

Rudolph RAe • Albrecht-Dürer-Platz 4 • 90403 Nürnberg

Zollfahndungsamt Essen  
Weiglestraße 11-13  
45128 Essen

Dr. Tobias Rudolph  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Strafrecht  
Fachanwalt für Steuerrecht

Franziska Fladerer  
Rechtsanwältin

Sabine Keller  
Rechtsanwältin

Albrecht-Dürer-Platz 4  
90403 Nürnberg

Gerichtsfach 202

Tel 0911 / 929 18 86  
Mobil 0179 / 537 40 94  
Fax 0911 / 274 06 77

Sparkasse Nürnberg  
Kto-Nr. 511 53 65  
BLZ 760 501 01

Nürnberg, November 2012

Unser Zeichen:  
Ihr Zeichen :

### **Ermittlungsverfahren gegen Dr. Ra wegen Verdacht des Verstoßes gegen das Arzneimittelgesetz**

Sehr geehrte Damen und Herren,

in oben bezeichnetem Verfahren wurde meinem Mandanten mit Schreiben des Zollfahndungsamtes vom 25.07.2012 mitgeteilt, dass gegen ihn wegen des Verdachts von Verstößen gegen das Arzneimittelgesetz und die Abgabenordnung ein Ermittlungsverfahren geführt wird.

Am 15.10.2012 erhielt mein Mandant ein Schreiben des Zollfahndungsamtes, dem ein Vermerk der Staatsanwaltschaft Wuppertal über die rechtliche Einschätzung der Vorwürfe beigelegt war. Zutreffend haben die Ermittlungsbehörden einen Großteil der ursprünglich im Raum stehenden Vorwürfe inzwischen fallen lassen.

Aus der rechtlichen Stellungnahme der Staatsanwaltschaft Wuppertal ergibt sich, dass den betroffenen Ärzten immer noch vorgeworfen wird, außerhalb von Apotheken mit Arzneimitteln Handel getrieben zu haben und sich daher gemäß § 95 I Nr. 4 AMG strafbar gemacht zu haben.

Diese Rechtsauffassung halten wir für falsch.

Mein Mandant sieht sich beim gegenwärtigen Stand des Verfahrens vor die Wahl zwischen folgenden Alternativen gestellt:

- Er lehnt die Zahlung einer Geldauflage ab. Dies bedeutet gegebenenfalls eine langwierige Auseinandersetzung über streitige Rechtsfragen. Die bloße Existenz eines

Ermittlungsverfahrens bedeutet für jeden Beschuldigten eine erhebliche psychische, zeitliche und oft auch finanzielle Belastung.

- Er akzeptiert eine Geldauflage i.S.v. § 153a StPO, da diese für ihn die einzige Möglichkeit ist, die verfahrensrechtliche Zwangslage kurzfristig und sicher zu beenden.

Eine derartige Zwangslage ist zwar in vielen Fällen für einen Beschuldigten eine unvermeidliche Konsequenz strafrechtlicher Ermittlungen. Sie darf in einem Rechtsstaat jedoch niemals das Ziel der Ermittlungen sein.

Aus diesem Grund sind Ermittlungsbehörden gehalten, von der Auferlegung einer Geldauflage abzusehen, wenn sich herauskristallisiert, dass der bei Einleitung des Ermittlungsverfahrens verfolgte rechtliche Ansatz sich als nicht haltbar herausstellt.

Ist zweifelhaft, ob überhaupt ein Straftatbestand erfüllt ist, muss die Rechtsfrage geklärt werden; die Anwendung des § 153a StPO gegenüber einem möglicherweise Unschuldigen ist untersagt (vgl. Meyer-Goßner, StPO, § 153a, Rn. 2 a.E.).

Vorliegend besteht schon aufgrund der Höhe der durch die Ermittlungsbehörden in den Raum gestellten Geldauflage die Gefahr, dass der Eindruck entstehen könnte, es soll Druck auf die Beschuldigten ausgeübt werden, obwohl die Rechtslage noch nicht geklärt ist.

Diese Gefahr besteht auch deshalb, da individuelle Verhältnisse bei dem Vorschlag der Verfahrensbeendigung gegen Zahlung einer Geldauflage, die sich an der Bestellsumme orientiert, keine Rolle spielen sollen. Demnach wäre es beispielsweise völlig irrelevant, wer die Bestellungen innerhalb einer Praxis durchgeführt hat oder was sich der Einzelne dabei gedacht hat. Nach dem gegenwärtigen Vorschlag wäre auch irrelevant, ob eine bestimmte Menge der Präparate durch Praxisangehörige selbst verwendet oder (beispielsweise nach Ablauf des Haltbarkeitsdatums) vernichtet wurde. Auch das persönliche Einkommen bzw. die individuellen Jahre der Berufserfahrung werden nach dem Vorschlag der Zollfahndung nicht berücksichtigt.

