

Abrechnungsbetrug bei privatärztlichen Laborleistungen

– zugleich Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 25.01.2012 – 1 StR 45/11 –

Akad. Rat a.Z. Dr. Christian Brand, Konstanz, und Wiss. Mit. Thomas Wostry, Düsseldorf*

Während bislang nur der vertragsärztliche Abrechnungsbetrug die Rechtsprechung beschäftigte, hatte jüngst der 1. Strafsenat des BGH die Gelegenheit, zum privatärztlichen Abrechnungsbetrug grundsätzlich Stellung zu beziehen. Trotz der von ihm angestellten akribischen zivilrechtlichen Überlegungen, überzeugt die Verurteilung des angeklagten Arztes wegen Betrugs nicht. Richtig wäre ein Freispruch gewesen, soweit die Abrechnung der Laborleistungen in Rede stand.

A. Einleitung

Der schillernde Begriff des Abrechnungsbetrugs¹ beheimatet zahlreiche Fallgestaltungen, die bislang nahezu ausschließlich² dem vertragsärztlichen Bereich entstammten.³ Neben eindeutigen und deshalb unumstrittenen Konstellationen wie der Abrechnung nicht erbrachter oder unwirtschaftlicher Leistungen⁴ erfasst der Terminus »Abrechnungsbetrug« auch hochumstrittene Sachverhalte wie die Abrechnung lege artis durchgeführter und medizinisch erforderlicher Behandlungsleistungen durch einen Arzt, der aufgrund sozialrechtlicher Regelungen am Vertragsarztsystem nicht partizipieren darf. Paradebeispiel des zuletzt genannten Falls ist der Vertragsarzt, der, um seinen Umsatz zu steigern, gegenüber der zuständigen Kassenärztlichen Vereinigung vortäuscht, mit mehreren Kollegen eine Gemeinschaftspraxis gegründet zu haben, tatsächlich aber die vermeintlichen Partner als Angestellte beschäftigt.⁵ Auf diese Weise erlangen die angestellten Ärzte den Status eines Vertragsarztes und damit die Möglichkeit, die von ihnen erbrachten Leistungen gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung abzurechnen. Jedoch fließen die hierauf geleisteten Zahlungen der Kassenärztlichen Vereinigung nicht den angestellten Ärzten, sondern wegen der internen Absprachen mit dem Initiator dieses Konstrukts »Gemeinschaftspraxis« diesem zu; die angestellten Ärzte erhalten lediglich das vorab vereinbarte Honorar. Sozialrechtlich ist eine solche Gestaltung unzulässig. Gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung ist zur Abrechnung ärztlicher Leistungen – von engen Ausnahmen abgesehen – nur befugt, wer seine Tätigkeit als Vertragsarzt selbstständig und weisungsungebunden ausübt.⁶ Fehlt es hieran, begründen die ärztlichen Leistungen keinen abrechnungsfähigen Anspruch gegen die Kassenärztliche Vereinigung. Abrechnungen, die gleichwohl erfolgen, ahndet die obergerichtliche Rechtsprechung als Betrug: Da die Kassenärztliche Vereinigung auf eine nicht existente Forderung zahle, entstünden ihr bzw. den übrigen ihrem Einzugsbereich angehörenden Vertragsärzten – letzteres hängt von der konkreten Ausgestaltung des Abrechnungssystems ab – ein Schaden, der insbesondere nicht durch die erbrachte Behandlungsleistung kompensiert werde.⁷ Die Einwände gegen diese – verfassungsrechtlich akzeptierte⁸ – Rechtsprechung⁹ sind mittlerweile Legion¹⁰ und werden deshalb nicht erneut ausgebreitet. Vielmehr geht es den nachfolgenden Überlegungen darum, zu eruiieren, ob der 1. Strafsenat Beifall verdient, wenn er die eben geschilderten Grundsätze zum Abrechnungsbetrug des Vertragsarztes auf den privatärztlichen Abrechnungsbetrug erstreckt. Nach einer kurzen Darstellung

der insoweit wesentlichen Bestandteile der Entscheidungsgründe (B.) werden diese einer eingehenden und kritischen Würdigung unterzogen (C.).

B. Die Entscheidung BGH, Beschl. v. 25.01.2012 – 1 StR 45/11 (= StV 2012, 597)

Im Zentrum des Sachverhalts steht die Abrechnung von Laborleistungen. Der Angeklagte betrieb eine Allgemeinanzpraxis und behandelte ausschließlich privatversicherte Patienten. Um seinen Umsatz zu steigern, vereinbarte er mit einer überregional tätigen Laborgruppe das folgende Vorgehen: Sobald er zur Behandlung seiner Patienten Laboruntersuchungen der Klassen M III bzw. M IV¹¹ benötigte, sandte er diese an die Laborgruppe. Dafür »verkaufte« die Laborgruppe dem Angeklagten ihre Befundungen der Klassen M III/IV zu einem Steigerungssatz von 0,32 bis 1,0 und verpflichtete sich, gegenüber den Patienten keine eigene Rechnung zu stellen. Auf diese Weise war es dem Angeklagten möglich, die Laborleistungen der Klassen M III/IV selbst direkt bei seinen Patienten abzurechnen und zwar zu dem gängigen Steigerungssatz von 1,15. Somit verblieb ihm die

* StV 2012, 597 (in diesem Heft). – Der Autor Brand ist Habilitand am Lehrstuhl für Strafrecht und Nebengebiete in Konstanz; der Autor Wostry ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht in Düsseldorf.

