

# Ärztlicher Abrechnungsbetrug

Eine straf- und sozialrechtliche Betrachtung

Verena Schicker\*

## A. Einleitung

„Der Bereich Betrug und Korruption im Gesundheitswesen lag jahrzehntelang im Dornröschenschlaf. Ärzteverfahren reduzierten sich auf Kunstfehler. Der Herzkloppenskandal Anfang der 90er Jahre hat einen Wandel ausgelöst.“<sup>1</sup>

Seit Mitte der 90er Jahre vergeht kaum eine Woche, in der die bundesweite Presse nicht von einem Ärzteskandal berichtet. 2010 gab es eine medienwirksame Großraffia in Kliniken des Deutschen Roten Kreuzes, ein Jahr später in den Helios-Kliniken<sup>2</sup>. Erst im Januar 2013 wurde das Gesundheitszentrum der Berliner Charité mit Verdacht auf Abrechnungsbetrug von der Staatsanwaltschaft durchsucht.<sup>3</sup>

Der durch ärztlichen Abrechnungsbetrug verursachte Schaden kann nicht genau ermittelt werden, da das Dunkelfeld sehr hoch ist. Der von den staatlichen Stellen registrierte Schaden liegt bei 35,3 Mio. Euro.<sup>4</sup> Nach Schätzungen soll der Schaden zwischen sechs und zwanzig Mrd. Euro jährlich betragen.<sup>5</sup>

Einem Erfahrungsbericht aus der staatsanwaltschaftlichen Praxis über Betrug im Gesundheitswesen ist zu entnehmen, dass Ermittlungsverfahren aus dem Bereich des Gesundheitsmarktes die Strafverfolgungsbehörden „auf einen nach wie vor unbekanntem Kontinent führen, auf dem eine Orientierung meist mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist“.<sup>6</sup>

Dies liegt vor allem daran, dass eine strafrechtliche Einordnung und Beurteilung des Abrechnungsbetruges ohne eine Auseinandersetzung mit den komplexen Regelungen des vertragsärztlichen Abrechnungssystems nicht möglich ist. So kann insbesondere die Frage nach Geschädigtem und Schaden nur auf Grundlage des Sozialrechts beurteilt werden.

Im Folgenden wird daher zunächst das Abrechnungssystem dargestellt:

## B. Überblick über das vertragsärztliche Abrechnungssystem

### I. Rechtsbeziehungen der Beteiligten

Die Vergütung des Vertragsarztes ist grundlegend im fünften Buch des Sozialgesetzbuches geregelt. Die §§ 82 ff. SGB V bestimmen die Rechtsverhältnisse

*Das unübersichtliche Abrechnungssystem im Gesundheitswesen begünstigt betrügerische Handlungen durch Ärzte. Der Aufsatz behandelt, wie dies mit der Verflechtung von Strafrecht und Sozialrecht zusammenhängt.*

\*Die dem Aufsatz zu Grunde liegende Arbeit entstand im Rahmen des Schwerpunktseminars „Medizinstrafrecht“ bei Prof. Schöch (LMU München). Die Autorin bedankt sich bei Prof. Krüger (LMU München) für die Anregungen und die Korrekturen des Aufsatzes.

1 So Badle, Leiter der neuen Zentralstelle zur Bekämpfung von Betrug und Korruption im Gesundheitswesen, <http://www.fr-online.de/rhein-main/interview-mit-staatsanwalt-badletort-gesundheitsmarkt,1472796,3271290.html> (24.01.2013).

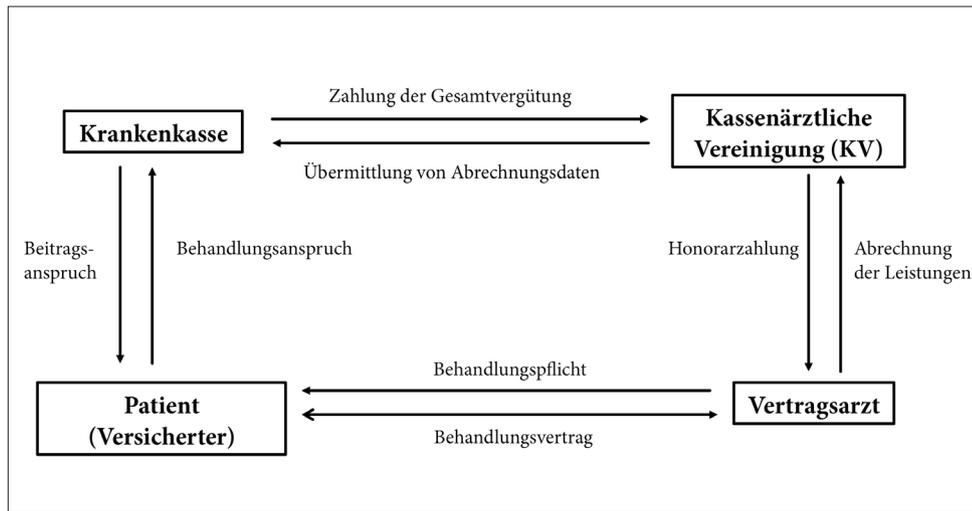
2 „Abrechnungsbetrug im Gesundheitswesen“ im Deutschen Ärzteblatt 2011: <http://www.aerzteblatt.de/archiv/97265> (24.01.2013).

3 „Schummeleien bei der Abrechnung“ in der FAZ: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/schummeleien-bei-der-abrechnung-aerzte-betruegereien-koennen-fuer-patienten-gefaehrlich-werden-12028751.html> (24.01.2013).

4 Bundeslagebild Wirtschaftskriminalität 2010, S. 18.

5 Transparency International, Jahrbuch Korruption 2006, Schwerpunkt: Gesundheitswesen, S. 33; 2011 bestätigt durch das European Healthcare Fraud and Corruption Network im Bericht „The Financial Cost of Healthcare Fraud“: [www.ehfcn.org/The-Financial-Cost-of-Healthcare-Fraud](http://www.ehfcn.org/The-Financial-Cost-of-Healthcare-Fraud) (24.01.2013).

