

## Abrechnungsbetrug: Grenzen der Betrugsdogmatik und Zweckmäßigkeit eines Spezialstrafatbestandes\*

Zur Ahndung der verschiedenartigen Formen des Abrechnungsbetruges bedient sich die Rechtspraxis einer extensiv-normativen Auslegung zentraler Tatbestandsmerkmale. Diese hat zu einer dogmatisch und verfassungsrechtlich bedenklichen Sonderdogmatik geführt, für die Wortlaut und Struktur des § 263 StGB keine angemessene Grundlage bieten. Eine spezielle Vorschrift gegen Abrechnungsbetrug oder Sozialversicherungsmisbrauch könnte den Betrugstatbestand zwar entlasten, schüfe jedoch mehr praktische Probleme als sie löste. Der Beitrag plädiert daher für punktuelle Lösungen außerhalb des StGB.

### I. Einleitung

Der Abrechnungsbetrug steht im Zentrum des Medizinwirtschaftsstrafrechts. Diese Kriminalitätsform – nicht Korruption oder Untreue – ist es, die neben Strafverfolgungsbehörden auch Krankenkassen intensiv beschäftigt.<sup>1</sup> So hat die AOK Nordwest im vergangenen Jahr verkündet, sie habe innerhalb von zwölf Monaten 1110 Betrugsfälle mit einem Schaden von 3,5 Millionen EUR aufgedeckt.<sup>2</sup> Die Kaufmännische Krankenkasse (KKH) ermittelte Schäden in einer ähnlichen Dimension (3,7 Millionen EUR) durch „gepanschte Medikamente, gefälschte Rezepte und unrechtmäßig abrechnete Leistungen“ in 270 Fällen, wobei in 22 Fällen Strafanzeige gestellt worden sei.<sup>3</sup> Diese Formulierung zeigt zum einen, wie groß die Bandbreite möglicher Tathandlungen ist.<sup>4</sup> Zum anderen wird deutlich, dass in einem erheblichen Teil der aufgedeckten Falschabrechnungen keine Strafanzeige erstattet worden ist. Letzteres kann ganz unterschiedliche – tatsächliche oder rechtliche – Gründe haben: Beispielsweise ist eine Anzeige entbehrlich, wenn Staatsanwaltschaften ohnehin ermitteln oder die Tathandlung verjährt ist.

Vor dem Hintergrund der rechtlichen Komplexität von Strafverfahren wegen des Verdachts des Abrechnungsbetruges<sup>5</sup> stellt sich jedoch *auch* die Frage, ob § 263 StGB die Verfolgung betrügerischer Rechnungstellungen in gleichermaßen effektiver wie normativ angemessener Weise ermöglicht. Diese Frage ist zu verneinen. In dem Maße, in dem Gerichte für strafwürdig erachtete Falschabrechnungen unter § 263 StGB subsumieren, entfernt sich die Auslegung zentraler Tatbestandsmerkmale von den dogmatischen Fundamenten des Betruges und begründet Sonderpflichten für Heilberufler, für die § 263 StGB keine Grundlage bietet (II.). Damit wird nicht nur eine auf Art. 103 Abs. 2 GG und das Schuldprinzip gestützte Verfassungsbeschwerde aussichtsreicher. Inzwischen zeigen auch einzelne Judikate Ansätze einer restriktiveren Interpretation, selbst wenn von einer grundlegenden Kurskorrektur noch keine Rede sein kann. Sollte die (Verfassungs-)Rechtsprechung jedoch in Zukunft stärker intervenieren und infolgedessen weitere Einzelfälle oder ganze Fallgruppen aus dem Anwendungsbereich des § 263 StGB fallen, wird – wie nach der „Kassenarzt“-Entscheidung – die Forderung laut werden, Strafbarkeitslücken durch einen Spezialtatbestand zu schließen. Tatsächlich sind in der Vergangenheit erste Überlegungen zur Ausgestaltung einer solchen Vorschrift angestellt worden.<sup>6</sup> Dieser Beitrag spricht sich ge-

gen die Schaffung eines neuen Tatbestandes aus – nicht aus prinzipiellen, sondern aus rechtspolitischen Gründen. Vorzugswürdig ist die Sanktionierung einzelner zentraler Normen durch Straf- oder Bußgeldregelungen außerhalb des StGB (III.).

### II. Dogmatische und rechtsstaatliche Spannungen bei der Anwendung des § 263 StGB

#### 1. Normative Auslegung als Schlüssel zur Pönalisierung

Abrechnungsbetrug ist die vorsätzliche falsche Honorarabrechnung im medizinischen oder pharmazeutischen Bereich.<sup>7</sup> Dabei lassen sich bekanntlich zwei Fallgruppen unterscheiden.<sup>8</sup> Während in der ersten Fallgruppe die Leistung überhaupt nicht erbracht, aber dennoch der Kassenärztlichen Vereinigung oder dem Privatpatienten in Rechnung gestellt worden ist, hat der Heilberufler in der zweiten Fallgruppe

\* Schriftliche Fassung eines Vortrages, den der Verfasser am 11. April 2018 bei der 8. Fachtagung der KKH zum Betrug im Gesundheitswesen gehalten hat. Für Mitwirkung bei der Recherche sei Herrn Malte Mennemann herzlich gedankt.

1 Zum Beitrag der gesetzlichen Krankenkassen zur Bekämpfung von Fehlverhalten *Meseke* in: AG Medizinrecht im DAV/IMR (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht (2017), S. 65 ff.

2 Pressemitteilung „Abrechnungsbetrug und Korruption im Gesundheitswesen: AOK-Ermittlerteam deckt über 1100 Fälle auf“ der AOK Nordwest v. 28. März 2018, abrufbar unter <https://bit.ly/2CSU12U> – diese und nachfolgende Internetseiten zuletzt abgerufen am 15. September 2018.

3 Pressemitteilung „KKH entsteht bislang größter Schaden durch Betrug“ der KKH v. 11. April 2018, <https://bit.ly/2FVkJmb>.

4 Darauf weist hin *Saliger* FS Imme Roxin (2012), S. 307; s. ferner *Kölbel* in: Lindemann/Ratzel (Hrsg.), Brennpunkte des Wirtschaftsstrafrechts im Gesundheitswesen (2010), S. 37 ff.; *Steinhilper* GesR 2010, 398.

5 Dazu statt vieler *N. Nestler* JZ 2009, 984, 985; „enorme Schwierigkeiten“; *Teubner* in: AG MedR im DAV/IMR (Hrsg.), Brennpunkte des Arztstrafrechts, 2. Düsseldorfer Medizinrechtstag (2012), S. 65.

6 S. den Antrag der Bundestagsfraktion der SPD aus dem Jahr 2010, BT-Drs. 17/3685, S. 2, der den Gesetzgeber auffordert, „einen besonderen, auf sozialversicherungsrechtliche Sachverhalte abzielenden Straftatbestand zu schaffen, der neben dem Vermögen die besondere Stellung der Krankenkassen (...) schützt“. Die Schaffung von Sondertatbeständen befürworteten *Popadiuk*, Der Abrechnungsbetrug im GOÄ-Liquidationsbereich (2016), passim; *Schubert* ZRP 2001, 154 ff. – Krit. hingegen *Heintz-Koch*, Vertragsärztlicher Abrechnungsbetrug (2018), S. 309 f.: Tatbestand habe keine generalpräventive Wirkung und setze Ärzte einem Generalverdacht aus; *Lauckner* ZRP 2002, 188 (vorrangig seien Abrechnungs- und Präventionsstrukturen zu verbessern); *Luig*, Vertragsärztlicher Abrechnungsbetrug und Schadensbestimmung (2009), S. 228 f. (das zu schützende Rechtsgut bleibe blass); *Stirner* KRiPoZ 2017, 129, 131 (Verstoß gegen ultima-ratio-Prinzip).

