

ENTSCHEIDUNGSKOMMENTARE

Staatsanwältin Christine Thürmann, Hamburg

Vermögensbetreuungspflicht bei der Verordnung häuslicher Krankenpflege, zugleich Anm. von BGH, 4. Strafsenat, Beschluss, 11.05.2021, 4 StR 350/20

Die strafrechtliche Würdigung vorsätzlichem vertragsärztlichem (kassenärztlichem) Fehlverhaltens folgt komplexen sozialrechtlichen Regelungen. Dabei ist zunächst zu unterscheiden zwischen der eigenen vertragsärztlichen Leistungserbringung und veranlassten – verordneten – Leistungen, etwa Heil- oder Arzneimitteln oder der hier gegenständlichen häuslichen Krankenpflege. Bei letzteren hängt die Strafbarkeit erneut von heterogenen sozialrechtlichen Regelungszusammenhängen ab. Der Bundesgerichtshof (BGH) hatte sich mit dieser Fragestellung im Zusammenhang mit der Verordnung von häuslicher Krankenpflege zu befassen. Dem lag der folgende Sachverhalt zugrunde.

I. Die Entscheidung des 4. Strafsenats

Der Angeklagte war Facharzt für Allgemeinmedizin und verfügte über eine vertragsärztliche Zulassung. Seine Ehefrau führte einen Pflegedienst. In kollusivem Zusammenwirken entwickelten sie den Plan, dass der Angeklagte Patienten häusliche Krankenpflege gemäß § 37 Abs. 2 SGB V verordnete, obwohl diese nicht notwendig war. Die vertragsärztliche Verordnung ist bei häuslicher Krankenpflege indes nicht aus-

reichend. Vielmehr muss auf Grundlage dieser Verordnung ein Antrag bei der jeweiligen Krankenkasse der versicherten Patienten gestellt werden. Die Ehefrau des Angeklagten stellte für die Patienten die Anträge bei den Kostenträgern und schloss mit den versicherten Patienten Verträge über die Pflegeleistungen ab. Sie rechnete die – in Wahrheit nicht oder nur geringfügig erbrachten Leistungen – teilweise unter Vorlage falscher Leistungsnachweise, gegenüber den Krankenkassen ab. Das Landgericht verurteilte den Angeklagten wegen Untreue zu einer Freiheitsstrafe.

Der BGH änderte den Schuldspruch dahingehend ab, dass der Angeklagte sich nur der Beihilfe zum durch seine Ehefrau begangenen Abrechnungsbetrug strafbar gemacht habe, nicht hingegen der Untreue. Der BGH lehnte die Untreue mit der Begründung ab, dass eine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB hinsichtlich der Verordnung von häuslicher Krankenpflege nicht gegeben sei. Grundlage einer Vermögensbetreuungspflicht sei die inhaltlich besonders herausgehobene Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen, die auf Grund von vertraglichen oder gesetzlichen Rechtsbeziehungen bestehe. Dies sei im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zu ermitteln: die Pflicht, auf fremde Vermögensinteressen Rücksicht zu nehmen, müsse als Hauptpflicht ausgestaltet sein. Unter anderem müsse insbesondere berücksichtigt werden, welche Kontrollmöglichkeiten dem Treugeber verblieben und inwieweit eine Entscheidung des Täters eigenverantwortlich und bindend sei. In Anwendung dieser Maßstäbe bestehe bei häuslicher Krankenpflege gemäß § 37 Abs. 2 SGB V gerade keine Vermögensbetreuungspflicht. Häusliche Krankenpflege setze zwar eine vertragsärztliche Verordnung voraus. Diese sei jedoch nicht hinreichend für den Leistungsbezug, weil sie für die Krankenkasse nicht bindend sei. Vielmehr müsse die jeweilige Krankenkasse vor Leistungsbeginn eine Bewilligungsentscheidung treffen. Die Krankenkasse sei an die Verordnung des jeweiligen Vertragsarztes nicht gebunden. Kommt sie zu einer anderen Bewertung als der Vertragsarzt, so kann sie eine gutachterliche

Stellungnahme des Medizinischen Dienstes (früher: MDK) einholen.

II. Anmerkung

Im Rahmen von § 266 Abs. 1 StGB muss in jeder Tatbestandsvariante eine Vermögensbetreuungspflicht vorliegen. Eine solche liegt vor, wenn der Täter selbst persönlich verpflichtet ist, die Geschäfte eines anderen zu besorgen, wobei in Bezug auf das fremde Vermögen eine besonders qualifizierte Pflichtenstellung als wesentlicher Inhalt der Rechtsbeziehung vorliegen muss.¹⁸⁶ Sofern einem Arzt eine vermögensrechtliche Befugnis eingeräumt wird, ist auch der Anwendungsbereich des § 266 StGB eröffnet.¹⁸⁷ Dem Täter muss hierbei auf der einen Seite Raum für eigenverantwortliche Entscheidungen und Selbständigkeit zustehen und andererseits muss der Treugeber keine tatsächliche Möglichkeit haben, steuernd und überwachend in die Entscheidungen des Täters einzugreifen.¹⁸⁸

