bei der Delegationsfähigkeit anderer Leistungen lässt sich zwischen ärztlichem und nichtärztlichem Delegationsempfänger unterscheiden. Als persönliche Leistungen gelten gem. § 15 I 2 BMV-Ä Leistungen genehmigter Assistenten oder angestellter Ärzte, soweit sie dem Praxisinhaber als Eigenleistung zugerechnet werden können. Soll ein ärztlicher Mitarbeiter mit der Leistungserbringung betraut werden, bedarf es zur Abrechnungsfähigkeit dieser Leistungen einer Genehmigung des Zulassungsausschusses zur Anstellung von Ärzten gem. § 32b Ärzte-ZV i.V.m. § 95 IX SGB V. Assistenten müssen von der Kassenärztlichen Vereinigung genehmigt werden, § 32 II Ärzte-ZV. Erbringt der Mitarbeiter dagegen als nicht genehmigter ständiger Vertreter ärztliche Leistungen, weil auch die Voraussetzungen für eine kurzfristige Vertretung gem. §§ 32 ff. Ärzte-ZV nicht gegeben sind, liegt eine unzulässige Fremdleistung vor.

An die Delegationsfähigkeit von Leistungen an nichtärztliches Hilfspersonal sind besondere Anforderungen zu stellen, die seit 01.01.13 durch den nicht abschließenden Katalog der Anlage 24 zum BMV-Ä konkretisiert werden. Die erbrachten Leistungen sind als Teil der ärztlichen Behandlungsleistung gem. § 15 I 5 BMV-Ä abrechnungsfähig, wenn sie vom Arzt angeordnet und von ihm zu verantworten sind, § 28 I 2 SGB V. Daneben legt Anlage 8 BMV-Ä zur Wahrung des Patientenwohls und der Behandlungsqualität die näheren Anforderungen für die Qualifikation des nichtärztlichen Delegationsempfängers fest. Bei der delegierten Maßnahme muss der Arzt die ihm obliegenden Sorgfaltspflichten einhalten und die Delegationsentscheidung basierend auf seiner Einschätzung der konkreten Umstände im Einzelfall

---

<sup>49</sup> SG Dortmund, MedR 1996, 38 (39); BSGE 8, 256 (260); 20, 50 (54).

<sup>50</sup> <http://www.bundesaerztekammer.de/richtlinien/empfehlungenstellunghnahmen/delegation/> (zuletzt abgerufen am 24.03.18).

<sup>51</sup> Bock, in: Ulsenheimer, 5. Auflage, § 1 Rn. 294.

treffen um eine Gefährdung des Patienten zu verhindern.<sup>52</sup> Die Abrechnungsfähigkeit der Leistung ist gegeben, wenn die delegierte Maßnahme nach ihrem konkreten Gefährdungspotential an einen im konkreten Fall hinreichend qualifizierten Mitarbeiter erfolgt und im Einzelfall angeordnet wird, wobei der Arzt den Mitarbeiter zur Leistung anleitet und überwacht.<sup>53</sup> Für den Arzt muss es möglich sein, die Situation zu überprüfen und er muss selbst erreichbar sein<sup>54</sup>, teilweise ist gem. Anlage 24 BMV-Ä seine Anwesenheit angeordnet. Liegen die Voraussetzungen der Leistungsdelegation nicht vor, muss der Arzt persönlich tätig werden. Geschieht dies nicht, ist die Leistung nicht abrechnungsfähig.

#### **IV. Abrechnung unwirtschaftlicher Leistungen**

Aus den sozialrechtlichen Bestimmungen der §§ 12, 70, SGB V ergibt sich, dass die Leistungserbringung dem Wirtschaftlichkeitsgebot genügen muss. Der Behandlungsanspruch des Versicherten steht unter dem Vorbehalt, dass die Maßnahme zweckmäßig, ausreichend und wirtschaftlich ist - sie darf nicht übermäßig sein,<sup>55</sup> dies ergibt sich aus dem Solidaritätsprinzip der Pflichtversicherung.<sup>56</sup> Man unterscheidet zwei Ausprägungen eines Wirtschaftlichkeitsverstoßes. Ist die Maßnahme medizinisch nicht indiziert, ist ihre Erbringung nicht notwendig, sondern überflüssig und demnach unwirtschaftlich. Liegt eine Indikation dagegen vor, kann die Leistungserbringung dennoch unwirtschaftlich sein, wenn es eine kostengünstigere Alternative gibt, so etwa, wenn statt der günstigen Spritze eine höher vergütete Infusion gewählt, oder das Behandlungsziel bereits mit fünf statt zehn durchgeführten Sitzungen erreicht worden wäre.<sup>57</sup> Die Krankenbehandlung umfasst auch die Verschreibung von Arznei-, Hilfs- und Heilmitteln, §§ 31 ff. SGB V. Verordnet der Arzt ein unwirtschaftliches Medikament, weil das Rezept entweder von vorneherein fingiert ist, oder zwar medizinisch indiziert, aber unwirtschaftlich ist, ist die Abrechnungsmodalität der Arzneimittelabrechnung zu berücksichtigen. Diese vollzieht sich nicht im Rahmen der Quartalsabrechnung, sondern anhand des ausgestellten Rezepts über die Apotheke als Verkäufer, welche einen Zahlungsanspruch gegenüber der Krankenkasse des Patienten hat.<sup>58</sup>

---

<sup>52</sup> Peikert, MedR 2000, 352 (356).

<sup>53</sup> Badorff, S. 80 f.; Peikert, MedR 2000, 352 (355).

<sup>54</sup> Hellmann/Herffs, Rn. 20; BSGE 39, 288 (288).

<sup>55</sup> Schroth, in: Roxin/Schroth, 3. Auflage, S. 129.

<sup>56</sup> Freitag, S. 28; Gaede, in: Fischer/Huber, S. 263.

<sup>57</sup> Herffs, S. 53.

<sup>58</sup> StV 2004, 420 (422); BSGE 77, 194 (200).

## V. Nichtberücksichtigung von Rabatten bei der Abrechnung

Die folgende Fallvariante bezieht sich auf die fehlende Weitergabe von Zuwendungen jeglicher Art. Berufsrechtlich ist die Annahme von Zuwendungen gem. § 31 MBO-Ä (umgesetzt in Bayern durch die §§ 31 – 33 Berufsordnung für die Ärzte Bayerns) verboten. Diese kann z.B. in Rabatten, Gewinnbeteiligungen oder Rückvergütungen (sog. Kick-back Zahlungen) zugunsten des Arztes bestehen,<sup>59</sup> oder in der Vereinbarung von „Pseudo-Anwendungsbeobachtungs-Studien“, bei dem der Arzt für die Verordnung bestimmter Medikamente einen Geldbetrag pro zurückgeschicktem Fragebogen erhält.<sup>60</sup> Im Gesundheitssektor werden Kick-back Zahlungen im Rahmen einer Geschäftsbeziehung zwischen dem Arzt und seinem Vertragspartner vereinbart.<sup>61</sup> Dabei kommt es dem Vertragspartner darauf an, den verordnenden Arzt durch einen wettbewerbswidrigen Rabatt an sich zu binden,<sup>62</sup> da der medizinische Produktmarkt gesättigt ist.<sup>63</sup> Die Kosten für Kick-Back Zahlungen werden vom Hersteller auf den Produktpreis umgelegt, für dessen Erstattung wiederum der jeweilige Kostenträger einsteht, dem der volle Preis einschließlich Rückvergütungsfinanzierung in Rechnung gestellt wird.<sup>64</sup>

## VI. Abrechnung unter Verstoß gegen vertragsarztrechtliche Bestimmungen

Den folgenden Fallkonstellationen ist es gemein, dass jeweils eine beanstandungsfreie Leistung erbracht wurde, diese jedoch wegen Verstoßes gegen den Vertragsarzt bindende Bestimmungen nicht abrechnungsfähig ist. Der weitreichende Pflichtenkatalog, dem er unterworfen ist umfasst neben den sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen insbesondere das Erfordernis der medizinischen Qualifikation. Der Arzt muss über eine Approbation verfügen, eine Zulassung gem. § 18 ff. Ärzte-ZV innehaben und seine Leistungen grundsätzlich in freier Praxis gem. § 32 Ärzte-ZV erbringen.<sup>65</sup>

### 1. Keine Approbation

Die Approbation ist gem. § 2 BÄO Berufszugangsvoraussetzung und Voraussetzung der vertragsärztlichen Zulassung. Fehlt sie, erfolgt die Behandlung durch

---

<sup>59</sup> *Hellmann/Herffs*, Rn. 136.

<sup>60</sup> *Ulsenheimer*, § 14 Rn. 14/17.

<sup>61</sup> *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, Rn. 142a.

<sup>62</sup> *Noak*, MedR 2002, 76 (76).

<sup>63</sup> *Martiny*, in: Duttge, S. 18.

<sup>64</sup> *Wittig*, § 20 Rn. 38.

<sup>65</sup> *Steinhilper*, in: Laufs/Kern, § 25 Rn. 5.

einen Nicht-Arzt, dem die erforderliche medizinische Berufsqualifikation fehlt. Die Leistungserbringung kann beanstandungsfrei, aber nicht *lege artis* sein.

## **2. Strohmann-Konstellation**

Der approbierte Arzt bedarf zur Behandlung gesetzlich Versicherter zusätzlich einer Vertragsarztzulassung bei der Kassenärztlichen Vereinigung, in dessen Bezirk er tätig werden möchte, § 95 II SGB V. Als Strohmann-Konstellation wird der Fall beschrieben, in dem ein Schein-Vertragsarzt mangels Zulassung seine Leistungen über einen Dritten (Vertragsarzt) abrechnet.<sup>66</sup> Ohne Zulassung ist der Arzt nach den sozialrechtlichen Bestimmungen nicht zur Leistungserbringung befugt und die erbrachten Leistungen nicht abrechnungsfähig. Überdies sind auch die Leistungen des Strohmanns nicht abrechenbar, denn seine abgerechneten Leistungen werden nicht von ihm persönlich, sondern vom nicht zugelassenen Hintermann erbracht.<sup>67</sup>

## **3. Verdecktes Angestelltenverhältnis**

Ist der (approbierte) Vertragsarzt zugelassen, kann die Abrechnungsfähigkeit seiner Leistungen dennoch fehlen, wenn ein Verstoß gegen ärztespezifische Berufsausübungsregelungen vorliegt. Mit Inkrafttreten des Vertragsarztrechtsänderungsgesetzes (VÄndG) vom 01.01.2007 ist durch die Erweiterung möglicher ärztlicher Anstellungsverhältnisse und die Angleichung der bis dahin bestehenden gebührenrechtlichen Unterschiede zwischen selbstständiger Tätigkeit und Angestelltenverhältnis der Anreiz zur Honorarsteigerung durch ein verdecktes Angestelltenverhältnis weggefallen, die Variante also praktisch nicht mehr relevant.<sup>68</sup> Dabei wird ein vermeintlich gem. § 32 Ärzte-ZV freiberuflich tätiger Arzt (ggf. nachdem er sich unter Vorgabe dieser Angaben die Zulassung erschlichen hat) tatsächlich in einem Angestelltenverhältnis tätig und erbringt auf dieser Grundlage nicht abrechenbare Leistungen.<sup>69</sup>

## **4. Scheinanstellungsverhältnis**

Nach § 32 b Abs. 1 Ärzte-ZV ist vor der geplanten Einstellung von Ärzten als Arbeitnehmern eine Mitteilung an den Zulassungsausschuss und dessen Genehmigung erforderlich. Die Leistungen des verdeckt Angestellten sind also auch nicht unter der Prämisse honorarfähig, er habe sie als Angestellter erbracht, weil die

---

<sup>66</sup> *Frister/Lindemann/Peters*, 2. Kap. Rn. 105.