7 *Magnus* NSTZ 2017, 249; *Ellbogen/Wichmann* MedR 2007, 10, 11.

8 Näher zur Unterscheidung von Fällen mit und ohne Leistungshintergrund *Tsambikakis* in: Prütting (Hrsg.), Medizinrecht, 4. Aufl. (2016), § 263 StGB Rn. 4 ff.; *Kraatz*, Arztstrafrecht, 2. Aufl. (2018), Rn. 273; *Magnus* NSTZ 2017, 249.

die abgerechnete Behandlung kunstgerecht vorgenommen, ohne aber alle formellen Voraussetzungen für eine Abrechnung zu erfüllen. Insbesondere die zweite Fallgruppe stellt die Betrugsdogmatik vor erhebliche Herausforderungen, denen die Rechtsprechung mit einer normativierenden Auslegung aller zentralen Tatbestandsmerkmale begegnet. Auf diese Weise weitet die Rechtsprechung zum einen den Kreis tatbestandsmäßiger Täuschungen aus (2.) und setzt sich zum anderen über den Umstand hinweg, dass in massenhaften, standardisierten Abrechnungssystemen kaum noch von einem Irrtum einer Person i.S.d. § 263 StGB gesprochen werden kann (3.). Zudem kann der Ansatz der Rechtsprechung im Zusammenspiel mit der Vorleistungsstruktur von Abrechnungsverhältnissen ausblenden, dass sich die Honorarforderung auf eine medizinisch richtige sowie wirtschaftlich angemessene Leistung des Heilberufers bezieht (4.). All dies führt zu einer bedenklichen Sonderdogmatik, welche die Verletzung medizinrechtlicher Primärnormen quasi automatisch zu einer Vermögensstrafat hochstuf (5.).

## 2. Grenzen des Täuschungsbegriffs

Der Betrug setzt als Täuschungshandlung ein menschliches Verhalten voraus, dem der Kommunikationspartner einen Erklärungswert beimisst.<sup>9</sup> Entscheidend ist die Unwahrheit der Erklärung, nicht deren Form.<sup>10</sup> Dies zeigt sich auch beim Abrechnungsbetrug. Soweit sich ein Heilberufler bei der Einreichung von Abrechnungen nicht explizit zu einer fehlenden Abrechnungsvoraussetzung äußert, scheidet zwar die Annahme einer *ausdrücklichen* Täuschung aus.<sup>11</sup> Damit ist aber nicht gesagt, dass der Tatbestand nicht erfüllt ist: Denn die (Gesamt-)Erklärung ist auch dann falsch, wenn der Erklärende die durch sein schlüssiges Verhalten geweckte Erwartung, die Inrechnungstellung sei berechtigt, enttäuscht. Dementsprechend nimmt die Rechtsprechung an, der Arzt sichere bei der Einreichung seiner Honorarforderung konkludent zu, dass die rechtlichen Voraussetzungen für eine Abrechnung erfüllt seien.<sup>12</sup> Trifft dies nicht zu, soll eine konkludente Täuschung vorliegen.

### a) Fehlender teleologischer Zurechnungszusammenhang

Prinzipiell problematisch ist diese Normativierung nicht, da der Rechtsverkehr ohne konkludente Erklärungen nicht auskommt. Selbstverständliche Einzelumstände einer Rechnungsstellung müssen nicht explizit hervorgehoben werden, der Rechtsverkehr setzt sie als gegeben voraus.<sup>13</sup> Jedoch wächst mit der Komplexität des in Bezug genommenen Normensystems die Unklarheit über den Erklärungsinhalt. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Erklärungswert *alle* Normen im Um- und Vorfeld einer Abrechnung erfassen soll, wie die Rechtsprechung meint.<sup>14</sup> Problematisch ist dies nicht nur aufgrund der schiereren Anzahl von Vorschriften, sondern auch deshalb, weil die Inrechnungstellung heilberuflicher Leistungen mittelbar mit Normen verbunden ist, die keinen abrechnungsrelevanten Leistungs- bzw. Vermögensbezug aufweisen, sondern sozial- oder berufsordnungspolitisch geprägt sind. Hier stellt sich die Frage, ob der Rechtsverkehr die Geltung solcher Normen *im Zusammenhang mit der Abrechnung* berechtigterweise voraussetzt. Grundsätzlich gilt, dass ein sachlicher Zusammenhang zwischen dem Erklärten (der Rechnungsstellung) und dem Nicht-Erklärten (der Geltung einer Primärnorm) bestehen muss.<sup>15</sup> Einen solchen Zusammenhang stellt nicht bereits die Kausalität her. Dass die Abrechnung mit der Einhaltung einer Norm in einem (Kausal-)Zusammenhang steht, ist lediglich eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung einer tatbestandsmäßigen Täuschung. Denn § 263 StGB gewährt keinen umfassenden,

sondern nur einen *auf das Vermögen bezogenen* Wahrheitschutz.<sup>16</sup> Daher darf der Rechtsverkehr eine zutreffende (schlüssige) Erklärung nur bezüglich solcher Normen erwarten, die eine teleologische Nähe zum Vermögensschutz aufweisen. Umgekehrt heißt das: Eine konkludente Täuschung über die Einhaltung von Normen, die keinen Vermögensbezug aufweisen, weil sie bspw. primär gesundheits- oder berufsordnungspolitische Ziele verfolgen, schafft *sub specie* § 263 StGB keine tatbestandsspezifische Gefahr und fällt daher nicht in den Anwendungsbereich des Betrugstatbestandes.<sup>17</sup> Der Rechtsverkehr trägt dem Rechnung: Der Erklärungsempfänger ist für die Prüfung, ob solche Normen eingehalten worden sind, in aller Regel nicht zuständig.<sup>18</sup> Letzteres stellt ein weiteres Indiz dafür dar, dass eine diesbezügliche (wahre) Erklärung nicht vom Vermögenstatbestand Betrug garantiert wird.

### b) Fehlende Normenklarheit

Bereits die Normativierung des § 263 StGB durch eine vorschnelle Annahme einer konkludenten Täuschung stößt mithin an dogmatische und rechtsstaatliche Grenzen, da sie unter der Hand die Einhaltung von Vorschriften ohne Vermögensbezug zum Kern eines Vermögensdelikts hochstuf. Abrechnungsrelevante Primärnormen werfen hingegen ein anderes Problem auf: Sie sind oft nicht eindeutig. Ambivalente Vorschriften können jedoch keine Grundlage für die Annahme einer eindeutigen bzw. einer eindeutig falschen Erklärung sein, die dem Erklärenden als strafbare Täuschung

9 LK-Tiedemann, StGB, 12. Aufl. (2012), § 263 Rn. 22.

10 Kölbl in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch des Wirtschaftsstrafrechts, 4. Aufl. (2015), 5. Teil, 1. Kap. Rn. 36.

11 Auch die einer Quartalsabrechnung beigelegte Sammelklärung, die die sachliche Richtigkeit der Abrechnung garantiert, ist i.d.R. keine explizite Täuschung, da sie erstens rechtlich zu unspezifisch ist und zweitens in keinem hinreichenden Zusammenhang zu einzelnen Abrechnungspositionen und deren Voraussetzungen steht. Zutr. Saliger in: Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht (2017), § 263 Rn. 51. A.A. Hellmann in: Fischer u.a. (Hrsg.), Dogmatik und Praxis des strafrechtlichen Vermögensschadens (2015), S. 245, 254.

