

## Entscheidungsbesprechung

BGH, Urt. v. 4.12.2024 – 5 StR 498/23<sup>1</sup>

### Betrug durch die Abrechnung von Corona-Tests

1. Eine Täuschung im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB kann auch konkludent durch eine schlüssige Handlung vorgenommen werden. Welcher Inhalt einer (ausdrücklichen oder konkludenten) Erklärung zukommt, bestimmt sich ganz wesentlich durch den Empfängerhorizont und die Erwartungen der Beteiligten. Diese werden regelmäßig durch den normativen Gesamtzusammenhang geprägt, in dem die Erklärung steht. (Rn. 35)
2. Bei standardisierten, auf Massenerledigung angelegten Abrechnungsverfahren ist der Prüfungsmaßstab für den Leistenden herabgesetzt. Es genügt zur Bejahung dessen Irrtums i.S.d. § 263 StGB die stillschweigende Annahme, eine vorgelegte Abrechnung sei insgesamt „in Ordnung“. (Rn. 39)
3. Ein Erstattungsanspruch kann die Vermögensminderung nur dann kompensieren, wenn er abrechnungsfähig ist; die TestV formuliert eine normative Standardisierung der abrechnungsfähigen Leistungen mit der Folge, dass das Bestehen des Erstattungsanspruchs unabhängig vom Marktwert allein von rechtlichen Voraussetzungen abhängt. (Rn. 43)

(Leitsätze der Verf.)

StGB § 263

RiOLG Prof. Dr. Janique Brüning, Kiel\*

### I. Sachverhalt (vereinfacht)

Der Angeklagte A betrieb in Berlin mehrere Spätis und Gaststätten. Diese Standorte nutzte er aus, um während der COVID-19-Pandemie für Antigen-Schnelltests Leistungen in nicht ordnungsgemäßer Weise abzurechnen.

Die damals geltende Coronavirus-Testverordnung (TestV) ermöglichte es auch Personen ohne besondere medizinische Qualifikationen, „Testleistungen zu erbringen und gegenüber staatlichen Stellen abzurechnen“<sup>2</sup>. Voraussetzung für die Abrechnung war im ersten Schritt eine Online-Zertifizierung der Teststelle bei der Senatsverwaltung für Wissenschaft, Gesundheit, Pflege und Gleichstellung. Dabei mussten Schulungszertifikate der Tester eingereicht werden. Im zweiten Schritt erfolgte die Registrierung bei der Kassenärztlichen Vereinigung (KV). Dafür war u.a. eine Selbsterklärung zur Richtigkeit der Angaben sowie die Verpflichtung zur Einhaltung qualitätssichernder Standards und zur Aufbewahrung der Abrechnungsunterlagen bis Ende 2024 erforderlich. Nach seiner erfolgreichen

\* Janique Brüning ist Inhaberin der Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Sanktionenrecht an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel und Richterin am Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht.

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist veröffentlicht u.a. unter BeckRS 2024, 40555.

<sup>2</sup> BGH BeckRS 2024, 40555 Rn. 3.

Registrierung erhielt der Antragsteller eine Abrechnungsnummer, eine teststellenbezogene Betriebsnummer sowie Zugangsdaten zum Abrechnungsportal der KV. Über das Abrechnungsportal konnten monatlich die Anzahl der Tests und der verwendeten Testkits gemeldet werden. Die Vergütung betrug pro Test zwölf Euro (Mai/Juni 2021) bzw. acht Euro ab Juli 2021.

A ließ zwei Teststellen unter seinem Namen zertifizieren, 16 weitere unter Verwendung fremder bzw. falscher, d.h. erfundener Personalien. Für alle 18 Standorte erhielt er Zugang zum Abrechnungsportal der KV Berlin. Zwischen Mai und Oktober 2021 reichte er dort monatlich Abrechnungen ein, in denen er eine Vielzahl angeblich durchgeführter Corona-Tests meldete. Tatsächlich fanden an elf der Standorte gar keine Tests statt. An den übrigen sieben Standorten wurden deutlich weniger Tests durchgeführt, als abgerechnet wurden. Die KV überwies ihm aufgrund der Abrechnungen insgesamt rund 9,7 Millionen Euro.

## II. Einführung in die Problematik

In der hier zu besprechenden Entscheidung hat sich der BGH erstmals ausdrücklich mit der strafrechtlichen Bewertung fehlerhafter Abrechnungen sog. Corona-Bürgertests im Rahmen der COVID-19-Pandemie befasst. Das Urteil stellt damit einen weiteren Mosaikstein in der umfangreichen Rechtsprechung des BGH zum Abrechnungsbetrug dar.

Aufhänger des Urteils ist die Rechtmäßigkeit des Einziehungsanspruchs nach §§ 73 ff. StGB. Die Staatsanwaltschaft wandte sich mit ihrer Revision gegen die aus ihrer Sicht unzureichende Höhe der Einziehung. Da diese unmittelbar von der i.R.d. § 263 StGB festgestellten Schadenshöhe abhängt, war inzident eine Prüfung der Strafbarkeit nach § 263 StGB erforderlich.