Wenn über 700 Frauenärztinnen und -ärzte bundesweit unabhängig voneinander angeben, nicht im Traum daran gedacht zu haben, dass das Vorrätighalten von Arzneimitteln in ihrer Praxis strafbar sein könnte, so lässt sich dies nicht – wie in dem Vermerk der Staatsanwaltschaft vom 04.10.2012 geschehen – pauschal als „Schutzbehauptung“ diffamieren.

Zutreffend geht die Staatsanwaltschaft in dem Vermerk vom 04.10.2012 davon, dass die von Sigma gelieferten Arzneimittel im Zweifel zum Selbstkostenpreis an die Patientinnen weitergegeben wurden.

Die Tatsache, dass die Ärztinnen und Ärzte die Medikamente zum Selbstkostenpreis weitergegeben haben, belegt, dass sie sich steuerrechtlich korrekt verhielten und verhalten wollten. Den meisten Betroffenen war nämlich bewusst, dass ein Aufpreis eventuell zu einer Umsatzsteuerpflicht geführt hätte. Man verhielt sich also bewusst rechtstreu, um eine etwaige Umsatzsteuerproblematik zu vermeiden.

Jemandem, der sich bewusst rechtstreu verhält, kann man nicht pauschal vorwerfen, sich in den rechtlich auch für Juristen nur schwer zugänglichen Feinheiten des AMG nicht auszukennen. Dies gilt erst recht, wenn die von den Ärzten vertretene Rechtsauffassung im Einklang mit der führenden Kommentarliteratur und der ständigen Rechtsprechung steht – und zudem noch mit dem durch das AMG verfolgten Gesetzeszweck.

Bezüglich derjenigen Präparate, die zwar in der Praxis eingekauft, aber nicht angewendet wurden (d.h. beispielsweise von Praxisangehörigen selbst genutzt oder nach Ablauf des Verfallsdatums vernichtet), steht ein Handeltreiben ohnehin nicht im Raum.

Die Verteidigung ist im vorliegenden Fall davon überzeugt, dass das im Raum stehende Geschehen schon aus rechtlichen Gründen nicht strafbar ist.

Es wird beantragt, das Ermittlungsverfahren gemäß § 170 II StPO einzustellen.

Entgegen der Annahme der Staatsanwaltschaft in der Verfügung vom 04.10.2012 ist bei der Anwendung der Kontrazeptiva bei den Patientinnen das Tatbestandsmerkmal des „Handeltreibens“ i.S.v. § 95 I Nr. 4 AMG aus mehreren Gründen nicht erfüllt:

**A)** Eine Strafbarkeit nach § 95 I Nr. 4 AMG setzt (neben der Verschreibungspflicht, die in § 48 AMG geregelt ist) stets eine **Apothekenpflicht** i.S.v. § 43 I AMG voraus.

Die Verabreichung apothekenpflichtiger Arzneimittel in Arztpraxen fällt indes niemals unter die Apothekenpflicht (vgl. Münchner Kommentar zum StGB, AMG, Vorbemerkung §§ 43 ff., Rn. 2).

Aus der Gesetzesformulierung des § 43 I S. 2 AMG, der hinsichtlich der Apothekenpflicht auf Satz 1 verweist, wird deutlich, dass auch von Satz 2 nur Fälle der Abgabe erfasst sind - d.h. Fälle, bei denen es zu einer Verschaffung von Verfügungsgewalt kommt. Dies entspricht dem Willen des historischen Gesetzgebers.

Der Standardkommentar zum BtMG (mit AMG), Körner, 7. Auflage 2012, führt hierzu unter § 95, Rn. 214, aus:

**„Auch nach Wegfall des Tatbestandsmerkmals Einzelhandel (Anmerkung: in § 43 AMG a.F.-und des § 95 I Nr. 4 a.F.) liegt es in der Verantwortung des**

**Arztes (...), in welchem Umfang er apothekenpflichtige Arzneimittel für die Behandlung von Patienten (nicht für die entgeltliche Abgabe) in seiner Praxis vorrätig hält. Das Vorrätighalten für die Anwendung stellt kein Handeltreiben dar.“**

Nachdem in der vorliegenden Konstellation unstreitig keine „Abgabe“ durch die Ärzte erfolgte, scheidet eine Strafbarkeit aus.