<sup>67</sup> *Luig*, S. 29.

<sup>68</sup> *Frister/Lindemann/Peters*, Rn. 103 f.; *Heintz-Koch*, S. 144.

<sup>69</sup> OLG Koblenz MedR 2001, 144 (145); BSGE 23, 97 (103); 76, 153 (155); MedR 2006, 307 (309).

Genehmigung tatsächlich nicht erteilt wurde. Relevant ist nunmehr der Fall, in dem ein Angestelltenverhältnis vorgespiegelt wird, tatsächlich aber die Einstellung eines freien Mitarbeiters erfolgt, weil ein solches Dienstverhältnis nicht genehmigungsfähig wäre.<sup>70</sup> Wird die Genehmigung erschlichen, sind die Leistungen weder durch den Mitarbeiter selbst, noch über den anstellenden Vertragsarzt abrechnungsfähig, weil auch die Voraussetzungen der Leistungsdelegation an ärztliche Mitarbeiter nicht vorliegen.<sup>71</sup>

## **D. Der Tatbestand des Abrechnungsbetrugs**

Nunmehr sollen die vorgestellten Fallkonstellationen im Lichte der Tatbestandsmerkmale des Betrugs betrachtet werden.

### **I. Objektiver Tatbestand**

#### **1. Täuschung über Tatsachen**

Tathandlung des Betrugs ist die Täuschung über Tatsachen, d.h. die Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen, die dazu geeignet ist, beim Empfänger eine Fehlvorstellung über Tatsachen hervorzurufen.<sup>72</sup> Sie kann durch aktives Tun, dabei entweder ausdrücklich oder durch konkludentes Handeln, oder durch ein Unterlassen verwirklicht werden.<sup>73</sup> Gegenstand der Täuschung können nur Tatsachen, also dem Beweis zugängliche Geschehnisse oder Zustände der Gegenwart oder Vergangenheit sein.<sup>74</sup> Naheliegend ist die Verwirklichung der Täuschungshandlung durch die gem. § 295 IV SGB V elektronische Einreichung der Abrechnungsunterlagen. Diese bestehen aus einer Auflistung der erbrachten Leistungen und den zugeordneten Leistungsziffern,<sup>75</sup> sowie der miteinzureichenden Abrechnungssammelerklärung, in der die Richtigkeit der Abrechnung in Bezug auf zahlreiche Vorgaben ausdrücklich bestätigt werden muss. Durch seine Unterschrift bescheinigt der Arzt unter anderem die persönliche Leistung bzw. ordnungsgemäße Delegation, die Beachtung etwaiger Genehmigungserfordernisse, die Weitergabe eventuell erhaltener Rabatte und alle ihn im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung bindende Rechtsgrundlagen (z.B. einheitlicher Bewertungsmaßstab, Bundesmantelverträge,

---

<sup>70</sup> Heintz-Koch, S. 145.

<sup>71</sup> Heintz-Koch, S. 146.

<sup>72</sup> BGHSt 47, 1 (3); 49, 17 (21); BGH NJW 2014, 2595 (2602); Heinrich, in: Arzt/Weber/ Heinrich/Hilgendorf, § 20 Rn. 35.

<sup>73</sup> Rengier, BT I, § 13 Rn. 8.

<sup>74</sup> Satzger in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, § 263 Rn. 14; Fischer, § 263 Rn. 6.

<sup>75</sup> Frister/Lindemann/Peters, 2. Kap. Rn. 60.

Richtlinien, etc.) beachtet zu haben.<sup>76</sup> Der Sammelerklärung kommt angesichts des Massenverfahrens der vertragsärztlichen Abrechnung eine Garantiefunktion zu.<sup>77</sup> Ist die Leistung tatsächlich nicht erbracht worden, täuscht der einreichende Arzt ausdrücklich über die vergangene Leistungserbringung, denn die sachlich-rechnerische Richtigkeit wurde explizit schriftlich erklärt.<sup>78</sup> Die Abrechnung unvollständig erbrachter Leistungen steht der Nichterbringung gleich,<sup>79</sup> hier spiegelt der Arzt ausdrücklich die vollständige Leistungserbringung vor. Ist die Abrechnung bewusst falsch, liegt aufgrund der Inbezugnahme der vertragsärztlichen Bestimmungen eine ausdrückliche Täuschung über die Einhaltung des Abrechnungsmaßstabs vor, unabhängig davon, ob der Punktwert einer Leistung in Wahrheit höher oder niedriger ist.<sup>80</sup> Bei einer Leistungsabrechnung im Widerspruch zu inhaltlichen Vorgaben ist jedoch zu beachten, dass nicht jeder Verstoß eine Täuschungshandlung darstellt. Sind die Abrechnungsvorschriften mangels eindeutiger Definition auslegungsfähig, ist eine Abgrenzung zwischen einer bewussten Falschbehauptung und einer vertretbaren Rechtssubsumtion erforderlich. Nimmt der Arzt an, durch die Behandlung die Voraussetzungen einer Leistungsziffer erfüllt zu haben, stellt dies eine Meinungsäußerung dar, die mit der Wirklichkeit übereinstimmt.<sup>81</sup> Solange sich der Arzt im Rahmen eines vertretbaren Interpretationsspielraums der Gebührenordnung befindet, liegt keine Täuschung über Tatsachen vor, vielmehr erklärt er eine abweichende Rechtsauffassung, nämlich die Rechtfertigung seines Honoraranspruchs.<sup>82</sup> Eine betrugsrelevante Täuschung liegt erst bei bewusster Missachtung einer eindeutigen Bestimmung vor, die als institutionelle Tatsache anerkannt ist.<sup>83</sup> Ein solch unmissverständlicher Gebührentatbestand wird hingegen aufgrund der Vielzahl unterschiedlicher und zueinander in Relation stehender Bestimmungen im Leistungskatalog des ärztlichen Vergütungssystems nicht auf Anhieb zu finden sein.<sup>84</sup> Das Auslegungsermessen von Gebührensätzen ist jedenfalls bei offensichtlich unzulässiger Interpretation überschritten. Außerdem ist die Vorspiegelung der inneren Tatsache, von der Forderungsberechtigung überzeugt zu sein, möglich.

---

<sup>76</sup> <https://www.kvb.de/fileadmin/kvb/dokumente/Praxis/Formulare/Q-T/KVB-FORM-Sammelerklaerung-Abrechnung-MVZ-Q4-2017.pdf> (zuletzt abgerufen am 24.03.18).

<sup>77</sup> Freitag, S. 57 f.; Hancock, S. 107; Badorff, S. 12.

<sup>78</sup> Hellmann/Herffs, Rn. 152; Sommer/Tsambikakis, in: Terbille, § 2 Rn. 124.

<sup>79</sup> Kondziela, Kriminalistik 2004, 377 (378).

<sup>80</sup> Ellbogen/Wichmann, MedR 2007, 10 (12); Herffs, S. 55.

<sup>81</sup> Ulsenheimer, § 14 Rn. 27.

<sup>82</sup> Dann, NJW 2012, 2001 (2002); Deutsch/Spickhoff, Rn. 723; Fischer, § 263 Rn. 11.

<sup>83</sup> Schroth/Joost in: Roxin/Schroth, S. 192; Schicker, Rescriptum 2013, 41 (44).

<sup>84</sup> Spickhoff, in: Duttge, Tatort, S. 2; Schneider, in: Wienke/Janke/Kramer, S. 58.

Wegen des diesbezüglichen Passus in der Sammelerklärung liegt im Falle eines Verstoßes gegen die persönliche Leistungserbringung eine ausdrückliche Täuschung vor. Hat der Arzt Zuwendungen in der Abrechnung nicht angegeben, täuscht er auch in diesem Fall ausdrücklich über die tatsächlich entstandenen Kosten. Die Übereinstimmung der abgerechneten Leistungen mit dem Wirtschaftlichkeitsgebot wird dagegen nicht ausdrücklich erklärt. Dies könnte konkludent erklärt worden sein, wenn der Abgabe der Abrechnungsunterlagen der Erklärungswert zukommt, es seien nur solche Leistungen erbracht worden, die dem Wirtschaftlichkeitsgebot genügen. Ob dies der Fall ist, hängt davon ab, ob die Kassenärztliche Vereinigung nach der Verkehrsauffassung<sup>85</sup> das Vorliegen einer medizinischen Indikation bzw. der möglichst kostengünstigen Erbringung nach dem objektiven Empfängerhorizont unter Berücksichtigung der Gesamtumstände in der konkreten Situation vernünftigerweise als miterklärt verstehen durfte.<sup>86</sup> Der Erklärungswert orientiert sich an den „Geschäftsgrundlagen“ des vertragsärztlichen Austauschverhältnisses.<sup>87</sup> Wenn keine medizinische Indikation vorliegt, liegt auch kein behandlungsbedürftiger Versicherungsfall vor, der jedoch Grundvoraussetzung einer vertragsärztlichen Leistung ist. Demnach wird das Bestehen einer medizinischen Indikation bei der Abrechnung stillschweigend miterklärt.<sup>88</sup> Fraglich ist, ob auch die Einhaltung des Wirtschaftlichkeitsgebots Bestandteil dieses Erklärungswerts ist. § 12 SGB V begrenzt den Leistungsfluss für alle am vertragsärztlichen Vergütungssystem Beteiligten und soll in Zeiten steigenden Kostendrucks die Finanzierbarkeit des Systems gewährleisten.<sup>89</sup> Aus diesem Grund ist eine Begrenzung des Leistungsanspruchs erforderlich. Die wirtschaftliche Leistungserbringung ist damit Geschäftsgrundlage der Behandlung und wird konkludent miterklärt. Problematisch ist außerdem, ob eine Täuschung hierüber eine unwahre Tatsachenbehauptung oder ein Werturteil darstellt. Die unwirtschaftliche Abrechnung wäre eine betrugsrelevante Täuschungshandlung, wenn der Sinn der Äußerung einen objektiven, empirisch überprüfbaren Tatsachenkern<sup>90</sup> enthält, die Übergänge zu Werturteilen sind bisweilen fließend.<sup>91</sup> Tatsachenkern der wirtschaftlichen Leistungserbringung ist das Bestehen einer Krankheit und das Nichtbestehen einer gleich effektiven

---

<sup>85</sup> Perron, in: Schönke/Schröder, § 263 Rn. 14/15.

<sup>86</sup> Kraatz, in: FS Geppert, S. 273.

<sup>87</sup> Hancock, S. 211 f.; Lackner/Kühl, § 263 Rn. 61.

<sup>88</sup> Hancock, S. 229 f.

<sup>89</sup> Hancock, S. 232 f.

<sup>90</sup> Freitag, S. 145; Hancock, S. 234; Perron, in: Schönke/Schröder, § 263 Rn. 9.

<sup>91</sup> Wessels/Hillenkamp, § 13 Rn. 495; Lackner/Kühl, § 263 Rn. 5.

