

Sehr geehrte [REDACTED]

Sie müssen damit rechnen in den nächsten Tagen ein Schreiben mit einem Einstellungsangebot vom Zollfahndungsamt zu erhalten. Man ist, wie erwartet, der Auffassung gefolgt, dass ein Inverkehrbringen durch Ärzte natürlich nicht vorliegt. Es wird nun die Auffassung vertreten, „die Ärzte könnten sich eines Vorstoßes gegen § 95 I Nr. 4 AMG strafbar gemacht haben“ (dies wird also nur als Möglichkeit in den Raum gestellt), indem sie mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln entgegen § 43 Abs. 1 Satz 2 AMG Handel getrieben hätten.

Zur Begründung wird vorgetragen, dass das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal des Eigennutzes bei den Ärzten erfüllt sei, da sie einerseits die Leistungen über die GOÄ abgerechnet hätten und andererseits einen immateriellen Vorteil durch Kundenbindung erlangt hätten, was für die Erfüllung des Merkmals Eigennutz ausreichte.

Unseres Erachtens nach sollten Sie einer Einstellungs nach § 153 a nicht zustimmen, da der Vorwurf des Handeltreibens juristisch nicht haltbar ist.

Richtig ist zwar, dass ein Handeltreiben als eigenständige Tathandlung neben dem Inverkehrbringen stehen kann, die Schlussfolgerungen, die die Staatsanwaltschaft daraus zieht, sind allerdings nicht nachvollziehbar.

Als Täter einer Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 4 AMG kann man selbst dann in Betracht kommen, wenn das Inverkehrbringen oder die Abgabe der Arzneimittel nicht nachweisbar sind, der Täter aber bereits hinreichende eigennützige auf den Umsatz der betroffenen Erzeugnisse gerichtete Bemühungen entfaltet hat (Körner, Kommentar zum AMG, § 95 RN 189). Demzufolge genügen schon eigennützige Bemühungen, bevor eine Abgabe bzw. ein Inverkehrbringen stattfindet. Dies bedeutet, eines Handeltreibens kann sich schon derjenige strafbar machen, der Handlungen vornimmt, die der Abgabe oder dem Inverkehrbringen vorgeschaltet sind bzw. darauf abzielen. Die Ärzte hatten allerdings selbst nach Auffassung der Staatsanwaltschaft nie die Absicht die Arzneimittel abzugeben bzw. in Verkehr zu bringen. Der Vorwurf des Handeltreibens scheidet somit schon aus logischen Gründen aus.

Weiterhin entspricht es der Auffassung des BGH (vgl. BGH, Urteil v. 03.07.2003-1StR 453/02), dass der Arzt, der Arzneimittel an seinen Patienten anwendet, bereits als Endverbraucher anzusehen ist. Ein Endverbraucher hat niemals die Absicht die Arzneimittel an andere abzugeben, sofern er sie in der Absicht zur persönlichen Anwendung erwirbt. Somit kann er sich auch nicht eines Handeltreibens strafbar machen.

Ebenso wurde schon öfters auf die Vorschrift des § 73 II Nr. 6a verwiesen. Hiernach darf der Verbraucher in Deutschland nicht zugelassene Arzneimittel zu seinem persönlichen Bedarf beziehen. Bezieht also der Arzt als Endverbraucher zu seinem persönlichen Bedarf (der persönliche Bedarf bezieht sich auf die Nachfrage seiner Patienten), so ist dies eindeutig von der Vorschrift gedeckt.

Hilfsweise sei noch gesagt, dass die Abrechnung nach GOÄ, selbst wenn sich der Sachverhalt so darstellen würde, wie die Staatsanwaltschaft zu konstruieren sucht, darin das Tatbestandsmerkmal des Eigennutzes nicht gesehen werden kann, da eine solche Abrechnung nach GOÄ 1. auch bei der Anwendung der in Deutschland zugelassenen Zwillingsprodukte erfolgt wäre und 2. auch bei Anwendung, wenn die Patienten das Produkt selbst mitgebracht hätten (wie von StA und Berufsverband empfohlen) erfolgt wäre.

Demnach wäre die juristische Konstruktion des rechtmäßigen Alternativverhaltens, die zu einem Ausschluss der objektiven Zurechenbarkeit und somit zu einem Ausschluss der Strafbarkeit führt, erfüllt.

Auch das Argument der „Kundenbindung“ liefe ins Leere, da der Nachweis dessen wohl kaum gelingen würde.

Mit freundlichen Grüßen

Sigma Gyn

Bitte leiten Sie dieses Schreiben an Ihre Anwälte weiter.