

Subjektive Verteidigungsansätze gegen Vorwürfe des „Abrechnungsbetrugs“

Dr. Oliver Pragal, LL.M. (Cape Town)
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Strafrecht

24. Frühjahrstagung Medizinrecht
vom 19. – 20. April 2024 in Erfurt



Deutscher**Anwalt**Verein
Arbeitsgemeinschaft
Medizinrecht

Wirtschafts
Straf | **Recht**

- I. Einleitung
- II. typische Fallgruppen
- III. Exkurs: neue Tendenzen zum formalen Schadensbegriff
- IV. zum Tatbestandsmerkmal der Bereicherungsabsicht
- V. Verteidigungsansätze in der Praxis

I. Einleitung



Großrazzia in Hamburg: Firma soll Millionenbetrug mit Krebsmedikamenten organisiert haben © Lucas Wahl

Von Oliver Hollenstein

Die Herstellung von Infusionen zur Krebsbehandlung ist hoch lukrativ. Der deutsche Marktführer auf diesem Geschäftsfeld steht unter Verdacht, Ärzte bestochen zu haben. Während der größten Razzia, die in Hamburg je von der Wirtschaftsstaatsanwaltschaft angeordnet wurde, haben rund 400 Polizisten am Dienstagmorgen die Firma ZytoService und knapp 50 Objekte im Umfeld des Unternehmens durchsucht...

© Zeit-Online <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2019-12/grossrazzia-hamburg-krebsmedikamente-betrug-enthuellung>

II. typische Fallgruppen

- Abrechnung nicht / nicht persönlich erbrachter oder nicht indizierter oder zu einem anderen Zeitpunkt erbrachter Leistungen
- Abrechnung von erbrachten Leistungen unter Verstoß z.B. gegen „Verfahrensvorschriften“,
- Abrechnung von Leistungen ohne erforderliche Qualifikation, ohne vertragsärztliche Zulassung oder ohne Approbation bzw. durch Assistenten ohne Einzelanordnung,
- unzulässige Zusammenarbeit von Leistungserbringern und Vertragsärzten (vgl. §§ 73 Abs. 7, 128 SGB V, § 11 Abs. 1 ApoG, § 31 MBO-Ä, §§ 299a/b StGB),
- Urkundenfälschung, z.B. Verordnungs-, Rezept- oder Zertifikatsfälschung.

Schwerpunkt des Vortrags:

- nicht offensichtliche, „dreiste“ Betrugsfälle („Luftabrechnungen“),
- sondern „Strafbarkeitskonstrukte“, also z.B. formaler Schaden infolge Verstoßes gegen § 128 Abs. 2 SGB V
- Beispiel:
 - Onkologen erhalten von der sie beliefernden Zyto-Apotheke selbst entwickelte Praxis-Software / 100 € je Datensatz für Studie
 - StA hält Lizenzgebühren für zu gering / Vergütung für zu hoch (Zuweiserprämie)
 - Betrugsvorwurf wegen Verstoß gegen § 128 Abs. 2 SGB V, § 11 Abs. 1 ApoG
 - „Gesamtschaden“: 19 Mio. €

III. Exkurs: neue Tendenzen zum formalen Schadensbegriff

- *Wolk*, Normative Schadensbestimmung in der GKV, Diss. (2023)
- *Wolk/Prütting*, medstra 2023, S. 289 ff.

Autor:	Tom Wolk, Jens Prütting
Dokumenttyp:	Aufsatz
Literaturnachweis:	medstra 2023, 289-296 JURIS
Quelle:	 C.F.Müller GmbH, Heidelberg
Fundstelle:	medstra 2023, 289-296
Zitiervorschlag:	Wolk/Prütting, medstra 2023, 289-296

Zur Vergütungs- und Betrugsrelevanz von Verstößen gegen sozialrechtliche Kooperationsverbote am Beispiel des § 128 SGB V
(§ 128 SGB V)

Tom Wolk / Professor Dr. Jens Prütting, LL.M., Bucerius Law School, Hamburg*

IV. Zum Tatbestandsmerkmal der Bereicherungsabsicht

1. Objektiver Betrugstatbestand

- Täuschung
- Irrtum
- Vermögensverfügung
- Vermögensschaden

2. Subjektiver Betrugstatbestand

- Vorsatz
- Absicht der rechtswidrigen + stoffgleichen Bereicherung
 - Absicht („dd 1“) bzgl. Vermögensvorteil (Motiv)
 - Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils: objektives (!) Tatbestandsmerkmal:
 *fälliger + einredefreier Anspruch auf die Leistung nach bürgerlichem oder öffentlichem Recht (BGH NStZ 1988, 216)?*
 - Vorsatz (Eventualvorsatz genügt)