6 Badle, NJW 2008, 1028.



zwischen den am Abrechnungssystem vier maßgeblich beteiligten Parteien. Dies sind die Vertragsärzte, die in der gesetzlichen Krankenkasse Versicherten, die Krankenkassen (KK) und die Kassenärztlichen Vereinigungen (KV).

Der Versicherte zahlt in die gesetzliche Krankenversicherung ein und erwirbt einen Anspruch gegen die Krankenkasse auf Krankenbehandlung in Form von Sach- und Dienstleistungen gem. §§ 2, 27 SGB V (sog. Sachleistungsprinzip).<sup>7</sup>

Die Krankenkassen schließen mit den KVen Verträge über die Erbringung der Leistungen und zahlen im Gegenzug dafür eine sog. Gesamtvergütung. Damit haben letztlich die KVen die Versorgung sicherzustellen (sog. Sicherstellungsauftrag).<sup>8</sup>

Die KVen wiederum erfüllen die aus den Verträgen erwachsenden Pflichten durch die Vertragsärzte, die in den KVen aufgrund Zwangsgliedschaft zusammengeschlossen sind.

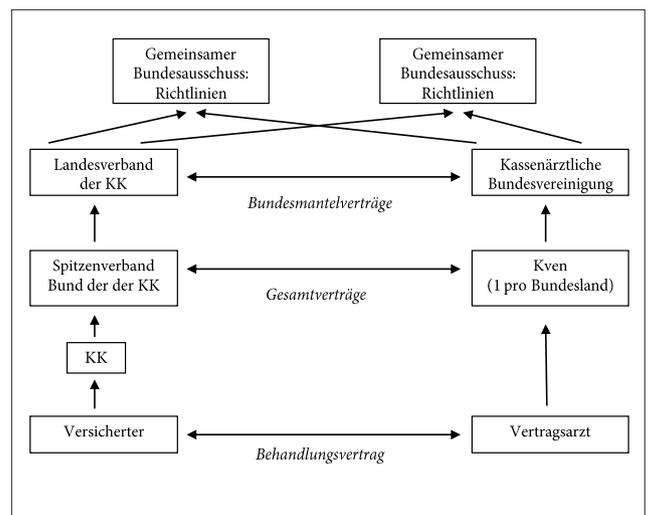
Der Vertragsarzt hat die Berechtigung und die Verpflichtung zur Behandlung der gesetzlich Versicherten, wofür ihm im Gegenzug ein Honoraranspruch gegen die KV zusteht.<sup>9</sup> Der KV kommt also die Honorarverteilungspflicht und die Pflicht zur Wahrnehmung der Rechte der Vertragsärzte gegenüber den Krankenkassen zu.<sup>10</sup>

Die Rechtsbeziehung zwischen Vertragsarzt und versichertem Patienten ist dahingehend umstritten, ob ein zivilrechtlicher Dienstvertrag oder eine öffentlich-rechtliche Beziehung besteht.<sup>11</sup> Für das Abrechnungssystem allein wichtig an dieser Rechtsbeziehung ist, dass dem Patienten für die Behandlung keine Zahlungspflicht gegenüber dem Arzt entsteht. Denn der Arzt stellt die erbrachte Leistung

der KV in Rechnung. Wesentliches Merkmal ist damit die Entkoppelung von Leistungs- und Vergütungsebene.<sup>12</sup> Diese „Entkoppelung“ und die damit einhergehende Intransparenz und Unübersichtlichkeit des Abrechnungssystems führen zu mannigfaltigen Chancen für betrügerisches Verhalten.

## II. Das Abrechnungssystem

Die rechtliche Grundlage für das Abrechnungssystem findet sich im SGB V als Rechtsrahmen, der durch ein 2-stufiges Vertragssystem ausgefüllt wird:<sup>13</sup> Auf Bundesebene gibt es die Bundesmantelverträge zwischen der Kassenärztlichen Bundesvereinigung und dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen, welche auf Landesebene durch die Gesamtverträge zwischen den Landesverbänden der Krankenkassen und den KVen ergänzt werden.



7 Hierzu und zum Folgenden: *Frister /Lindemann/Peters*, Arztstrafrecht, 1. Aufl. 2011, S. 117 ff.

8 *Hancock*, Abrechnungsbetrug durch Vertragsärzte, 1. Aufl. 2005, S. 76.

9 *Hancock* (Fn. 8), S. 98.

10 *Schiller* in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, 2. Aufl. 2006, S. 122.

11 *Krauskopf/Clemens* in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 27 Rn. 5.

12 *Schroth/Joost* in: Roxin/Schroth, Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl. 2010, S. 184.

13 *Frister* (Fn. 7), S. 118.

## 1. Prinzip der Gesamtvergütung

Die Krankenkassen zahlen vierteljährlich an die KVen mit befreiender Wirkung eine sog. morbiditätsbedingte Gesamtvergütung für alle ärztlichen Leistungen in einem Quartal, womit sämtliche Vergütungsansprüche von ihnen abgegolten sind.<sup>14</sup> Die Berechnung der Gesamtvergütung erfolgt gem. § 87a SGB V auf der Grundlage des einheitlichen Bewertungsmaßstabes (EBM) für die ärztlichen Leistungen, den die Kassenärztliche Bundesvereinigung mit dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen durch einen Bewertungsausschuss vereinbart. Der Wert einer ärztlichen Leistung bestimmt sich an der ihr zugeordneten Anzahl von Punkten (z.B. EBM-Ziffer 01410: Hausbesuch = 600 Punkte). Anhand dieses EBM wird von den KVen und den Landesverbänden der Krankenkassen jährlich der Behandlungsbedarf der Patienten als Punktzahlvolumen ermittelt.

Den Wert eines Punktes in Euro vereinbaren die KVen und die Landesverbände der Krankenkassen. Die Gesamtvergütung ergibt sich daher aus der Multiplikation der nach oben genannten Maßstäben errechneten Punktzahlvolumen mit dem Punktwert.