- 1 Zu den angestrebten gesetzgeberischen Entwicklungen auf diesem Feld s. die Mitteilung v. 28.03.2011 bei becklink Nr. 1019533 (»Politik will gegen Betrug im Gesundheitswesen vorgehen«).
- 2 Vgl. aber zum Abrechnungsbetrug gegenüber Privatpatienten die Aufsätze von Dahm MedR 2003, 268 ff.; Schubert ZRP 2001, 154 ff.; ferner LG Essen, Urt. v. 12.03.2010 – 56 KLS 20/08 – juris.
- 3 S. nur die Entscheidungen BGH NStZ 1993, 388; StV 1995, 254; StV 2003, 276; sowie OLG Koblenz MedR 2001, 144.
- 4 Dazu, dass diese Fälle ohne Weiteres dem Betrugstatbestand unterfallen, Tsambikakis, in: Prütting (Hrsg.), Fachanwaltskommentar Medizinrecht, 2. Aufl. 2012, § 263 StGB Rn. 5; Schmidt, in: Ratzel/Luxenburger (Hrsg.), Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl. 2011, § 15 Rn. 150; Volk NJW 2000, 3385 (3386); enger im Kontext des Abrechnungsbetrugs zum Nachteil von Privatpatienten Dahm MedR 2003, 268 (269).
- 5 Mit dieser Konstellation befassten sich die Entscheidungen OLG Koblenz MedR 2001, 144; LG Bad Kreuznach ZMGR 2008, 219. Ausf. zu diesem Problemkreis H. Wostry, in: Lindemann/Ratzel (Hrsg.), Brennpunkte des Wirtschaftsstrafrechts im Gesundheitswesen, 2010, S. 59 ff.; vgl. aber Sommer/Tsambikakis, in: Terbille (Hrsg.), MAH Medizinrecht, 2009, § 2 Rn. 127m Fn. 90, mit dem Hinweis darauf, dass diese Konstellationen mittlerweile deutlich an Relevanz eingebüßt hätten, da mit Wirkung zum 01.01.2007 auch angestellte Ärzte einen Vertragsarztsitz erhalten können.
- 6 BSG MedR 2011, 298 (302, 304 f.).
- 7 OLG Koblenz MedR 2001, 144 (145); so aber BGH N/D 2003, II 98 (1200).
- 8 BVerfG NStZ 1998, 29, die Entscheidung BGH NStZ 1993, 388 betreffend.
- 9 Dieser Rspr. zust. LK-StGB/Tiedemann, 11. Aufl. 1999, § 263 Rn. 267; Hellmann/Herffs, Der ärztliche Abrechnungsbetrug, 2006, Rn. 229 und passim.
- 10 Krit. bis ablehnend gegenüber dieser Rspr. äußern sich Schroth/Joost, in: Roxin/Schroth (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl. 2010, S. 195 ff.; Volk NJW 2000, 3385 ff.; Grunz NStZ 2004, 533 ff.; Gaidzik wistra 1998, 329 ff.; H. Wostry (Fn. 5), S. 59 (62 ff.); Gerckel/Leimenstoll MedR 2010, 695 (699); vgl. ferner auch Tsambikakis (Fn. 4), § 263 StGB Rn. 52; Frister/Lindemann/Peters, Arztstrafrecht, 2011, Kap. 2 A, Rn. 189 ff.; offen gelassen von Rengier, Strafrecht BT I, 14. Aufl. 2012, § 13 Rn. 212.
- 11 Zu den einzelnen Abrechnungsklassen bei Laborleistungen s. Hübner, in: Prütting (Hrsg.) (Fn. 4), § 4 GOÄ Rn. 5.

Differenz zwischen dem bezahlten Satz von 0,32 bis 1,0 und dem berechneten von 1,15 als Gewinn. Der *I. Senat* hat dieses Verhalten als Betrug gewertet. Ausgangspunkt seiner Einschätzung ist die Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ). Deren § 4 Abs. 2 S. 2 GOÄ sowie Nr. 3 der Allgemeinen Bestimmungen des Abschnitts M der Anlage zur GOÄ sehen vor, dass Laborleistungen der Klassen M III/IV nur von demjenigen Arzt abgerechnet werden dürfen, der die Laborleistung erbracht hat. Indem der Angeklagte seinen Patienten gleichwohl Rechnungen übersandte, die Laborleistungen der Klassen M III/IV umfassten, verwirklichte er nach Ansicht des *BGH* das Merkmal der Täuschung. Mit der Rechnungsstellung erkläre der Arzt konkludent, hierzu berechtigt zu sein, vorliegend also die Voraussetzungen der GOÄ eingehalten zu haben.¹² Den Schaden, der dem zahlenden Patienten entsteht, entwickelt der *Senat* zweistufig. In einem ersten Schritt begründet er das Fehlen eines vertraglichen Anspruchs auf Bezahlung der Laborleistung sowohl im Verhältnis Einsendearzt/Patient als auch im Verhältnis Laborarzt/Patient. Dreh- und Angelpunkt sind insoweit allgemein-zivilrechtliche Überlegungen: Während die GOÄ verhindere, dass ein Anspruch des Einsendearztes gegen den Patienten entstehe,¹³ scheitert der Anspruch des Laborarztes deshalb, weil der Einsendearzt entgegen gewöhnlicher Praxis nicht als Vertreter seines Patienten, sondern ausschließlich in Erfüllung der mit dem Labor bestehenden Rahmenvereinbarung agiere, wonach sämtliche Proben an dieses Labor zu übermitteln seien.¹⁴ Ihm ermangele mithin der erforderliche Vertreterwille.¹⁵ Gleichfalls entstünden keine Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag bzw. aus Bereicherungsrecht; ersteren stehe die GOÄ, letzteren § 817 S. 2 BGB entgegen.¹⁶ In einem zweiten Schritt negiert der *Senat* die Fähigkeit der erbrachten Leistungen zur Kompensation des infolge der Zahlung entstandenen Schadens. Weder entfalle der Schaden, weil der Patient durch die Laborleistung Aufwendungen erspart habe – bei ordnungsgemäßem Verlauf hätte er ja an den Laborarzt bezahlen müssen –, da andernfalls hypothetische Reserveursachen Berücksichtigung fänden,¹⁷ noch entfalte die erbrachte Leistung als solche kompensatorische Wirkungen, da dieser wegen des GOÄ-Verstoßes ein messbarer Wert genauso wenig zukomme, wie dem Lohn, der einem Auftragskiller versprochen wird.¹⁸

C. Würdigung der Entscheidung und Kritik

Der Beschluss des *I. Strafsenats* berührt zahlreiche neuralgische Punkte des Betrugstatbestandes. Thematisch reicht er vom Täuschungsmerkmal und dem Inhalt, der einer bestimmten Erklärung zukommt,¹⁹ über das Merkmal »Irrtum«²⁰ mitsamt den hieran anknüpfenden viktimodogmatischen Problemlagen bis hin zur Schadensdogmatik im Spannungsfeld des vertrags-/privatärztlichen Abrechnungsbetrugs. Während man den Ausführungen zu Täuschung und Irrtum durchaus zustimmen kann,²¹ erheben sich Bedenken, sobald man die Begründung des Schadens näher in den Blick nimmt. Hierauf beschränken sich deshalb die nachfolgenden Überlegungen.