Einen Arzt trifft daher grundsätzlich bei der Abrechnung eigener Leistungen keine Vermögensbetreuungspflicht,¹⁸⁹ unabhängig davon, ob es sich um Kassenpatienten handelt, die Abrechnung also gegenüber der Kassen(zahn)ärztlichen Vereinigung, bei Selektivverträgen mit den Krankenkassen unmittelbar, oder um Selbstzahler handelt. Denn im Verhältnis Arzt und Patient ist die Behandlung gesundheitlicher Belange wesentlicher Inhalt der Rechtsbeziehung.¹⁹⁰ Die unter dem Stichwort „Arztuntreue“ diskutierten Sachverhalte rekurren zumeist auf Fehlverhalten bei ärztlich veranlassten Leistungen, insbesondere Verordnungen.¹⁹¹ Die Begründung soll hier im Wirtschaftlichkeitsgebot der §§ 12, 70 SGB V liegen.¹⁹² Das Wirtschaftlichkeitsgebot ist indes zwar notwendig, aber nicht hinreichend für die Annahme der „Arztuntreue“ bei veranlassten Leistungen. Denn es gilt für alle Leistungserbringer im Gesundheitswesen und für alle Versicherten und sämtliche Leistungen (vgl. § 12 Abs. 1 S. 2 SGB V), so dass, wäre es hinreichend, auch jegliche Falschabrechnung und alle Verordnungen zugleich unter § 266 StGB fallen müssten. Dies ist indes selbst nach der als zu weit kritisierten¹⁹³ Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nicht der Fall. Vielmehr kommt es auch auf die Eigenverantwortlichkeit der Leistungserbringung und die fehlende Eingriffsmöglichkeit des Treugebers an:

So wird bei der Verordnung von Heilmitteln zurecht eine Vermögensbetreuungspflicht angenommen.¹⁹⁴ Heilmittel sind dem Heilzweck dienende oder den Heilerfolg sichernde ärztlich verordnete Dienstleistungen, die nur von entsprechend ausgebildeten Personen erbracht werden dürfen;¹⁹⁵ etwa Logopädie, Physio- oder Ergotherapie. Bei der Verordnung von Heilmitteln stellt der Vertragsarzt in eigener Verantwortung eine Verordnung aus und für die Krankenkassen verbindlich fest, dass die medizinischen Voraussetzungen für den Eintritt des Versicherungsfalls vorliegen, und dass das Heilmittel notwendig und wirtschaftlich (§§ 12, 70 SGB V) ist. Eine vor Verordnung der Heilmittel stattfindende Kontrolle durch die Krankenkassen ist nicht vorgesehen. Die Krankenkasse wird bereits leistungspflichtig, wenn die Verordnung ausgestellt und erbracht wird. War die Verordnung (die Überprüfung des Ordnungsverhaltens darf nicht mit der Überprüfung der Leistungserbringung durch den Heilmittelerbringer verwechselt werden; diese findet getrennt davon statt), die erst im Nachhinein überprüft werden kann, unwirtschaftlich oder

unrechtmäßig, so wird der Vertragsarzt regresspflichtig.¹⁹⁶ Insbesondere unter dem Aspekt des Wirtschaftlichkeitsgebots ergibt sich somit eine besondere Verantwortung des Vertragsarztes hinsichtlich des Vermögens der gesetzlichen Krankenkassen, mithin eine Vermögensbetreuungspflicht. Selbige Überlegung gilt auch für Verordnung von Sprechstundenbedarf. Auch hier trifft den Vertragsarzt eine Vermögensbetreuungspflicht, da er die Gesetzlichen Krankenkassen durch die Verordnung selbst zu Zahlungen verpflichten kann. Die Gesetzlichen Krankenkassen haben indes keine Kontrollmöglichkeit.¹⁹⁷

Anders ist der Fall bei der Verordnung von häuslicher Krankenpflege (§ 37 Abs. 2 SGB V) zu bewerten: Die Verordnung häuslicher Krankenpflege unterliegt gemäß § 6 Abs. 1 HKP-RL – einer Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses und damit untergesetzliches Bundesrecht – dem Genehmigungsvorbehalt der jeweiligen Krankenkasse. Eine solche Vorschrift findet sich in der Heilmittel- und Arzneimittelverordnung gerade nicht. Bei der Verordnung von häuslicher Krankenpflege liegt es folglich nicht allein in der Hand des verordnenden Arztes, ob eine Leistungspflicht der jeweiligen Krankenkasse entsteht. Vielmehr verfügt diese über bereits vorgeschaltete verfahrensrechtliche Kontrollmöglichkeiten. Bestehen nämlich Zweifel seitens der jeweiligen Krankenkasse, dass die Verordnung rechtmäßig ist, so hat sie eine Prüfung durch den Medizinischen Dienst (früher MDK) vornehmen zu lassen, § 275 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB V, § 6 Abs. 2 HKP-RL. Gleiches gilt, sofern die häusliche Krankenpflege länger als vier Wochen durchgeführt werden soll, § 275 Abs. 2 Nr. 3 SGB V. Demnach besteht bei der Verordnung häuslicher Krankenpflege keine Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes.