## 2. Der Honorarverteilungsmaßstab und die Besonderheit des Regelleistungsvolumens

Die von den Krankenkassen an die KV gezahlte Gesamtvergütung wird von dieser an die einzelnen Vertragsärzte gem. § 87b SGB V aufgeteilt. Ab 2012 haben die KVen wieder alleine auf Landesebene die Kompetenz, den Honorarverteilungsmaßstab festzulegen. Nach dem §87b SGB V n.F. wendet die KV den Verteilungsmaßstab an, der zuletzt im November 2012 mit Wirkung zum 01.01.2013 im Benehmen mit den Landesverbänden der Krankenkassen festgesetzt worden ist: Hiernach werden die vertragsärztlichen Leistungen von der KV auf Grundlage der regionalen Gebührenordnung vergütet. In Bayern ist dies die Bayerische Euro-Gebührenordnung, in der für jede ärztliche Leistung ein bestimmter Eurobetrag festgelegt ist.

Zur Verhinderung einer übermäßigen Ausdehnung der Tätigkeit der Vertragsärzte wurden arzt- und praxisbezogene Regelleistungsvolumina (RLV) eingeführt. Da nicht mehr als der Betrag der Gesamtvergütung an die Ärzte verteilt werden kann, ist das Ausgabevolumen für Ärzte nach oben gedeckelt. Die RLV haben die Funktion, die Leistungsmenge festzulegen, die einem Arzt oder einer Praxis in voller Höhe vergütet wird.

Für die darüber hinausgehenden Leistungen steht nur ein finanziell begrenzter Sondertopf zur Verfügung. Dieser wird durch die Gesamtpunktzahl der das RLV übersteigenden Leistungen geteilt. Somit errechnet sich für solche Leistungen nur noch ein meist erheblich geringerer Punktwert (System des „floatenden Punktwerts“).<sup>15</sup>

## III. Die Abrechnungsprüfung

Der Arzt reicht am Ende eines Quartals seine Abrechnungsunterlagen in der Regel elektronisch oder neuerdings per Internet bei seiner KV ein. Die KV überprüft zunächst gem. §106a SGB V unter Zuhilfenahme von EDV-Programmen die sachlich-rechnerische Richtigkeit der Honorarforderung und führt darüber hinaus auch eine sog. Plausibilitätsprüfung der Abrechnung auf Auffälligkeiten, die auf Abrechnungsmanipulation hinweisen, durch. Hierzu gehören zum Beispiel eine Überschreitung der möglichen Arbeitsstunden pro Tag, eine Abrechnung fachfremder Leistung sowie eine starke Anhäufung bestimmter Leistungen an einem Tag.<sup>16</sup>

Das Problem in Bezug auf diese Kontrollen ist, dass die Patienten die Richtigkeit der Abrechnung in der Regel nicht selbst überprüfen, da die Vertragsärzte nicht mit ihnen, sondern mit der KV abrechnen. Daher sind die dortigen Kontrollmechanismen oft die einzige Möglichkeit, um ärztliches Fehlverhalten aufzudecken. Dazu können aber nur grobe Prüfungsraster herangezogen werden, die nur sehr auffällige Verhaltensmuster aufdecken, da die KV anders als der Patient nicht überprüfen kann, was der Arzt wirklich geleistet hat. So fiel beispielsweise auf, dass einige Ärzte Tagesleistungen von bis zu 36 Stunden pro Arbeitstag abrechneten.<sup>17</sup> Geschicktere Manipulationen hingegen fallen durch das Raster.

Zudem wird gem. § 106 SGB V die Wirtschaftlichkeit der Leistungen auf Zweckmäßigkeit und Notwendigkeit überprüft. Nach Abschluss der sachlich-rechnerischen Prüfung erlässt die KV gegenüber dem Arzt einen Honorarbescheid unter Vorbehalt, da in der Regel bis dahin die Plausibilitäts- und Wirtschaftlichkeitsprüfung noch nicht abgeschlossen ist.<sup>18</sup>

## C. Typische Fallkonstellationen

Die Erscheinungsformen des Abrechnungsbetrugs sind äußerst vielfältig. Daher werden nun die typischen Fallkonstellationen vorgestellt:

### I. Abrechnung nicht erbrachter Leistungen sowie Falschdeklaration einer Leistung

Die Abrechnung tatsächlich nicht erbrachter Leistungen ist die häufigste Form der Falschabrechnung. Darunter fällt die Abrechnung einer nicht erbrachten fingierten „Luftleistung“<sup>19</sup>, einer nicht vollständig erbrachten oder einer an einem anderen Tag erbrachten Leistung. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Arzt über die tatsächlich erbrachte Leistung hinaus weitere EBM-Ziffern hinzufügt, eine falsche Diagnose einträgt oder Leistungen für bereits verstorbene Patienten abrechnet.<sup>20</sup>

<sup>16</sup> Freitag (Fn. 14), S. 60.

<sup>17</sup> Dessin, in: Der Kriminalist 2001, 400.

<sup>18</sup> Frister (Fn. 7), S. 134.

<sup>19</sup> Schmidt in: Ratzel/Luxenburger, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl. 2011, § 14 Rn. 150

<sup>20</sup> Hellmann/Herffs, Der ärztliche Abrechnungsbetrag, 1. Aufl. 2006, Rn. 113.

<sup>14</sup> Freitag, Ärztlicher und zahnärztlicher Abrechnungsbetrag im deutschen Gesundheitswesen, 1. Aufl. 2009, S. 48. Morbidität wird dabei definiert als ein Gesundheitsindikator, mit dem die Häufigkeit von Erkrankungen gemessen wird.

<sup>15</sup> Clemens in: Laufs/Kern (Fn. 11), § 34 Rn. 136.