I. Die These vom fehlenden Vergütungsanspruch

Das Ergebnis des *BGH* steht und fällt mit der These, wonach zwischen Laborarzt und Patient kein Vertrag zustandekommt. Dies überzeugt nicht. Zwar trifft es zu und entspricht allgemeiner Meinung im einschlägigen Schrifttum, dass der Einsendearzt gegen den Patienten einen Vergü-

tungsanspruch die Laborleistungen M III/IV betreffend nicht erwirbt.²² Warum aber auch der Laborarzt für seine Leistung leer ausgehen soll, ist nicht einsichtig. Vielmehr hat es den Anschein, als ob der *Senat* der »Palmström-Logik« erliegt, derzufolge »nicht sein kann, was nicht sein darf«. Ungewöhnlich ist das freilich nicht.²³ Deshalb lohnt ein genauerer Blick auf das zivilrechtliche Verhältnis Einsendearzt – Patient – Laborarzt. Versendet ein (Allgemein-)Arzt, der seinem Patienten bspw. eine Blutprobe entnommen hat, diese mit dem Auftrag an ein Labor, Befundungen der Klassen M III/IV hieran vorzunehmen, so entsteht ein Werkvertrag²⁴ zwischen Laborarzt und Patienten.²⁵ Der einsendende (Allgemein-)Arzt agiert insoweit als Vertreter des Patienten.²⁶ Dabei vermutet § 164 Abs. 2 BGB seinen Willen, im fremden Namen zu handeln. Etwas anderes gilt nur, wenn der Einsendearzt erkennbar nicht als Vertreter des Patienten auftritt. Dafür sind vorliegend jedoch keine Anhaltspunkte ersichtlich. Insbesondere die Rahmenvereinbarung zwischen Einsende- und Laborarzt legt den Schluss nicht nahe, der Einsendearzt handele im

12 Rn. 44; vgl. dazu freilich beschränkt auf den zahnärztlichen Bereich die Anm. von *Ratajczak* *pip* 2012, 50; wie der *BGH Hellmann/Herffs* (Fn. 9), Rn. 369.

13 Rn. 48.

14 Rn. 51 ff.

15 Rn. 52.

16 Rn. 56, 58.

17 Rn. 87; so auch *LK-StGB/Tiedemann* (Fn. 9), § 263 Rn. 267.

18 Rn. 85 f.

19 Mit Blick auf die Figur der »ignorantia facti« eine Täuschung bei fehlerhafter privatärztlicher Abrechnung bezweifelnd *Gerckel/Leimenstoll* *MedR* 2010, 695 (698 Fn. 36).

20 Vgl. auch *Hellmann/Herffs* (Fn. 9), Rn. 377, die scheinbar einen Irrtum des Patienten verneinen wollen, wenn dieser um die Beauftragung eines externen Labors nicht weiß.

21 So etwa *Wimmer*, in: *AG Medizinrecht im DAV/Institut für Rechtsfragen der Medizin Düsseldorf* (Hrsg.), Brennpunkte des Arztstrafrechts, 2012, S. 51 (56); *Freitag*, *Ärztlicher und zahnärztlicher Abrechnungsbetrug im deutschen Gesundheitswesen*, 2009, S. 172 ff.; ferner *Geilen*, in: *Wenzel* (Hrsg.), *Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht*, 2. Aufl. 2009, Kap. 4, Rn. 683; *Frister/Lindemann/Peters* (Fn. 10), Kap. 2 A, Rn. 139, 156. Die Täuschung scheitert hier i.U. auch nicht deshalb, weil der abrechnende Arzt lediglich eine fehlerhafte Rechtsansicht bzgl. der Abrechnungsfähigkeit der Leistung vorträgt (dazu *Tsambikakis* [Fn. 4], § 263 StGB Rn. 14). Vielmehr wusste er, dass er die Laborleistungen der Klassen M III/IV nicht abrechnen durfte.

22 Und im Übrigen auch nicht erwerben kann; s. etwa *Hübner*, in: *Prütting* (Hrsg.) (Fn. 4), § 4 GOÄ Rn. 5; *Frister/Lindemann/Peters* (Fn. 10), Kap. 2 A, Rn. 138; *Tiedemann* *JZ* 2012, 525 (528); *Jäger* *ZfW* 2012, 185; *Dahm* *MedR* 2003, 268 (272); *Wimmer* (Fn. 21), S. 51 (54); *Clausen/Tadayon* *ZMGR* 2010, 302 (303); ferner *Steinhilper*, in: *Wenzel* (Hrsg.) (Fn. 21), Kap. 11, Rn. 395; zu § 31 MBO-Ä s. *Ratzel*, in: *ders./Lippert* (Hrsg.), *MBO-Ä*, 5. Aufl. 2010, § 31 Rn. 5 ff. Einen eigenen Anspruch erwirbt der Einsendearzt nur, wenn er die Laborleistung als »eigene« Leistung i.S.d. § 4 Abs. 2 GOÄ erbringt; dazu instruktiv *Gerckel/Leimenstoll* *MedR* 2010, 695 (696 ff.); s. ferner *BGH StV* 2003, 558.

23 Dazu, dass Juristen diesem Fehlschluss besonders leicht erliegen, und zu den Gründen s. die Glosse von *Vormbaum* *JZ* 2012, 195.