### 1. Der Abrechnungsbetrug – ein erster Überblick

Der Abrechnungsbetrug bezeichnet Konstellationen in denen Leistungen – typischerweise im Gesundheitswesen – abgerechnet werden, die tatsächlich nicht oder nicht in der vorgeschriebenen Weise erbracht wurden.<sup>3</sup> So kann etwa ein ambulanter Pflegedienst Pflegeeinsätze abrechnen, obwohl das eingesetzte Personal nicht über die vertraglich geforderte Qualifikation<sup>4</sup> oder das geforderte sozialversicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnis<sup>5</sup> verfügt, oder eine Chefärztin liquidiert privatärztliche Leistungen, die tatsächlich vom Assistenzarzt erbracht wurden.<sup>6</sup> Dabei sind zahlreiche weitere Spielarten des Abrechnungsbetrugs denkbar.

Oftmals zeichnen sich die Konstellationen dadurch aus, dass tatsächlich eine medizinische Leistung erbracht wurde, die indiziert und lege artis vorgenommen wurde, aber die komplexen Vorschriften des vertragsärztlichen Abrechnungssystems nicht eingehalten wurden.

Zu beachten ist dabei, dass die Abrechnung im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung nicht direkt gegenüber der Krankenkasse, sondern über die KV erfolgt.<sup>7</sup> Die Vertragsärzte reichen ihre Leistungen quartalsweise bei der KV ein, die wiederum gegenüber den Krankenkassen die Gesamtvergütung geltend macht. Die KV zahlt den Ärzten sodann ihr Honorar aus dem von den Krankenkassen bereitgestellten Budget. Eine fehlerhafte Abrechnung kann also dazu führen, dass die KV

<sup>3</sup> Dazu ausführlich *Braun*, ZJS 2014, 35 ff.

<sup>4</sup> Dazu BGH BeckRS 2020, 30917.

<sup>5</sup> Vgl. dazu LG Hildesheim (Az. 22 KLs 5231 Js 53087/18), zitiert nach *Dann*, medstra 2021, 376 (382) mit Fn. 75.

<sup>6</sup> *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 184.

<sup>7</sup> Ausführlich zum kassenärztlichen System *Dannecker*, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2024, StGB § 263 Rn. 238.

Leistungen vergütet, auf die der Arzt möglicherweise keinen Anspruch hatte, weil die Leistung formal nicht ordnungsgemäß erbracht wurde.

Ist die Patientin privat versichert, so stellt die Ärztin die Rechnung unmittelbar an die Patientin, die sie anschließend bei ihrer Versicherung zur Erstattung einreicht. Auch in diesem Bereich kann die Abrechnung fehlerhaft sein, etwa wenn die Ärztin bewusst Leistungen in Rechnung stellt, die medizinisch nicht indiziert, tatsächlich nicht erbracht oder von einer nicht qualifizierten Person erbracht wurden.

Im Zentrum steht die Frage einer Strafbarkeit wegen Betruges gem. § 263 StGB. Der Fall gibt dabei Gelegenheit, die Tatbestandsmerkmale der Täuschung, des Irrtums sowie des Vermögensschadens näher zu beleuchten. Es stellt sich insbesondere die Frage, ob mit der Einreichung der Abrechnung konkludent über die Leistung getäuscht wird (2.), ob bei standardisierten Prüfverfahren ein relevanter Irrtum vorliegt (3.) und wie der Vermögensschaden zu bestimmen ist, wenn der Patient zwar medizinisch behandelt und damit ein Leistungsaustausch stattgefunden hat, aber die Rechnungslegung nicht den Vorschriften des vertragsärztlichen Abrechnungssystems entsprach (4.).

## 2. Die Täuschung, insbesondere zur Normativierung des Täuschungsbegriffs im Rahmen der konkludenten Täuschung

Eine Täuschung ist eine Handlung, die darauf abzielt, eine Fehlvorstellung über gegenwärtige oder vergangene Tatsachen zu erzeugen oder aufrechtzuerhalten, indem sie auf die Vorstellung des zu Täuschenden einwirkt.<sup>8</sup>

Dies kann sowohl aktiv durch ausdrückliches oder konkludentes Handeln als auch – vorbehaltlich einer Garantienpflicht i.S.d. § 13 Abs. 1 StGB – durch Unterlassen erfolgen.<sup>9</sup> Tatsachen sind gegenwärtige oder vergangene Verhältnisse, Zustände oder Geschehnisse.<sup>10</sup>

Als Täuschungsgegenstand kommen im vorliegenden Fall die Angaben zu den Personalien und der durchgeführten Schulungen der „Tester“ gegenüber der Senatsverwaltung in Betracht. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob der Angeklagte im Rahmen der Abrechnung zutreffende Angaben darüber gemacht hat, ob die Corona-Tests tatsächlich durchgeführt wurden, welche Personen diese vorgenommen haben und ob diese über die erforderliche Zertifizierung verfügten und ob die Testung unter Einhaltung aller relevanten Vorschriften erfolgten. In allen Fällen handelt es sich um vergangene Ereignisse, sodass ein tauglicher Täuschungsgegenstand vorliegt.

Betrugsrelevant sind insbesondere die gegenüber der KV gemachten Angaben, die zur Auszahlung der Erstattungsansprüche für die Durchführung von Corona-Tests führten. Die „Abrechnung“ ist dabei schuldrechtlich die Geltendmachung einer Forderung.

Soweit der Angeklagte die Corona-Tests abgerechnet hat, die tatsächlich nicht durchgeführt wurden, hat er (zwingend) miterklärt, dass die abgerechnete Leistung tatsächlich erbracht wurde und gibt vor, einen Anspruch auf eine tatsächlich nicht bestehende Forderung zu haben.