12 Vgl. BGH NStZ 1993, 388, 389; NJW 2009, 2900, 2901; Sch/Sch-Perron, StGB, 30. Aufl. (2019), § 263 Rn. 16c. S. ferner Stirner, Der privatärztliche Abrechnungsbetrug (2015), passim. Gaede MedR 2018, 548, 550.

13 NK-Kindhäuser, StGB, 5. Aufl. (2017), § 263 Rn. 13. – Näher zur konkludenten Täuschung Frisch FS Jakobs (2007), S. 97 ff.; Kasiske GA 2009, 360 ff.; Kindhäuser FS Tiedemann (2008), S. 581 ff.; Kubiciel HRRS 2007, 68 ff.; ders. JZ 2010, 422, 423; Vogel FS Keller (2003), S. 313 ff.; Walter, Betrugsstrafrecht in Frankreich und Deutschland (1999), S. 47.

14 Vgl. etwa BGH NJW 2003, 1198 ff.; OLG Koblenz MedR 2001, 144, 145. Dieser Linie grds. zustimmend Heintz-Koch (Fn. 6), S. 115; Kudlich in: Kubiciel/Hoven (Hrsg.), Korruption im Gesundheitswesen (2016), S. 111, 118. Krit. Warntjen medstra 2018, 193, der zutreffend darauf hinweist, dass sich der Erklärungsinhalt immer weiter vom originären Bezugsobjekt (der Leistungserbringung) entferne.

15 Vgl. Tiedemann (Fn. 9), § 263 Rn. 29.

16 Dass § 263 StGB nicht umfassende Wahrheit garantiert, sondern nur die Grundlagen einer Vermögensverfügung, betont NK-Kindhäuser (Fn. 13), § 263 Rn. 13.

17 Im Ergebnis wie hier Braun, Autonomie vs. Akzessorietät des Strafrechts am Beispiel des ärztlichen Abrechnungsbetruges (2016), S. 121; ders. ZWH 2017, 204, 206. Umfassend zur Bedeutung der objektiven Zurechnung für den Betrugstatbestand Gaede FS Roxin II (2011), S. 976 ff., insbes. S. 984. Zur Bedeutung der Zurechnungslehre für das Handlungsunrecht Kubiciel, Die Wissenschaft vom Besondere Teil des Strafrechts (2013), S. 80 ff.

18 Zum Umfang der Prüfung auf sachlich-rechtliche Richtigkeit, Plausibilität und Wirtschaftlichkeit Frister/Lindemann/Peters, Arztstrafrecht (2011), S. 132 f.

zugerechnet werden könnte.<sup>19</sup> Daher muss die Annahme einer konkludenten Täuschung bei unklaren Normen selbst dann verneint werden, wenn sich nachträglich erweisen sollte, dass die Abrechnung auf der Subsumtion unter einen falschen Gebührentatbestand beruht.<sup>20</sup> In der Realität wirkt sich die Ambivalenz von Rechtsvorschriften für deren Adressaten jedoch oftmals nicht *ent-*, sondern *belastend* aus, da Staatsanwaltschaften auch bei uneindeutigen normativen Grundlagen einer Abrechnung ein Ermittlungsverfahren einleiten, in dem sodann um den vertretbaren Inhalt der Vorschrift gestritten wird.<sup>21</sup> So stehen die Leistungserbringer oft vor einer Entscheidung zwischen zwei für sie nachteiligen Alternativen: Interpretieren sie ambivalente Normen zu ihren Lasten, schädigen sie sich ökonomisch, da sie weniger Honorar geltend machen als ihnen gewährt werden dürfte. Legen sie die Normen hingegen zu ihren Gunsten aus, könnte die Abrechnung den Tatverdacht eines Betruges begründen. Diese strukturelle Benachteiligung ist nicht hinnehmbar. Heilberufler – auch Vertragsärzte – sind keine „Funktionsträger“ der Institution Gesundheitswesen, die eine amtsträgerähnliche Stellung innehaben.<sup>22</sup> Daher können ihnen keine Sonderpflichten auferlegt werden, auch nicht die Pflicht, Gebührentatbestände möglichst eng auszulegen.

### 3. Grenzen des Irrtumsbegriffs

Der Irrtum ist das Spiegelbild der Täuschung, folglich gehen die Normativierung von Täuschungs- und Irrtumsbegriff Hand in Hand. Was schlüssig erklärt wird, richtet sich nach Verkehrserwartungen, die der Erklärungsempfänger zumeist nicht psychisch reflektiert, die aber dennoch für seine Vermögensverfügung relevant sein können. Insoweit ist es grundsätzlich unproblematisch,<sup>23</sup> wenn die Rechtsprechung dem Empfänger einer konkludenten Erklärung das sachgedankliche Mitbewusstsein zuschreibt, dass bei dem rechtsgeschäftlichen Vorgang „alles in Ordnung“ sei.<sup>24</sup> Der Ansatz lässt sich – im Grundsatz – auch auf den Empfänger einer Honorarforderung, namentlich den Sachbearbeiter einer Kassenärztlichen Vereinigung, übertragen.<sup>25</sup>

#### a) Unspezifische normative Vorstellungen als Irrtum?

Indes zeichnet sich der Abrechnungsbetrug dadurch aus, dass die Rechtsprechung die Geltung einer Vielzahl von Vorschriften zum Inhalt des sachgedanklichen Mitbewusstseins rechnet.<sup>26</sup> Damit erreicht die Auslegung des Irrtumsbegriffs dogmatische und rechtsstaatliche Grenzen. Denn gerade weil ein sachgedankliches Mitbewusstsein kein feststellbares psychologisches Faktum ist, bedarf die Annahme, eine Verfügung beruhe auf einem Irrtum über einen nicht-reflektierten Umstand, eines konkreten Bezugspunkts bzw. einer klar konturierten Grundlage.<sup>27</sup> Fehlt ein solcher Bezugspunkt, lässt sich dem Verfügenden keine hinreichend konkrete (Fehl-)Vorstellung zuschreiben: Eine unspezifische Gutgläubigkeit ist etwas anderes als ein Irrtum. Im Fall eines Abrechnungsbetruges qua konkludenter Täuschung kann dieser Bezugspunkt nur in jenen Vorschriften zu finden sein, deren Einhaltung bei wertender Betrachtung die Grundlage der entsprechenden Vermögensverfügung ist (s. oben 2. a)). Mithin kann – analog zur Annahme einer konkludenten Täuschung – nicht jedwede Norm Grundlage für die Zuschreibung einer Fehlvorstellung sein. Vielmehr lässt sich dem Erklärungsempfänger nur dann ein Irrtum zuschreiben, wenn er fälschlich die Beachtung einer Norm unterstellt, die einen unmittelbaren, teleologischen Bezug zur Abrechnung hat und die daher auch die Basis der Verfügung bildet, deren Vorhandensein er im Zweifel auch zu prüfen hätte. Nur wenn diese Voraussetzungen gegeben sind, ist das sachgedankliche Mit-

bewusstsein in einem für § 263 StGB hinreichenden Maß spezifiziert. Wer hingegen die generelle Annahme ausreichen lässt, dass *jede* im Zusammenhang mit der Honorarforderung stehende Vorschrift beachtet worden sei, folgert den Irrtum ohne weiteres aus der Normverletzung und spricht damit dem Tatbestandsmerkmal „Irrtum“ seine unrechtskonstituierende Bedeutung ab. Ein Tatbestandsmerkmal qua Auslegung für obsolet zu erklären, ist jedoch mit Art. 103 Abs. 2 GG nicht zu vereinbaren.<sup>28</sup>