Behandlungsmaßnahme, die kostengünstiger gewesen wäre.<sup>92</sup> Dies ist dem (Sachverständigen-)Beweis zugänglich und damit eine Tatsachenbehauptung.

Zu prüfen ist weiter, ob der Quartalsabrechnung ein Erklärungswert über das Bestehen vertragsarztrechtlicher Vorgaben beigemessen werden kann. Zwar wird bereits vor dem Zulassungsausschuss ausdrücklich erklärt, die Voraussetzungen für die Erteilung der Zulassung bzw. für die Genehmigung eines Anstellungsverhältnisses lägen vor. Hierbei handelt es sich jeweils um eine straflose Vorbereitungshandlung, denn zu diesem Zeitpunkt liegt jedenfalls noch keine konkrete Vermögensgefährdung vor.<sup>93</sup> Voraussetzung der Vertragsarztzulassung sind unter anderem die Approbation und die freiberufliche Tätigkeit gem. § 32 Ärzte-ZV. Der Nicht-Arzt, der Arzt ohne Zulassung und der verdeckte Angestellte könnten über die unter Einhaltung der materiellen Zulassungsvoraussetzungen zustande gekommene Zulassung und so über ihre Abrechnungsbefugnis getäuscht haben. Fraglich ist, ob das Bestehen einer ordnungsgemäßen Zulassung konkludent miterklärt wird. Einig ist man sich darüber, dass die Abrechnung ohne Approbation eine konkludente Täuschung darstellt, denn als grundlegende Berufsvoraussetzung ist sie für ein ärztliches Tätigwerden an sich erforderlich, sodass sie als konkludent miterklärt gilt.<sup>94</sup> Das Leistungserbringungsrecht des Arztes ergibt sich erst durch die Zulassung, § 95 SGB V, sodass ein diesbezüglicher Erklärungswert ebenso zu bejahen ist.<sup>95</sup> Strittig ist, ob der Abrechnungseinreichung auch ein dahingehender Erklärungswert zukommt, die Zulassungsvoraussetzung der freiberuflichen Tätigkeit gem. § 32 Ärzte-ZV läge vor. Gegen einen solchen Erklärungswert in Bezug auf den berufsrechtlichen Status spricht, dass für berufsrechtliche Fragen der Zulassungsausschuss und nicht die Kassenärztliche Vereinigung zuständig ist, die diese nicht zu prüfen habe.<sup>96</sup> Auch wenn die Zulassungsvoraussetzungen nachträglich wegfallen, liegt bis zur Entziehung der Zulassung ein bestandskräftiger Verwaltungsakt vor, weswegen es fernliegend sei, dass durch die Honorarabrechnung erklärt wird, die Voraussetzungen seien weiterhin gegeben.<sup>97</sup> Dennoch hätte die Zulassung bereits von Anfang an nicht erteilt werden dürfen und müsste bei Bekanntwerden der fehlenden Voraussetzung gem. § 95 VI SGB V zwingend entzogen

---

<sup>92</sup> *Hellmann/Herffs*, Rn. 276.

<sup>93</sup> BGH NJW 1994, 808 (809); *Stein*, MedR 2001, 124 (125); *Grunst*, NStZ 2004, 533 (534).

<sup>94</sup> *Hancock*, S. 224.

<sup>95</sup> *Wessing/Dann*, GesR 2006, 150 (151).

<sup>96</sup> *Luig*, S. 87; LG Lübeck GesR 2006, 176 (177); *Perron*, in: Schönke/Schröder, § 263 Rn. 16 c.

<sup>97</sup> *Kraatz*, Rn. 281; *Wessing/Dann*, GesR 2006, 150 (150, 152).

werden, sodass die entscheidende Voraussetzung der Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung nicht mehr vorliegt.<sup>98</sup> Der Erklärungswert bezieht sich demnach auf eine insgesamt ordnungsgemäß bestehende Zulassung, innerhalb deren Grenzen die Leistungen erbracht wurden. Die inhaltlichen Voraussetzungen des Begriffs der freien Praxis sind umstritten, im Kern geht es jedoch um eine eigenverantwortliche Leistungserbringung durch wirtschaftliche und fachliche Unabhängigkeit.<sup>99</sup> Die Details der wirtschaftlichen Unabhängigkeit sind insbesondere gesellschaftsrechtlich umstritten, außerdem bestehen verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich der Zuständigkeit der Regelung.<sup>100</sup> Ihr Vorliegen kann nicht als stillschweigend miterklärt gelten. Nachprüfbarer Tatsachenkern bleibt die fachliche Unabhängigkeit, also in medizinischen Fragen weisungsfrei entscheiden zu können und eigenverantwortlich in Bezug auf die Gestaltung der Tätigkeit handeln zu können.<sup>101</sup> Dies wird konkludent miterklärt. Demnach täuscht der verdeckt Angestellte nicht über die wirtschaftliche Unabhängigkeit. Im Fall der erschlichenen Anstellungsgenehmigung eines freien Mitarbeiters liegt die konkludente Vorspiegelung der falschen Tatsache darin, es hätten sich keine Änderungen in Bezug auf das Vorliegen der Art und Weise der Berufsausübung ergeben.<sup>102</sup> Fehlt die Anstellungsgenehmigung von vorneherein, liegt aufgrund der ausdrücklichen Erklärung, alle Genehmigungserfordernisse beachtet zu haben, eine ausdrückliche Täuschung vor.

Ein Abrechnungsbetrug kann auch mittels einer Täuschung durch Unterlassen begangen werden. Erforderlich ist eine bestehende Rechtspflicht des Täters mit Bezug zum Vermögen des Geschädigten, also eine Garantenstellung zur Vermeidung vermögensbezogener Fehlvorstellungen.<sup>103</sup> Diese kann sich aus Gesetz, aus einem besonderen Vertrauensverhältnis oder aus Ingerenz ergeben.<sup>104</sup> Entscheidend ist, dass eine konkrete Pflichtenstellung von einigem Gewicht besteht, eine Selbstschädigung des Opfers zu verhindern.<sup>105</sup> Keine Aufklärungspflicht bestehe, wenn ein Abrechnungsfehler nach Honorareinreichung bemerkt wird, denn der Vertragsarzt sei als Zwangsmittglied nicht Vermögensbeschützer der Kassenärztlichen

---

<sup>98</sup> BSG MedR 2006, 307 (309); BSGE 76, 153 (155); *Hancock*, S. 212; *Hellmann/Herffs*, Rn. 231.

<sup>99</sup> *Luig*, S. 92 f.; *Hancock*, S. 213 ff.

<sup>100</sup> *Wessing/Dann*, GesR 2006, 150 (150); *Luig*, S. 92 f.; *Herffs*, wistra 2004, 281 (283 f.).

<sup>101</sup> *Herffs*, wistra 2004, 281 (283 f.); LSG Nds-Bremen, MedR 2002, 540 (545); *Luig*, S. 92 f.

<sup>102</sup> *Heintz-Koch*, S. 148 f.; *Herffs*, wistra 2004, 281, (282).

<sup>103</sup> *Perron*, in: Schönke/Schröder, § 263 Rn. 19; *Frister/Lindemann/Peters*, 2. Kap. Rn. 57.

<sup>104</sup> *Lackner/Kühl*, § 13 Rn. 8 ff.

<sup>105</sup> BGHSt 39, 392 (400); *Kindhäuser*, in: NK, § 263 Rn. 154.

Vereinigung.<sup>106</sup> Ob eine Offenbarungspflicht hinsichtlich verdeckter Rückvergütungen besteht, ist umstritten. Aufgrund der ausdrücklichen Erklärung in Bezug auf die Weitergabe von Zuwendungen in der Sammelerklärung kommt eine Täuschung durch Unterlassen lediglich in den Fällen in Betracht, in denen Leistungen direkt mit den Krankenkassen abgerechnet werden. Die Garantenstellung ergibt sich nach einer Ansicht bereits aus dem gem. § 12 I SGB V normierten Wirtschaftlichkeitsgebot und der Verpflichtung zur gemeinsamen Sicherstellung der ärztlichen Versorgung gem. § 72 I SGB V, die eine Offenbarungspflicht des Arztes gegenüber der Krankenkasse hinsichtlich erhaltener Rabatte begründen, denn diese seien vergleichbar mit einem gezahlten Schmiergeld.<sup>107</sup> Außerdem sei die Annahme der Vergütung berufsrechtswidrig, sodass auch eine Garantenstellung aus Ingerenz bestehe.<sup>108</sup> Gegen die Herleitung einer Garantenstellung aus Gesetz spricht, dass zwischen Arzt und Krankenkasse im vertragsärztlichen System aufgrund der Entkopplung von Leistungs- und Vergütungsebene<sup>109</sup> keine unmittelbaren Rechtsbeziehungen bestehen, aus denen sich eine besondere Vertrauensstellung ergeben könnte.<sup>110</sup> Zwar sei ein gemeinsames Zusammenwirken gefordert, daraus ergebe sich jedoch kein „vermögenbezogenes Fürsorgeverhältnis“, aus welchem sich eine Garantenstellung ableiten könne.<sup>111</sup> Werden die Preise direkt zwischen Hersteller und Kostenträger abgerechnet, seien dem Arzt die abgerechneten Preise oftmals überhaupt nicht bekannt.<sup>112</sup> Die berufsrechtliche Vorschrift schütze nur die Unabhängigkeit des Arztberufes, normiere aber keine strafbewährte subjektive Aufklärungspflicht gegenüber der Krankenkasse.<sup>113</sup>

## 2. Irrtum

Durch die Täuschung muss beim Opfer ein Irrtum erregt oder unterhalten werden. Einem Irrtum unterliegt derjenige, der eine der Wirklichkeit nicht entsprechende Vorstellung über Tatsachen hat.<sup>114</sup> Sich eine Fehlvorstellung über die Wirklichkeit machen können grundsätzlich nur natürliche Personen, juristische Personen bedürfen der Zurechnung ihrer Organwalter.<sup>115</sup> Es müsste also ein Irrtum beim

---

<sup>106</sup> Kraatz, Rn. 284; Schroth/Joost in: Roxin/Schroth, S. 192.

<sup>107</sup> OLG Hamm, MedR 2005, 236 (237); Kudlich/Oglakcioglu, Rn. 241.

<sup>108</sup> OLG Hamm MedR 2005, 236 (237).

<sup>109</sup> Schroth/Joost, in: Roxin/Schroth, S. 184.

<sup>110</sup> Kraatz, Rn. 284.

<sup>111</sup> Noak, MedR 2002, 76 (81).

<sup>112</sup> Ulsenheimer, § 14 Rn. 30.

<sup>113</sup> Noak, MedR 2002, 76 (82).

<sup>114</sup> Wessels/Hillenkamp, § 13 Rn. 510.