Problematischer gestaltet sich die Bewertung in den Fällen, in denen zwar tatsächlich ein Corona-Test durchgeführt wurde, jedoch die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Durchführung und Dokumentation der Testleistung missachtet wurden. Insoweit stellt sich die Frage, ob der Angeklagte miterklärte, als er die Corona-Tests über das Portal unter Verwendung der bei der Regist-

---

<sup>8</sup> Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 263 Rn. 6; Perron, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 263 Rn. 6; Fischer, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 263 Rn. 5.

<sup>9</sup> Eisele, Strafrecht – Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 528.

<sup>10</sup> Fischer, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 263 Rn. 6.

rierung erhaltenen Abrechnungsnummer und der Login-Daten abgerechnet hat, dass diese auch ordnungsgemäß durchgeführt wurden. Dies könnte zweifelhaft sein, da ausdrückliche Angaben über die Identität der Tester als auch der Durchführungsmodalitäten im Rahmen des Abrechnungsvorgangs nicht erklärt wurden.

Geht man davon aus, dass der Angeklagte dennoch miterklärt hat, dass die Testungen ordnungsgemäß durchgeführt wurden, läge eine konkludente Täuschung vor. Nimmt man dies nicht an, käme lediglich eine Täuschung durch Unterlassen in Betracht, die jedoch das Bestehen einer Garantienstellung und einer daraus resultierenden Garantienpflicht i.S.d. § 13 Abs. 1 StGB voraussetzt.

Das leitet über zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine konkludente Täuschung vorliegt. Die Möglichkeit einer konkludenten Täuschung wird allgemein anerkannt. Sie liegt vor, wenn sich die Täuschung nicht aus dem ausdrücklichen Gegenstand der Kommunikation ergibt, sondern aus dem, was durch das Verhalten stillschweigend miterklärt wird.<sup>11</sup> Problematisch ist aber, wie man das, was miterklärt wurde – also den Aussagegehalt – feststellt.

Insoweit hat sich – wenn auch nicht unumstritten – ein sog. normativer Täuschungsbegriff durchgesetzt, der in einer Klausur vorausgesetzt werden kann.<sup>12</sup> Grundsätzlich richtet sich das Miterklärte nach dem objektivierten Empfängerhorizont unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung.<sup>13</sup> Allerdings wird die Verkehrsauffassung nicht bloß empirisch – also anhand tatsächlicher Erwartungen – bestimmt, sondern vielmehr auch normativ eingeeht.<sup>14</sup> Bewertungsmaßstab für die Auslegung des Aussageinhalts ist die typische Pflichten- und Risikoverteilung zwischen den Parteien des jeweiligen Geschäftstypus.<sup>15</sup> Mit anderen Worten: Ob man in einem bestimmten Fall von einer konkludenten Täuschung ausgehen kann, hängt davon ab, welche Art von Rechtsbeziehung vorliegt, und welche Erwartungen oder Gepflogenheiten sich in dieser Art von Rechtsbeziehung entwickelt haben.<sup>16</sup>

Doch auch die Frage, wie diese aus der Pflichten- und Risikoverteilung erwachsenen Verantwortungsbereiche voneinander abzugrenzen sind, ist wiederum umstritten und weniger von Dogmatik als vielmehr von Kasuistik geprägt.<sup>17</sup> So soll etwa beim Abschluss eines Vertrages konkludent die Leistungsbereitschaft und -fähigkeit des Schuldners miterklärt werden. Demgegenüber soll aber derjenige, der eine Leistung entgegennimmt, nicht ohne Weiteres konkludent miterklären.<sup>18</sup>

Grundsätzlich ist bei der Bestimmung der Risikoverteilung zu berücksichtigen, dass nur solche Erwartungen schutzwürdig sind, die im Lichte der rechtlichen Rahmenbedingungen gerechtfertigt erscheinen. Das bedeutet, dass sich die Risikoverteilung grundsätzlich anhand außerstrafrechtlicher Vorschriften bestimmen lässt, wobei die Einzelheiten auch hier alles andere als unumstritten sind.<sup>19</sup> Für die konkludente Täuschung im Rahmen eines Abrechnungsbetrugs bedeutet das, dass der Erklä-

<sup>11</sup> Vogel, in: GS Keller, 2003, S. 313 (315).

<sup>12</sup> Mit Blick auf eine Klausur im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts könnte jedoch möglicherweise ein vertieftes Wissen vorausgesetzt werden. Insbesondere beim sog. Wettbetrug wird die Frage, ob die konkludente Täuschung ontologisch/faktisch zu betrachten oder eher normativ zu deuten ist, ausführlich diskutiert; vgl. dazu grundlegend Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 83 ff.; prägnant didaktisch Becker, JuS 2014, 307 (308); konkret zum Wettbetrug Saliger, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 263 Rn. 35 ff.

<sup>13</sup> BGH NJW 2021, 90 (92); BGH NStZ 2023, 37 (38).

<sup>14</sup> BGH NJW 2009, 2900; Becker, JuS 2014, 307 (309).

<sup>15</sup> BGH NStZ 2007, 151 (153).

<sup>16</sup> Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 152.

<sup>17</sup> Dazu etwa Eiden/Walter, NStZ 2014, 297 (299); so auch Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 152.