24 Zur Qualifikation als Werkvertrag s. *Kern*, in: *Laufs/ders.* (Hrsg.), *Handbuch des Arztrechts*, 4. Aufl. 2010, § 38 Rn. 11; *MüKo-BGB/Busche*, 5. Aufl. 2009, § 631 Rn. 239; offen gelassen von *Spickhoff* *JZ* 2010, 470.

25 Dazu, dass zwei Behandlungsverträge – einer mit dem Einsende-, der andere mit dem Laborarzt – entstehen s. *BGHZ* 142, 126 (134) = *NJW* 1999, 2731 (2733); *BGH NJW* 2010, 1203 (1204); *NJW* 1989, 2943 (2944); *Griebau*, in: *Ratzel/Luxenburger* (Hrsg.) (Fn. 4), § 10 Rn. 25 ff.; *ders.* *GesR* 2010, 244. Im Bereich der stationären Versorgung hat *BGHZ* 172, 190 (193) dies nur aufgrund der Regelung des § 17 Abs. 3 KHEntG offen gelassen.

26 Zu dieser Konstruktion *BGH NJW* 2010, 1203 (1204); *BGHZ* 142, 126 (135) = *NJW* 1999, 2731 (2733); *Kern* (Fn. 24), § 40 Rn. 32; *Valentini*, in: *BeckOK-BGB*, Stand: 01.11.2011, § 164 Rn. 26; *Spickhoff* *JZ* 2010, 470; *Klöhn* *VersR* 2007, 1054; *Griebau* *GesR* 2010, 244; *Clausen/Tadayon* *ZMGR* 2010, 302.

eigenen Namen. Andernfalls würde der Werkvertrag über die Untersuchung der eingesandten Proben mit dem Einsendearzt abgeschlossen werden. Ein befremdliches Ergebnis, wenn man das fehlende Eigeninteresse des Einsendearztes an der Laborleistung bedenkt. Der vorstellbare Einwand, sein Eigeninteresse ergäbe sich aus dem Behandlungsvertrag, greift nicht durch. Ansonsten handelte der Einsendearzt immer – auch in den nicht pathologischen Fällen – im Eigeninteresse und nicht als Vertreter des Patienten.

Zur Annahme von Eigenhandeln zwingt schließlich auch nicht die Abrede, wonach der Laborarzt keine Rechnungen stellen soll. Um ihr gesetzeswidriges Ziel zu erreichen, war es nämlich nicht nötig, einen Vertrag im Verhältnis Laborarzt/Patient scheitern zu lassen. Zum einen hätte der Laborarzt den Patienten ohnehin keine Rechnungen gestellt, da damit der gemeinsame »Tatplan« aufgeflogen wäre. Zum anderen war beiden Beteiligten klar, dass die Abrede, wonach der Einsendearzt die Laborleistung zu einem herabgesetzten Preis bezahlt, nichtig ist und damit einen konditionfesten Anspruch des Laborarztes gegen den Einsendearzt nicht begründen konnte. Hinzu kommt: Wollte man mit dem *I. Strafenat* einen solchen Willen und damit einen Vertragsschluss zwischen Patient und Labor verneinen, stünde der Patient in diesem Verhältnis weitgehend rechtlos da. Denn nur auf der Grundlage eines Vertrages mit dem Laborarzt kann der Patient Auskunfts-, Einsichts- und Herausgaberechte gegen diesen geltend machen.²⁷ Auch vertragliche Schadensersatzansprüche wegen mangelhafter Beprobung des Untersuchungsmaterials schieden andernfalls aus. Es wäre ungereimt, ließe man zu, dass die GOÄ- und standeswidrigen Absprachen zwischen Einsende- und Laborarzt solch weite Kreise zögen. Ein fehlender Vertretungswille des Einsendearztes war folglich keinesfalls objektiv ersichtlich und konnte auch nicht aus den Umständen gefolgert werden. Der Laborarzt hatte mithin einen Vergütungsanspruch gegen den Patienten erworben.²⁸

II. Keine Kompensation der Zahlung an den Einsendearzt?

Dem Patienten wäre trotz des zwischen ihm und dem Laborarzt zustande gekommenen Werkvertrags ein Schaden entstanden, wenn der Laborarzt ungeachtet der Zahlung des Patienten an den Einsendearzt Erfüllung des Werkvertrags verlangen könnte.²⁹ Dem ist aber nicht so. Zwar erlischt der Anspruch mit Zahlung an den Einsendearzt nicht.³⁰ Richtigerweise stünde einem auf den Werkvertrag gestützten Zahlungsbegehren des Laborarztes der Einwand des *venire contra factum proprium*³¹ entgegen. Diese Figur, die in § 242 BGB wurzelt, versagt dem Inhaber einer Rechtsposition selbige geltend zu machen, sofern er zuvor durch sein Verhalten entweder das berechtigte Vertrauen seines Gegenübers erweckt hat, hiervon abzusehen,³² oder er sich in einen »unauflösbaren Widerspruch« zu seinem früheren Verhalten begeben hat.³³ Während sich letztere Fallgruppe zahlreichen Einwänden des Schrifttums ausgesetzt sieht,³⁴ gehört die Inanspruchnahme berechtigten Vertrauens zum gesicherten Kernbestand der Rechtsregel »*venire contra factum proprium*«.³⁵ Zwar hat der Laborarzt, indem er gegenüber dem Einsendearzt erklärte, eine Rechnung für die erbrachten Laborleistungen nicht zu stellen, keinen entsprechenden Vertrauenstatbestand unmittelbar im Verhältnis zum Patienten geschaffen. Jedoch hat der Einsendearzt mit seiner Rech-

nung zum Ausdruck gebracht, er sei berechtigt, die Laborleistungen der Klassen M III/IV abzurechnen. Hierauf durfte der zahlende Patient vertrauen, weil ihm gegenteilige Anhaltspunkte weder bekannt waren noch bekannt sein mussten. Aus seiner Perspektive war mit einer erneuten Inanspruchnahme von Seiten des Laborarztes nicht zu rechnen.³⁶ Da der Laborarzt an dem gesetzeswidrigen Vorgehen des Einsendearztes täterschaftlich mitwirkte, muss er den hierdurch hervorgerufenen Vertrauenstatbestand auch gegen sich selbst gelten lassen.³⁷ Folglich erleidet der Patient trotz des bestehenden Vergütungsanspruchs des Laborarztes keinen betrugsrelevanten Vermögensschaden, da seine Durchsetzung dauerhaft gehindert ist.³⁸ Nur der Vollständigkeit halber sei noch darauf hingewiesen, dass die Gewährung des »§ 242 BGB-Einwandes« kein (zivilrechtlich) interessenwidriges Ergebnis bedingt. Denn der Patient kann nicht kumulativ dem Anspruch des Laborarztes den § 242 BGB entgegenhalten und gleichzeitig die rechtsgrundlos geleistete Zahlung beim Einsendearzt kondizieren. Solches Vorgehen verbietet das Bereicherungsverbot. Vielmehr muss der Pati-