<sup>115</sup> Fischer, § 263 Rn. 67.

zuständigen Sachbearbeiter der Kassenärztlichen Vereinigung bzw. der Krankenkasse im Prüfverfahren gegeben sein, denn dort wird die Abrechnung bearbeitet und das Honorar festgesetzt. Hierbei stellt sich die Frage, inwieweit eine menschliche Fehlvorstellung in Betracht kommt, wenn die sachlich-rechnerische Prüfung durch Computerprogramme vorgenommen wird.<sup>116</sup> Erkennt die Software den Fehler in der Abrechnung nicht, irrt keine natürliche Person, in Betracht kommt dagegen eine Strafbarkeit wegen Computerbetrugs gem. § 263 a StGB. Die Norm wäre jedoch nur einschlägig, wenn die inhaltliche Abrechnungsprüfung selbstständig durch den Computer erfolgt, der auf dieser Grundlage eine Vermögensdisposition trifft.<sup>117</sup> Die abschließende Bewilligungsentscheidung trifft jedoch der verfügende Sachbearbeiter, die Computerprüfung ist lediglich ein Teil des Prüfverfahrens.<sup>118</sup> Die Annahme einer Fehlvorstellung erscheint dennoch insoweit fraglich, als sich der Sachbearbeiter angesichts der Fülle der zu bearbeitenden Abrechnungen wohl kaum dezidiert mit dem Wahrheitsgehalt der Abrechnung auseinandersetzt.<sup>119</sup> Aufgrund des hohen Verwaltungsaufwands der Massenverfahren und der damit einhergehenden fehlenden Gedankenreflexion über den Wahrheitsgehalt der in der Abrechnung angegebenen Leistungsziffern wurden die Anforderungen in diesem Bereich abgesenkt.<sup>120</sup> Anerkannt ist, dass insoweit ein sachgedankliches Mitbewusstsein des Getäuschten, die Abrechnung sei insgesamt in Ordnung und der damit verbundene Wille, nur insgesamt richtige Abrechnungen ausgleichen zu wollen, für eine Fehlvorstellung ausreicht.<sup>121</sup> Demzufolge muss sich der Sachbearbeiter keine einzelfallbezogene Vorstellung darüber machen, ob die Höhe des abgerechneten Betrags korrekt ist. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass der die Abrechnung prüfende Sachbearbeiter keine Vermögensdisposition vornimmt, weil die geprüfte Abrechnung an die Buchhaltung und den dortigen Sachbearbeiter weitergeleitet wird.<sup>122</sup> Irrende und verfügende Person müssen beim Betrug identisch sein<sup>123</sup>, so dass auch der Sachbearbeiter der Buchhaltung einer Fehlvorstellung erliegen muss.

---

<sup>116</sup> *Hellmann/Herffs*, Rn. 64, 153.

<sup>117</sup> *Frister/Lindemann/Peters*, 2. Kap. Rn. 144.

<sup>118</sup> *Frister/Lindemann/Peters*, 2. Kap. Rn. 144.

<sup>119</sup> *Brettel*, Rn. 101.

<sup>120</sup> *Frister/Lindemann/Peters*, 2. Kap. Rn. 147; BGH MedR 2006, 721 (724); *Schicker*, Rescriptum 2013, 41 (44).

<sup>121</sup> *Tiedemann*, in: LK, § 263 Rn.83; BGH MedR 2006, 721 (724); *Kraatz*, in: FS-Geppert, S. 276.

<sup>122</sup> *Heintz-Koch*, S. 156.

<sup>123</sup> *Fischer*, § 263 Rn. 70.

Dies tut er, weil er aufgrund des vorgeschalteten Prüfverfahren von der inhaltlichen Richtigkeit der Abrechnung ausgeht.<sup>124</sup>

### 3. Vermögensverfügung

Der Irrende müsste aufgrund der Täuschung eine Vermögensverfügung getroffen haben, die definiert ist als jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das unmittelbar vermögensmindernd wirkt.<sup>125</sup> Zu prüfen ist, welcher Vorgang im Abrechnungssystem eine unmittelbare Vermögensminderung herbeiführt und über wessen Vermögen hierbei disponiert wird. Nach der wirtschaftlichen Vermögenslehre wird als Vermögen die Gesamtheit aller geldwerten Güter einer natürlichen oder juristischen Person nach Abzug der Verbindlichkeiten bezeichnet.<sup>126</sup> Der juristisch-ökonomische Vermögensbegriff schränkt diese rein-wirtschaftliche Betrachtungsweise insoweit ein, als nur vermögenswerte Positionen geschützt sind, über welcher der Inhaber die rechtliche Verfügungsmacht hat, oder die unter dem Schutz der Rechtsordnung stehen, jedenfalls aber nicht rechtlich missbilligt sind.<sup>127</sup> Die Honorare, die von der Gesamtvergütung bezahlt werden sind geldwerte Güter und stehen unter der Rechtsordnung des SGB V, sodass schützenswertes Vermögen des § 263 StGB tangiert ist.<sup>128</sup>

Erster Ansatzpunkt einer vermögensverfügenden Handlung könnte die Bezifferung des ärztlichen Honoraranspruchs sein. Ob hierdurch bereits eine unmittelbar vermögensmindernde Disposition getroffen wird, hängt davon ab, ob es keiner weiteren Handlung bedarf, um zumindest eine schadensgleiche, konkrete Vermögensgefährdung herbeizuführen.<sup>129</sup> Ein solcher Gefährdungsschaden ist gegeben, wenn ein nicht mehr umkehrbarer Kausalverlauf in Richtung eines effektiven Vermögensverlustes in Gang gesetzt wurde.<sup>130</sup> Zwar wird durch die Honorarberechnung des Mitarbeiters bereits eine schriftliche Manifestation der auszahlenden Vergütung geschaffen, angesichts der noch ausstehenden Wirtschaftlichkeitsprüfung und des rein internen Vorgangs liegt jedoch noch keine konkrete Vermögensgefährdung vor.<sup>131</sup> Frühestens mit Erlass des Honorarbescheids, der die Grundlage für die konkrete Zahlungsanweisung bildet, kann eine Vermögensverschiebung an den Arzt

---

<sup>124</sup> Heintz-Koch, S. 156; Hancock, S. 141.

<sup>125</sup> BGHSt 14, 170 (171); Wessels/Hillenkamp, § 13 Rn. 515.

<sup>126</sup> BGHSt 16, 220 (221); OLG Düsseldorf, NJW 1988, 922 (923); Fischer, StGB § 263 Rn. 3.

<sup>127</sup> Lackner/Kühl, § 263 Rn. 33.

<sup>128</sup> Luig, S. 103.

<sup>129</sup> Frister/Lindemann/Peters, 2 Kap. Rn. 158, 162.

<sup>130</sup> Frister/Lindemann/Peters, 2. Kap. Rn. 162.

<sup>131</sup> Frister/Lindemann/Peters, 2. Kap. Rn. 164.

von den Beteiligten des Vergütungssystems nicht mehr verhindert werden, sodass ein Gefährdungsschaden eintritt. Dies stellt die konkrete Handlung für die Vermögensverfügung dar.

Fraglich ist weiterhin, wessen Vermögensmasse gemindert wird. Betroffene Vermögensmasse ist die Gesamtvergütung. Sie könnte der Kassenärztlichen Vereinigung zugeordnet werden, die auf deren Ausbezahlung einen Anspruch hat. Teilweise wird die Ansicht vertreten, die Kassenärztliche Vereinigung habe einen eigenen Zahlungsanspruch gegen die Krankenkasse, der von der späteren Honorarverteilung zu trennen ist.<sup>132</sup> Sie „bewirtschaftet“ als Selbstverwaltungskörperschaft mit Normsetzungsrecht die Gesamtvergütung, die - ähnlich der Belastung des Vermögens der GmbH durch die Ansprüche der Gesellschafter auf Gewinnausschüttung - mit den Vergütungsansprüchen der Ärzte belastet wird.<sup>133</sup> Dagegen wird angeführt, sie fungiere nach den gesetzlichen und vertraglichen Bestimmungen lediglich als Verrechnungsstelle, der die Aufgabe zukommt, die Vermögensmasse an die Berechtigten zu verteilen.<sup>134</sup> Zwar kann sie vorab ihre Verwaltungskosten durch Abzug decken, doch habe sie selbst kein eigenes Nutzungsrecht am auszuschüttenden Vermögen, sie verwalte lediglich treuhänderisch fremde Gelder.<sup>135</sup> Im Ergebnis ist die Vermögenszuordnung an die Kassenärztliche Vereinigung abzulehnen, denn der Gesetzeswortlaut des § 87 b I SGB V spricht explizit von einer „Verteilung“ der Gesamtvergütung als Verpflichtung der Körperschaft, sodass ihr als Interessenvertreterin der Vertragsärzte keine eigene wirtschaftliche Position an der Gesamtvergütung zuzugestehen ist.

Das Vermögen der Krankenkasse ist nicht betroffen, da der Abrechnungsfehler nicht kausal für die Zahlung der Gesamtvergütung wird. Diese wird bereits im Voraus als Pauschale vereinbart. Die Höhe ist gedeckelt und umfasst die gesamte Vergütung vertragsärztlicher Leistung, sie erhöht sich folglich nicht im Nachhinein zu Lasten der Krankenkasse, wenn fehlerhaft abgerechnet wird. Anders liegt es in den Fällen, in denen die abgerechnete Leistung nicht der Gesamtvergütung unterliegt. Im Fall der Falschabrechnung von förderungswürdigen Sonderleistungen oder beim Rezeptabrechnungsbetrug wird über Vermögen der Krankenkasse verfügt, denn diese Vergütungsansprüche bestehen unabhängig von der pauschalen

---

<sup>132</sup> Hess, in: Körner/Leiterer/Mutschler § 85 SGB V Rn. 3.

<sup>133</sup> Hellmann, in: Fischer/Huber, S. 253 f.

<sup>134</sup> Gaidzik, wistra 1998, 329 (331); Idler, JuS 2004, 1037 (1040); Stein, MedR 2001, 124 (130);

<sup>135</sup> Ellbogen/Wichmann, MedR 2007, 10 (13); OLG Koblenz, ArztR 2004, 164 (165).

Gesamtvergütung und werden direkt mit der Krankenkasse abgerechnet. Die Vermögensmasse ist jedoch den restlichen Vertragsärzten zuzuordnen, sodass der Sachbearbeiter der Kassenärztlichen Vereinigung als Dritter über fremdes Vermögen verfügt, womit ein Fall des Dreiecksbetrugs vorliegen könnte. Erforderlich ist, dass die Verfügung des Sachbearbeiters dem Geschädigten aufgrund eines Näheverhältnisses zum geschädigten Drittvermögen zugerechnet werden kann.<sup>136</sup> Gem. § 85 I SGB V ist der verfügende Sachbearbeiter kraft hoheitlicher Stellung im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung befugt, über die ihm von der Krankenkasse zur Verfügung gestellten Gelder zu disponieren und diese an die Mitglieder der Kassenärztlichen Vereinigung auszubezahlen, sodass das erforderliche Näheverhältnis zu bejahen ist. Ein Dreiecksbetrug zulasten der Vertragsärzte liegt vor.

