

Statement Symposium DGfK e.V.

**Effektiver Schutz des Vertragsarztrechts oder
Kriminalisieren vertragsärztlicher Gestaltungen?**

25. März 2021

Professor Dr. iur. Karsten Gaede, Bucerius Law School

Übersicht

- I. Status Quo – der fit gemachte Betrug
- II. Vertragsarztrecht – ein Thema des Wirtschaftsstrafrechts?
- III. Überdehnungen – notwendige Restriktionen



I.

Status Quo – der fit gemachte Betrug

Untreue? Passt immer.

- Tathandlung: **Abweichung von beliebigen nicht-strafrechtlichen Rechtsmaßstäben, deren Auslegung oft umstritten ist**, begründete die **Pflichtverletzung**
- Taterfolg: **Vermögensnachteil** ließ sich auch **aus normativen Wertungen** („nach Art eines Spielers“) und Gefährdungsprognosen herleiten

Abrechnungsbetrug? Passt immer.

- Tathandlung: **Abweichung von beliebigen nicht-strafrechtlichen Rechtsmaßstäben**, deren *Auslegung oft umstritten ist*, begründet die **(konkludente) Täuschung**, obschon NUR die Täuschung über Tatsachen tatbestandsmäßig sein darf
- Taterfolg: **Vermögensschaden** lässt sich über streng sozialrechtsakzessorische Betrachtung herleiten, keine wirtschaftliche Bewertung oder Differenzierung nach den Gründen für den sozialrechtlichen Ausschluss
- Zusätzlich: Irrtum durch normative Vorstellungsbilder und eingeschränkte Feststellungsanforderungen geschliffen

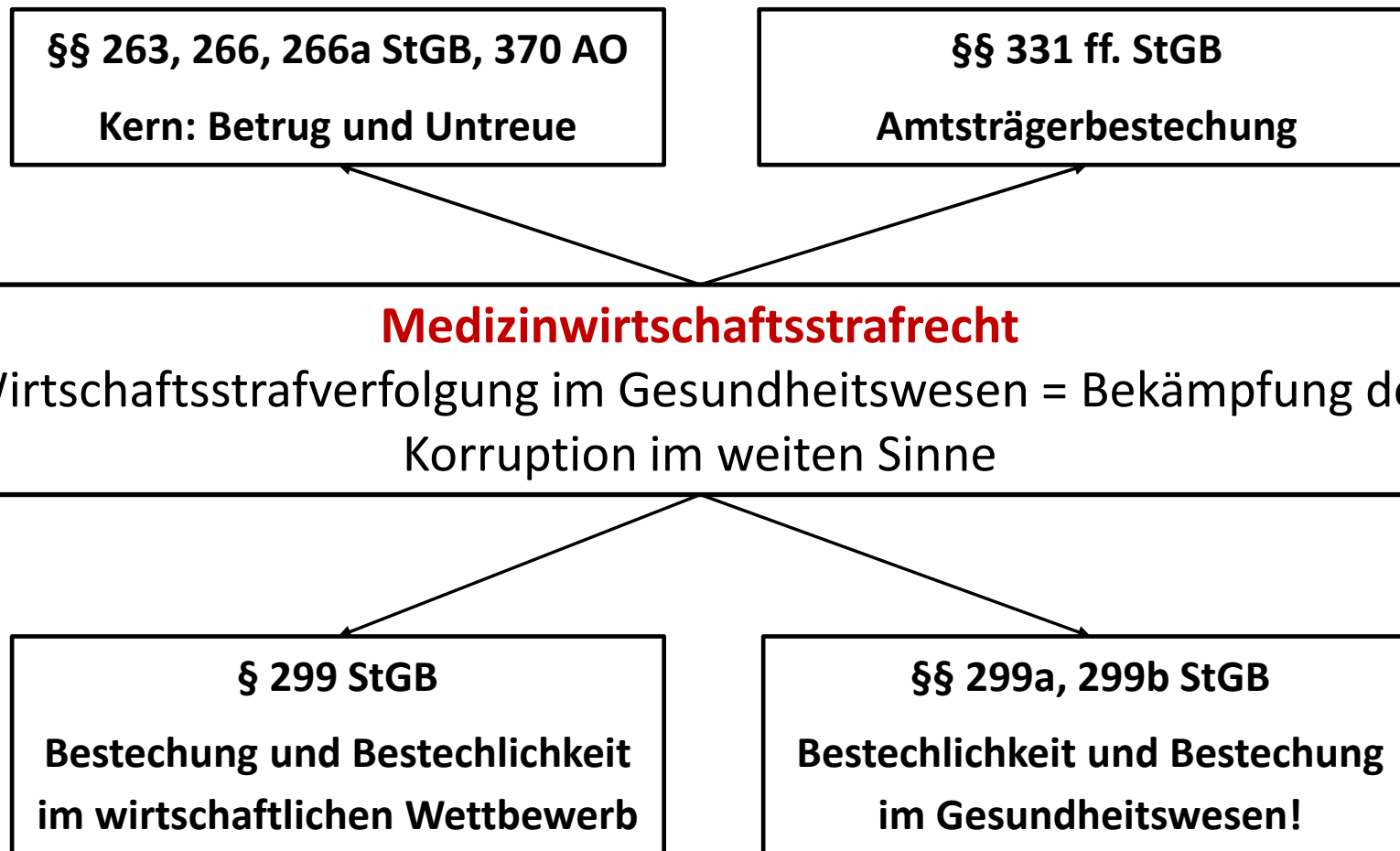
Folgen für die Leistungsabrechnung im Gesundheitswesen