#### b) Tatbestandsmäßigkeit des Irrtums von Systemen und Institutionen?

Unspezifisch verfährt die Rechtsprechung noch in einer zweiten Hinsicht. Der BGH verzichtet auf den Nachweis, welcher Sachbearbeiter die (konkludente) Erklärung empfangen hat, d.h. der unbewusst Irrende gewesen sein soll. Stattdessen schreibt die Rechtsprechung den Abrechnungsstellen der Kassenärztlichen Vereinigungen insgesamt die stillschweigende Annahme zu, dass die vorliegende Abrechnung in Ordnung sei, und lässt diese Annahme sodann als Irrtum i.S. des § 263 StGB gelten.<sup>29</sup> Dieses Vorgehen dient offenkundig der Abwendung von Beweisproblemen. Es trägt aber auch dem Umstand Rechnung, dass Abrechnungen weitgehend standardisiert und automatisiert erfolgen,<sup>30</sup> so dass der einzelne Sachbearbeiter nur noch eine vergleichsweise periphere Rolle einnimmt.<sup>31</sup> Vor allem aber schreibt der Verzicht auf eine personale Konkretisierung des Irrenden jene Linie fort, die für einen Irrtum die generelle Annahme ausreichen lässt, *alle* Abrechnungen seien *umfassend* in bester Ordnung. Wird nämlich die Erwartungshaltung derart ausgedehnt, entspricht dies offenkundig nicht mehr mit dem eingeschränkten Zuständigkeitsbereich des konkreten Sachbearbeiters und seinem dementsprechenden Vorstellungsbild, sondern bildet die normativ vorstrukturierte Erwartungshaltung der Kassenärztlichen Vereinigung ab. Nur wenn man deren Interessenlage und nicht den Blickwinkel eines Sachbearbeiters zugrunde legt, ist es konsequent, sämtliche Normen in den irrumsrelevanten Bereich einzubeziehen – mögen sie vermögensrelevant sein oder nicht.<sup>32</sup>

Die Ablösung des Irrtums von einer konkreten Person in der Abrechnungsstelle zeigt mithin, worum es geht: um die Enttäuschung normativer Erwartungen einer Institution. Zwar können auch Institutionen und ihre (Abrechnungs-)Systeme irren. Den Tatbestand des § 263 StGB erfüllt nach allgemei-

19 Im Ergebnis wie hier *Fehn* MedR 2014, 377, 380; *Köbel* (Fn. 10), Rn. 215; *Saliger* (Fn. 5), S. 317; *Spickhoff-Schuh*, Medizinrecht, 3. Aufl. (2018), § 263 Rn. 20.

20 *Tsambikakis* (Fn. 8), § 263 Rn. 23.

21 Krit. dazu *Dann* in: AG Medizinrecht im DAV/IMR (Hrsg.), Brennpunkte des Arztstrafrechts (2012), S. 31, 35 ff.; *Saliger* (Fn. 5), S. 317.

22 Dazu und zum Folgenden BGHSt 57, 202, 208 f.

23 *Kindhäuser* (Fn. 13), § 263 Rn. 174.

24 *Kindhäuser* (Fn. 13), § 263 Rn. 174.

25 Dazu und zum Folgenden *Frister/Lindemann/Peters* (Fn. 18), S. 185 m.w.N.

26 Umfassende Übersicht über die Rechtsprechung bei *Schuh* (Fn. 18), § 263 Rn. 16.

27 *Tiedemann* (Fn. 9), § 263 Rn. 79.

28 Dazu zuletzt im Zusammenhang mit § 261 StGB *BVerfG* NJW 2015, 2949, 2955. Umfassend *Saliger* FS Fischer (2018), S. 523 ff.

29 *BGH* NSZ 2015, 341, 341 f. Dazu auch *Kubiciel* HRRS 2015, 382, 384 f.

30 *Heintz-Koch* (Fn. 6), S. 153.

31 Vgl. *Perron* (Fn. 12) § 263 Rn. 39: „oberflächliche“ Prüfung.

32 Welche handfesten ökonomischen Eigeninteressen der Kassenärztlichen Vereinigung Strafanzeigen zugrunde liegen können, zeigt *Haft* ZRP 2002, 457, 461, anhand des (ersten) Laborverfahrens.

ner Auffassung aber nur der Irrtum eines Menschen.<sup>33</sup> Dies legt nicht nur der Wortlaut nahe, sondern ergibt auch der Rückschluss aus § 263a StGB und anderen Betrugsderivaten: Überall dort hat der Gesetzgeber Sondervorschriften geschaffen, weil entweder kein Mensch existiert, der irren könnte, oder dessen Irrtum für die Strafwürdigkeit nicht ausschlaggebend ist. § 263 StGB *praeter legem* zu einem Ersatztatbestand für eine fehlende Sondervorschrift im Bereich des Sozialversicherungsmissbrauchs umzudeuten hieße, diese Systematik aufzusprenken.

#### 4. Entwertung des Tatbestandsmerkmals 'Vermögensschaden'

Seit langem in der Kritik steht die Rechtsprechung, die einen Vermögensschaden annimmt, wenn der Arzt eine kunstgerechte Leistung erbracht hat, die aber wegen eines Verstößes gegen berufs- oder sozialrechtliche Primärnormen nicht abrechnungsfähig ist. Obgleich in solchen Fällen das Honorar für eine medizinisch richtige und wirtschaftlich werthaltige Leistung verlangt wird und der Behandlungsanspruch des Patienten gegenüber seiner Krankenkasse erloschen ist,<sup>34</sup> soll dies den Vermögensverlust nicht ausgleichen.<sup>35</sup> Der ökonomische Wert einer Leistung bestimme sich zwar durch ihren Marktpreis. Da es aber für vertragsärztliche Leistungen keinen Markt gebe, müsse der Wert normativ, d.h. auf Grundlage der einschlägigen Abrechnungsvorschriften bestimmt werden.<sup>36</sup> Schlössen diese eine Honorierung aus, sei die Leistung wertlos. Infolgedessen sollen alle Verstöße gegen Normen, welche die Erstattungspflicht entfallen lassen, einen (nicht kompensationsfähigen) Schaden begründen.<sup>37</sup> Inzwischen hat der BGH diese Linie auch auf die Abrechnung privatärztlicher Leistungen übertragen.<sup>38</sup>

Kritiker halten dieser formal-sozialrechtlichen Betrachtung entgegen, sie stelle eine (verfassungsrechtlich unzulässige) Normativierung des Schadens dar.<sup>39</sup> Die Feststellung des Schadens sei „notwendigerweise“ nach wirtschaftlichen Maximen vorzunehmen, normative Erwägungen dürften die wirtschaftliche Betrachtung daher nicht in den Hintergrund drängen.<sup>40</sup> Ein Verstoß gegen (berufs-)rechtliche Vorschriften im Vor- oder Umfeld der Abrechnung beseitige den wirtschaftlichen Wert nicht, sondern mindere ihn allenfalls.<sup>41</sup> Hellmann und Kölbl halten dieser Auffassung die Vorleistungsstruktur der Heilbehandlung entgegen, die eine Kompensation ausschließe. Ein Arzt leiste in aller Regel vor; mache er sodann seinen Honoraranspruch geltend, könne dieser allenfalls durch das Freiwerden eines Zahlungsanspruches kompensiert werden: Dessen Berechtigung hänge jedoch von der Einhaltung von Rechtsnormen ab. Sei gegen eine dieser Normen verstoßen worden, bestünde keine Forderung, die der Arzt geltend machen bzw. auf die mit anspruchserlöschender Wirkung geleistet werden könne.<sup>42</sup> Diese systembedingte Vorleistungspflicht sollte man jedoch nicht überbewerten,<sup>43</sup> da der Hinweis auf diese Eigenheit heilberuflicher Behandlungen die rechtspolitische Frage nicht beantwortet. Sie lautet: Soll ein Verstoß gegen jede der Abrechnung vorgelagerte Vorschrift automatisch einen nicht-kompensationsfähigen Schaden begründen? Diese Frage zu bejahen hieße, den Betrugstatbestand an eine Vielzahl von Regeln zu koppeln, die teils völlig andere Zwecke verfolgen als den Vermögensschutz.<sup>44</sup> Die Verletzung sozialversicherungs- oder berufsrechtlicher Normen, die der Gesetzgeber nicht mit (Straf-)Sanktionen versehen hat, wäre dann ein Betrug, selbst wenn die Normverletzung nur einen kausal-formalen, nicht aber einen substantiell-teleologischen Vermögensbezug aufweist und ein wirtschaftlicher Schaden nicht entstanden ist.