Des Weiteren gehört zur Abrechnungsmanipulation auch die bewusste Falschbewertung einer erbrachten Leistung durch die unrichtige Zuordnung der Leistung zu einer Gebührensiffer (ein gewollter „Subsumtionsfehler“).<sup>21</sup> Hierzu gehört auch das sog. „Leistungssplitting“, bei dem eigentlich nicht gesondert abrechenbare Leistungen durch eine fiktive zeitliche Zäsur einzeln abgerechnet werden.<sup>22</sup>

## II. Abrechnung nicht persönlich erbrachter Leistungen

Falsch ist die Abrechnung einer Leistung auch, wenn der Arzt sie nicht persönlich, sondern durch einen anderen (z.B. das nichtärztliche Praxispersonal) erbringen lässt, obwohl diese Leistung nicht oder nicht so delegiert werden durfte.<sup>23</sup> Denn im Vertragsarztrecht gilt das sog. „Gebot der persönlichen Leistungserbringung“. Eine Delegation der Leistung ist zwar in einem engen Rahmen möglich, aber nur dann zulässig, wenn eine ständige Anleitung und Überwachung durch den Arzt erfolgt.<sup>24</sup>

## III. Abrechnung unwirtschaftlicher Leistungen

Voraussetzung der Abrechnungsfähigkeit einer Leistung ist die Einhaltung des gem. § 12 SGB V im Vertragsrecht geltenden Wirtschaftlichkeitsgebots.<sup>25</sup> Die Abrechnung einer unwirtschaftlichen Leistung ist daher unzulässig. Dazu gehört die Behandlung trotz fehlender medizinischer Indikation und die zwar medizinisch indizierte Behandlung, die aber in einer unwirtschaftlichen Art erbracht wird, indem zum Beispiel das Maß des Notwendigen überschritten oder die höher bewertete Alternative gewählt wird.<sup>26</sup>

## IV. Abrechnung unter Nichtberücksichtigung von Rabatten, Boni oder sonstigen Vergünstigungen

Stellt der Arzt höhere Kosten in Rechnung, als ihm tatsächlich entstanden sind, ist die Abrechnung falsch. Abrechenbar sind nämlich nur die tatsächlich anfallenden Kosten für Sachleistungen.<sup>27</sup> Wenn der Arzt von einer Herstellerfirma oder von Lieferanten Nachlässe für eine Bestellung (z.B. Verbandsmittel) erhält, dann muss er dies in der Abrechnung angeben.<sup>28</sup>

## V. Abrechnung unter Verstoß gegen vertragsarztrechtliche Vorschriften

Zuletzt kann eine Abrechnung auch fehlerhaft sein, wenn die Leistung vollständig und wirtschaftlich erbracht, dabei aber gegen vertragsarztrechtliche Vorschriften verstoßen wurde.<sup>29</sup> Dies liegt insbesondere vor, wenn die Voraussetzungen der Vertragsarztzulassung fehlen, Leistungen eines „selbstständigen Scheingesellschafters“ abgerechnet

werden, der sich aber in Wirklichkeit in einem verdeckten Angestelltenverhältnis befindet, oder bei fehlender vertragsärztlicher Zulassung über einen „Strohmann“ abgerechnet wird.<sup>30</sup>

## D. Der Tatbestand des Abrechnungsbetruges - § 263 StGB ?

Es gibt keine strafrechtliche Spezialregelung, die auf die Modalitäten des Abrechnungsbetruges zugeschnitten ist. Daher kann nur auf den allgemeinen Betrugstatbestand des § 263 StGB zurückgegriffen werden. Die Subsumtion wirft allerdings aufgrund der Verflechtung mit dem Sozialrecht gewisse Probleme auf, die im Folgenden beleuchtet werden.

### I. Der objektive Tatbestand

#### 1. Täuschung

Mit der Einreichung der Abrechnungsunterlagen bei der KV erklärt der Arzt konkludent, dass die Leistungen wie angegeben und entsprechend den rechtlichen Vorgaben erbracht wurden.<sup>31</sup>

Darüber hinaus muss jede Abrechnung zwingend eine formularmäßig vorgefasste und vom Arzt unterschriebene „Sammelerklärung“ enthalten, durch die er die sachliche Richtigkeit und Abrechenbarkeit der Leistungen garantiert.<sup>32</sup> Die durch das Sozialrecht geforderte Sammelerklärung führt damit zur Besonderheit, dass der Arzt bei einer falschen Abrechnung nicht nur konkludent, sondern ausdrücklich täuscht.

Es stellt sich die Frage, ob in der Geltendmachung einer nicht legitimierten Forderung eine Täuschung über Tatsachen liegt oder nur eine reine Äußerung einer Rechtsansicht. In jeder Geltendmachung einer Forderung liegt aber automatisch eine konkludente Behauptung des Sachverhalts, die der Forderung zugrunde liegt.<sup>33</sup> Stützt sich die Forderung des Arztes auf einen falschen Sachverhalt, so liegt eine Täuschung über Tatsachen vor. Ist der Sachverhalt allerdings richtig und der Arzt subsumiert ihn lediglich fehlerhaft, indem er die Rechtslage anders beurteilt, so liegt darin nur eine Rechtsansicht und keine Täuschung über Tatsachen.<sup>34</sup> Dies kann jedoch nur insoweit gelten, als die Rechtsansicht nicht eine bewusste Missachtung völlig eindeutiger Regelungen darstellt. Denn ein klarer Rechtstext wird als sog. institutionelle Tatsache anerkannt.<sup>35</sup>

Allerdings muss gesehen werden, dass die Gebührenordnung ein für Laien schwer durchschaubares Regelwerk darstellt, so dass schon die Annahme eines „klaren Rechtstexts“ durchaus hinterfragt werden könnte. Die Abrechnung anhand des EBM mit 1.400 Gebührennummern und über 16.000 Gebührenausschlüssen ist an Komplexität kaum mehr zu überbieten. So wäre mehr Normenklarheit

21 Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Aufl. 2008, S. 540.