<sup>18</sup> Saliger, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 263 Rn. 58.

<sup>19</sup> Becker, JuS 2014, 307 (310).

rungswert der eingereichten Abrechnung durch die einschlägigen sozialrechtlichen Vorgaben vorgegeben wird.<sup>20</sup>

Im vorliegenden Fall der Corona-Testabrechnungen käme es unter Berücksichtigung eines normativen Maßstabes darauf an, ob der Abrechnende mit seinem Verhalten die Einhaltung der in der TestV festgelegten Voraussetzungen zum Ausdruck gebracht hat.

### 3. Der Irrtum, insbesondere zum sachgedanklichen Mitbewusstsein

Der Getäuschte muss sich ferner geirrt haben. Ein Irrtum liegt bei einer Fehlvorstellung über Tatsachen vor, d.h., wenn ein Widerspruch zwischen der subjektiven Vorstellung des Getäuschten und der Wirklichkeit gegeben ist.<sup>21</sup> Ein eindeutiger Fall des Irrtums liegt demnach vor, wenn sich die getäuschte Person eine tatsächlich nicht existierende Tatsache vorstellt, also einer positiven Fehlvorstellung unterliegt.<sup>22</sup> Im umgekehrten Fall, wenn also das Opfer einen tatsächlich vorhandenen Umstand nicht erkennt oder gar nicht bedenkt, scheidet ein Irrtum hingegen aus. Die bloße Unkenntnis einer Tatsache (*ignorantia facti*) ist nicht ausreichend.<sup>23</sup> Problematisch sind die Fälle, in denen die getäuschte Person weder eine klare Fehlvorstellung noch völlige Unkenntnis, sondern lediglich eine vage Vorstellung vom täuschungsrelevanten Sachverhalt hat. Insoweit stellt sich die Frage, welchen Grad an Fehlvorstellung das Opfer haben muss, damit es sich i.S.d. § 263 StGB irrt.

Bei allem Streit im Detail gilt grundsätzlich, dass neben einer konkreten Fehlvorstellung auch ein sog. sachgedankliches Mitbewusstsein – verstanden als ständiges, unreflektiertes Begleitwissen über bestimmte Tatsachen – für einen Irrtum ausreichend ist. Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass insbesondere bei konkludenten Täuschungen häufig über Umstände getäuscht wird, die der Erklärungsempfänger als selbstverständlich voraussetzt, etwa die Leistungsbereitschaft eines Kunden im Restaurant oder die Echtheit von Zahlungsmitteln.<sup>24</sup> Davon zu unterscheiden ist jedoch die bloße diffuse Haltung, „alles sei in Ordnung“, die grundsätzlich nicht ausreicht, um einen Irrtum zu begründen, da der Vorstellungsbezug zu konkreten Tatsachen fehlt, die der Täter wahrheitswidrig erklärt hat. Ein typisches Lehrbuchbeispiel ist der Zugschaffner, der davon ausgeht, alle Fahrgäste hätten einen Fahrschein gelöst.<sup>25</sup> Hier liegt mangels Bezugs zu bestimmten Tatsachen grundsätzlich kein Irrtum vor. Ein Irrtum wäre erst dann anzunehmen, wenn die Vorstellung des Schaffners auf einer konkreten Täuschung beruht, etwa wenn er ausdrücklich fragt, ob noch jemand zugestiegen sei, und die Schwarzfahrerin dies wahrheitswidrig unkommentiert lässt.<sup>26</sup> Vereinfacht ausgedrückt, ist das sachgedankliche Mitbewusstsein eine Art qualifizierte Form einer „Alles in Ordnung“-Vorstellung. Es liegt nicht bloß eine diffuse Haltung vor, sondern eine unausgesprochene Tatsachennahme, die typischerweise durch soziale Standards oder Verkehrsanschauungen getragen wird.

Die Rechtsprechung geht jedoch davon aus, dass bei standardisierten, auf Massenerledigung angelegten Abrechnungsverfahren, der Prüfungsmaßstab herabgesetzt sei. Um einen Irrtum anzu-

---

<sup>20</sup> Vogel, in: GS Keller, 2003, S. 313 (317 f.).

<sup>21</sup> Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2023, § 14 Rn. 47 m.w.N.

<sup>22</sup> Rönnau/Becker, JuS 2015, 504 (505).

<sup>23</sup> Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2023, § 14 Rn. 49.

<sup>24</sup> Saliger, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 263 Rn. 39; Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 338.

<sup>25</sup> Rönnau/Becker, JuS 2014, 504 (505); Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 27. Aufl. 2025, § 13 Rn. 53.

<sup>26</sup> Heger/Petzsch, in: Leitner/Rosenau, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kommentar, 2. Aufl. 2022, StGB § 263 Rn. 65.

nehmen, genüge die stillschweigende Annahme, eine vorliegende Abrechnung sei insgesamt in Ordnung.<sup>27</sup>

#### 4. Der Vermögensschaden, insbesondere zur sog. formalen Betrachtungsweise

Die getäuschte und sich irrende Person muss aufgrund des Irrtums eine Vermögensverfügung vornehmen, die schließlich unmittelbar zu einem Vermögensschaden führen muss. Im Kontext des Abrechnungsbetrugs besteht diese Vermögensverfügung regelmäßig in der Auszahlung der geltend gemachten Vergütung durch die KV oder einen anderen Leistungsträger.