### III. Handlungszwänge des Gesetzgebers

#### 1. Dogmatische Spannungen

Die Anwendung des § 263 StGB auf die verschiedenartigen Fälle des Abrechnungsbetruges entfernt sich, wie gesehen, deutlich von den dogmatischen Grundlagen des § 263 StGB.<sup>45</sup> Mit der Figur der konkludenten Täuschung sowie einem normativierten, von der Person des Erklärungsempfängers abgelösten Irrtumsverständnis bezieht die Rechtsprechung eine Vielzahl von Primärnormen des Gesundheits-, Sozialversicherungs- und Berufsrechts in den Anwendungsbereich des § 263 StGB ein. Zwar ist die akzessorische Auslegung von Straftatbeständen keine Besonderheit des Abrechnungsbetruges, sondern kennzeichnet bspw. auch den Untreuetatbestand (§ 266 StGB). Jedoch wird die Pflichtverletzung bei § 266 StGB durch das Tatbestandsmerkmal Vermögensbetreuungspflicht teleologisch spezifiziert, so dass nicht jeder Verstoß gegen irgendeine außerstrafrechtliche Pflicht kriminalisiert wird, selbst wenn die Pflichtverletzung kausal mit einem Vermögensschaden verbunden ist.<sup>46</sup> Demgegenüber führt die Pflichtverletzung im Vorfeld einer Abrechnung zu einer „Sanktionsautomatik“, da der Verstoß gegen eine Primärnorm ohne weiteres in eine konkludente Täuschung, einen (unbewussten) Irrtum sowie einen nicht-kompensationsfähigen Vermögensschaden umgedeutet wird. Auf diese Weise entsteht eine einzigartige Situation: Die Verletzung außerstrafrechtlicher Normen, die selbst nicht sanktionsbewehrt sind, wird in ein Vermögensdelikt transformiert. Rechtfertigen lässt sich dies offenkundig nicht mit dem von § 263 StGB gewährten Schutz des Vermögens, sondern allenfalls mit einem weitergefassten Schutz der Institution Gesundheitswesen.

Kurzum: Die Rechtsprechung zum Abrechnungsbetrug in Fällen mit Leistungshintergrund bewegt sich außerhalb der Struktur und der Legitimationsgrundlagen des Betrugstatbestandes. Letzterer ist weder ein Blankett, der jedem Normverstoß einen dogmatischen Rahmen bietet, noch schützt er Institutionen und deren Bestandsbedingungen. § 263 StGB entfaltet nicht mehr, aber auch nicht weniger als einen

33 Frister/Lindemann/Peters (Fn. 18), S. 183; Schuhr (Fn. 18), § 263 Rn. 23.

34 Dazu statt vieler Kudlich (Fn. 14), S. 118.

35 Schuhr (Fn. 18), § 263 Rn. 44.

36 Dazu und zum Folgenden Hellmann (Fn. 11), S. 255; Kudlich (Fn. 14), S. 119.

37 BGH NStZ 1995, 85, 86; NStZ 1995, 232, 233.

38 BGHSt 57, 95, 114 ff. Näher (und kritisch) dazu Dann/Lindemann NZWiSt 2012, 334 ff.; Gaede in: Fischer u.a. (Hrsg.), Dogmatik und Praxis des strafrechtlichen Vermögensschadens (2015), S. 257 ff.; Saliger/Tsambikakis MedR 2013, 284 ff.; Tiedemann JZ 2012, 525, 527.

39 Statt vieler Gaede (Fn. 38), S. 266 ff.; Fehn MedR 2014, 377, 382; Saliger (Fn. 5), S. 319 ff.; Saliger/Tsambikakis MedR 2013, 284, 285; Schneider/Kaltenhäuser medstra 2015, 24, 27 ff.

40 Krüger in: Momsen/Grützner (Hrsg.) Wirtschaftsstrafrecht (2013), Kap. 10 B Rn. 21 f.

41 Tiedemann JZ 2012, 525, 527.

42 Hellmann NStZ 1995, 232, 233; Kölbl JZ 2013, 849, 852. Ebenso Michels medstra 2018, 66, 67.

43 Kudlich (Fn. 13), S. 119: Behandlung sei ein Gesamtvorgang, der Honorierung von vornherein miteinschließe; Wimmer in: AG MedR im DAV/IMR (Hrsg.), Brennpunkte des Arztstrafrechts, 2. Düsseldorf Medizinrechtstag (2012), S. 51, 59 f.: Täter komme es nicht darauf an, Patienten doppelt in Anspruch zu nehmen.

44 Gaede (Fn. 38), S. 269; Saliger (Fn. 5), S. 313.

45 A.A. Kudlich (Fn. 14), S. 121: Im Großen und Ganzen mit Dogmatik des § 263 StGB vereinbar.

46 Dazu Kubiciel NStZ 2005, 353, 360.

vermögensbezogenen Wahrheitsschutz. Wer einen darüberhinausgehenden Sozialversicherungsbetrug für strafwürdig hält, sollte über die Schaffung eines eigenen Tatbestandes nachdenken.<sup>47</sup>

## 2. Verfassungsrechtliche Handlungszwänge

Dogmatische Argumente können den Gesetzgeber erfahrungsgemäß nicht zum Handeln bewegen. Solange ein Tatbestand mit dem Segen der höchstrichterlichen Rechtsprechung praktisch „funktioniert“, nimmt die Legislative dogmatische Spannungen zumeist nicht einmal zur Kenntnis, selbst wenn sie bedenkliche Ausmaße angenommen haben. Vergleichsweise schnell reagiert der Gesetzgeber immer nur dann, wenn „Strafbarkeitslücken“ entstanden sind. Dass sich solche Lücken auftun, ist im vorliegenden Zusammenhang keineswegs ausgeschlossen. Denn die Normativierung sämtlicher Tatbestandsmerkmale des § 263 StGB hat ein Ausmaß erreicht, das eine auf Art. 103 Abs. 2 GG gegründete Verfassungsbeschwerde aussichtsreich erscheinen lässt.<sup>48</sup>