22 Frister (Fn. 7), S. 146.

23 Schroth/Joost (Fn. 12), S. 188.

24 Peikert, MedR 2000, 352 (357).

25 Hancock (Fn. 8), S. 228.

26 Hellmann/Herffs (Fn. 21), Rn. 129.

27 Schroth/Joost (Fn. 12), S. 189.

28 Hellmann/Herffs (Fn. 21), Rn. 135.

29 Frister (Fn. 7), S. 164.

30 Herffs, wistra 2004, 281 ff.

31 Freitag (Fn. 14), S. 91.

32 BSG MedR 1998, 338; Steinhilper in: Schnapp/Wigge (Fn. 10), S. 502.

33 Schroth/Joost (Fn. 12), S. 191.

34 Frister (Fn. 7), S. 146.

35 Schroth/Joost (Fn. 12), S. 192.

durch eine klare Umschreibung der einzelnen Leistungen im EBM wünschenswert und würde auch dazu beitragen eine kriminogene Situation zu vermeiden.

## 2. Irrtum

Für die Frage des Irrtums muss zunächst der Vorgang der Abrechnungsprüfung innerhalb der KV beleuchtet werden.

Es ist zu ermitteln, bei welcher Person durch die Einreichung der Unterlagen ein Irrtum erregt wird. Denn die KV selbst kommt als Körperschaft des öffentlichen Rechts nicht als Subjekt des Irrtums in Betracht, da nur eine natürliche Person irren kann.

Voraussetzung für den Betrugstatbestand ist, dass Irrender und Verfügender personengleich sind.<sup>36</sup> Das Problem liegt jedoch darin, dass Prüfung und Verfügung unterschiedlichen Sachbearbeitern obliegt.

Der verfügende Sachbearbeiter erhält vom prüfenden Sachbearbeiter lediglich die Information, dass die sachliche Richtigkeit vorliegt und er die Verfügung vornehmen kann. Daher macht er sich nicht im Einzelnen Gedanken über die spezielle Prüfung im Einzelfall, sondern hat vielmehr das Vorstellungsbild, dass „alles in Ordnung“ sei.<sup>37</sup> Es ist allgemein anerkannt, dass dies im Sinne eines „sachgedanklichen Mitbewusstseins“ genügt.<sup>38</sup> So ist das sachgedankliche Mitbewusstsein laut BGH vor allem bei dem standardisierten, auf Massenerledigung angelegten Abrechnungsverfahren innerhalb der KV für die Annahme eines Irrtums ausreichend.<sup>39</sup> Dies ergibt sich hier gerade aus der besonderen Stellung von Kassenärzten; denn das ihnen durch die Kassenarztzulassung entgegengebrachte Vertrauen rechtfertigt erwartungsgemäß die Herabsetzung des Prüfungsumfanges seitens der Leistungsträger.

## 3. Vermögensverfügung

Durch den Irrtum muss der Getäuschte zu einer Verfügung über sein eigenes oder fremdes Vermögen veranlasst worden sein.

Dafür muss geklärt werden, in welcher Handlung des mehraktigen Abrechnungsprozesses konkret die Vermögensverfügung zu sehen ist und wessen Vermögen dadurch unmittelbar geschädigt wird.<sup>40</sup>

### a) Maßgebliche Handlung für die Vermögensverfügung

#### aa) Vermögensverfügung auf Seiten der Krankenkasse

Auf Seite der Krankenkasse findet keine für den Abrechnungsbetrag relevante Vermögensverfügung statt, da die Zahlung der Gesamtvergütung an die KV nicht irrtumsbedingt erfolgt.<sup>41</sup>

#### bb) Vermögensverfügung auf Seiten der KV

Als Vermögensverfügung der KV kommt letztlich nur der Erlass des Honorarbescheides an den Arzt sowie die konkrete Zahlungsanweisung der Verrechnungsstelle der KV in Betracht, da ab diesem Zeitpunkt die KV die Vermögensverschiebung nicht mehr ohne weiteres verhindern kann, so dass ein Vermögensschaden in Form eines Gefährdungsschadens eintritt.<sup>42</sup> Eine schadensgleiche Vermögensgefährdung liegt nämlich dann vor, wenn sie nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise bereits eine Verschlechterung der gegenwärtigen Vermögenslage bedeutet und sich daher schon als schadensbegründend erweist,<sup>43</sup> besonders wenn keine Möglichkeit mehr zur Verfügung steht, den Umschlag der Gefahr in den endgültigen Verlust zu verhindern.<sup>44</sup>

### b) Durch die Vermögensverfügung betroffenes Vermögen

Bei der Frage, welche Vermögensmasse durch die Verfügung betroffen ist, ist zu differenzieren, welche Leistung genau durch den Arzt falsch abgerechnet wurde:

#### aa) Leistungen innerhalb des Regelleistungsvolumens (RLV)

Handelt es sich um eine fehlerhaft abgerechnete Leistung, die innerhalb des RLV in voller Höhe vergütet wurde, und bewirkt diese, dass das RLV ausgeschöpft wird, dann ist zu berücksichtigen, dass dieser Anteil bei rechtmäßiger Abrechnung bei der KV verbleiben würde.<sup>45</sup> Fraglich ist aber, in wessen Vermögen die zu verteilende Gesamtvergütung fällt. Die KV könnte bei der Verteilung des Honorars über ihr eigenes Vermögen verfügen oder über das der übrigen Vertragsärzte.<sup>46</sup> Gem. § 85 IV SGB V verteilt die KV die Gesamtvergütung an die Vertragsärzte und verwaltet daher fremde Gelder nur treuhänderisch.<sup>47</sup> Die KV fungiert in Bezug auf die Gesamtvergütung lediglich als Verteilungsstelle, die Gesamtvergütung ist somit kein Teil ihres Vermögens.<sup>48</sup> Vielmehr steht das Vermögen der Gesamtvergütung der Gesamtheit der Vertragsärzte zu, das durch die KV nur verwaltet wird.<sup>49</sup> Dieser Geldbetrag, der bei richtiger Abrechnung nun bei der KV als Teil der Gesamtvergütung verbleiben würde, könnte durch die KV für die anderen Ärzte, die ihr RLV schon überschritten haben, verwendet werden.<sup>50</sup> Daher sind die übrigen ordnungsgemäß abrechnenden Ärzte, die über ihr RLV hinaus Leistungen erbracht haben, von der Fehlrechnung betroffen.<sup>51</sup>

