



5 StR 1/12

BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

vom 5. Juli 2012
in der Strafsache
gegen

wegen Betruges

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 5. Juli 2012 beschlossen:

Auf die Revision der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Lübeck vom 23. September 2011 gemäß § 349 Abs. 4 StPO im gesamten Strafausspruch mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.

Die weitergehende Revision wird nach § 349 Abs. 2 StPO als unbegründet verworfen.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

G r ü n d e

1 Das Landgericht hat die Angeklagte wegen Betruges in 43 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Ihre hiergegen gerichtete Revision hat den sich aus der Beschlussformel ergebenden Erfolg.

I.

2 Die Angeklagte, die seit 1986 einen Pharmagroßhandel betreibt, hat über zwei Apotheker, die für ihre Apotheke von verschiedenen Pharmaherstellern Medikamente für die Versorgung von Krankenhäusern bezogen, zwischen 2004 und 2008 in 43 Fällen für Klinikbedarf bestimmte Medikamente

erworben, diese aber außerhalb des Klinikbereichs an andere Pharma-Großhändler oder Apotheken gewinnbringend verkauft.

3 Das Landgericht hat dieses Verhalten als Betrug der Angeklagten angesehen, den diese in Mittäterschaft mit zwei Apothekern begangen habe. Tathandlung sei jeweils die von den Apothekern vorgenommene und mit der Angeklagten inhaltlich abgesprochene Bestellung von verschreibungspflichtigen wie auch nur apothekenpflichtigen Arzneimitteln, die vorgeblich für den Klinikbetrieb geliefert werden sollten. Als den von ihr mit mindestens 315.000 € bezifferten Schaden im Sinne des § 263 StGB hat die Strafkammer den Betrag angesehen, der zwischen dem „Klinikwareneinkaufspreis“ (UA S. 7) und dem Verkaufspreis an den Pharmagroßhandel der Angeklagten lag.

II.

4 Während die Beanstandungen der Angeklagten gegen den Schuldspruch ohne Erfolg bleiben, kann der Strafausspruch keinen Bestand haben, weil das Landgericht den Schuldumfang nicht zutreffend bestimmt hat.

5 1. Hinsichtlich der verschreibungspflichtigen Medikamente trifft allerdings zu, dass diese preisgebunden sind. Für diese werden nach § 78 AMG i.V.m. der Arzneimittelpreisverordnung Preise und Spannen durch Rechtsverordnung festgelegt (vgl. zur Entstehungsgeschichte Hofmann in Kügel/Müller/Hofmann, AMG, 2012, § 78 Rn. 2 ff.). Nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 dieser Verordnung (AMPreisV) gelten die durch die Verordnung vorgegebenen Spannen nicht für die Abgabe an Krankenhäuser. Dies ist Ausfluss des Krankenhausprivilegs, nach der die krankenhhausversorgenden Apotheken seit jeher deutlich unter dem für öffentliche Apotheken geltenden Bezugspreisen beliefert werden, die krankenhhausversorgenden Apotheken ihrerseits aber nicht berechtigt sind, diese Packungen außerhalb von Krankenhäusern zum Zwecke des Einzelverkaufs zu veräußern (BGH, Urteil vom 12. Okto-

ber 1989 – I ZR 228/87, GRUR 1990, 1010 – Klinikpackung; vgl. auch Urteil vom 22. April 2004 – I ZR 21/02, GRUR 2004, 701 – Klinikpackung II). Inso- weit beschwert es die Angeklagte jedenfalls auch nicht, dass die Strafkam- mer bei der Schadensbestimmung den Verkaufspreis an den Großhandel der Angeklagten und nicht den (höheren) Herstellerabgabepreis für Fertigarz- neimittel, die nicht an Krankenhäuser geliefert werden, der Berechnung des Mindestschadens zugrunde gelegt hat. Insoweit hat sie – aus praktischen Erwägungen sinnvoll – darauf verzichten können, mögliche Rabatte nach § 78 Abs. 3, 3a AMG näher zu prüfen.

6 2. Durchgreifend bedenklich ist allerdings die Schadensberechnung des Landgerichts, soweit nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel betroffen sind. Für diese gilt nach § 78 Abs. 2 Satz 3 AMG i.V.m. § 1 Abs. 4 AMPPreisV grundsätzlich keine Preisregulierung (vgl. Hofmann aaO Rn. 38).

7 Insofern erfolgt eine Rabattgewährung für Kliniken nach den von den jeweiligen Herstellern aufgestellten (im Übrigen aber verhandelbaren) Preis- listen. Unter Berücksichtigung eines dem Risiko fehlender Treffgenauigkeit angemessenen Sicherheitsabschlags hätte deshalb ermittelt werden müs- sen, welche Bedingungen für die Medikamentenabgabe einerseits für Klini- ken und andererseits für den freien Verkauf in Apotheken gegolten haben und welche Preise zu erzielen waren. Dabei ist zu beachten, dass – da eine bloße unterlassene Vermögensmehrung kein Schaden im Sinne des Be- trugstatbestandes ist – der höhere Preis gegenüber den Abnehmern, die kei- ne Krankenhäuser sind, sich mit Wahrscheinlichkeit durchsetzen lassen muss (vgl. BGH, Beschluss vom 9. Juni 2004 – 5 StR 136/04, BGHR StGB § 263 Abs. 1 Vermögensschaden 64).

8 3. Dieser Fehler führt zur Aufhebung des gesamten Strafausspruchs, weil sich die fehlende Unterscheidung zwischen verschreibungs- und nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln auf die Bestimmung des Schuldum- fangs ausgewirkt hat. Obwohl das Landgericht keine näheren Umstände be-

zöglich des Inhalts der einzelnen Bestellungen mitgeteilt hat, schließt der Senat aus, dass der Schuldspruch auch nur in einem Einzelfall betroffen sein könnte, weil ein Übergewicht an verschreibungspflichtigen Arzneimitteln besteht und es fernliegt, dass der Pharmahersteller nicht zwischen Krankenhäusern und sonstigen Abnehmern unterschieden haben sollte.

III.

- 9 Für das neue trichterliche Verfahren weist der Senat darauf hin, dass nach § 154 StPO ausgeschiedene Taten nur dann strafscharfend gewürdigt werden dürfen, wenn diese Taten in den Urteilsgründen hinreichend konkret dargestellt werden und die Angeklagte hierauf im Falle des § 154 Abs. 2 StPO hingewiesen wurde (vgl. Schoreit in KK, StPO, 6. Aufl., § 154 Rn. 48).

Basdorf

Raum

Schaal

Dölp

Bellay