Das von Art. 103 Abs. 2 GG garantierte Bestimmtheitsgebot sichert nicht nur die Vorhersehbarkeit der Rechtsanwendung, sondern soll auch gewährleisten, dass die Verhängung der Strafe auf die Entscheidung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers zurückgeführt werden kann.<sup>49</sup> Dieser „übernimmt mit der Entscheidung über strafwürdiges Verhalten die demokratisch legitimierte Verantwortung für eine Form hoheitlichen Handelns, die zu den intensivsten Eingriffen in die individuelle Freiheit im modernen Verfassungsstaat zählt.“<sup>50</sup> Die Gerichte dürfen daher „nicht durch eine fernliegende Interpretation oder ein Normverständnis, das keine klaren Konturen mehr erkennen lässt, dazu beitragen, bestehende Unsicherheiten über den Anwendungsbereich einer Norm zu erhöhen, und sich damit noch weiter vom Ziel des Art. 103 Abs. 2 GG entfernen.“<sup>51</sup> Daher hat sich das Bundesverfassungsgericht in der Untreue-Entscheidung zu prüfen vorbehalten, ob die Auslegung einer „weit gefassten Norm mittels gefestigter komplexer Obersätze“ hinreichend eingegrenzt wird.<sup>52</sup> Das Bundesverfassungsgericht kontrolliere dabei insbesondere, „ob die Gerichte bei Anwendung und Auslegung der Strafnorm bei den bislang entwickelten, die Norm konkretisierenden Obersätzen geblieben sind, gegebenenfalls ob sie diese im Rahmen der Strafnorm folgerichtig weiterentwickelt und ob sie sie der Würdigung des konkreten Falls zugrunde gelegt haben.“

Die Normativierung des Täuschungs-, Irrtums- und Schadensbegriffs lässt sich – wie gesehen – kaum noch als folgerichtige Weiterentwicklung der Täuschungs- und Irrtumsdogmatik bzw. der entsprechenden Obersätze begreifen: Die Nichtbeachtung einer Norm im (weiten) Vorfeld der Abrechnung wird zu einer (konkludenten) Täuschung und einem (unbewussten) Irrtum umgedeutet, auch wenn die Norm keinen teleologischen Bezug zum Vermögen aufweist und der Erklärungsempfänger für die Prüfung der Einhaltung der Norm nicht zuständig ist. Zudem stellt die Rechtsprechung nicht auf eine konkrete Person ab, sondern – systemwidrig – auf die normative Erwartungshaltung einer Institution. Die Normativierung des Schadensbegriffs komplettiert die oben geschilderte Sanktionsautomatik. Durch diese Auslegung büßt der Betrugstatbestand das ein, was das Bundesverfassungsgericht als Ziel der Interpretation eines Straftatbestandes ausgegeben hat: eine klare Kontur. Stattdessen wird § 263 StGB *praeter legem* in eine Vorschrift zur Sanktionierung von Verstößen gegen Primärnormen umgewandelt, die

keinen teleologischen Zusammenhang zum Vermögen aufweisen. In solchen Fällen eine Strafe wegen eines Betruges zu verhängen, sprengt Wort- und Begriffsgrenzen und erscheint überdies nicht schuldadäquat. Wäre eine Verfassungsbeschwerde gegen eine Verurteilung wegen Abrechnungsbetruges erfolgreich, sähe sich der Gesetzgeber mit hoher Wahrscheinlichkeit der Frage ausgesetzt, ob er die entstandene Lücke mit der Schaffung eines neuen Straftatbestandes füllen sollte.

## 3. Restriktivere Linie der Rechtsprechung

In der Rechtsprechung zeigen sich indes erste Anzeichen für eine restriktivere Anwendung des § 263 StGB.<sup>53</sup> So nähert sich eine Entscheidung des OLG Düsseldorf der in der Literatur vertretenen Auffassung an, wonach ein Leistungserbringer keine (falsche) Tatsache behauptet, sondern lediglich eine Rechtsauffassung äußert, wenn er seine Leistungen unter gebührenrechtliche Vorschriften subsumiert.<sup>54</sup> Die mit der Rechnungsstellung verbundene Behauptung sei nur dort falsch, wo sie keinen Bezug zu tatsächlichen Vorgängen mehr aufweise und eine Missachtung des eindeutigen und klaren Kernbereichs der in Bezug genommenen GOÄ-Norm darstelle, so das OLG Düsseldorf. Soweit die Vorschrift im Randbereich mehrdeutig sei, könne die Privatliquidation auf eine vertretbare Auslegung zurückgeführt werden.<sup>55</sup> Auch in der Rechtsprechung des BGH ist Bewegung zu verzeichnen. So hat der 2. Strafsenat eine Täuschung in dem Fall verneint, in dem der liquidierende Arzt gegenüber dem Patienten durch ausdrückliche Hinweise seine Rechtsauffassung zum Ausdruck gebracht hat, dass die erbrachte Leistung im Einklang mit den Vorschriften der GOÄ stehe.<sup>56</sup> Auf den Empfängerhorizont stellt die Entscheidung des 5. Strafsenats ab, bei der es um die Abrechnung von Arzneimischungen aus nicht-zugelassenen Arzneimitteln ging. Die bei Geltendmachung des Anspruchs konkludent erhobene Behauptung, bei der Mischung handele es sich um ein verkehrsfähiges Rezepturarzneimittel, sei – so der BGH – nicht irreführend, weil dies der „zur Tatzeit in pharmazeutischer Praxis und Rechtsprechung wohl einhellig vertretenen Meinung“ entsprach.<sup>57</sup> Der BGH hat hier also keine eigene medizinrechtliche Bewertung des Arzneimittels und seiner Liquidationsfähigkeit vorgenommen, ist also nicht den Weg einer formal-medizinrechtsakzessorischen Normativierung gegangen, sondern die

47 Volk NJW 2000, 3386, 3388, ohne sich diese Forderung zu eigen zu machen.

48 Dass Art. 103 Abs. 2 GG auch der tatbestandsausweitenden Interpretation Grenzen setzt, betont u.a. BVerfGE 92, 1, 16. Dazu *Bott/Krell* ZJS 2010, 694, 696.

49 Dazu BVerfGE 126, 170, 194. Umfassend dazu *Remmert* in: *Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar*, 83. EL April 2018, Art. 103 Abs. 2 Rn. 32 ff.

50 BVerfGE 123, 267, 408.

51 BVerfGE 126, 170, 198 mit Verweis auf BVerfGE 71, 108, 121; 87, 209, 224 ff.; 92, 1, 19.

52 Dazu und zum Folgenden BVerfGE 126, 170, 199. Gleichsinnig und vertiefend *Kubiciel* (Fn. 17), S. 36 ff., 38. S. ferner *Kuhlen* JR 2011, 246 ff.

53 *Gaede* medstra 2018, 1, 2.

54 *Dann* in: *AG MedR im DAV/IMR* (Hrsg.), *Brennpunkte des Arztstrafrechts*, 2. Düsseldorf Medizinrechtstag (2012), S. 31, 33; *Ulsenheimer* in: *Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts*, 4. Aufl. (2010), § 151 Rn. 37.

55 *OLG Düsseldorf* MedR 2017, 557, 561 mit Anm. *Pauly*. S. dazu *Braun* ZWH 2018, 204 ff.; *U. Walter* jurisPR-MedizinR 9/2017 Anm. 4.

56 *BGH* medstra 2018, 42, 44.