42 Freitag (Fn. 14), S. 109.

43 Cramer/Perron in: Schönke/Schröder, Strafrechtsgesetz, 28. Aufl. 2010, § 263 Rn. 143.

44 Hefendehl, in: Schönemann, Strafrechtssystem und Betrug, 1. Aufl. 2002, S. 243.

45 Freitag (Fn. 14), S. 120.

46 Luig, Vertragsärztlicher Abrechnungsbetrag und Schadensbestimmung, 1. Aufl. 2009, S. 73.

47 OLG Koblenz, ArztR 2001, 165; Ellbogen/Wichmann, MedR 2007, 10 (13).

48 Freitag (Fn. 14), S. 113.

49 Schroth/Joost (Fn. 12), S. 194.

50 Freitag (Fn. 14), S. 120.

51 Frister (Fn. 7), S. 199; Dannecker/Streng, MedR 2011, 138.

36 Fischer, Strafrechtsgesetz, 59. Aufl. 2012, § 263 Rn. 70.

37 Vgl. zu diesem Absatz Hancock (Fn. 8), S. 140 f.

38 Schur in: Spickhoff, Medizinrecht, 1. Aufl. 2011, § 263 Rn. 24.

39 BGH NStZ 2007, 213 (215).

40 Frister (Fn. 7), S. 193.

41 Dannecker/Streng, MedR 2005, 137.

bb) Leistung außerhalb des RLV

In dem Falle, dass der Arzt aufgrund der fehlerhaften Abrechnung sein RLV überschreitet, ist auch hier die übrige Vertragsärzteschaft davon betroffen.<sup>52</sup> Das liegt an dem geschilderten System des „floatenden Punktwerts“, wonach für alle über das RLV hinausgehende Leistungen nur ein begrenzter Sondertopf zur Verfügung steht. Jede falsche Abrechnung verringert daher den Punktwert für alle Ärzte und geht somit zulasten ihrer Vergütung.

In beiden Fällen wird also die Vertragsärzteschaft geschädigt. Durch die Anonymität der Geschädigten wird der Betrug erheblich begünstigt.

#### c) Konstellation eines Dreiecksbetrugs

Beim Betrug müssen Verfügender und Geschädigter nicht identisch sein.<sup>53</sup> Verfügt der Getäuschte über fremdes Vermögen, wie hier der Sachbearbeiter der KV über das Vermögen der Ärzteschaft, spricht man von einem sog. Dreiecksbetrug.<sup>54</sup> Da der Sachbearbeiter die Befugnis hat, das von der KV verwaltete Geld zulasten der anderen Vertragsärzte auszuzahlen, liegt ein sowohl nach der Befugnis-, Nähe- und Lagertheorie ausreichend enges Näheverhältnis vor.<sup>55</sup>

#### 4. Vermögensschaden

Letztlich muss die Verfügung auch zu einem Vermögensschaden geführt haben.<sup>56</sup> Als Vermögen ist nach der herrschenden juristisch-ökonomischen Vermögenslehre die Summe aller wirtschaftlich wertvollen Positionen, die unter dem Schutz der Rechtsordnung stehen, anzusehen.<sup>57</sup> Beim Abrechnungsbetrug tritt, wie dargelegt, mit Erlass des Honorarbescheides und konkreter Zahlungsanweisung eine schadensgleiche Vermögensgefährdung ein, die sich durch die konkrete Ausschüttung des Honorars an den Arzt zu einem Schaden verfestigt.

Ein Vermögensschaden liegt also problemlos bei nicht oder nicht vollständig erbrachten, unwirtschaftlichen oder unter einer höherwertigen Nummer abgerechneten Leistungen vor, da keine Kompensation durch eine entsprechende Leistung gegeben ist. Ein Schaden entsteht auch bei der Abrechnung ohne Angabe von erhaltenen Rabatten und Boni, da ein zu hoher Preis angegeben wird.

#### a) Die streng formale Betrachtungsweise

Probleme bei der Ermittlung des Schadens wirft die Frage einer Kompensation bei falsch abgerechneten Leistungen auf, die zwar lege artis erbracht werden, aber gegen die formalen Vorschriften des Vertragsarztrechts verstoßen.<sup>58</sup> Darunter fallen die Erbringung einer Leistung durch den vermeintlichen Scheingesellschafter, der in Wirklichkeit als

Angestellter tätig ist, oder die Leistungserbringung durch einen Strohmann (vgl. 5. Fallkonstellation) sowie die nicht persönlich erbrachte Leistung, die als persönliche deklariert wird (vgl. 2. Fallkonstellation).

In diesen Fällen hat die ständige Rechtsprechung einen Vermögensschaden in Höhe des gesamten Betrages aufgrund der im Sozialrecht geltenden „streng formalen Betrachtungsweise“<sup>59</sup> angenommen, nach der eine Leistung insgesamt nicht erstattungsfähig ist, wenn sie nicht nach den vertragsärztlichen Vorschriften erbracht wurde.<sup>60</sup> Danach sei die kunstgerechte und an sich geldwerte Erbringung der Leistung unerheblich, da aufgrund der Rechtslage gar kein Honoraranspruch entstanden wäre.<sup>61</sup>

Diese Auffassung würde aber bedeuten, dass man über den Tatbestand des Betruges auch berufsordnungspolitische Zwecke schützt und ihn damit auf nicht vermögensrelevante Berufsordnungswidrigkeiten ausdehnt.<sup>62</sup>

Das BVerfG hat jedoch in seinem Beschluss vom Dezember 2011 in Bezugnahme auf seine Grundsatzentscheidung zur Untreue zum Betrug ausgeführt, dass das Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens die Betrugsstrafbarkeit begrenzt und den § 263 StGB als Vermögensdelikt kennzeichnet.<sup>63</sup> Normative Erwägungen können eine Rolle spielen, sie dürfen aber wirtschaftliche Überlegungen nicht verdrängen oder überlagern.<sup>64</sup>

Auch der Großteil der Literatur<sup>65</sup> wendet sich gegen die streng formale Betrachtungsweise, da Schutzgut des § 263 StGB das Vermögen ist, nicht aber die Wahrnehmung sozialrechtlicher Steuerungs- und Lenkungsaufgaben.