27 Dazu BGHZ 142, 126 (134) = NJW 1999, 2731 (2733, freilich beschränkt auf die Überweisung an ein pathologisches Institut).

28 So auch, freilich ohne die diffizilen zivilrechtlichen Fragen zu analysieren, *Wimmer* (Fn. 21), S. 51 (56 f.), *Hellmann/Herff* (Fn. 9), Rn. 382 sowie *Tiedemann* JZ 2012, 525 (528). Ob ein fehlender Hinweis i.S.d. § 4 Abs. 5 GOÄ das Entstehen der Vertretungsmacht und damit den (Werk-)Vertrag zwischen Laborarzt und Patient hindert (so etwa AG Baden-Baden MDR 2000, 1425; *Uleer/Miebach/Patt*, Abrechnung von Arzt- und Krankenhausleistungen, 3. Aufl. 2006, § 4 GOÄ Rn. 115; *Schmatz/Goetz/Matzke*, GOÄ, 2. Aufl. 1983, S. 64; zweifelnd hingegen *Wimmer* [Fn. 21], S. 51 [57]) bedarf keiner abschließenden Entscheidung, da dem Beschl. des BGH Gegenteiliges nicht zu entnehmen ist.

29 Vgl. aber *Wimmer* (Fn. 21), S. 51 (59), die einen Schaden trotz des Vergütungsanspruchs in den Händen des Laborarztes schon deshalb verneinen will, weil das von Einsende- und Laborarzt praktizierte System eine doppelte Inanspruchnahme des Patienten gerade verhindern will; ähnl. *Tiedemann* JZ 2012, 525 (528).

30 Eine Tilgung des Anspruchs nehmen aber *Gerckel/Leimenstoll* MedR 2010, 695 (699) an, freilich beschränkt auf die Konstellation der Laborgemeinschaft, deren Gesellschafter der Einsendearzt ist.

31 Von *Bruns* JZ 1956, 147 als »die Krönung langjähriger wissenschaftlicher Bemühungen um die Erfassung der materiellen Gerechtigkeit« bezeichnet.

32 Zum Erfordernis der Inanspruchnahme von Vertrauen s. *Larenz/Wolf*, Allg. Teil des BGB, 9. Aufl. 2004, § 16 Rn. 30; *Soergel-BGB/Teichmann*, 12. Aufl. 1990, § 242 Rn. 313; *ders.* JA 1985, 497 (500); *Wacke* JA 1982, 477 (478); *Kühn* NZA 2008, 1328.

33 Zu dieser Konstellation *Staudinger-BGB/Looschelders/Olzen*, Neubearbeitung 2009, § 242 Rn. 286 ff.

34 Krit. bis ablehnend stehen dieser Konstruktion etwa *Singer* NZA 1998, 1309 (1311 f.) und *Martinek* JZ 1996, 470 (471) gegenüber.

35 Vgl. etwa BGHZ 118, 182 (191 f.).

36 *Gerckel/Leimenstoll* MedR 2010, 695 (699) hingegen meinen, die anonymisierte Einsendung der Proben schließe schon die Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme aus.

37 Zu den Zurechnungskriterien vgl. BGHZ 44, 367 (371 f.); *MüKo-BGB/Roth/Schubert* (Fn. 24), § 242 Rn. 288 f.; dazu, dass sich das einer Seite gegenüber geäußerte Vertrauen auch zugunsten anderer Betroffener auswirken kann, s. *Soergel-BGB/Teichmann* (Fn. 32), § 242 Rn. 318; BGH JZ 1996, 469 (470); BAG NJW 1973, 963 (Ls); AG München VersR 1967, 1045 (1046: Erklärung eines Versicherers gegenüber Bundesaufsichtsamt wirkt auch im Verhältnis zum Versicherungsnehmer, selbst wenn dieser hiervon nichts weiß); vgl. ferner OLG Celle NJW 1967, 1511 (m. abl. Anm. *Franz* NJW 1968, 201), das den Einwand überhöhter Gutachterkosten unter Verweis auf § 242 BGB abschnitt, weil die Beklagten zuvor die gesamten Gutachterkosten bei der Versicherung des Schädigers geltend gemacht und von dieser auch erhalten haben.

38 Dazu, dass bestehende Einwendungen die Annahme eines Schadens ausschließen s. BGH NStZ-RR 2005, 180 (181); NStZ-RR 2001, 328 (329) = StV 2002, 133; StV 1999, 24. Zwar betrafen sämtliche genannte Entscheidungen die Zug-um-Zug-Einrede. Wenn jedoch bereits diese Einrede im Rahmen der Vermögenssaldierung Beachtung erheischt, muss dies erst recht für von Amts wegen zu berücksichtigende Einwendungen gelten.

ent – ob unter Heranziehung des § 255 BGB sei hier dahingestellt – seinen Bereicherungsanspruch gegen den Einsendearzt an den Laborarzt abtreten,³⁹ sobald er die Einwendung des *venire contra factum proprium* erhebt.