Rechnet der Arzt die Leistungen innerhalb des Budgets ab, werden andere Ärzte nicht tangiert. Der erzielte Betrag wäre jedoch bei rechtmäßiger Abrechnung in den Sondertopf zur Vergütung der das Regelleistungsvolumen überschreitenden Leistungen geflossen.<sup>137</sup> Dieser ist auch bei fehlerhafter Abrechnung über das Regelleistungsvolumen hinaus betroffen und damit in beiden Fällen jene Vertragsärzte geschädigt, die ihre Leistungen aus diesem Sondertopf vergütet bekommen und infolge der fehlerhaften Abrechnung einen schlechteren Punktwert als Bemessungsgrundlage erzielen. Wenn die Regelleistungsvolumenüberschreitung auf einer Erhöhung der Fallzahl basiert und dadurch eine Erhöhung der Regelleistungsvolumengrenze für das Folgejahresquartal initiiert wird, ändert sich aufgrund des Morbiditätsrisikos der Krankenkassen logischerweise die Höhe der ausgezahlten Gesamtvergütung. Die Krankenkasse ist im zukünftigen Abrechnungszeitraum jedoch nicht geschädigt, wenn der Arzt dann ordnungsgemäß abrechnet, weil kein Vermögensschaden eintritt.<sup>138</sup>

#### **4. Vermögensschaden**

Kernproblem des ärztlichen Abrechnungsbetrugs ist die sehr umstrittene Frage, ob schließlich ein Vermögensschaden eintritt. Die Feststellung des Vermögensschadens erfolgt anhand eines objektiv-individuellen Beurteilungsmaßstabs und des Prinzips der Gesamtsaldierung unter Berücksichtigung einer etwaigen unmittelbaren Schadenskompensation,<sup>139</sup> wobei ein Vergleich des geldwertmäßigen

---

<sup>136</sup> Perron, in Schönke/Schröder (Fn. 13), Rn. 65 f.; Tiedemann, in LK (Fn. 9), Rn. 115.

<sup>137</sup> Freitag, S. 120.

<sup>138</sup> Hellmann, in: Fischer/Huber, S. 251.

<sup>139</sup> Wessels/Hillenkamp, § 13 Rn. 538.

Gesamtvermögensstandes<sup>140</sup> unmittelbar vor und nach der Vermögensverfügung erfolgt,<sup>141</sup> ein späterer Schadensausgleich ist unbeachtlich. Demnach liegt ein Vermögensschaden vor, wenn die irrtumsbedingte Zahlung des Honorars unmittelbar zu einer Vermögenseinbuße führt, welche nicht durch ein wiederum unmittelbar aus der Vermögensverfügung fließendes wirtschaftliches Äquivalent voll ausgeglichen wird, sodass ein negativer Saldo entsteht.<sup>142</sup>

#### **a) Die streng formale Betrachtungsweise**

Die strafrechtliche Rechtsprechung hat sich der sozialgerichtlichen Rechtsprechung<sup>143</sup> überwiegend angeschlossen und bestimmt den Schadensbegriff sozialrechtsakzessorisch.<sup>144</sup> Diese sog. streng formale Betrachtungsweise des Sozialversicherungsrechts modifiziert die Saldierungslehre durch die Anwendung normativer Kriterien.<sup>145</sup> Sie legt fest, dass Leistungen nur abgerechnet werden dürfen, wenn sie im Einklang mit den sozialrechtlichen Regelungen erbracht wurden und insbesondere der Leistungslegende der einzelnen Gebührensätze entsprechen.<sup>146</sup> Werden Leistungen unter Verstoß gegen diese Bestimmungen erbracht, entsteht kein Vergütungsanspruch des Arztes.<sup>147</sup> Dies beruht darauf, dass den sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen eine Steuerungsfunktion zukommt, die die Funktionsfähigkeit und die Finanzierbarkeit des vertragsärztlichen Versorgungssystems gewährleisten soll.<sup>148</sup> Eine Leistung, die den rechtlichen Anforderungen – wenn auch nur in Teilbereichen – nicht genügt, ist insgesamt nicht erstattungsfähig.<sup>149</sup> Weil damit eine Verbindlichkeit der Krankenkasse gegenüber dem Arzt nicht besteht, zahlt diese die Vergütung rechtsgrundlos, sodass ein Vermögensverlust eintritt. Der Abrechnungsfehler führt dazu, dass die erbrachten Leistungen in der Saldierung nicht berücksichtigt, sie wirken jedoch auf Strafzumessungsebene strafmildernd.<sup>150</sup>

---

<sup>140</sup> *Saliger*, HRRS 2012, 363 (364).

<sup>141</sup> *Wessels/Hillenkamp*, § 13 Rn. 538; *Kindhäuser*, in: NK, § 263 Rn. 284.

<sup>142</sup> *Wessels/Hillenkamp*, § 13 Rn. 538.

<sup>143</sup> BSGE 39, 288 (290); 94, 213 (220 f.); 106, 222 (226 f.)

<sup>144</sup> *Satzger*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, § 263 Rn. 266.

<sup>145</sup> *Badle*, NJW 2008, S. 1028 (1029).

<sup>146</sup> *Weidhaas*, MedR 2015, 577 (578).

<sup>147</sup> *Singelnstein*, wistra 2012, 417 (419).

<sup>148</sup> BSG NJW 1975, 607; BSGE 76, 153 (155); BSG GesR 2005, 414 (416); *Luig*, S. 126.

<sup>149</sup> BSGE 30, 83 (86); 39, 288 (290); BSGE 80, 48 (54); BGH JR 2003, 382 (384).

<sup>150</sup> BGH NSTZ 1995, 85 (86); OLG Koblenz MedR 2001, 144 (145); *Hellmann*, NSTZ 1995, 232 (232 f.)

## **b) Schadenskompensation**

Im Rahmen der Gesamtsaldierung muss geprüft werden, ob die im behandlungsvertraglichen Austauschverhältnis abrechnungsfehlerhafte, beanstandungsfreie ärztliche Leistung bzw. ihre tatsächlichen und rechtlichen Folgen die Vermögensminderung wirtschaftlich kompensieren. Eine solche Schadenskompensation muss in unmittelbarem Zusammenhang mit der Vermögensverfügung<sup>151</sup> stehen, indem die Vermögensminderung durch den Wert des unmittelbar Erlangten wirtschaftlich ausgeglichen wird.

### **aa) Befreiung vom ärztlichen Honorarvergütungsanspruch**

Durch die Zahlung könnte der Kostenträger von seiner Verbindlichkeit gegenüber dem Arzt freigeworden sein. Aufgrund der sozialrechtlichen Abrechnungsbestimmungen ist der Vergütungsanspruch des Arztes jedoch nicht entstanden, sodass auf eine Nichtschuld gezahlt wird. Mangels Verbindlichkeit gegenüber dem Arzt scheidet eine Kompensation durch die Zahlung folglich aus.

### **bb) Ersparnis von Aufwendungen**

Der Arzt hat trotz fehlender Abrechnungsfähigkeit den Patienten ausreichend behandelt, sodass dessen Leistungsanspruch erloschen ist. Eine Wiederholung der Behandlung unter Hinweis auf die mangelnde Abrechnungsfähigkeit wäre medizinisch nicht indiziert und nicht wirtschaftlich gem. § 12 SGB V. Eine Schadenskompensation ist unter der Prämisse denkbar, dass der Patient nun keinen anderen Arzt mehr aufsuchen muss, wodurch sich der Kostenträger im Ergebnis Behandlungskosten erspart.<sup>152</sup> Dagegen wird argumentiert, dass die angenommene Ersparnis rein hypothetisch sei und daher keine Berücksichtigung in der Schadenssaldierung finden könne<sup>153</sup>, denn eine Vergleichbarkeit sei mit Blick auf die ärztliche Behandlungs- und Therapiefreiheit nicht gegeben, der Geschehensablauf daher nicht vorhersehbar.<sup>154</sup>

### **cc) Befreiung von einer Verbindlichkeit gegenüber dem Patienten**

Zwar sind hypothetisch ersparte Behandlungskosten unbeachtlich, im Zusammenhang mit dem Untergang des Behandlungsanspruchs stellt sich jedoch die Frage, ob die Krankenkasse hierdurch von einer Verbindlichkeit gegenüber dem Patienten

---

<sup>151</sup> Gaidzik, wistra 1998, 329 (330).

<sup>152</sup> Luig, S. 139.

<sup>153</sup> BGH wistra 2003, 142 (144); Beckemper/Wegner, NStZ 2003, 315 (316); Homann, S. 45.

<sup>154</sup> Grunst, NStZ 2004, 533 (535); BGH NStZ 2003, 313 (315); Tiedemann, in: LK, § 263 Rn. 267.

befreit sein könnte und dies im Rahmen der Gesamtsaldierung berücksichtigungsfähig ist. Der Wegfall einer Verbindlichkeit ist ein vermögenswertes Rechtsgut<sup>155</sup>, sodass durch das Erlöschen der Leistungspflicht gegenüber dem Patienten eine Vermögensmehrung beim Kostenträger eintritt. Diese ist der Honorarzahlung vorgelagert, stellt also keine nachträgliche Schadensminderung dar.<sup>156</sup> Eine Schadenskompensation scheidet dennoch aus, wenn die Befreiung von der Verbindlichkeit nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Vermögensverfügung steht, sondern durch eine andere rechtlich selbstständige Handlung verwirklicht wird. Nach einer Auffassung sei die medizinisch ausreichende Behandlung gesetzlich vorgesehene Folge des „behandlungsvertraglichen Synallagmas“<sup>157</sup> und nicht nur eine mangels Abrechnungsfähigkeit für die saldierungsunabhängige Zuwendung.<sup>158</sup> Dagegen wird angeführt, der Behandlungsanspruch sei nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Leistungsabrechnung erfüllt, sondern aufgrund eines außerhalb des Versicherungsverhältnisses liegenden Umstands untergegangen, da nicht irgendein Behandlungserfolg, sondern die Versorgung in Einklang mit den Abrechnungsvoraussetzungen geschuldet sei.<sup>159</sup> Der Kostenträger wäre ansonsten benachteiligt, wenn er für den Versicherten nur die Dienstleistung des Arztes im Rahmen des Behandlungsvertrags verlangen kann, sich andererseits aber jede (wie auch immer entstandene) Heilung entgegen halten lassen müsste.<sup>160</sup> Dem ist zuzustimmen. Die Befreiung von der Verbindlichkeit ist aufgrund eines außerhalb des Versicherungsverhältnisses liegenden Umstands weggefallen, sodass kein für die Saldierung relevanter unmittelbarer Zusammenhang besteht. Letztlich kommt nur eine Kompensation durch die ärztliche Leistung an sich in Betracht.

#### **dd) Kompensation durch Wert der vertragsärztlichen Leistung**

Die Honorierung vertragsärztlicher Leistungen auf Grundlage eines Punktekatalogs steht der Ermittlung eines Marktwerts nach wirtschaftlichen Grundsätzen entgegen.<sup>161</sup> Zwar ist durch die regionale Euro-Gebührenordnung ein regionaler Preis bestimmbar, dennoch kann angesichts der Budgetierung und der Bedeutung sozialpolitischer Interessen der Geldwert einer ärztlichen Leistung nicht mit Sicherheit

---

<sup>155</sup> Fischer, StGB § 263 Rn. 96.

<sup>156</sup> Hellmann/Herffs, Rn. 208 f.; Herffs, S. 120.

<sup>157</sup> Gaidzik, wistra 1998, 329 (332).

<sup>158</sup> Ellbogen/Wichmann, MedR 2007, 10, (14); Ulsenheimer, in: Laufs/Kern, § 151 Rn.14b.

<sup>159</sup> Hellmann/Herffs, Rn. 208; Herffs, S. 120.

<sup>160</sup> Herffs, S. 123; Luig, S. 141.

<sup>161</sup> Luig, S. 109 f.; Kindhäuser, in: NK, § 263 Rn. 315 a.

bestimmt werden.<sup>162</sup> Die entsprechenden Bestimmungen steuern durch die Budgetierung das Leistungsverhalten um Wirtschaftlichkeit zu fördern und Verteilungseffekte mit dem Ziel einer ausreichenden Honorierung aller Vertragsärzte herbeizuführen.<sup>163</sup> Im Vordergrund steht die angemessene Honorarverteilung. Durch die sozialrechtlichen Bestimmungen wird kein wirtschaftlicher Wert repräsentiert.