Ein Vermögensschaden liegt vor, wenn die aufgrund der Verfügung eingetretene Minderung des Vermögens nicht durch einen unmittelbar mit ihr verbundenen Vermögenszuwachs vollständig ausgeglichen wird.<sup>28</sup> Ob ein Vermögensschaden besteht, wird in einem Vergleich der Vermögenslagen des Opfers vor und nach der Vermögensverfügung festgestellt. Dies geschieht im Wege der Saldierung. Aus der nach objektiven wirtschaftlichen Gesichtspunkten vorzunehmenden Schadensbestimmung folgt grundsätzlich, den Wert der erbrachten Leistung und – soweit erbracht – den der Gegenleistung nach ihrem Verkehrs- bzw. Marktwert zu bestimmen.<sup>29</sup>

In den Fällen des Abrechnungsbetrugs ist die Bestimmung des Vermögensschadens deshalb problematisch, weil in der Regel zwar eine medizinische Leistung erbracht wurde, die auch indiziert und lege artis vorgenommen ist, die komplexen Vorschriften des vertragsärztlichen Abrechnungssystems jedoch nicht eingehalten wurden. Dann stellt sich die Frage, ob bei der Saldierung auf den tatsächlichen ökonomischen Wert der erbrachten Behandlung abzustellen ist – schließlich wurde der Patient medizinisch korrekt versorgt – oder ob nur solche Leistungen berücksichtigt werden dürfen, die nach den sozialrechtlichen Vorschriften tatsächlich abrechnungsfähig sind. In diesem Kontext ist zu berücksichtigen, dass das kassenärztliche Vergütungsrecht streng formal geregelt ist. Ein Anspruch auf Bezahlung besteht nur, wenn die Leistung nach den Regeln des SGB V abrechnungsfähig ist. Dazu gehört insbesondere, dass die Leistung dem Katalog der vertragsärztlichen Versorgung zugeordnet werden kann (§ 73 Abs. 2 SGB V), dass sie medizinisch notwendig und wirtschaftlich ist (§ 12 SGB V – „Wirtschaftlichkeitsgebot“) sowie, dass sie tatsächlich erbracht und ordnungsgemäß dokumentiert wurde (§ 295 Abs. 1 SGB V und allgemeine Abrechnungsgrundsätze). Gleiches gilt im vorliegenden Fall: Auch nach der TestV bestand ein Vergütungsanspruch nur, wenn die Corona-Tests ordnungsgemäß durchgeführt und zuverlässig dokumentiert wurden.

Vor diesem Hintergrund wandte sich die Rechtsprechung des BGH seit den Neunzigerjahren der sog. formalen Betrachtungsweise zu.<sup>30</sup> Im Rahmen der Saldierung ist danach nicht maßgeblich, ob die Leistung im Einzelfall medizinisch nützlich war und daher als „werthaltig“ in die Saldierung einzustellen ist. Entscheidend ist danach allein, ob ein rechtlicher Vergütungsanspruch bestand. Fehlt dieser (weil die Leistung aus formalen Gründen sozialrechtlich nicht abrechnungsfähig war), ist die medizinisch erbrachte Leistung keine saldierungsfähige werthaltige Gegenleistung, mit der Folge, dass die Auszahlung des geltend gemachten Anspruchs zu einem Vermögensschaden führt. Diese –

---

<sup>27</sup> Dannecker, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2024, StGB § 263 Rn. 243; BGH medstra 2015, 298; Mosbacher, medstra 2025, 3 (4).

<sup>28</sup> Kühl, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 263 Rn. 36; Beukelmann, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2025, § 263 Rn. 52. Kompliziert gestaltet sich regelmäßig die Frage, wer die geschädigte Person ist, vgl. dazu: Schuhr, in: Spickhoff, Medizinrecht, Kommentar, 4. Aufl. 2022, StGB § 263 Rn. 49 f.

<sup>29</sup> BGH NStZ 2016, 286 (288); Becker/Rönnau, JuS 2017, 975 (976).

<sup>30</sup> BGH NStZ 1995, 85; BGH NJW 2003, 1198 (1200); BGH NJW 2021, 90 (95).

in der Literatur teilweise heftig kritisierte – formale Betrachtungsweise ist im Jahr 2021 vom BVerfG bestätigt worden.<sup>31</sup>

### III. Die Entscheidung

Die Revision der Staatsanwaltschaft zielte – wie bereits erwähnt – auf eine höhere Einziehungssumme. Damit stellte sich zwangsläufig die Frage nach der Schadensbestimmung i.S.d. § 263 StGB und damit inzident nach den Voraussetzungen der Strafbarkeit wegen Betrugs. Der BGH rügte in diesem Zusammenhang die fehlerhafte Anwendung des Zweifelsgrundsatzes und eine unzureichende Sachverhaltsaufklärung.<sup>32</sup>

Der BGH führt aus, dass die (unvollständigen) Feststellungen des Tatgerichts deutliche Anhaltspunkte für nicht ordnungsgemäß durchgeführte Tests geboten hätten, sodass eine Strafbarkeit wegen Betrugs im Hinblick auf die geltend gemachten Erstattungsbeträge näher hätte geprüft werden müssen.