III. Vermögensschaden wegen Nichtzahlung der Privatversicherung?

Dem Patienten, der das Entgelt für die Laborleistung an den Einsendearzt bezahlt, könnte ein Schaden entstehen, sofern seine (private) Krankheitskostenversicherung allein deshalb nicht erstattungspflichtig ist. Im praktischen Regelfall tritt mit der Erbringung der medizinisch notwendigen Leistung der Versicherungsfall ein (vgl. §§ 192 Abs. 1 VVG, 1 Abs. 2 MB/KK)⁴⁰ und der Patient erwirbt einen Anspruch aus §§ 192 Abs. 1 VVG, 1 MB/KK in Verbindung mit seinem Versicherungsvertrag gegen den Versicherer.⁴¹ Entspricht die Abrechnung indes nicht den Vorgaben der GOÄ, entfällt nach den einschlägigen Tarifbedingungen⁴² die Verpflichtung zur Kostenerstattung. Mit anderen Worten: Der Erstattungsanspruch des Versicherungsnehmers setzt einen wirksamen Vergütungsanspruch des abrechnenden Arztes voraus.⁴³ Daran fehlt es hier. Doch mündet diese Erkenntnis nicht zwangsläufig in die Feststellung, dem Patienten sei ein Schaden entstanden. Im Gegenteil: Sollte die Versicherung die vom Patienten hereingereichte Rechnung in Verkenntung des GOÄ-Verstoßes bereits erstattet haben, stünde einer Rückforderung der Einwand »*dolo agit qui petit quod statim redditurus est*« entgegen.⁴⁴ Danach handelt treuwidrig, wer eine Leistung fordert, die er sogleich zurückerstatten muss. Da der Laborarzt dem Patienten aufgrund des zwischen ihnen bestehenden Werkvertrags (s.o.) als Nebenpflicht die Erteilung einer fehlerfreien Rechnung schuldet,⁴⁵ ist der Patient/Versicherungsnehmer ohne Weiteres und jederzeit in der Lage, die Einstandspflicht des Versicherers auszulösen. Dies gilt gleichfalls für den umgekehrten Fall, in dem die Versicherung sich weigert, den vom Patienten verauslagten Betrag zu erstatten, weil die eingereichte Rechnung den Vorgaben der GOÄ widerspricht. Auch hier kann der Patient/Versicherungsnehmer mühelos eine ordnungsgemäße Rechnung beschaffen und den Versicherer zur Kostenübernahme verpflichten.⁴⁶ Der denkbare Einwand, ein durchsetzbarer Anspruch des Versicherten auf Kostenerstattung und damit die »*dolo-agit*-Einrede« entstehe erst, wenn er die Laborrechnung tatsächlich erhalten habe, verfängt nicht: Läge bereits ein fälliger Anspruch des Patienten gegen den Versicherer vor, könnte dem Rückforderungsbegehren im Wege der Aufrechnung gem. § 387 BGB begegnet werden (vgl. auch § 12 MB/KK). Kennzeichen des »*dolo-agit*-Einwandes« ist hingegen, dass nicht der fällige Gegenanspruch, sondern eine Interessenabwägung dazu führt, dem Fordernden den Erfolg zu versagen.⁴⁷ Daher reicht die realisierbare Möglichkeit aus, eine ordnungsgemäße Abrechnung des Labors zu erhalten,⁴⁸ um dem Versicherer vermittelt § 242 BGB den Regress gegenüber seinem Versicherungsnehmer zu verwehren. Mithin entsteht auch in dem Verhältnis Patient/Versicherer kein Vermögensschaden des Patienten.⁴⁹ Wer dem zu folgen nicht bereit ist und einen Schaden trotz des Vorstehenden bejaht, sieht sich erheblichen Schwierigkeiten auf der Ebene des subjektiven Tatbestands ausgesetzt. Dieser fordert neben dem Vorsatz bzgl. sämtlicher objektiver Tatbestandsmerkmale die Absicht *stoffgleicher* Bereicherung. Daran fehlt es jedoch.⁵⁰ Weder kommt es dem Einsendearzt in Form eines notwendigen

Zwischenziels darauf an, den Patienten um seinen Regressanspruch gegen den Versicherer zu bringen bzw. dem Patienten einen ihm nicht zustehenden Erstattungsanspruch zu Lasten des Versicherers zu verschaffen,⁵¹ noch bildeten der hierdurch entstehende Schaden mit dem Vermögensvorteil des Einsendearztes die beiden Seiten ein und derselben Medaille.

Fasst man die vorangegangenen Erwägungen zusammen, so haben sich sowohl der Einsende- als auch der Laborarzt unter keinem denkbaren Gesichtspunkt wegen Betruges zum Nachteil der Patienten bzw. deren Versicherungen strafbar gemacht. Was bleibt sind berufsrechtliche Konsequenzen⁵² und, damit eng verwoben, ein Sieg für die Fragmentarität des Strafrechts!

39 Diesem Vorgehen steht insbesondere nicht die *cessio legis* des § 194 Abs. 2 VVG entgegen, da diese, wie der Verweis auf § 86 Abs. 1 S. 2 VVG klarstellt, nicht zum Nachteil des Anspruchsinhabers gereichen darf. Dies stünde aber zu befürchten, sollte die kraft Gesetzes erfolgende Anspruchüberleitung dem Patienten seine Einwendung aus § 242 BGB aus der Hand schlagen.

40 Boetius, Private Krankenversicherung, 2010, § 192 VVG Rn. 30 ff.

41 Vgl. dazu Kalis, in: Bach/Moser (Hrsg.), Private Krankenversicherung, 4. Aufl. 2009, § 1 MB/KK Rn. 1.

42 Vgl. zu dieser Tarifbedingung etwa OLG Karlsruhe NJW-RR 2007, 176 (177); LG Düsseldorf, Urt. v. 27.02.2002 – 23 S 40/01 – juris; Theodoridis NJW 2000, 2719; Gerckel/Leimenstoll MedR 2010, 695 (696); ferner OLG Stuttgart NJOZ 2010, 882 für den Fall einer Kostenzusage.