Fraglich ist indes, wie sich der Genehmigungsvorbehalt in der Praxis darstellt. Werden die Anträge durch die jeweiligen Krankenkassen in der Regel ohne weitere Prüfung ge-

¹⁸⁶ Spickhoff/Schuh, 3. Aufl. 2018, StGB, § 266 Rn. 9, 10

¹⁸⁷ BGH NJW 2016, 3253 3253; Spickhoff/Schuh, 3. Aufl. 2018, StGB, § 266 Rn. 29, 32 mwN.

¹⁸⁸ BGH NJW 2016, 3253, 3253 f.; BGH NJW 2015, 1618, 1618 f.

¹⁸⁹ Spickhoff/Schuh, 3. Aufl. 2018, StGB, § 266 Rn. 28; Graf/Jäger/Wittig/Waßmer, StGB § 266, Rn. 50.

¹⁹⁰ BGH NJW 2012, 2530, 2533, 2534 f.; Spickhoff/Schuh, 3. Aufl. 2018, StGB, § 266 Rn. 28.

¹⁹¹ Zur Entwicklung der Untreuestrafbarkeit von Vertragsärzten vor dem Hintergrund der sich gewandelten BSG-Rechtsprechung vgl. Sommer/Tsambikakis, in: Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, Clausen/Schroeder-Printzen, 3. Aufl. 2020, § 3, Rn. 155; vgl. auch Ulsenheimer/Gaede, in: Ulsenheimer/Gaede, Arztstrafrecht in der Praxis, 6. Auflage 2021, Rn. 1703 ff.

¹⁹² Zuck/Gökel, in: Quaas/Zuck/Clemens, Medizinrecht 4. Auflage 2018, § 74, Rn. 11.

¹⁹³ Sommer/Tsambikakis aaO; Magnus, Aktuelle Probleme des Abrechnungsbetrugs (§ 263 StGB), NSTZ 2017, 249, 252.

¹⁹⁴ BGH NSTZ 2017, 32.

¹⁹⁵ Vgl. § 2 HeilM-RL; Krauskopf/Vossen, SGB V, 110. EL März 2021, § 138 Rn. 3.

¹⁹⁶ Juris PK-SGB V/Matthäus, 4. Aufl., § 73 Rn. 136.

¹⁹⁷ BGH NSTZ-RR 2017, 313.

nehmigt und die Leistung erst gegebenenfalls im Nachhinein regressiert, so könnte sich die Situation vergleichbar mit der Verordnung von Heilmitteln darstellen und eine Vermögensbetreuungspflicht auslösen. Dies ist – unabhängig von der tatsächlichen Prüfdichte – jedoch abzulehnen, da die Strafbarkeit des Vertragsarztes nicht von ihm unbekannten internen Abläufen verschiedener Krankenkasse abhängen kann. Die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht wird hinsichtlich der vertragsärztlichen Abrechnung eigener Leistungen die nicht (ordnungsgemäß) erbracht wurden, vom BGH zurecht abgelehnt. Hier bleibt es zumindest bei der Strafbarkeit wegen Abrechnungsbetruges gegenüber und zum Nachteil der Kassenärztlichen Vereinigungen.

Hinsichtlich ärztlich veranlasster Leistungen – also bei Verordnungen – ist zu differenzieren: In den Fällen, in denen eine Verordnung durch einen Arzt unmittelbare Zahlungspflichten der Gesetzlichen Krankenkassen auslöst, ist eine Vermögensbetreuungspflicht zu bejahen. In solchen Konstellationen ist in der Regel keine Täterschaft des Vertragsarztes hinsichtlich eines Betruges erfüllt, da der Vertragsarzt verordnete Leistungen nicht selbst abrechnet und im Hinblick auf die Bereicherung eines Dritten regelmäßig keinen

Vorsatz hat – anders im vorliegenden Fall. In den Fällen, in denen – wie bei der häuslichen Krankenpflege – eine vorge-schaltete Überprüfung der Leitungsvoraussetzungen durch den Kostenträger erfolgt, liegt keine Vermögensbetreuungspflicht vor. Die Strafbarkeit folgt also auch hier den sozialrechtlichen Regelungen.

III. Ausblick

Der hier diskutierte Beschluss fußt auf einem Sachverhalt vor Einführung der §§ 299a, 299b, 300 StGB. Fraglich ist, ob ein solcher Fall heute unter diese Regelungen fallen würde. Jedenfalls in einer Konstellation wie dieser, in der nicht notwendige Leistungen einzig aus dem Grund verordnet wurde, dass ein kollusiv zusammenwirkender Dritter diese Leistungen abrechnen kann, findet keine Wettbewerbsbevorzugung statt. Denn hier lag nie eine Wettbewerbssituation, die mit den strafrechtlichen Mitteln der §§ 299a, 299b, 300 StGB geschützt werden müsste, vor. Eine Strafbarkeitslücke entsteht hierdurch indes nicht, da die kollusiv zusammenwirkenden Täter eines Betruges, bzw. einer Teilnahme daran strafbar sind.