Dies wird auch deutlich bei einem Vergleich mit den besonderen Betrugstatbeständen der § 264 und § 265 StGB, die anders als der § 263 StGB auch überindividuelle Rechtsgüter schützen. Es stellt sich die Frage, ob die Rechtsprechung die Befugnis besitzt, einen Tatbestand des Sozialversicherungsbetruges über den § 263 StGB zu erschaffen.

Der Große Senat für Strafsachen hat in einem Aufsehen erregenden Beschluss<sup>66</sup> (zwar hier zur Korruptionsstrafbarkeit von Vertragsärzten) am Schluss angemerkt, dass das Anliegen, gravierenden Missständen mit den Mitteln des Strafrechts effektiv entgegenzutreten, grundsätzlich berechtigt sei. Die Anwendung bestehender Strafvorschriften, deren Tatbestandsstruktur jedoch diese Verhaltensweisen nicht erfasse, sei der Rechtsprechung versagt. Es sei vielmehr Aufgabe des Gesetzgebers, die gesetzlichen Grundlagen zu schaffen.

Dieser Einwand lässt sich auch auf die Anwendung der streng formalen Betrachtungsweise übertragen. In diesem

52 Freitag (Fn. 14), S. 120.

53 Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT 2, 34. Aufl. 2011, Rn. 637.

54 Ellbogen/Wichmann, MedR 2007, 10 (13).

55 Hancok (Fn. 8), S. 176 und 182. Zu den Theorien vgl. Fischer (Fn. 36), § 263 Rn. 81 ff.

56 Cramer/Perron in: Schönke/Schröder (Fn. 44), § 263 Rn. 78.

57 Cramer/Perron in: Schönke/Schröder (Fn. 44), § 263 Rn. 82.

58 Schroth/Joost (Fn. 12), S. 195.

59 BSGE 74, 154 (158).

60 BGH NStZ 1995, 86.

61 Schroth/Joost (Fn. 12), S. 196.

62 Stein, MedR, 2001, 131.

63 NStZ 2012, 496 (Rn. 174).

64 BVerfGE 126, 170 (Rn. 112).

65 Schneider in: Wienke/Janke/Kramer, Der Arzt im Wirtschaftsstrafrecht, 1. Aufl. 2011, S. 57 ff.; Ellbogen/Wichmann, MedR 2007, 10 (14); Luig (Fn. 47), S. 121 ff.; Ulsenheimer in: Laufs/Kern (Fn. 11), § 151 Rn. 20 ff.; Herffs, wistra 2004, 281 ff.

66 BGH NStZ 2012, 505.

Fall ist entweder eine neue Norm mit dem Schutzzweck der sozialrechtlichen Regelungen zu schaffen oder gänzlich auf das scharfe Schwert des Strafrechts zu verzichten.

Strafrecht kann nur ultima ratio sein. Es ist nicht notwendig den § 263 StGB so auszuweiten, da bei einem Verstoß gegen die zulassungsrechtlichen und abrechnungsrechtlichen Regelungen einem Vertragsarzt auch Maßnahmen nach den Disziplinarordnungen sowie berufsgerichtliche Verfahren der Ärztekammern bis hin zur Entziehung der Kassenzulassung drohen. Sanktionslücken würden also auch ohne Anwendung des Strafrechts nicht entstehen.

Trotz zwischenzeitlicher Zweifel an der eigenen Rechtsprechung<sup>67</sup> hält der BGH in seiner Entscheidung vom Januar 2012 - unbeeindruckt vom Beschluss des BVerfG - ausdrücklich an einer streng normativen Betrachtungsweise fest.<sup>68</sup> Er stellt nach wie vor darauf ab, dass nur solche Arbeitsleistungen werthaltig sind, die legitimer Weise abgerechnet werden dürfen. Der Leistung kann laut BGH mangels Abrechenbarkeit kein maßgeblich wirtschaftlicher Wert zugesprochen werden. Eine Kompensation findet daher mangels Werthaltigkeit der erbrachten Leistung nicht statt.

Dieses Urteil kann als „Kamefansage mit verfassungswidrigem Inhalt“ gesehen werden, denn der BGH übergeht den hierin liegenden Verstoß gegen die Rechtsprechung des BVerfG und behält damit eine verfassungswidrige Spruchpraxis bei.<sup>69</sup>

Bestätigt hat der BGH jedoch seine Rechtsprechung noch im gleichen Jahr im „Münchener Apothekenfall“<sup>70</sup>, in dem er auch hier unter Berufung auf sein oben genanntes Urteil bei der Schadensbestimmung eine saldierende Kompensation mangels Abrechenbarkeit der Leistung ausschließt.

Damit entfernt sich der BGH durch exzessive Normativierung des Schadensbegriffes von dessen wirtschaftlichen Ausgangspunkt und führt zu einer vom BVerfG verbotenen Verschleifung.<sup>71</sup> Es bleibt abzuwarten, ob diese Urteile dem verfassungsrechtlichen Fallbeil zum Opfer fallen werden.<sup>72</sup>

#### *b) Schadensermittlung anhand von Hochrechnung*

Eine Besonderheit beim Abrechnungsbetrug ist die Bestimmung der Schadenshöhe durch Hochrechnung. Eine Quartalsabrechnung umfasst regelmäßig mehrere tausend Einzelposten, wodurch eine genaue Schadensbestimmung erhebliche Probleme bereitet und oft, wenn überhaupt, nur sehr schwer und unter außerordentlichen Aufwand möglich ist, insbesondere wenn es um einen längeren Zeitraum geht.<sup>73</sup> Daher entschärft die Rechtsprechung diese Beweisschwierigkeiten, indem der BGH unter bestimmten Voraussetzungen die Hochrechnung, ausgehend von einem exakt ermittelten Quartal, auf alle weiteren Quartale

billigt.<sup>74</sup> Zwar ist dies nur sehr eingeschränkt bei typisierten Verhaltensmustern und bei einem gleichbleibenden Abrechnungsverhalten zulässig, dennoch bestehen gegen diese Vorgehensweise Bedenken hinsichtlich der Amtsaufklärungspflicht gem. § 244 II StPO und des Zweifelsatzes.<sup>75</sup> Denn trotz der strengen Beschränkung auf sich wiederholende Verhaltensmuster kann so niemals gewährleistet werden, dass die Schadensermittlung repräsentativ für das fehlerhafte Abrechnungsverhalten des Arztes verläuft.