43 NK-Medizinrecht/v. Koppenfels-Spies, 2012, § 192 VVG Rn. 13.

44 So auch Wimmer (Fn. 21), S. 51 (61); dazu, dass das private Versicherungsverhältnis in besonderem Maße den Grundsätzen von Treu und Glauben untersteht s. BGH VersR 2003, 581 (585). Der Umstand, wonach der Versicherer gem. § 194 Abs. 2 VVG im Wege der *cessio legis* den Bereicherungsanspruch des Patienten/Versicherungsnehmers erwirbt (zu dieser Erwägung als Argument gegen die Entstehung eines Schadens s. Gerckel/Leimenstoll MedR 2010, 695 [699]; Wimmer [Fn. 21], S. 51 [61]), führt unter betrugspezifischen Vorzeichen im vorliegenden Kontext nicht weiter, da der Patient diesen Anspruch in Konsequenz seines »*venire-contra*-Einwandes« gegenüber dem Laborarzt an diesen abtreten muss (s.o.).

45 So etwa LG Frankfurt a.M. NJW-RR 1997, 1080; Clausen MedR 2000, 129 (130); ähnl. schon AG Garmisch-Partenkirchen NJW 1971, 244 f.

46 Für Zahlungspflicht der Versicherung auch Volk NfW 2000, 3385 (3389).

47 Staudinger-BGB/Looschelders/Olzen (Fn. 33), § 242 Rn. 283; Schulze-BGB/Schulze, 7. Aufl. 2012, § 242 Rn. 32; Palandt-BGB/Grüneberg, 71. Aufl. 2012, § 242 Rn. 52; Finkenauer NJW 2004, 1704 (1706); Heinrich FS Laufs, 2006, S. 585 (594).

48 Vgl. etwa Soergel-BGB/Teichmann (Fn. 32), § 242 Rn. 300, demzufolge der zeitliche Zusammenhang relativ großzügig zu bemessen sei; es genüge, wenn der Verpflichtete den Gegenanspruch bald fällig stellen könne und Anhaltspunkte dafür, dass er dies unterlassen werde, nicht erkennbar seien; ferner BayObLG NJW-RR 1988, 588 (589); kein Beseitigungsanspruch baulicher Veränderungen an Wohnungseigentum trotz Verstoßes gegen die Gemeinschaftsordnung [hier: vorherige Gestattung durch Verwalter nötig], wenn Anspruch auf Genehmigung materiell besteht) sowie BGHR, BGB § 307 Abs. 1 S. 1 – Telefonfestnetzvertrag 1.

49 Mit der Feststellung einer realisierbaren Forderung auf Rechnungserteilung verbietet es sich zugleich, einen Vermögensschaden aus dem Gedanken des Prozessrisikos abzuleiten. Das alleinige Risiko, einen Prozess führen zu müssen, genügt zur Schadensfeststellung jedenfalls nicht; vgl. BGH NJW 1966, 1975 (1976). Maßgeblich ist vielmehr der Gedanke des erheblichen Prozessrisikos, vgl. BGH JR 1990, 517 (518) m. Anm. Keller; BGH StV 2003, 370; wistra 2011, 387 f. und Rengier (Fn. 10), § 13 Rn. 206. Ein erhebliches Risiko des Patienten, wonach der Versicherer einen jedenfalls nicht aussichtslosen Versuch unternehmen könnte, die Erstattung zurückzufordern, entfällt mit dem direkten Zugriff auf die Laborrechnung (vgl. für das Bestreiten eines Versicherers schon BGH NJW 1966, 1975 [1976]).

50 So auch Wimmer (Fn. 21), S. 51 (62 f.); vgl. ferner BGHSt 49, 17 (23) = StV 2004, 422, wo Stoffgleichheit zwischen dem Vermögensvorteil aus der Verschreibung medizinisch nichtindizierter Arzneimittel und der täuschungsbedingten Nichtgeltendmachung von deshalb bestehenden Regressansprüchen im Verhältnis Krankenkasse/Vertragsarzt verneint wird.

51 Zu letzterem s. Hellmann/Herffs (Fn. 9), Rn. 425 f.

52 Wegen des Verstoßes gegen § 31 MBO-Ä; dazu Uleer/Miebach/Patt (Fn. 28), § 4 GOÄ Rn. 51.

IV. Die Gegenprobe zum gefundenen Ergebnis

Das hier gefundene Ergebnis erfährt eine weitere Abstützung, wandelt man den Ausgangsfall, der dem *I. Senat* zur Entscheidung vorlag, folgendermaßen ab: Hätte der Laborarzt selbst gegenüber dem Patienten den für die erbrachte Leistung üblichen Satz abgerechnet und sodann einen Teil des Rechnungsbetrags an den Einsendearzt weitergereicht,⁵³ wäre wirtschaftlich dasselbe Ergebnis erzielt worden, ohne auch nur den Anschein eines Betrugs zu erwecken.⁵⁴ Warum anderes gelten soll, sobald der Einsendearzt die Laborleistungen in Rechnung stellt, leuchtet nicht ein. Insbesondere der GOÄ-Verstoß rechtfertigt die strafrechtliche Differenzierung nicht, da auch das Verhalten in der Abwandlung dem Geist von § 4 Abs. 2 GOÄ – nämlich: Anreize für den Einsendearzt zu minimieren, (unnötige) Laborleistungen in Auftrag zu geben –⁵⁵ widerspricht. Letztendlich – und das erkennt auch der *BGH*, indem er am Rande die Parallele zum »kick-back« bemüht –⁵⁶ handelt es sich um Zuwendungskonstellationen, die vielleicht⁵⁷ auf dem vertrags-, keinesfalls aber auf dem privatärztlichen Sektor gem. den §§ 299, 331 f. StGB strafbewehrt sind. Diese strafrechtliche Zurückhaltung mithilfe einer gewagten und im Ergebnis nicht überzeugenden Betrugskonstruktion zu umgehen, verbietet sich.

D. Fazit

Entgegen dem *I. Strafsenat* haben sich weder der Einsendearzt noch der Laborarzt wegen Betruges strafbar gemacht. Da

auch eine Pönalisierung via §§ 331, 299 StGB nicht in Betracht kommt – der Privatarzt ist kein Beauftragter irgendeiner Versicherung und erst recht kein Amtsträger i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB – bleiben die beteiligten Ärzte strafflos. Zur Ahndung ihres Verhaltens ist wie so oft und unter *ultima-ratio*-Gesichtspunkten auch einleuchtend das Berufs- und Standesrecht aufgerufen.⁵⁸

53 Zu einer solchen Konstellation vgl. die Entscheidung OLG Köln MedR 2003, 460, die allerdings im zahnärztlichen Bereich spielt.