Die streng formale Betrachtungsweise modifiziert die Gesamtsaldierung. Darauf kommt es jedoch in den Fällen nicht an, in denen trotz Saldierung ein Vermögensschaden vorliegt. Dies betrifft die Fälle der Nichtleistung, der nicht vollständig erbrachten Leistung und der aufgrund von Falschabrechnung überhöhten Abrechnung, da jeweils keine wirtschaftlich gleichwertige Gegenleistung als Schadenskompensation gegenübersteht.<sup>164</sup> Wird im Rahmen der unterlassenen Rabattweitergabe dem Kostenträger gegenüber der volle Preis in Rechnung gestellt, tritt der Schaden in Höhe des nicht angegebenen Rabatts ein, da nach dem Kostenerstattungsprinzip lediglich die tatsächlich anfallenden Kosten abrechenbar sind.<sup>165</sup> Fehlt die medizinische Indikation und wird der Arzt tätig, besteht kein wertmäßiges Äquivalent, da die Krankenkasse mangels Versicherungsfalls nicht von einem Behandlungsanspruch des Versicherten befreit wird, noch von einer Verbindlichkeit gegenüber dem Arzt selbst, denn die Voraussetzungen einer ärztlichen Behandlung liegen mangels Indikation nicht vor.<sup>166</sup> Bei einer unwirtschaftlich überhöht abgerechneten Leistung besteht wegen § 12 SGB V gegenüber dem Kostenträger ein Erstattungs-, und gegenüber dem Patienten ein Beanspruchungsverbot hinsichtlich überteuerter Leistungen, sodass auch in diesem Fall eine gleichwertige wirtschaftliche Kompensation durch die Gegenleistung ausscheidet. Keine gleichwertige Leistung erbringt außerdem der nicht approbierte Arzt, weil er keine medizinische Qualifikation hat, vielmehr liegt eine gefährliche Behandlung durch einen Laien vor. In den restlichen Fällen der nicht persönlichen Leistungserbringung, der fehlenden Zulassung, des verdeckten Angestelltenverhältnisses und der fehlenden Genehmigung liegt nach der streng formalen Betrachtungsweise ebenfalls ein Vermögensschaden vor. Ob dies zutreffend ist, soll im Folgenden diskutiert werden.

---

<sup>162</sup> *Luig*, S. 110.

<sup>163</sup> BSGE 88, 126 (129).

<sup>164</sup> *Schicker*, Rescriptum 2013, 41 (46).

<sup>165</sup> *Schroth/Joost*, in: Roxin/Schroth, Hb. des Medizinstrafrechts, S. 189.

<sup>166</sup> *Freitag*, S. 143.

### **(1) Streng formale Betrachtungsweise**

Im Kern geht es um die Frage, ob die mangelnde Abrechnungsfähigkeit dazu führt, dass die Dienstleistung vollumfänglich rechtlich missbilligt wird und damit nicht in die Schadenskompensation einfließt,<sup>167</sup> oder die im Austauschverhältnis erbrachte Leistung wirtschaftlich gleichwertig ist, sodass höchstens die Dispositionsfreiheit, nicht aber das Vermögen tangiert ist. Für eine sozialrechtsakzessorische Betrachtungsweise spricht, dass zur Schadensfeststellung auf die Regelungen des Rechtsgebiets, das die vermögensrechtlichen Beziehungen zwischen Täter und Opfer regelt, zurückgegriffen werden müsse.<sup>168</sup> Das SGB V habe als normative Ordnung, vergleichbar mit anderen sozialrechtlichen Regelungen (SGB II, BaföG) vermögensrechtliche Auswirkungen auf das Strafrecht, sodass deren Wertungen mit einzubeziehen seien.<sup>169</sup> Wenn die Voraussetzungen der Anspruchsentstehung nicht vorliegen, kann ein solcher nicht erfüllt werden, sodass eine kompensierende Gegenleistung ausscheide.<sup>170</sup> Die fehlende Anspruchsentstehung sei vergleichbar mit dem Bestehen einer verjährten Forderung, denn es liege zwar eine wertvolle Leistungserbringung vor, diese könne aber aufgrund gesetzgeberischer Entscheidung nicht ausgeglichen werden.<sup>171</sup> Auch bei anderen gesetzeswidrigen Leistungen wie dem „Killer-Lohn“ werde ein Vermögensschutz nicht anerkannt, sodass im Hinblick auf die Einheit der Rechtsordnung eine Kompensation ausscheide.<sup>172</sup> Die streng formale Betrachtungsweise wertet die sozialrechtswidrige Leistung insgesamt als wirtschaftlich wertlos.<sup>173</sup>

### **(2) Ablehnung der streng formalen Betrachtungsweise**

Die sozialrechtlichen und strafrechtlichen Prinzipien scheinen hinsichtlich des Abrechnungsbetrugs schwer miteinander zu vereinbaren,<sup>174</sup> was gegen eine sozialrechtsakzessorische Betrachtungsweise spricht. Zielführender sei es, eine „asymmetrische Akzessorietät“<sup>175</sup> anzunehmen, bei der der sozialrechtliche Abrechnungsmangel Grundbedingung, nicht aber alleiniges Kriterium der Strafbarkeit sei.<sup>176</sup> Der strafrechtliche Vermögensschaden könne nicht mit dem

---

<sup>167</sup> Luig, S. 142.

<sup>168</sup> Hellmann, in: Fischer/Huber, S. 246.

<sup>169</sup> Singelstein, wistra 2012, 417 (420 f.); Hefendehl in: MüKO, § 263 Rn. 582.

<sup>170</sup> Hellmann, in: Fischer/Huber, S. 255.

<sup>171</sup> Hefendehl in: MüKO, § 263 Rn. 582.

<sup>172</sup> BGHSt 57, 95 (118).

<sup>173</sup> Hellmann, NStZ 1995, 232 (233); Beckemper/Wegner, NStZ 2003, 313, (316); Herffs, S. 119.

<sup>174</sup> Hellmann, in: Fischer/Huber, S. 246.

<sup>175</sup> Luig, S. 143; Schneider, in: Wienke/Janke/Kramer, S. 40.

<sup>176</sup> Luig, S. 143; Schneider, in: Wienke/Janke/Kramer, S. 40.

sozialrechtlichen Schaden wegen eines Honorarrückforderungsanspruchs gleichgesetzt werden, da die Schutzzwecke beider Rechtsgebiete differieren.<sup>177</sup> Wenn die streng formale Betrachtungsweise die wirtschaftliche Wertlosigkeit sozialrechtswidriger Leistungen annimmt, verschiebe sie sozialpolitische Lenkungsinteressen in den Schutzbereich des Betrugs als Vermögensdelikt,<sup>178</sup> wodurch entgegen dem Bestimmtheitsgebots aus Art. 103 II GG ein neuer Straftatbestand des Sozialversicherungsbetrugs geschaffen werde.<sup>179</sup> Dieses „Sonderstrafrecht“ für den Vertragsarzt<sup>180</sup> verstößt gegen Art. 3 GG.<sup>181</sup> Es finde außerdem eine Wiederkehr des juristischen Vermögensbegriffs statt, bei dem die rechtliche Bewertung des Sachverhalts die strafrechtstypische Betrachtungsweise des Gesamtgeschehens verdränge.<sup>182</sup> Entscheidend sei aber nicht (nur), dass das Opfer in Wahrheit nicht verfügt hätte, denn ohne messbaren negativen Saldo im Opfervermögen sei lediglich die Dispositionsfreiheit, nicht aber das Vermögen betroffen.<sup>183</sup> Zwar hat das BVerfG in einem Nichtannahmebeschluss im Jahr 1997 die streng formale Betrachtungsweise in ihrer Anwendung auf den Wortlaut des Betrugstatbestands gebilligt.<sup>184</sup> Zwischenzeitlich ergingen jedoch Entscheidungen des Gerichts zunächst zur Untreue (2010) und dann zum Betrug (2011)<sup>185</sup>, die jeweils die strafbarkeitsbegrenzende Funktion der Tatbestandsmerkmale „Nachteil“ und „Schaden“ betonten. Eine Heranziehung normativer Komponenten dürfe bei der Bewertung von Schäden zwar eine Rolle spielen, die primär wirtschaftliche Betrachtungsweise allerdings nicht überlagern oder verdrängen.<sup>186</sup> Unzulässig sei eine Verschleifung von Tatbestandsmerkmalen in der Weise, dass kein eigenständiger Gehalt des Tatbestandsmerkmals mehr bleibt, es vielmehr vollständig in einem anderen aufgeht und so zwangsläufig mit diesem mitverwirklicht wird.<sup>187</sup> In Anbetracht dieser Vorgaben wird in der juristischen Literatur kritisiert, die formale Schadensdogmatik der Rechtsprechung im Bereich des Abrechnungsbetrugs habe trotz dieser verfassungsgerichtlichen Grundsatzentscheidungen keinen Umbruch erfahren.<sup>188</sup> Die streng

---

<sup>177</sup> *Luig*, S. 143; *Gaede*, in: Fischer/Huber, S. 269.

<sup>178</sup> *Kühl*, S. 145 f.; *Luig*, S. 143; *Ellbogen*, *ArztR* 2009, 260 (262); *Volk*, *NJW* 2000, 3385 (3386).

<sup>179</sup> *Volk*, *NJW* 2000, 3385 (3388).

<sup>180</sup> *Gaidzik*, *wistra* 1998, 329 (334).

<sup>181</sup> *Heintz-Koch*, S. 172.

<sup>182</sup> *Ulsenheimer*, *Rn.* 14/33a.; *Ulsenheimer*, in: *Laufs/Kern*, § 151 *Rn.* 23.

<sup>183</sup> *Luig*, S. 131 f.; *Volk*, *NJW* 2000, 3385, (3388).

<sup>184</sup> *BVerfGE* *NStZ* 1998, 29 (29).

<sup>185</sup> *BVerfGE* 126, 170 ff.; 130, 1 ff.

<sup>186</sup> *BVerfGE* 126, 170 (212); *BVerfGE* 130, 1, (48); *Gaede*, in: Fischer/Huber, S. 268.

<sup>187</sup> *BVerfGE* 130, 1 (43 f.).