Trotz vorstehender Bedenken hat das BVerfG in seinem Beschluss zum Betrug<sup>76</sup> diese Art von Schadenshochrechnung als verfassungsgemäß anerkannt: Eine exakte Bezifferung kann bei bestehenden Unsicherheiten durch die vorsichtige Schätzung eines Mindestschadens ersetzt werden, wobei eine normativ-wirtschaftliche Tragfähigkeit die Mindestanforderung darstellt.

## **II. Der subjektive Tatbestand**

Weiterhin muss der Arzt vorsätzlich und in Bereicherungsabsicht gehandelt haben, wobei sich der Vorsatz nicht darauf beziehen muss, wer letztlich Geschädigter ist.<sup>77</sup>

Für den Vorsatz ausreichend ist, dass er die Unwahrheit der behaupteten Tatsache für möglich hält und billigend in Kauf nimmt (dolus eventualis), indem er den sozialen Sinn der Falschabrechnung im Rahmen einer Parallelwertung in der Laiensphäre erfasst.<sup>78</sup>

Im Strafverfahren ist aber der Nachweis des Vorsatzes schwer feststellbar. Der Arzt versichert zwar durch die Sammelerklärung schriftlich, die Leistungen vollständig und abrechenbar erbracht zu haben. Fraglich ist aber, ob dadurch schon der Vorsatz nachgewiesen werden kann. Denn es ergeben sich erhebliche Schwierigkeiten bei der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit durch das hochkomplexe und intransparente Abrechnungssystem, insbesondere wegen der auslegungsbedürftigen Leistungsbeschreibungen und deren Zuordnung unter einzelne Gebührentatbestände. Nicht jede falsche Abrechnung ist automatisch ein betrügerisches Vorgehen.<sup>79</sup> Der Arzt, der auf eine nachvollziehbare Art und Weise von der Abrechenbarkeit der Leistung ausgeht, handelt nicht vorsätzlich.<sup>80</sup>

Das Vorliegen der Garantie der richtigen Abrechnung durch die Sammelerklärung ist also gerade kein Kriterium für die Beurteilung des Vorsatzes.

## **E. Zusammenfassung**

Der Abrechnungsbetrug ist trotz seiner Besonderheiten durch die Verflechtung mit dem Sozialrecht allgemein unter den § 263 StGB zu subsumieren. Geschädigte sind dabei nicht die Versicherten oder die KVen, sondern die restliche Vertragsärzteschaft.

67 BGH NJW 2003, 1198 (1200).

68 BGH NJW 2012, 1377.

69 Dann, NJW 2012, 2001.

70 BGH PharmR 2013, 41.

71 Tiedemann, JZ 2012, 525 (528).

72 Krüger, PharmR 2013, 41 (49).

73 Schroth/Joost (Fn. 12), S. 198.

74 BGH NStZ 1990, 197.

75 Frister (Fn. 7), S. 206; ausführlich dazu Luig (Fn. 47), S. 220.

76 BGH NStZ 2012, 496.

77 Wessels/Hillenkamp (Fn. 54), Rn. 578a.

78 Frister (Fn. 7), S. 207.

79 Kondziela, Kriminalistik 2004, 377 (384).

80 Ulsenheimer in: Laufs/Kern (Fn. 11), § 151 Rn. 31.

Eine Ausnahme bildet allerdings die Fallkonstellation, in der die Leistung zwar lege artis erfolgt, allerdings unter Verstoß gegen sozialrechtliche Regelungen. Hier lässt sich mit Recht die Überlegung anstellen, ob es an einem relevanten Vermögensschaden scheitert.

#### **F. Fazit und Ausblick**

Das deutsche Gesundheitssystem stellt sich mit seinen komplexen sowie vielschichtigen Strukturen und seiner Intransparenz als besonders anfällig für Missbrauch und betrügerische Verhaltensweisen dar.

Nur eine verstärkte Kontrolle und strafrechtliche Sanktionierung scheint aber zur Betrugsbekämpfung nicht ausreichend. Die eigentliche Problematik liegt in der systemimmanenten Trennung von Leistungs- und Vergütungsebene und den komplizierten Geldflüssen im sozialrechtlichen Abrechnungssystem, die dazu führen, dass es kein klares Verhältnis zwischen Leistungserbringung und anschließender Entlohnung gibt.

Ohne eine grundlegende Lichtung des „sozialrechtlichen Regelungsdschungels“ wird die strafrechtliche Problematik andauern. Eine reine Bekämpfung durch Strafverfolgung wirkt nicht effektiv gegen Abrechnungsbetrug, da die Grundlage, die den Betrug ermöglicht, weiter bestehen bleibt: Das viel zu komplizierte Abrechnungssystem.

Auch ist es nicht Aufgabe des Strafrechts, die Einhaltung aller sozialrechtlicher Abrechnungsregelungen zu überwachen und bei einem Verstoß zu sanktionieren.

Angesichts der engen Verflechtung von Sozialrecht und Strafrecht im Bereich des Abrechnungsbetruges ist eine wirksame Betrugsbekämpfung nur Hand in Hand mit einer Vereinfachung des Sozialrechts möglich.