- **Jede Abrechnung** trotz Vergütungsausschluss nach Recht der GKV **legt Betrug nahe**, Vorsatz lässt sich einzelfallabhängig aus Indizien schließen (freie richterliche Beweiswürdigung)
- **Auf** die schon im Sozialrecht z.T. extrem anmutende „**Retaxierung auf Null**“ unmittelbar **Strafbarkeitsrisiko aufgeschlagen**, z.B. auch bei Statusmängeln
- Anwendbar auf jeden **Verstoß gg. Regelung zur unzulässigen Zusammenarbeit** (z.B. Depotverbot zur Abgabe von Hilfsmitteln nach § 128 I SGB V oder kollekt. Rahmenverträge der Kassen und Apotheken, § 7 Arzneimittelversorgungsvertrag [so BGH medstra 2021, 33])
- **Auch dann, wenn am Ende** vor Strafgericht **Anspruch bestätigt wird**, ggf. Strafverfahren bis zum BGH (zur Klärung) durchgeführt (Beispiel: Fall Schottdorf – BGH medstra 2018, 46)



II.

Vertragsarztrecht – ein Thema des Wirtschaftsstrafrechts?



Vorwurf einer Fehlentwicklung.

**Knüpft das (Betrugs-)Strafrecht zu Recht
an das Vertragsarztrecht an?**

Ja.

Ja. **Aber!**

- Infolge Vorfragenkompetenz (vgl. § 262 StPO) zwar keine alleinige Entscheidungskompetenz der Sozialgerichte etwa zu Gestaltungen der Praxis, **materielles Strafrecht muss aber unverhältnismäßigen Umgang mit streitigen Vorfragen verhindern**, ggf. Aussetzung
- **Bindung an wirtschaftlich hergeleiteten Vermögensschutz notwendig – jemand muss wirklich ärmer werden.** „Effektiver Schutz des Vertragsarztrechts“? Kein legitimes Rechtsgut!
- Weder „Sonderbehandlung“ noch Verbot, Übersteigerungen der allgemeinen und hier stets zugespitzten Grundsätze anhand des Gesundheitswesens zu erkennen!
- **Differenzierte** und nicht einseitig kostenmeidende **Aufnahme des existenten Sozialrechts**



III.