<sup>188</sup> *Wostry*, *medstra* 2015, 217 (217).

formale Betrachtungsweise sei mit dem Bestimmtheitsgrundsatz aus Art. 103 II GG nicht vereinbar, da sie die wirtschaftliche Betrachtungsweise durch normative Kriterien verdränge, indem sie die medizinisch indizierte und lege artis erbrachte Leistung wegen eines (formalen) Verstoßes gegen sozialrechtliche Vorgaben infolge ihrer fehlenden Abrechnungsfähigkeit per se als wirtschaftlich wertlos wertet.<sup>189</sup>

### **(3) Kompensation im Einzelfall**

Angesichts der problematischen Bemessung ärztlicher Leistungen in Geld wurden in Abkehr von der sozialrechtsakzessorischen Betrachtungsweise Lösungsstrategien entwickelt, die der Leistung einen kompensierenden, wirtschaftlichen Wert zusprechen sollen. Um das Strafbarkeitsrisiko des Arztes erkennbar zu halten, bedarf es einer Bestimmung derjenigen Abrechnungsfehler, die den Wert der Leistung insgesamt ausschließen. Zu differenzieren ist, ob im Zusammenhang mit dem Abrechnungsfehler ein medizinisches Leistungsdefizit, das heißt ein leistungsbezogenes Defizit nach „Art, Inhalt oder Qualität der Behandlung“ gegeben ist, oder lediglich ein formaler Verstoß gegen Abrechnungsbestimmungen vorliegt.<sup>190</sup> Ohne Leistungsdefizit könne kein Vermögensschaden konstruiert werden, denn der Schutzzweck der umgangenen formalen Norm enthalte keinen Vermögensbezug.<sup>191</sup> Sind solche formalen Abrechnungsvoraussetzungen verletzt, die nicht Art, Inhalt oder Qualität der Leistung betreffen, ist die medizinisch indizierte, lege artis erbrachte Leistung in die Gesamtsaldierung miteinzubeziehen.<sup>192</sup>

#### **(a) Verstoß gegen die persönliche Leistungspflicht**

Fraglich ist der wirtschaftliche Wert der Leistung, die unter Verstoß gegen die persönliche Leistungspflicht erbracht wurde. Die verletzte Abrechnungsvorschrift muss dahingehend untersucht werden, ob deren Nichtbeachtung auch Auswirkungen auf den wirtschaftlichen Wert der Leistung hat.<sup>193</sup> Ob einer Blutabnahme tatsächlich ein anderer Wert zukommt, je nachdem, ob die Nadel vom Arzt oder der Arzthelferin, bzw. nach Einzel- oder Generalanweisung angelegt wird, ist fraglich. Man könnte denken, der Inhalt der Anweisung sei der gleiche, eine Unterscheidung eine juristische Spitzfindigkeit. Wie oben dargestellt soll die persönliche Leistungspflicht eine Gefährdung des Patienten ausschließen, sein Vertrauen in die

---

<sup>189</sup> Badorff, S. 93; Saliger, HRRS 2012, 363 (366).

<sup>190</sup> Volk, NJW 2000, 3385, (3386 f.).

<sup>191</sup> Badorff, S. 93.

<sup>192</sup> Saliger/Tsambikakis, MedR 2013, 284 (286).

<sup>193</sup> Luig, S. 143.

individuellen medizinischen Fähigkeiten des Arztes bewahren und die fachliche Qualität der Behandlung gewährleisten. Dagegen wird vorgebracht, dass insbesondere die Delegationsvorschriften im stationären Bereich stark abweichen, sodass der Schutzzweck nicht allein in der Qualitätssicherung der Gesundheitsversorgung, sondern in sozialpolitischen Interessen der Einkommensstabilisierung niedergelassener Ärzte liege.<sup>194</sup> Dies kann jedoch nicht überzeugen, ist es doch die Regel, dass Vorschriften oft mehrere Schutzzwecke verfolgen. Ein Verstoß berührt dennoch wesentliche Belange der ärztlichen Leistung, sodass die sozialrechtswidrige Leistung auch nach wirtschaftlichen Grundsätzen wertlos ist. Auch, dass zum Zeitpunkt der Täuschungshandlung rückblickend „alles gut gelaufen“ ist, ist unbeachtlich, da der Leistung zum Zeitpunkt ihrer Erbringung eine höhere Gefahr innewohnte, den Patienten zu verletzen, als wenn kein Verstoß gegen die persönliche Leistungspflicht vorgelegen hätte, sodass sie kein Äquivalent darstellen kann. Der Leistungsmangel beruhe in Anlehnung an die Grundsätze zum Anstellungsbetrug auf den fehlenden persönlichen und fachlichen Fähigkeiten.<sup>195</sup> Im Ergebnis führt der Verstoß gegen die persönliche Leistungspflicht dazu, dass die erbrachte Leistung nicht in die Saldierung miteinfließen kann. Ein Vermögensschaden liegt vor.

#### **(b) Verdecktes Angestelltenverhältnis**

Fraglich ist, ob die Leistungen, die nicht in freier Praxis erbracht wurden, wirtschaftlich wertlos sind. Nach einer Auffassung bestehe hinsichtlich zulassungs- bzw. berufsrechtlicher Verstöße im Unterschied zum Vertrauen des Patienten in die Fähigkeiten seines Gegenübers keine Erwartungshaltung, da Schutzzweck dieser Bestimmungen (nur) sozialversicherungsrechtliche Steuerungsmotive sei.<sup>196</sup> Der verdeckt Angestellte habe die Leistung *lege artis* erbracht, im Übrigen verstoße er gegen Normen, die „berufsordnungspolitischen“ Zielen dienen.<sup>197</sup> Richtigerweise muss differenziert werden. Der Begriff der freien Praxis enthält die wirtschaftliche und die ärztliche Unabhängigkeit. Ist erstere tangiert liegt mit Blick auf andere ärztlichen Tätigkeitsformen eine Schadenskompensation mangels leistungsbezogenem Abrechnungsmangel nahe, (wenn nicht bereits die Täuschung verneint wird, s.o.). Bezüglich dieser Statusfrage hegte der BGH bereits Zweifel, ob § 263 StGB erfüllt sei.<sup>198</sup> Die wirtschaftliche Abhängigkeit wirkt sich nicht auf die ärztliche Leistung

---

<sup>194</sup> Volk, NJW 2000, 3385 (3388); Stein, MedR 2001, 124 (131).

<sup>195</sup> Luig, S. 147 f.; Schuhr, in: Spickhoff, § 263 Rn. 43.

<sup>196</sup> Gaidzik, wistra 1998, 329 (333).

<sup>197</sup> Stein, MedR 2001, 124 (126 f., 130); Volk, NJW 2000, S. 3385 (3388).

<sup>198</sup> BGH NJW 2003, 1198 (1200).

aus, anderenfalls müsste dieser Leistungsmangel auch angestellte Krankenhausärzte oder tatsächlich genehmigte angestellte Ärzte treffen. Bleibt nach Einführung des VÄndG nur der formale Genehmigungsmangel, steht die Leistung des verdeckt Angestellten der Leistung des freiberuflichen Arztes gleich. Ist dagegen die ärztliche Unabhängigkeit tangiert, wenn der Arzt aufgrund des Anstellungsverhältnisses in fachlichen Fragen weisungsgebunden, oder hinsichtlich des Einsatzes von Praxismitteln beschränkt ist, sei die Qualität der Leistung vermindert, da der Arzt nicht mehr nur im Dienste des jeweiligen Patienten entscheiden kann.<sup>199</sup> Die ärztliche Unabhängigkeit diene der Wahrung der Behandlungsqualität.<sup>200</sup> Ein leistungsbezogener Abrechnungsmangel liegt demnach nur in diesen Fällen vor, auf die Art der Berufsausübung kommt es nicht an.

### **(c) Strohmann-Konstellation**

Fraglich ist, ob die fehlende Zulassung die Leistungsqualität tangiert. Die Erteilungsvoraussetzungen, insbesondere die persönliche Eignung zur Leistungserbringung wird durch den Zulassungsausschuss geprüft. Der Antrag ist abzulehnen, wenn der Bewerber ungeeignet i.S.d. § 21 Ärzte-ZV ist, insbesondere bei einer Alkohol- oder Drogensucht in der Vergangenheit, bei der Neigung zu Straftaten, die auf eine Gefährdung des Patienten schließen lassen, oder bei ansteckenden Krankheiten.<sup>201</sup> Diese Kriterien dienen dem Gesundheitsschutz des Patienten oder sollen eine Gefährdung verhindern, sodass im Falle der gezielten Umgehung dieses Prüfkatalogs die erbrachte Leistung wirtschaftlich wertlos sei.<sup>202</sup> In Konsequenz müsste demnach jeder Verstoß gegen eine Genehmigungspflicht, die § 21 Ärzte-ZV für analog anwendbar erklärt, der Leistung den Wert berauben. Die Norm verweist auf § 32 b Ärzte-ZV, sodass auch im Fall eines Scheinanstellungsverhältnisses mangels Genehmigung die Leistungsqualität wertlos wäre. Eine solche pauschale Ausweitung der Wertlosigkeitsprognose von Leistungen stellt nicht nur den Arzt unter Generalverdacht der persönlichen Ungeeignetheit, dies widerspricht auch dem eigentlichen Kern des Leistungsinhalts, der medizinischen Qualität. Verfügt der Arzt über eine Approbation, kann er Leistungen *lege artis* erbringen. Formale Verstöße gegen Genehmigungs- oder Zulassungserfordernisse können der Leistung nicht den Wert absprechen. Vielmehr muss eine Saldierung stattfinden.

---

<sup>199</sup> Luig, S.151 f.

<sup>200</sup> Luig, S. 152.

<sup>201</sup> Luig, S. 206 f.

<sup>202</sup> Luig, S. 207.

### **c) Ergebnis**

Ein Vermögensschaden ist zu bejahen, wenn der Arzt nicht fachlich unabhängig tätig wird, oder wenn eine Verletzung der persönlichen Leistungspflicht vorliegt. Kein Abrechnungsbetrug liegt beim Scheinanstellungsverhältnis und beim nichtzugelassenen Arzt vor.

### **II. Subjektiver Tatbestand**

Ausreichend für ein vorsätzliches Handeln ist die Kenntnis der wesentlichen schadensbegründenden Umstände, eine Einstufung als Vermögensschaden ist hingegen nicht notwendig.<sup>203</sup> Der Arzt, der von der Delegierbarkeit bestimmter Leistungen ausgeht, eine Leistungsziffer irrtümlich falsch auslegt oder für eine objektiv unwirtschaftliche Leistung plausible Gründe vorbringt, handelt nicht vorsätzlich.<sup>204</sup> Schließlich muss der Arzt auch mit stoffgleicher, rechtswidriger Bereicherungsabsicht gehandelt haben. Dies ist nur beim Rezeptabrechnungsbetrug nicht der Fall, bei dem der Vermögensvorteil beim Patienten in der Erlangung des Medikaments, der Vermögensschaden jedoch bei der Krankenkasse in der unterlassenen Regressforderung gegen den verordnenden Arzt liegt.<sup>205</sup>

### **E. Schlussbetrachtung**

Das System der Abrechnungsvorgaben ist intransparent und kaum überschaubar,<sup>206</sup> was bei wirtschaftskriminologischer Betrachtung aufgrund der Anonymität des Geschädigten und der Flut an Bestimmungen, die der Arzt zu beachten hat, die Akzeptanz gegenüber den Normen verringert.<sup>207</sup> Da eine grundlegende Überarbeitung des Sozialrechts nicht absehbar ist, bedarf es anderer Lösungswege, um dem ärztlichen Abrechnungsbetrug zu begegnen. Die Schaffung eines Straftatbestands würde dogmatische Probleme lösen und die sozialpolitisch erwünschte Strafbarkeit normieren.<sup>208</sup> Angesichts der Vielzahl außerstrafrechtlicher Konsequenzen stellt sich dennoch die Frage der Übersanktionierung. Das Strafrecht darf seinen ultima-ratio Charakter nicht verlieren. Offen bleibt außerdem, wie die grundlegenden Probleme des Abrechnungssystems gelöst werden sollen, aus dessen Strukturen der Abrechnungsbetrug erwachsen ist. Das Strafrecht vermag diese nicht allein zu lösen.