2. Subjektiver Betrugstatbestand

Wichtige Konsequenzen:

- ⚠ ein Irrtum über das Bestehen eines Anspruchs / die Rechtswidrigkeit der Leistungserbringung bzw. -abrechnung ist ein Tatbestandsirrtum (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB)
- ⚠ ein Irrtum ist nicht bereits ausgeschlossen, wenn der Täter die Fakten kennt: Parallelwertung in der Laiensphäre erforderlich
- ⚠ auf die Vermeidbarkeit des Irrtums (vgl. § 17 StGB) darf es nicht ankommen („*geirrt ist geirrt!*“)

3. Rechtsprechung (allgemein) - 1/2

- **Urteil des vom 17.10.1996 - 4 StR 389/96** (Abwehr eines unberechtigten Anspr.)

*„Im umgekehrten Fall, in dem der erstrebte Vermögensvorteil tatsächlich objektiv rechtswidrig ist, der Täter ihn aber fälschlicherweise für rechtmäßig hält, ist ein **Tatbestandsirrtum** i.S. des § 16 I 1 StGB gegeben (...)“*

- **Beschluss des BGH vom 9. 7. 2003 - 5 StR 65/02** (rückdatierte Vollmachten)

*„Nach der Rechtsprechung des BGH reicht ein Schluss von dem äußeren Tatablauf auf die innere Tatseite nämlich dann nicht ohne weiteres aus, wenn die Annahme eines auch bedingten Vorsatzes ein **normatives Verständnis des Täters** voraussetzt, das nicht ohne weiteres unterstellt werden kann.“*

3. Rechtsprechung (allgemein) - 2/2

- OLG Bamberg, Beschluss vom 26.11.1981 - BGH NJW 1982, 778 („3 %-Regel“)

„Das gilt nicht nur dann, wenn sich der Täter in tatsächlicher Hinsicht einen Sachverhalt vorstellt, der ihm einen materiellrechtlichen Anspruch auf den erstrebten Vorteil gibt, sondern auch, wenn er die materielle Rechtslage verkennt und deshalb annimmt, sein Verlangen sei berechtigt und stehe mit dem materiellen Recht in Einklang.“

4. Rechtsprechung (Medizinrecht) – 1/5

➤ **Beschl. des BGH vom 25. 1. 2012 – 1 StR 45/11**

„Nach ständiger Rechtsprechung genügt es für den Betrugsvorsatz, dass der Täter die schadensbegründenden Umstände kannte. Entscheidend ist, ob er in der Annahme gehandelt hat, eine Zahlung in der geltend gemachten Höhe beanspruchen zu können.“

- Aussage des Arztes, er habe „das Geld benötigt“, sonst wäre ihm „der Praxisumsatz zu abrupt eingebrochen“

4. Rechtsprechung (Medizinrecht) – 2/5

- Urt. des BGH vom 20.02.2013 – 1 StR 320/12 („Neulandmethode zur Leberzellentransplantation“)

„Auf die hinzutretenden gewichtigen Bedenken, die auch gegen die Annahme einer von den Angekl. erstrebten rechtswidrigen Bereicherung sprechen – etwa das parallel geführte InEK-Verfahren und die bereits mehr als eineinhalb Jahre währende Dauer der Anwendung der Methode an 30 Patienten – kommt es mithin nicht mehr an.“

- Nachsichtige Entscheidung: Ärzte hatten „bewusst wahrheitswidrig die Abrechenbarkeit ihrer Behandlung vorgespiegelt, obwohl sie wussten, dass diese nicht vom Leistungsspiegel der Krankenversicherung erfasst war“