Überdehnungen – notwendige Restriktionen



BUCERIUS LAW SCHOOL
HOCHSCHULE FÜR RECHTSWISSENSCHAFT

IMR
Institut für Medizinrecht

1. Überdehnungen der Täuschung

Grundproblem: Rechtsprechung dehnt permanent nach Überlegungen der Schutzwürdigkeit die Kommunikation gerade über **Tatsachen** aus
(≠ Werturteile wie z.B. Rechtsansichten)

Zuspitzung: durch **Ex Post-Schluss auf einzig richtige Rechtsauffassung**, die dann ex post den objektiven Empfängerhorizont prägt, auch bei streitigen/ungeklärten Vorfragen des Sozialrechts (des Vertragsarztrechts)

Notwendige Einschränkung: bei **ungeklärter
Rechtsslage kein Rückschluss auf falsche
Tatsachenbehauptung/Rechtsgarantie**, soweit
ernsthaft vertretbare Gestaltung bzw. Ansicht
zugrunde gelegt – nicht nur im Vertragsarztrecht!

Zutreffend schon zur Privatliquidation OLG Düsseldorf medstra 2017,
361, zuneigend BGH medstra 2018, 42; zum Umgang mit einer früher
anspruchsbejahenden herrsch. Ansicht BGH medstra 2015, 168, 170 f.

Zusätzliches Kritikfeld: schutzorientierte
Behauptung ständig wiederholter konkludenter
Erklärungen zu Zulassungsvoraussetzungen im
Konflikt mit dem Sozialrecht!



BUCERIUS LAW SCHOOL
HOCHSCHULE FÜR RECHTSWISSENSCHAFT

IMR
Institut für Medizinrecht

2. Überdehnungen des Vermögensschadens

Rechtsgutsvertauschung: durch komplettes Aufgehen selbst der Schadensprüfung in der *Rechtsfrage* nach dem Bestand des Anspruchs – **spürbare materielle wirtschaftliche Beeinträchtigung des Opfers entbehrlich**, Widerspruch bei der Strafzumessung

Schaden zeitlich und durch allgemeine Regel erzwungen?