57 *BGH* NSTZ 2015, 591, 593.

faktische Bewertung durch die Verkehrskreise übernommen.<sup>58</sup>

Eine klare Trendwende markieren diese Judikate noch nicht. Zum einen lassen sie das extensive Verständnis des Vermögensschadens unberührt, zum anderen ist noch nicht einmal klar, ob und in welchem Maß andere Gerichte an diese Entscheidungen anknüpfen und die Normativierung des Täuschungsbegriffs zurückführen werden. Dennoch: In dem Maße, in dem als strafwürdig erachtete Normverletzungen im Vor- oder Umfeld einer Abrechnung nicht mehr unter § 263 StGB subsumiert werden (können), dürften sich Rechtspolitiker herausgefordert sehen, (erneut) nach einem „besonderen, auf sozialversicherungsrechtliche Sachverhalte abzielenden Straftatbestand“ zu verlangen, „der neben dem Vermögen die besondere Stellung der Krankenkassen (...) schützt“.<sup>59</sup>

#### IV. Große vs. punktuelle Lösung

##### 1. Kontur eines Spezialtatbestandes

Die Einführung eines derartigen Spezialstrafatbestandes wäre nicht ungewöhnlich; das StGB kennt zahlreiche Betrugsderivate wie Subventionsbetrug (§ 264 StGB), Kapitalanlagebetrug (§ 264a StGB), Versicherungsmisbrauch (§ 265 StGB) und Sportwettbetrug (§ 265c StGB). All diese Tatbestände zeichnen sich durch im Vergleich mit § 263 StGB reduzierten Anforderungen aus. In objektiver Hinsicht wird die Strafbarkeit in das Vorfeld der Irrtumserregung verlegt und damit auch auf den Eintritt (und Nachweis) eines Vermögensschadens verzichtet; in subjektiver Hinsicht reicht teilweise Leichtfertigkeit aus.<sup>60</sup> Dementsprechend hat *Schubert* die Einführung eines Absatzes 8 in § 263 StGB vorgeschlagen, demzufolge ein Arzt mit Freiheitsstrafe bis zwei Jahre oder Geldstrafe bestraft wird, wenn er selbst oder durch Dritte leichtfertig fehlerhafte Abrechnungen vorspiegelt, um einen Betrug i.S. des Absatzes 1 zu begehen.<sup>61</sup> *Popadiuk* plädiert für die Einführung eines an den Subventionsbetrug angelehnten § 263b StGB.<sup>62</sup> Beide Varianten sehen also vor, die Vollendung an die Täuschungshandlung bzw. Einreichung einer unzutreffenden Abrechnung zu knüpfen und damit in das Vorfeld des Eintritts eines Vermögensschadens zu verlagern. Dies führt zu einer dogmatischen Entlastung des § 263 StGB und kann, insbesondere wegen der Absenkung des subjektiven Unrechts auf das Niveau leichter Fahrlässigkeit, auch die Arbeit der Strafverfolgungsbehörden entlasten.

##### 2. Legitimation eines Spezialtatbestandes

Eine solche „Entlastungsstrategie“ wirft die Frage auf, ob eine solche Absenkung der Strafbarkeitsvoraussetzungen legitim ist. Mit leichter Hand verneinen lässt sich diese Frage nicht. Insbesondere kann der Einführung eines solchen Tatbestandes nicht pauschal entgegen gehalten werden, dass der Vorschrift ein legitimer Zweck fehle bzw. dass das von ihr geschützte Rechtsgut „blass“ bleibe.<sup>63</sup> Vielmehr wird der Zweck schnell sichtbar, wenn man die Schutzrichtung der anderen Betrugsderivate in den Blick nimmt, die diesen eine (besondere) Legitimationsgrundlage verschaffen. Tatbestände wie der Subventions- oder Kreditbetrug schützen nicht die Vermögens-, sondern (vor allem) die Funktionsfähigkeit wichtiger gesellschaftlicher Institutionen (Subventions-, Kreditwesen u.a.m.).<sup>64</sup> Institutionen zu schützen ist freiheitstheoretisch nicht bedenklich, sondern notwendig, da sie positive Voraussetzungen personaler Freiheit darstellen.<sup>65</sup> Auch das Gesundheitswesen ist von einer derart großen Be-

deutung für den Einzelnen und die Gesellschaft, dass die Schutzwürdigkeit außer Zweifel steht.<sup>66</sup> Zu diesem Zweck dürfen grundsätzlich auch besondere Straftatbestände geschaffen werden, wie die Diskussion um die §§ 299a, 299b StGB deutlich gemacht hat. Da die vielgestaltigen Formen des Abrechnungsbetruges durchaus das Potential haben, das Vertrauen der Patientinnen und Patienten in die Redlichkeit von Heilberuflern zu schädigen,<sup>67</sup> wäre es grundsätzlich legitim, Falschabrechnungen mittels eines eigenen Tatbestandes entgegenzutreten. Dieser Tatbestand bezöge seine Legitimation nicht aus dem Vermögens-, sondern jenem Institutionenschutz, den die Rechtsprechung schon heute am falschen Ort, d.h. im Rahmen einer systemwidrigen Auslegung des § 263 StGB betreibt.

#### 3. Verhältnismäßigkeit

Auch der sog. ultima-ratio-Grundsatz kann der Einführung eines neuen Straftatbestandes nicht pauschal entgegengehalten werden.<sup>68</sup> Zum einen handelt es sich dabei nicht um einen theoretisch ausgearbeiteten und praktisch durchgeführten Grundsatz, sondern um ein Schlagwort, das keine trennscharfe Grenze zieht und verfassungsgerichtlich nicht operabel ist.<sup>69</sup> Zum anderen spricht dieses Schlagwort gerade im vorliegendem Zusammenhang nicht gegen die Einführung einer neuen Strafvorschrift. Denn viele der Primärnormen, die gegenwärtig in den Anwendungsbereich des § 263 StGB einbezogen werden, sind nicht straf- oder bußgeldbeehrt. Zwar kann die Verletzung einer Regel des Berufsrechts oder mancher Zulassungsvorschriften durch Kammern oder Kassenärztliche Vereinigungen mit berufs- oder parastaatlichen Sanktionen belegt werden. Jedoch stehen Kammern und Kassenärztliche Vereinigungen nicht jene Ermittlungsbefugnisse zur Verfügung, die Staatsanwaltschaften nutzen können. Als gleich geeignete Mittel, die staatliche Sanktionen entbehrlich machen, können sie daher nicht gelten. Wenn man die Einführung einer neuen Strafvorschrift als nicht erforderlich ausweisen will, muss folglich differenzierter argumentiert werden.

Gegen die Eignung des Straftatbestandes ließe sich jedoch einwenden, dass dieser zentrale Auslegungsfragen nicht verschwinden ließe, sondern diese lediglich auf eine andere Ebene verschöbe. Insbesondere die Kardinalfrage, wann eine Abrechnung „fehlerhaft“ ist, könnte ein Betrugsderivat ebenso

58 Insoweit ist die Entscheidung kein „Gegenpol“ zur Normativierung schlechthin, wie *Wostry* in: AG Medizinrecht im DAV/IMR (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht (2017), S. 11, 21 anklagen lässt, wohl aber eine Abkehr von einer wirklichkeitsgelösten Normativierung.

59 Siehe zu diesem Antrag der SPD-Bundestagsfraktion Fn. 4.

60 Vgl. § 264 Abs. 4 StGB.

61 *Schubert* ZRP 2001, 154, 156 ff.

62 *Popadiuk* (Fn. 4), S. 145 ff.

63 So aber *Luig* (Fn. 4), S. 228 f.

64 Auch die Gesetzesbegründung des Gesetzentwurfs von § 265c StGB spricht davon, den Gefahren zu begegnen, die vom Sportwettbetrug für die Integrität des Sports ausgehen, BT-Drucks. 18/8831, S. 15. Dies stützend *Kubiciel* KriPoZ 2018, 29, 30 ff. A.A. *Jansen* GA 2017, 600, 603 ff.; *Krack* ZIS 2016, 540 ff.

65 Näher dazu *Kubiciel* in: Jahn u.a. (Hrsg.), Strafverfolgung in Wirtschaftsstrafsachen (2015), S. 158, 165 ff.

66 *Dannecker/Schröder* in: *Kubiciel/Hoven* (Fn. 14), S. 43, 52 ff.; *Kubiciel* ebd., S. 69, 70 ff.