4. Rechtsprechung (Medizinrecht) – 3/5

- Urt. des BGH vom 10.12.2014 – 5 StR 136/14 („Zytostatika“)
 - Herst. von Zytostatika mittels importierter, nicht zugelassener Ausgangsstoffe
 - irrige Annahme, es handele sich um die Herstellung von zulassungsfreien Rezepturarzneimitteln (und nicht um Fertigarzneimittel)
 - LG: „In jedem Fall liege aber *aufgrund einer Verkennung der Rechtslage* ein als *Tatbestandsirrtum* zu behandelnder Irrtum über die *Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils* vor.“
 - BGH bejahte Tatbestandsirrtum bzgl. Bereicherungsabsicht

4. Rechtsprechung (Medizinrecht) – 4/5

- „(...) *eine Kenntnis der Angeklagten von Tatsachen*, die anknüpfend an die arzneimittelrechtliche Abgrenzung der Begriffe von Fertig- und Rezepturarzneimittel das (Fort-)Bestehen einer Zulassungspflicht für den Ausgangsstoff der erworbenen Zytostatika und damit eine fehlende Verkehrsfähigkeit des Endprodukts der Zubereitungen begründen könnten, *reicht hier für den Vorsatz nicht aus*. Vielmehr handelt es sich bei einer aus der fehlenden Zulassung der verarbeiteten Zytostatika resultierenden *Nichtabrechenbarkeit um eine rechtliche Tatsache*, die unmittelbares Bezugsobjekt der Tatbestandsmerkmale Täuschung und Irrtum *und zugleich Bedingung für die Rechtswidrigkeit der mit der Abrechnung erstrebten Bereicherung ist.*“

4. Rechtsprechung (Medizinrecht) – 5/5

- **Beschl. des OLG Stuttgart vom 6.8.2019 - 4 Ws 151/19**
(Nichteröffnungsbeschluss)
 - hautärztliche Behandlung von Feuermalen („Naevi flammei“) bewusst falsch abgerechnet
 - KV: wiederholte Abrechnung einer Laserbehandlung desselben Hautareals generell – also lebenslang – ausgeschlossen.
 - Ärzte: nur wiederholte Abrechnung der Laserbehandlung derselben Fläche im selben Quartal unzulässig
- aber „Vermeidbarkeitskriterium“ i.S.d. § 17 Abs. 1 StGB (*„Dieser Auffassung durften sie auch sein.“*)

5. Literatur – 1/2

➤ *Steenbreker*

- Parallelwertung in der Laiensphäre kompliziert
- Vorsatz entfällt, wenn der Abrechnende sich einen von der Rechtsordnung anerkannten Anspruch vorstellt

➤ *Magnus*

- kein Vorsatz, „wenn Arzt seine Abrechnung **aus nachvollziehbaren Gründen** für korrekt halte, trotz Zweifeln an der Richtigkeit der Abrechnungen“
- z.B. Irrtum über Abrechenbarkeit einer EBM-Ziffer, sofern der Vorsatz fehle ***und ein Fahrlässigkeitsvorwurf ausscheide.***

5. Literatur – 2/2

➤ *Beukelmann*

- Tatbestandsirrtum, wenn Täter den erstrebten, objektiv rechtswidrigen Vermögensvorteil irrig für rechtmäßig hält.

6. Stellungnahme

- Rspr. / Lit. uneinheitlich: teils „großzügig“, teils „Vermeidbarkeitskriterium“
- „Strafbarkeitskonstrukte“ werden dennoch vielfach unter Verweis auf „formalen Schaden“ unabhängig von der „Gutgläubigkeit“ der Akteure als Betrug verfolgt :
 - z.B. s.o. Beispielsfall der Zyto-Apotheke (§ 128 Abs. 2 S. 1 SGB V)
- „Parallelwertung in der Laiensphäre“: unklar und unzureichendes Restriktionsmerkmal

7. Eigene These

- bzgl. der Rechtswidrigkeit der Bereicherung muss **sicheres Wissen i.S.d. dolus directus 2. Grades** vorliegen
- wegen Komplexität / Fehleranfälligkeit des Abrechnungswesens ist die geringe Schwelle des Eventualvorsatzes („für möglich halten / billigend in Kauf nehmen“) viel eher als in anderen Kontexten erfüllt
- zudem Regel- / Ausnahmeverhältnis: grundsätzlich besteht ein Anspruch, dieser wird lediglich in Einzelfällen ausgeschlossen (§ 11 Abs. 1 ApoG, 128 Abs. 2 S. 2 SGB V)
- Täuschung / Vorsatz / Schaden sind keine effektiven Restriktionskriterien wegen normativer Erwartungen / „Garantiefunktion“