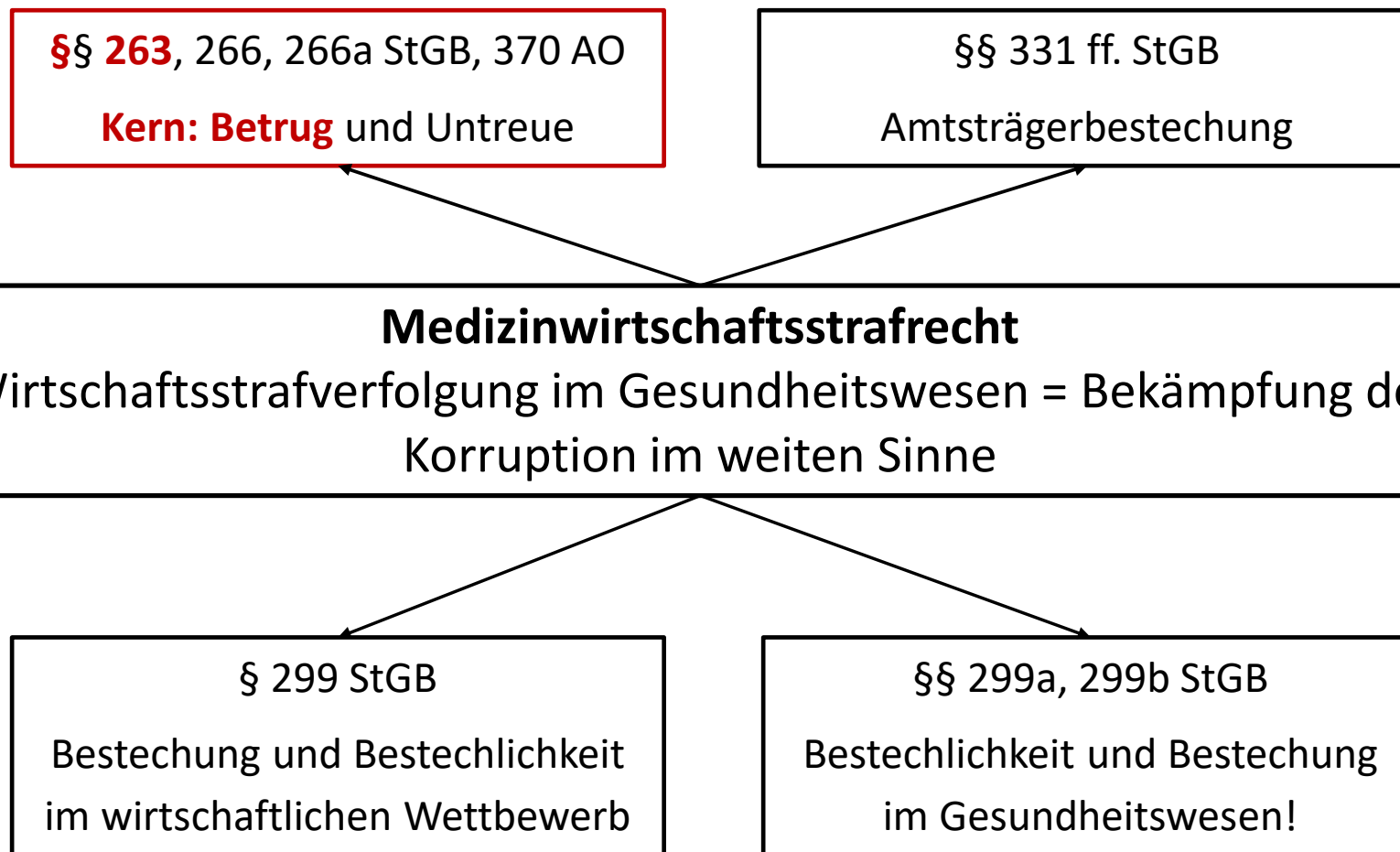
- Rechtssatz der Saldierungsregel ist nicht das Gesetz selbst
- **Rechtssatz** bewahrt Opfer nicht vor wirtschaftlich nachteiligem Geschäft, sondern **erhält die** durch Vorleistung entstandene **Bereicherung** („Glücksfall für die Kasse“)
- Kollidiert mit verfassungsrechtlichem Gebot, mit Obersätzen stets die **Bindung an den wirtschaftlich hergeleiteten Vermögensschutz zu wahren** und ausgetauschte Leistungen wirtschaftlicher Bewertung zuzuführen
- Nur mit **Lockerung über das Gesundheitswesen hinaus** ist Verlagerung des Rechtsgutsschutzes und der „Schaden ohne materiellen Schaden“ zu verhindern
- BGH spricht von „regelmäßig“, Auslegung bereits bei Untreue durchbrochen
- Vertragliche Grundlage und gesetzliche Vorleistungspflicht einzurechnen

***Zusätzlich:* Infragestellung durch das Sozialrecht**

- **Beispiel: § 106b IIa SGB V**
- Durchbrechung der „Retaxierung auf Null“ für die ärztlicherseits zulasten von Krankenkassen verordneten Leistungen (Arzneimittel) – wirtschaftliche Betrachtung
- Vorzugsweise über die Norm hinaus im Strafrecht bedeutsam, u.a. Gleichbehandlung



3. Überdehnungen zur Lückenfüllung bei der Korruptionsverfolgung



Betrug?

Im Sinne von Polizei und Staatsanwaltschaft:

**Irgendein sozialrechtlicher „(Form-)Fehler“ *plus* Abrechnung
plus Zahlung = Strafbarkeit im besonders schweren Fall**

Gesetzgebung

- **BT/Drs. 18/6446, S. 12:** „Auch die auf Vermögensschutz ausgerichteten Straftatbestände der Untreue (§ 266 StGB) und des Betrugs (§ 263 StGB) greifen bei **korruptiven Verhaltensweisen nicht immer ein**. So kann zwar beispielsweise die ärztliche Verordnung von Arzneimitteln oder Hilfsmitteln, deren Preise um die Kosten für unzulässige Rückvergütungen überhöht sind, zu einer Strafbarkeit wegen Betrugs oder Untreue führen (...). Andere strafwürdige Formen von Korruption im Gesundheitswesen werden aber von den Tatbeständen nicht erfasst.“
- **Folgerung: Zu schließende Lücke, um die Korruption gerade im Gesundheitswesen auch über die §§ 299, 331 ff. StGB hinaus strafrechtlich eindämmen zu können**