54 Ein Betrug lässt sich auch nicht mit einer Parallele zu den die GKV betreffenden Fällen der unterbliebenen Weitergabe von Zuwendungen begründen (dazu ausf. Freitag [Fn. 21], S. 189 ff.): Weder ist der Laborarzt Zuwendungsempfänger, noch wäre er bereit, die erbrachte Leistung dem Patienten zu einem um die an den Einsendearzt bezahlte Zuwendung reduzierten Preis zu »verkaufen«. Die Zuwendung dient ausschließlich dazu, dass der Einsendearzt auch künftig die in seiner Praxis anfallenden Proben an den Laborarzt vergibt.

55 Dazu nur Uleer/Miebach/Patt (Fn. 28), § 4 GOÄ Rn. 7; Hellmann/Herffs (Fn. 9), Rn. 369.

56 Rn. 54.

57 Hierüber wird demnächst auf die Vorlagebeschlüsse des 3. und 5. Strafsenats hin (vgl. BGH NSStZ 2012, 35 sowie NSStZ-RR 2011, 303) der *Große Senat für Strafsachen* befinden. Abl. gegenüber der Qualifikation des Vertragsarztes als Amtsträger Brand (Fn. 21), S. 127 ff. m.w.N., gegenüber der Einstufung als Beauftragter i.S.d. § 299 Abs. 1 StGB Wostry JR 2011, 165 m.w.N.

58 So auch Jäger ZWH 2012, 185 (186). Dazu im Kontext des anwaltlichen »Gebührenbetrugs« Brand/Brand AnwBl. 2012 (im Erscheinen).

Ist § 113 Abs. 3 StGB auf § 240 StGB analog anwendbar?

Prof. Dr. Christian Fahl, Rostock*

A. Hintergrund

Bis vor kurzem war § 113 StGB eine Privilegierung zu § 240 StGB, da er dasselbe Geschehen, das § 240 StGB mit einem Strafraum von bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe belegte, mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren bedrohte, was man sich mit dem »begrifflichen Erregungszustand« des einer – von ihm möglicherweise als ungerecht empfundenen – »Vollstreckungshandlung« ausgesetzten Täters erklärte.¹ Wenn diese »Privilegierungsthese« auch nie ganz unangefochten war,² vor allem weil es auf das tatsächliche Vorhandensein eines »Erregungszustandes«, anders als etwa beim – freilich nur untechnisch als »Privilegierung« zu bezeichnenden³ – § 213 StGB, gar nicht ankam, so dürfte es sich dabei doch um die ganz h.M. gehandelt haben.⁴ Auf Konkurrenzebene folgte daraus, dass der mit geringerer Strafe bedrohte § 113 StGB die mit höherer Strafe bedrohte *lex generalis* (§ 240 StGB) im Wege der »Gesetzeskonkurrenz« – oder »Gesetzeseinheit« – »verdrängte«: *lex specialis derogat legi generali*. Auch das war relativ unangefochten, fraglich war nur, ob das auch für § 241 StGB galt,⁵ und ob Tateinheit mit § 240 StGB nicht immerhin dann in Betracht kam, wenn durch ein und dieselbe Handlung sowohl Widerstand gegen eine Diensthandlung geleistet als auch zu einer Diensthandlung genötigt werden sollte.⁶

Problematisch waren aber zwei Fälle: Nahm der Täter nur an, er habe es mit einer Vollstreckungshandlung eines Amtsträgers zu tun, so beging er subjektiv § 113 StGB, objektiv

aber § 240 StGB. Für diesen Fall bestimmte § 16 Abs. 2 StGB:

»Wer bei Begehung der Tat irrig Umstände annimmt, welche den Tatbestand eines milderen Gesetzes verwirklichen würden.« (Privilegierung!) »kann wegen vorsätzlicher Begehung nur nach dem milderen Gesetz bestraft werden.«

Wie das im Falle des § 113 StGB zu verstehen war, war streitig: Eine Meinung wollte den Täter demzufolge nach § 113 StGB bestrafen,⁷ eine andere Meinung wollte § 240 StGB anwenden, den Strafraum aber § 113 StGB entnehmen,⁸ und eine dritte Meinung schließlich verstand die Verweisung so, dass gem. § 16 Abs. 2 StGB Straflosigkeit⁹ eintrat, weil nur ein – untauglicher – Versuch des § 113 StGB

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Rostock.

1 Vgl. BT-Drucks. VI/502, S. 3; Dreber NJW 1970, 1153 (1157).

2 Kritisch Deiters GA 2002, 259 (275); Thomma, Der Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte im Verhältnis zur allgemeinen Nötigung, 2004, S. 227 f.; Zopf GA 2000, 527 (542).

3 So unterscheidet Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 41. Aufl. 2011, Rn. 109 ff., Privilegierungen »tatbestandlicher Art« (z.B. § 216 StGB) von sonstigen »Privilegierungen«, z.B. §§ 247, 248a StGB.

4 Satzger/Schmitt/Widmaier-StGB/Fabl, 2009, § 113 Rn. 1 m.w.N.

5 Vgl. SSW-StGB/Fabl (Fn. 4), § 113 Rn. 19.

6 BayObLG JR 1989, 24 (25); LK-StGB/Rosenau, 12. Aufl. 2009, § 113 Rn. 92; SK-StGB/Horn/Wolters, 63. Lfg. (März 2005), § 113 Rn. 23; SSW-StGB/Fabl (Fn. 4), § 113 Rn. 19.

7 SK-StGB/Horn/Wolters (Fn. 6), § 113 Rn. 7; SSW-StGB/Fabl (Fn. 4), § 113 Rn. 9.

8 Schönke/Schröder-StGB/Eser, 28. Aufl. 2010, § 113 Rn. 52.

9 Dafür noch immer MüKo-StGB/Bosch, 2. Aufl. 2012, § 113 Rn. 67.