---

<sup>203</sup> *Frister/Lindemann/Peters*, Rn. 193.

<sup>204</sup> *Ulsenheimer*, in: Laufs/Kern, Hb. des Arztrechts, § 151 Rn. 29.

<sup>205</sup> *Ulsenheimer*, § 14 Rn. 14/41a.

<sup>206</sup> *Kraatz*, NStZ-RR 2013, 33 (35).

<sup>207</sup> *Schneider* in: Wienke/Janke/Kramer, S. 57f.; *Hilgendorf*, in: Wabnitz/Janovsky, II Rn. 13.

<sup>208</sup> *Schneider/Reich*, HRRS 2012, 267 (267); BT-Dr. 17/3685, S. 3.

## Literaturverzeichnis

Arzt, Gunther/Weber, Ulrich/Heinrich, Bernd/Hilgendorf, Eric, Strafrecht, besonderer Teil, 3. Auflage, Bielefeld 2015.

Badle, Alexander, Betrug und Korruption im Gesundheitswesen, Ein Erfahrungsbericht aus der staatsanwaltschaftlichen Praxis, NJW 2008, S. 1028.

Badorff, Kerstin, Abrechnungsbetrug von ambulanten Pflegediensten und Vertragsärzten, Eine Untersuchung unter Berücksichtigung der streng formalen Betrachtungsweise des Sozialversicherungsrechts, 1. Auflage, Düsseldorf 2015.

Beckemper, Katharina/Wegner, Carsten, Anmerkung zu BGH NStZ 2002, 313, NStZ 2003, S. 315.

Becker, Ulrich/Kingreen, Thorsten (Hrsg.), SGB V, Gesetzliche Krankenversicherung, Kommentar, 5. Auflage, München 2017.

Brettel, Hauke/Schneider, Hendrik, Wirtschaftsstrafrecht, 1. Auflage, Baden-Baden 2014.

Dann, Matthias, Privatrechtlicher Abrechnungsbetrug und verfassungswidriger Schadensbegriff, NJW 2012, S. 2001.

Deutsch, Erwin/Spickhoff, Andreas, Medizinrecht, 7. Auflage, Heidelberg 2014.

Duttge, Gunnar (Hrsg.), Tatort Gesundheitswesen, Rechtswirklichkeit, Strafwürdigkeit, Prävention, 1. Auflage, Göttingen 2011.

Ellbogen, Klaus, Der normative Schadensbegriff, ArztR 2009, S. 260.

Ellbogen, Klaus/Wichmann, Richard, Zu Problemen des ärztlichen Abrechnungsbetrugs, insbesondere der Schadensberechnung, MedR 2007, S. 10.

Fischer, Thomas/Hoven, Elisa/Huber, Hans-Peter/Baum, Rolf/Rönnau, Thomas/Saliger, Frank/Trüg, Gerson (Hrsg.), Dogmatik und Praxis des strafrechtlichen Vermögensschadens, 1. Auflage, Baden-Baden 2015.

Fischer, Thomas/Schwarz, Otto Georg/Dreher, Eduard/Tröndle, Herbert (Hrsg.), Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 64. Auflage, München 2017.

Freitag, Daniela, Ärztlicher und zahnärztlicher Abrechnungsbetrug im deutschen Gesundheitswesen, 1. Auflage, Baden-Baden 2009.

Frister, Helmut/Lindemann, Michael/Peters, Th. Alexander, Arztstrafrecht, 1. Auflage, München 2011.

Gaidzik, Peter W., Abrechnung unter Verstoß gegen die Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung – Betrug des Arztes gemäß § 263 StGB?, wistra 1998, S. 329.

Grunst, Bettina, Zum Abrechnungsbetrug bei fehlender ordnungsgemäßer Zulassung zum Vertragsarzt, NStZ 2004, S. 533.

Hancock, Heike, Abrechnungsbetrug durch Vertragsärzte, 1. Auflage, Baden-Baden 2006.

Heintz-Koch, Katja, Vertragsärztlicher Abrechnungsbetrug, 1. Auflage, Baden-Baden 2018.

Hellmann, Uwe, Abrechnungsbetrug eines Arztes bei Abrechnung von tatsächlich durch ärztliches Hilfspersonal erbrachten und medizinisch indizierten Leistungen, für die lediglich keine Einzelanweisungen des Arztes vorlagen?, NStZ 1995, S. 232.

Hellmann, Uwe/Herffs, Harro, Der ärztliche Abrechnungsbetrug, 1. Auflage, Heidelberg 2006.

Herffs, Harro, Der Abrechnungsbetrug des Vertragsarztes, 1. Auflage, Berlin, Heidelberg 2002.

Herffs, Harro, Ärztlicher Abrechnungsbetrug bei Beschäftigung von Strohpartnern?, wistra 2004, S. 281.

Homann, Denise, Betrug in der gesetzlichen Krankenversicherung, eine empirische Untersuchung über vermögensschädigendes Fehlverhalten zulasten der Solidargemeinschaft, 1. Auflage, Mönchengladbach 2009.

Idler, Martin, Betrug bei Abrechnung ärztlicher Leistungen ohne Kassenzulassung, JuS 2004, S. 1037.

Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 5, 2. Auflage, München 2014.

Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich/Albrecht, Hans-Jörg (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 5. Auflage, Baden-Baden 2017.

Kondziela, Andreas, Abrechnungsbetrug im Gesundheitswesen, Kriminalistik 2004, S. 377.

Körner, Anne/Leitherer, Stephan/Mutschler, Bernd (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, SGB V, Loseblatt, Stand: September 2017.

Kraatz, Erik, Arztstrafrecht, 1. Auflage, Stuttgart 2013.

Kraatz, Erik, Aus der Rechtsprechung zum Arztstrafrecht 2011/2012, Teil 2, NStZ-RR 2013, S. 33.

Kraatz, Erik, Individualisierung contra Normativierung – Oder: Überlegungen zum Auslegungsmaßstab konkludenter Täuschungshandlungen beim Betrug (§ 263 StGB), in: Geisler, Claudius/Kraatz, Erik, Kretschmer, Joachim/Schneider, Hartmut/Sowada, Christoph (Hrsg.), Festschrift für Klaus Geppert, Berlin, Heidelberg, 2011, S. 269.

Kudlich, Hans/Oğlacioglu, Mustafa Temmuz, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Auflage, Heidelberg, Hamburg 2014.

Kühl, Ingo, Wirtschaftlichkeitsgebot und Vertragsarzt im Strafrecht, Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Arzneimittelversorgung, 1. Auflage, Berlin, Heidelberg 2014.

Kühl, Kristian/Heger, Martin/Dreher, Eduard/Maassen, Hermann/Lackner, Karl (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Auflage, München 2014.

Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Rissing-van Saan, Ruth/Tiedemann, Klaus (Hrsg.), Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch: StGB, Band 9/1, 12. Auflage, Berlin 2012.

Laufs, Adolf/Kern, Bernd-Rüdiger (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 4. Auflage, München 2010.

Luig, Caspar, Vertragsärztlicher Abrechnungsbetrug und Schadensbestimmung, 1. Auflage, Frankfurt am Main 2009.

Noak, Torsten, Betrugstäterschaft bzw. -teilnahme von Ärzten beim Bezug von Röntgenkontrastmitteln?, MedR 2002, S. 76.

Peikert, Peter, Persönliche Leistungserbringungspflicht, MedR 2000, S. 352.

Prütting, Dorothea (Hrsg.), Medizinrecht Kommentar, 4. Auflage, Köln 2016.

Rengier, Rudolf, Strafrecht Besonderer Teil I, Vermögensdelikte, 18. Auflage, München 2016.

Renner, Christian, Der Arzt in der Wirtschaft, 1. Auflage, Wiesbaden 2016.

Roxin, Claus/Schroth, Ulrich (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Auflage, Stuttgart 2010.

Roxin, Claus/Braun, Alban (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts. 3. Auflage, Stuttgart 2007.

Saliger, Frank, Juristischer und wirtschaftlicher Schaden, HRRS 2012, S. 363.

Saliger, Frank/Tsambikakis, Michael, Der Vermögensschaden beim Abrechnungsbetrug, MedR 2013, S. 284.

Satzger, Helmut/Schluckebier, Wilhelm (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 3. Auflage, Köln 2016.

Schicker, Verena, Ärztlicher Abrechnungsbetrug, eine straf- und sozialrechtliche Betrachtung, Rescriptum 2013, S. 41.

Schnapp, Friedrich E./Wigge, Peter (Hrsg.), Handbuch des Vertragsarztrechts, 3. Auflage, München 2017.

Schneider, Hendrik/Reich, Claudia, Abrechnungsbetrug durch „Upcoding“, Ein Beitrag zu den Fallgruppen der „konkludenten Täuschung“ im Straftatbestand des Betrugs, HRRS 2012, S. 267.

Schönke, Adolf/Schröder, Horst/Eser, Albin (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Auflage, München 2014.

Singelstein, Tobias, Vermögensschaden trotz fachgerechter Leistung? – Zur Reichweite der „strenge formalen Betrachtungsweise“ beim Abrechnungsbetrug durch Vertragsärzte, wistra 2012, S. 417.

Spickhoff, Andreas (Hrsg.), Medizinrecht, 1. Auflage, München 2011.

Stein, Ulrich, Betrug durch vertragsärztliche Tätigkeit in unzulässigem Beschäftigungsverhältnis? Zugleich Besprechung des Beschlusses des OLG Koblenz vom 2.3.2000 – 2 Ws 92 – 94/00, MedR 2001, S. 124.

Terbille, (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, 2. Auflage, München 2013.

Tiedemann, Klaus, Wirtschaftsstrafrecht, besonderer Teil, 3. Auflage, München 2011.

Ulsenheimer, Klaus, Arztstrafrecht in der Praxis, 5. Auflage, Heidelberg 2015.

Ulsenheimer, Klaus, Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Auflage, Heidelberg 2008.

Volk, Klaus (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch, Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 2. Auflage, München 2013.

Volk, Klaus, Zum Schaden beim Abrechnungsbetrug, Das Verhältnis von Strafrecht und Sozialversicherungsrecht, NJW 2000, S. 3385.

Wabnitz, Heinz-Bernd/Janovsky, Thomas (Hrsg.), Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Auflage, München 2014.

Weidhaas, Rüdiger, Strafrechtliche Risiken vertragsärztlicher Tätigkeit, MedR 2015, S. 577.

Wessels, Johannes/Hillenkamp, Thomas, Strafrecht, Besonderer Teil 2, Straftaten gegen Vermögenswerte, 40. Auflage, Heidelberg 2017.

Wessing, Jürgen/Dann, Matthias, Scheinselbstständigkeit als Strafbarkeitsrisiko für Vertragsärzte, GesR 2006, S. 150.

Wienke, Albrecht/Janke, Kathrin/Kramer, Hans-Jürgen (Hrsg.), Der Arzt im Wirtschaftsstrafrecht, Abkehr von unerwünschten und unerwarteten Strafbarkeitsrisiken in der vertragsärztlichen Berufsausübung, 1. Auflage, Berlin, Heidelberg 2011.

Wittig, Petra, Wirtschaftsstrafrecht, 3. Auflage, München 2014.

Wostry, Thomas, Der Abrechnungsbetrug in der jüngeren Rechtsprechung, medstra 2015, S. 217.