„Ausweislich der Urteilsgründe hat der Angeklagte C., soweit er in seinen Teststellen überhaupt Coronatests durchführen ließ, die hierfür bestehenden Anforderungen in mehrfacher Hinsicht missachtet.“<sup>33</sup>

Nach der TestV seien für einen Vergütungsanspruch insbesondere eine ordnungsgemäße Schulung des Personals, die Einhaltung der 15-minütigen Wartezeit nach den Tests und eine vollständige Dokumentation erforderlich gewesen – für deren Nichteinhaltung es nach den Feststellungen deutliche Anhaltspunkte gab, die das Tatgericht jedoch nicht hinreichend aufgeklärt habe.

In Bezug auf die Täuschung verweist der BGH auf die gefestigte Rechtsprechung:

„Eine Täuschung im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB kann auch konkludent durch eine schlüssige Handlung vorgenommen werden. Welcher Inhalt einer (ausdrücklichen oder konkludenten) Erklärung zukommt, bestimmt sich ganz wesentlich durch den Empfängerhorizont und die Erwartungen der Beteiligten. Diese werden regelmäßig durch den normativen Gesamtzusammenhang geprägt, in dem die Erklärung steht. Dabei erwartet der Verkehr im Zusammenhang mit der Geltendmachung eines Anspruchs vor allem eine wahrheitsgemäße Darstellung, soweit die Tatsache wesentlich für die Beurteilung des Anspruchs ist und der Adressat sie aus seiner Situation nicht ohne Weiteres überprüfen kann. Liegen keine Besonderheiten vor, kann das Tatgericht regelmäßig von allgemein verbreiteten, durch die Verkehrsanschauung und den rechtlichen Rahmen bestimmten Erwartungen auf den tatsächlichen Inhalt konkludenter Kommunikation schließen.“<sup>34</sup>

Demnach würden die Abrechnungserklärungen nicht nur die Erklärung über die Durchführung einer bestimmten Anzahl von Tests beinhalten, sondern weitergehend auch die Erklärung, dass diese Tests ordnungsgemäß durchgeführt und ordnungsgemäß dokumentiert worden seien. Dieser erweiterte Erklärungswert ergäbe sich aus §§ 6, 7 TestV, die den Vergütungsanspruch ausdrücklich an die

<sup>31</sup> BVerfG BeckRS 2021, 12702.

<sup>32</sup> BGH BeckRS 2024, 40555 Rn. 11.

<sup>33</sup> BGH BeckRS 2024, 40555 Rn. 29.

<sup>34</sup> BGH BeckRS 2024, 40555 Rn. 35 f.

ordnungsgemäße Durchführung der Testungen sowie an eine verlässliche Leistungsdokumentation knüpfen.<sup>35</sup>

Zum Irrtum führt der BGH aus:

„Diese Vorgaben sprechen zugleich dafür, dass die jeweiligen Sachbearbeiter der KV B. angesichts der Abrechnungen des Angeklagten gegebenenfalls einem Irrtum über dort nicht offen gelegte Mängel der Durchführung und Dokumentation der Testungen unterlagen. Denn bei standardisierten, auf Massenerledigung angelegten Abrechnungsverfahren ist der Prüfungsmaßstab herabgesetzt. Es genügt die stillschweigende Annahme, eine vorliegende Abrechnung sei insgesamt ‚in Ordnung‘.“<sup>36</sup>

Abschließend erörtert der BGH die Frage, ob ein Vermögensschaden vorliegt und bestätigt die höchstrichterliche Rechtsprechung zur „streng formalen Betrachtungsweise“. Das Gericht betont:

„Soweit eine Täuschung und ein Irrtum über die ordnungsgemäße Durchführung oder die Dokumentation der Testleistungen vorlagen, ist davon auszugehen, dass für durchgeführte Tests geleistete Zahlungen der KV B. in voller Höhe zu einem Schaden nach § 263 StGB geführt haben. Sie bewirkten in diesem Fall keine Kompensation durch Erfüllung einer Verbindlichkeit, weil ihnen kein Erstattungsanspruch des Angeklagten gegenüberstand.“<sup>37</sup>

Zur Begründung verweist der *Senat* auf die Regelungen der TestV (§§ 6, 7, 7a), die den Vergütungsanspruch strikt an eine ordnungsgemäße Durchführung und Dokumentation knüpfen. Verstöße hiergegen ließen den Anspruch unabhängig von einem etwaigen Marktwert der Leistungen vollständig entfallen.<sup>38</sup> Diese Sichtweise entspreche nicht nur der bisherigen höchstrichterlichen Linie im Bereich des Abrechnungsbetrugs, sondern auch dem infektionsschutzrechtlichen Zweck der Verordnung: Nur bei ordnungsgemäßer Durchführung und Dokumentation könne die Abrechnung eine verlässliche Grundlage für die Steuerung des Testgeschehens und die sachgerechte Verwendung öffentlicher Mittel bieten.<sup>39</sup>

#### IV. Bewertung der Entscheidung

Mit der vorliegenden Entscheidung hält der BGH im Betrugsstrafrecht an seiner Linie fest und etabliert die streng formale Betrachtungsweise im Rahmen der Schadensfeststellung für die Abrechnung von nicht ordnungsgemäß durchgeführten Corona-Tests. Auch in Bezug auf die Tatbestandsmerkmale Täuschung und dem Irrtum bleibt im Rahmen von standardisierten Massenverfahren alles beim Alten.