U.a. verbliebene Schranken gegen ein Übermaß

- **Nachweis der strengen Unrechtsvereinbarung** („Vorteil [...] als Gegenleistung für unlautere Bevorzugung eines anderen im [...] Wettbewerb“)
- **Unlauterkeit der Bevorzugung** substanzielles Tatbestandsmerkmal: strafbarkeitsbegrenzender Rekurs auf legitimierende medizinrechtliche Regelungen und erlaubte Risiken möglich (BT/Drs. 18/6446, S. 18 ff. und 23)
- **Fallgruppenbindung (Nr. 1-3)** mit einschränkenden Merkmalen
- Geltung der Schranken für den **Anfangsverdacht** (BT/Drs. 18/6446, S. 18 f.)



BUCERIUS LAW SCHOOL
HOCHSCHULE FÜR RECHTSWISSENSCHAFT

IMR
Institut für Medizinrecht

Kritik

Insbesondere Warntjen medstra 2018, 193



Antikritik: *Fischer* (medstra 2019, 257): Materialien überinterpretiert, wäre Sonderrecht für das Gesundheitswesen, Betrug völlig legitim!

Notwendige systematische Gesetzesauslegung

Ulsenheimer/Gaede, Arztstrafrecht in der Praxis, 2021, Rn. 1570 ff., 1610 ff.

- Grundsätzlich richtig, Betrug kann neben Korruptionsdelikte treten (z.B. Kick Back)
- §§ 299a/299b StGB systematisch entgrenzt: Automatik für abrechnende Leistungserbringer, obwohl unzulässige Zusammenarbeit/Vorteilsannahme im SozR noch straflos
- Ignoriert gesetzgeberische Einschätzung zur *partiellen* Anwendbarkeit bzw. Strafbarkeitslücke zudem ggf. Hochzonung zum Verbrechen
- Wirtschaftliche Begründung des Anspruchsausschlusses im Besonderen erforderlich, sonst Wettbewerbsunrecht pauschal ohne Vermögensschaden in Betrug überführt
- Sonst Vermögensgewinne geschützt, die auf Sanktionierung von Korruptionsverstößen beruhen: Widerspruch zur allgem. Rechtsprechung zur Abwendung von Sanktionen

Ausgangspunkt

**Eigenständige Prüfung des
Betrugsunrechts**

Betrugsfälle (+) bei
Verstoß gegen
wirtschaftlich relevante
sozr. Norm (zB BGH
medstra 2018, 160), ggf. in
Tatmehrheit

Betrugsfälle (-), wenn
Auslegung der verletzten sozr.
Norm zur „Tatzeit“ Täuschung
nicht trägt oder nicht die
Abwertung der Leistung
verfolgt; Korruptionsdelikte
bleiben dann entscheidend

Und heute bei der Untreue?

- Beschränkung schon der Tathandlung auf mindestens **mittelbar vermögensschützende Pflichten**
- (Letztlich fortgeführte) Forderung nach **gravierender/evidenter Pflichtverletzung**
- Normative Erwägungen dürfen **wirtschaftliche Nachteilsherleitung nicht verdrängen**
- Bei wirtschaftlich nur insgesamt sinnvollen Abläufen **Gesamtbetrachtung in Saldierung** möglich

Begrenzung für den Betrug nachzuholen!



BUCERIUS LAW SCHOOL
HOCHSCHULE FÜR RECHTSWISSENSCHAFT

IMR
Institut für Medizinrecht

**Herzlichen Dank
für Ihre Aufmerksamkeit!**