V. Verteidigungsansätze in der Praxis – 1/4

- Erläuterung der dogmatischen Grundlagen (§ 16 StGB!)
- Hervorhebung
 - der „Parallelwertung in der Laiensphäre“
 - oder aber – wie hier vorgeschlagen – des Erfordernisses des sicheren Wissens i.S.d. *dolus directus* 2. Grades hinsichtlich der Nichtabrechenbarkeit
- Vergleich **Steueranspruchstheorie** (BGH 1 StR 347/18)
 - zum Vorsatz der Steuerhinterziehung gehört, dass der Täter den Steueranspruch dem Grunde und der Höhe nach kennt oder zumindest für möglich hält und ihn auch verkürzen will
 - irrige Annahme des Fehlens eines Steueranspruchs ist Tatbestandsirrtum, der gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB den Vorsatz ausschließt

V. Verteidigungsansätze in der Praxis – 2/4

- Irrtum über die Arbeitgeberbereiensehaft bei § 266a StGB (BGH NJW 2019, 3532, 3533)
 1. Vorsatz ist bei pflichtwidrig unterlassenem Abführen von Sozialversicherungsbeiträgen (§ 266 a I und II StGB) nur dann anzunehmen, **wenn der Täter auch die außerstrafrechtlichen Wertungen des Arbeits- und Sozialversicherungsrechts – zumindest als Parallelwertung in der Laiensphäre – nachvollzogen hat**, er also seine Stellung als Arbeitgeber und die daraus resultierende sozialversicherungsrechtliche Abführungspflicht zumindest für möglich gehalten und deren Verletzung billigend in Kauf genommen hat.
 2. Irrt der Täter über seine Arbeitgeberstellung oder die daraus resultierende Pflicht zum Abführen von Sozialversicherungsbeiträgen, liegt ein **Tatbestandsirrtum** vor; **an seiner entgegenstehenden, von einem Verbotsirrtum ausgehenden Rechtsprechung hält der Senat nicht fest.**

V. Verteidigungsansätze in der Praxis – 3/4

- Ausschöpfung des Sachverhalts
 - Vorlage interner Kommunikation (z.B. E-Mails innerhalb einer Praxis zu Abrechnungsthemen ohne „dolose Konnotation“ / „Geheimniskrämerei“)
 - Vorlage der Kommunikation gegenüber Patienten (z.B. Merkblatt in Orthopädiepraxis mit Hinweisen auf Physiotherapeuten in der Umgebung zur Entkräftung eines Verstoßes gegen §§ 73 Abs. 7, 128 Abs. 2 S. 1 SGB V bzgl. der im Hause belegten Physio-Praxis)
 - Offenlegung erfolgter rechtlicher Beratung
 - Offenlegung von zustimmenden Bewertungen der Ethikkommission in Bezug auf Studien mittels an Onkologen zu vergütende Datensätze zur Entkräftung eines Verstoßes gegen §§ 73 Abs. 7, 128 Abs. 2 S. 1 SGB V

V. Verteidigungsansätze in der Praxis -4/4

- Hinweis auf wirtschaftlich vergleichbare und rechtmäßige Alternativkonstrukte (Bspl.: zahnärztliches Eigen- versus Fremdlabor im Besitz des Zahnarztes).
- Hinweis auf Veröffentlichungen von Berufs- bzw. Fachverbänden (z.B. Stellungnahme zum E-Rezept, in dem die Üblichkeit der Ausstellung der Muster 16 Verordnungsblätter bei der Zytostatika-Herstellung erst nach erfolgter Applikation bestätigt wird).
- Schließlich z.B. in Fällen der §§ 73 Abs. 7, 128 Abs. 2 S. 1 SGB V der Hinweis auf einen (Tatbestands-)Irrtum z.B. bzgl. der Bewertung der Überlassung von Geräten als „verbilligt“.

A photograph of two men in suits and glasses, likely lawyers, in a professional setting. One man is seated and looking towards the camera, while the other is standing and looking slightly away. The background features a window with red curtains and a lamp.

**PRAGAL
PRINZENBERG**
Rechtsanwälte

Wirtschafts- | Strafrecht

PRAGAL & PRINZENBERG

Brooktorkai 20
20457 Hamburg

mail@pragal-prinzenberg.de
pragal-prinzenberg.de