##### 1. Täuschung

Die Frage, wann eine konkludente Täuschung vorliegt, ist in der Literatur umfassend behandelt und füllt ganze Regalwände. Für die Klausurbearbeitung kommt es allerdings nicht darauf an, die Vielzahl

---

<sup>35</sup> BGH BeckRS 2024, 40555 Rn. 37 ff.

<sup>36</sup> BGH BeckRS 2024, 40555 Rn. 39.

<sup>37</sup> BGH BeckRS 2024, 40555 Rn. 40.

<sup>38</sup> BGH BeckRS 2024, 40555 Rn. 43.

<sup>39</sup> BGH BeckRS 2024, 40555 Rn. 44.

der vertretenen Auffassungen im Detail nachzuzeichnen, sondern die Grundlinien zu erfassen und anzuwenden. Zutreffend stellt der BGH darauf ab, dass mit der Geltendmachung von Zahlungsansprüchen stillschweigend miterklärt wird, die Testungen seien nach der TestV ordnungsgemäß erbracht und damit abrechnungsfähig.

Die Möglichkeit einer normativ geformten konkludenten Täuschung ist dabei unverzichtbar, weil Kommunikation im Wirtschaftsleben nicht im luftleeren Raum stattfindet, sondern stets in normativen und sozialen Kontexten eingebettet ist. Einerseits muss man sich darauf verlassen können, dass die rechtlichen Spielregeln eingehalten werden. Andererseits ergibt sich auch aus kommunikationspsychologischer Sicht, dass jede Äußerung nur im jeweiligen Kontext verständlich ist. Schweigen oder schlüssiges Verhalten gewinnen ihre Bedeutung also nicht allein aus tatsächlichen Erwartungen, sondern auch aus den rechtlichen Rahmenbedingungen, die die Risikoverteilung im Geschäftsverkehr vorstrukturieren.

Der BGH verbindet daher zu Recht beide Ebenen: Maßgeblich ist, wie ein objektiver Erklärungsempfänger das Verhalten in der konkreten Situation deuten durfte, wobei diese Deutung zugleich durch die normativen Vorgaben – hier: die TestV – eingeeht wird. Der richtige Maßstab ist damit ein faktisch-normativer: Er hält fest, dass Täuschung stets kommunikativ vermittelt ist, ihre Reichweite aber durch rechtlich gesetzte Rahmenbedingungen bestimmt wird.

## 2. Irrtum

Auch hinsichtlich des Irrtums überzeugt die Entscheidung des BGH. Der *Senat* führt aus, dass es in standardisierten Massenverfahren genügt, wenn die Sachbearbeiter davon ausgehen, eine vorgelegte Abrechnung sei „insgesamt in Ordnung“. Auf den ersten Blick könnte diese Formulierung zwar den Eindruck erwecken, es gehe nur um das vage „Alles-in-Ordnung“-Gefühl. Dogmatisch ist damit jedoch das sachgedankliche Mitbewusstsein gemeint, ohne dass der BGH dies ausdrücklich erwähnt.

Im Fall der Corona-Testabrechnungen bedeutet dies, dass die Sachbearbeiter der KV unausgesprochen davon ausgingen, die eingereichten Abrechnungen entsprächen den Vorgaben der TestV und die Tests seien ordnungsgemäß durchgeführt und dokumentiert worden. In solchen Konstellationen lässt sich zwar grundsätzlich nicht leugnen, dass es an einer konkreten Vorstellung über jedes Detail fehlen kann und das sachgedankliche Mitbewusstsein daher als normative Fiktion daherkommt:<sup>40</sup> Denn letztlich wird eine psychologisch (möglicherweise) nicht vorhandene Fehlvorstellung durch ein normativ vorgeprägtes Vorstellungsbild<sup>41</sup> ersetzt. Diese normative Umdeutung ist jedoch notwendig, weil gerade in standardisierten Massengeschäften viele Selbstverständlichkeiten nicht ausdrücklich überprüft, sondern mit Blick auf die Funktionsfähigkeit der Wirtschaftsverkehrs stillschweigend vorausgesetzt werden. Der Irrtum bleibt zwar ein psychologischer Sachverhalt, wird jedoch – ähnlich wie die konkludente Täuschung – normativ konturiert. Inhalt und Tiefe der Vorstellung bestimmen sich demnach spiegelbildlich nach dem Erklärungswert der Täuschung.<sup>42</sup>

In standardisierten Abrechnungsabläufen darf daher innerhalb der durch die rechtlichen Rahmenbedingungen vorgeprägten Erwartungen auch eine unreflektierte, aber tatsachenbezogene Annahme – etwa die Vorstellung, eine Abrechnung sei ordnungsgemäß – als Fehlvorstellung gewertet werden.

---

<sup>40</sup> Becker, JuS 2014, 307 (309).

<sup>41</sup> Rönnau/Becker, JuS 2014, 504 (507).

<sup>42</sup> BGH NStZ 2009, 506 (507); Becker/Rönnau, JuS 2015, 504 (507).

### 3. Vermögensschaden

Zu Recht bejaht der BGH schließlich einen Vermögensschaden, in den Fällen, in denen der Corona-Test zwar vorgenommen, aber nicht ordnungsgemäß durchgeführt oder falsch dokumentiert wurde. Die Durchführung der Testung ist nicht erstattungsfähig, wenn die einschlägigen formalen Vorschriften der Testverordnung nicht eingehalten wurden, und ist damit im Rahmen der Saldierung als wertloser Rechnungsposten zu berücksichtigen.