67 Zutreffend *Hilgendorf* in: *Wabnitz/Janovsky* (Hrsg.), Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Aufl. (2014), 13. Kap. Rn. 2.

68 So aber *Lauckner* ZRP 2002, 188; *Luig* (Fn. 4), S. 229 f.; *Stirner* KriPoZ 2017, 129, 131. Siehe auch *Heintz-Koch* (Fn. 4) S. 311 f.

69 *Gärditz* JZ 2016, 641 ff.; *Jahn/Brodowski* JZ 2016, 969 ff.; *Kubiciel* ZStW 129 (2017), 473, 487 ff.

wenig beantworten wie § 263 StGB.<sup>70</sup> Hierzu wäre eine Präzisierung des Primärrechts notwendig. Zudem erhöhte die Absenkung der Strafbarkeitsanforderung das Risiko für Ärzte, dass Unklarheiten des Abrechnungsrechts auf ihrem Rücken und mit den Mitteln des Strafrechts ausgetragen werden. Diese Konsequenz spricht gegen die Angemessenheit einer solchen Vorschrift. Schließlich würde ein Tatbestand des Abrechnungsbetruges die Anschlussfrage auf, weshalb Verstöße gegen berufs- und sozialrechtliche Primärnormen nur dann strafwürdig sein sollen, wenn sie einen äußerlichen Bezug zur Abrechnung haben. Infolgedessen könnte die rechtspolitische Diskussion eine neue Richtung einschlagen und auf einen deutlich weitergefassten Tatbestand (eine Art Sozialversicherungs- oder Gesundheitssystemmissbrauch) hinauslaufen, der eine Vielzahl von Rechtsverstößen undifferenziert zu Straftaten hochstuft. Vor diesem Hintergrund ist vor der Schaffung eines neuen „One-catch-all“-Tatbestandes dringend zu warnen.

#### 4. Punktuelle Lösung

Angesichts dessen bleibt nur eine Alternative. Weder sollten die Strafverfolgungsbehörden weiterhin § 263 StGB system-

widrig als Instrument zum Institutionenschutz einsetzen, noch ist dem Gesetzgeber eine „Breitbandkriminalisierung“ durch Schaffung eines neuen Tatbestandes anzuraten. Vielmehr sollte der Gesetzgeber darüber nachdenken, einzelne Primärnormen, die er aus gesundheits-, sozial- oder (berufs-)ordnungspolitischen Gründen für besonders wichtig erachtet, durch nebenstrafrechtliche bzw. ordnungswidrigkeitsrechtliche Sanktionsvorschriften zu garantieren. Diese Strategie sorgte für zielgerichtete, punktuelle Grundrechtseingriffe. Zudem müsste sich die Legislative Rechenschaft darüber ablegen, welche Vorschriften aus ihrer Sicht derart bedeutsam sind, dass sie unter (Straf-)Sanktionsandrohung gestellt werden sollten. Sie käme damit nicht nur der genuinen Verpflichtung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers nach. Vielmehr hätte der Gesetzgeber einen guten Grund zu prüfen, welche der Vorschriften, die unser Gesundheitssystem prägen, tatsächlich sinnvoll und schützenswert sind. Nicht jede Primärnorm, die die Rechtsprechung heute ohne Umschweife in den Anwendungsbereich des § 263 StGB einbezieht, dürfte diesen „Rationalitätstest“ bestehen.

<sup>70</sup> *Stirner KriPoZ* 2017, 129, 131.

Rechtsanwalt Dr. Christoph Weinrich, Berlin und Akad. Rat a. Z. Dr. Thomas Wostry,  
Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf\*

## Der Abrechnungsbetrug in der jüngeren Rechtsprechung

Im Anschluss an den gleichnamigen Aufsatz in *medstra* 2015, 217 ff. zeichnet dieser Beitrag die Rechtsprechungslinien zum Abrechnungsbetrug im Gesundheitswesen aus den Jahren 2015 bis 2018 kritisch nach und bezieht Position zu aktuellen rechtspolitischen Fragestellungen.

### I. Einleitung

Seit dem Jahr 2015<sup>1</sup> haben sich die Brennpunkte des gesundheitsrechtlichen Abrechnungsbetrugs erweitert: Während bislang eine Kontroverse zwischen wirtschaftlicher und streng-formaler Betrachtungsweise die Diskussion über die richtige Schadensberechnung dominierte, richtet sich die Aufmerksamkeit neuerdings zunehmend auf die objektiven Tatbestandsmerkmale der Täuschung und des Irrtums, denen ein Potential zur Rationalisierung des Abrechnungsbetruges zugemessen wird.<sup>2</sup> Dieser wichtige Befund ändert allerdings nichts an der Tatsache, dass die Frage der richtigen Schadensberechnung in Fällen ärztlicher Abrechnung nach wie vor nicht geklärt ist: Die Strafrechtsprechung vermochte sich insoweit auf die von BVerfGE 126, 170 ff. vorgegebenen Leitlinien im Bereich des Abrechnungsbetrugs nicht umfänglich einzustellen.<sup>3</sup> Das mag sich angesichts aktueller politischer Diskussionen über Einschränkungen der sog. streng-formalen Betrachtungsweise im Sozialrecht womöglich künftig ändern, und vor diesem Hintergrund können Überlegungen zur Einführung eines auf den Vermögensschaden verzichtenden Sondertatbestands des „Abrechnungsbetrugs im Gesundheitswesen“<sup>4</sup> nicht überzeugen. Denn die Diskussion über die Grenzen des gesundheitsstrafrechtlichen Ver-

mögensschutzes sollte weiter ausgetragen und nicht mit der Ausweitung von Institutionenschutz faktisch beendet werden. Dieser Beitrag zeichnet sowohl die zugehörige Rechtsprechungsentwicklung als auch die rechtspolitische Diskussion nach.

### II. Rückblick: Leitlinien aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Den Ordnungsrahmen für die Betrachtung der jüngeren Rechtsprechung zum Abrechnungsbetrug bilden zwei Ent-

\* RA Dr. *Christoph Weinrich* ist stellvertretender Justiziar der Kassenärztlichen Bundesvereinigung (KBV) und leitet den Bereich Transparenz und Compliance. Der Beitrag enthält die *persönliche* Auffassung des Autors. Dr. *Thomas Wostry* ist Habilitand am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

<sup>1</sup> Vgl. dazu den Beitrag von *Wostry medstra* 2015, 217 ff.; s. außerdem die aktuelle und umfassende Analyse von *Gaede* in: AG Medizinrecht im DAV/Institut für Rechtsfragen der Medizin Düsseldorf (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht – 8. Düsseldorfer Medizinstrafrechtstag (2018), S. 11, 28 ff.

<sup>2</sup> Vgl. *Gaede medstra* 2018, 1; ausführlich auch bereits *Lindemann NZWist* 2012, 334, 336 f.

<sup>3</sup> Zur Analyse vgl. *Wostry medstra* 2015, 217, 218 ff.; für den Bereich ärztlicher Kooperationen s. auch *Möller/Tsambikakis* in: AG Medizinrecht im DAV/Institut für Rechtsfragen der Medizin Düsseldorf (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht – 3. Düsseldorfer Medizinstrafrechtstag (2013), S. 43, 77.

<sup>4</sup> Vgl. *ÄrzteZeitung* Heft 40-71/2018, S. 7: „Abrechnungsbetrug: Pflä-doyer für eigenen Sondertatbestand“.