Im Schrifttum wird die Annahme eines Vermögensschadens in den Fällen des Fehlens bestimmter rechtlicher Voraussetzungen kritisiert.

„Danach wird selbst lege artis erbrachten Leistungen, hier also fachlich beanstandungsfrei erbrachten Corona-Tests, die aber lediglich nicht abrechenbar sind, jeder wirtschaftliche Wert abgesprochen.“<sup>43</sup>

Dies sei jedenfalls in den Konstellationen nicht gerechtfertigt, in denen es nur um die Identitätstäuschung der testenden Person gehe.<sup>44</sup> Werde die Leistung als wertlos erachtet, führe das dazu, dass der Betrugstatbestand zum Schutz rechtsgutsfremder Ziele (hier: Infektionsschutz) zweckentfremdet werde<sup>45</sup>. Darin wird eine Entgrenzung<sup>46</sup> des Betrugstatbestandes durch die Anknüpfung an nicht vermögensschützende Vorschriften gesehen. Aufgrund einer normativen Überformung des § 263 StGB könne „die Anwendung der streng formalen Betrachtungsweise nicht (mehr) als hinreichende Methode betrachtet werden, um das Vorliegen eines Schadens“<sup>47</sup> zu bewerten.

Diesen Einwänden ist im Grundsatz darin zuzustimmen, dass je mehr die Schadensfeststellung von normativen Erwägungen getragen wird, desto höher die Gefahr ist, dass nicht mehr das Vermögen das geschützte Rechtsgut darstellt.<sup>48</sup> Gleichwohl gehen diese Einwände gegen die streng formale Betrachtungsweise von einem Gegensatzpaar der Begriffe „normativ“ und „wirtschaftlich“ aus und legen ein rein wirtschaftliches Verständnis des Vermögensbegriffs zugrunde. So versteht es offenbar auch der 5. *Strafsenat*, wenn er betont, dass ein Erstattungsanspruch nicht vom Marktwert der Leistung abhängt, sondern ausschließlich von der Erfüllung der rechtlichen Voraussetzungen. Doch bilden Recht und Wirtschaft keine widerstreitenden Systeme, sondern aufeinander bezogene Wertebereiche. Vermögen ist kein natürliches Phänomen, sondern das Ergebnis einer rechtlichen Konstruktion.<sup>49</sup> Erst die Rechtsordnung schafft den Rahmen für die Entstehung einer wirtschaftlich wertvollen Position.<sup>50</sup> Der Wert eines abrechnungsfähigen Corona-Tests richtet sich daher nach den Voraussetzungen der TestV. Die Erfüllung der rechtlichen Voraussetzungen ist gleichsam Voraussetzung dafür, dass ein „Marktwert“ überhaupt erst entsteht. Da die Leistungen des Angeklagten nach der TestV nicht abgerechnet werden können, gelten sie im Abrechnungssystem folglich als wertlos. *Hefendehl* weist zudem auf folgende Kontrollüberlegung hin:

<sup>43</sup> *Michel*, ZWH 2025, 254 (255).

<sup>44</sup> *Werner*, GesR 2025, 292 (293 f.).

<sup>45</sup> Allgemein zur Kritik an der sog. „streng formalen Betrachtungsweise“ *Dannecker*, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2024, StGB § 263 Rn. 249.

<sup>46</sup> *Dann*, medstra 2021, 378 (380).

<sup>47</sup> *Braun*, ZJS 2024, 35 (40).

<sup>48</sup> Dazu bereits *Brüning*, ZJS 2021, 538 (543).

<sup>49</sup> *Fischer*, in: Fischer u.a., Dogmatik und Praxis des strafrechtlichen Vermögensschadens, 2015, S. 51 (54); vgl. dazu bereits *Brüning*, ZJS 2016, 781 (784).

<sup>50</sup> Zum sog. normativ-ökonomischen Vermögensbegriff *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 526.

„Wüsste der zuständige Sachbearbeiter von den fehlenden Anspruchsvoraussetzungen [...] und würde er nun trotzdem die Auszahlung bewirken, so wäre an einer Untreue-Strafbarkeit kaum zu zweifeln.“<sup>51</sup>

Das Ergebnis erscheint zudem konsequent, weil in Pandemiezeiten niemand – auch die KV nicht – bereit gewesen wäre, Geld für einen sorglos durchgeführten Infektionsschutz aufzuwenden, der von einer nicht zertifizierten Person vorgenommen wurde. Vermögen schafft vor allem Handlungspotenziale. Gibt man Geld für eine Leistung aus, die für die vorausgesetzten Ziele nicht effektiv war und wird dadurch insgesamt das wirtschaftliche Handlungspotenzial geschwächt, wird das Rechtsgut Vermögen verletzt. Die Sorge, dass der Betrugstatbestand zum Schutz rechtsgutsfremder Ziele zweckentfremdet wird, kann daher nicht geteilt werden.

## V. Fazit

Die Entscheidung des BGH fügt sich in die bisherige Linie zur streng formalen Betrachtungsweise ein und hebt die Rolle außerstrafrechtlichen Regelungen im Betrugsstrafrecht hervor. Es wird deutlich, dass die Tatbestandsmerkmale Täuschung, Irrtum und Vermögensschaden im Zusammenspiel mit den rechtlichen Rahmenbedingungen betrachtet werden müssen.

---

<sup>51</sup> Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 849.