- B)** Selbst wenn man einen Verstoß gegen die Apothekenpflicht bejahen würde, könnte vorliegend schon im Hinblick auf den objektiven Tatbestand nicht davon die Rede sein, dass mit Medikamenten „**Handel getrieben wurde**“ i.S.v. § 95 I Nr. 4 AMG i.V.m. § 43 I S. 2 AMG.

Würde man den Begriff des „Handeltreibens“ ohne Einschränkung an der Begrifflichkeit aus dem Betäubungsmittelstrafrecht übernehmen, wäre der objektive Tatbestand des Handeltreibens bereits erfüllt, wenn ein Arzt aus seiner Praxis in einer Apotheke anruft und ankündigt, dass eine Patientin gleich vorbeikommen werde und ein Medikament abholt.

Eine solche Gleichsetzung eines Arztes mit einem Drogendealer wäre absurd und ließe sich weder mit dem Sinn und Zweck des AMG vereinbaren, noch mit dem Willen des historischen Gesetzgebers.

- C)** Selbst wenn man vorliegend davon ausgehen würde, dass ein Handeltreiben i.S.v. § 95 I Nr. 4 AMG prinzipiell auch dann vorliegen kann, wenn ein Medikament kunstgerecht durch einen Arzt appliziert wird, fehlt es vorliegend an dem für den Begriff des Handeltreibens typischen Gewinnstreben bzw. **Eigennutz**. Denn die Kontrazeptiva wurden an die Patientinnen zum Selbstkostenpreis weitergegeben.

- 1) Es stellt keinen mittelbaren oder immateriellen Vorteil dar, wenn Ärztinnen und Ärzte bei den Patientinnen bei Applikation der Kontrazeptiva **weitere Leistungen** abrechnen können. Denn diese Leistungen entstehen völlig unabhängig davon, woher ein Medikament stammt – sei es aus dem Ausland, sei es aus dem Vorrat der Praxis, sei es direkt aus der Apotheke.

Die Tatsache allein, dass eine Praxis ein Präparat vorrätig hat, fördert nicht den Umsatz.

- 2) Der von der Staatsanwaltschaft in dem Vermerk vom 04.10.2012 (ohne Angabe von Fundstellen) aufgeworfene Gedanke, wonach in bestimmten Konstellationen

des Betäubungsmittel-Vertriebs ausnahmsweise ein Handeltreiben angenommen werden soll, obwohl kein Gewinn erzielt wurde, lässt sich vorliegend aus mehreren Gründen nicht auf das Arztstrafrecht übertragen:

Der Aspekt der „Kundenbindung“ beruht bereits auf einer unzutreffenden Sachverhalts-Unterstellung – und zwar auf der falschen Annahme, die Medikamente seien in der Frauenarztpraxis generell billiger zu haben gewesen als über eine Apotheke.

Wenn überhaupt entstand den Patientinnen ein **Preisvorteil durch Sammelbestellungen**. Der BGH hat zuletzt in seiner Entscheidung vom 27. März 2012 (3 StR 64/12) bekräftigt, dass Preisvorteile durch Sammelbestellungen nicht zur Annahme eines Handeltreibens i.S.d. BtMG führen.

- 3) Selbst wenn man auf die Sicht der Patientinnen abstellt, die durch die Sammelbestellung eventuell die Medikamente günstiger erworben haben, als durch einen Einzelkauf in der Apotheke, lässt sich der Gedanke der **Kundenbindung** nicht auf die vorliegende Konstellation übertragen.

Der Gedanke der Kundenbindung wurde vom BGH in der Entscheidung vom 13.01.2004 (1 StR 517/03) angesprochen – und im Übrigen gerade nicht als alleine maßgeblich behandelt. In dem BGH-Fall ging es um einen Gastwirt, der seinen Gästen illegale Drogen zum Selbstkostenpreis anbot, um diese an sich zu binden.

**Es ist etwas anderes, ob ein Gastwirt illegale Drogen an Gäste zum Selbstkostenpreis weitergibt, oder ob ein Arzt zugelassene Medikamente bei einer Patientin kunstgerecht anwendet.**

- a) Dies folgt schon aus den unterschiedlichen **Schutzzwecken** von BtMG und AMG. Das BtMG hat den Zweck, zu verhindern, dass gesundheitsschädigende Betäubungsmittel überhaupt in den Verkehr kommen. Demgegenüber soll das AMG sicherstellen, dass Medikamente nur über fachkundige Personen ihrem bestimmungsgemäßen Zweck zugeführt werden.

Es regelt also, „wie“ die Arzneimittel an ihr Ziel gelangen, nicht, „ob“ dies geschehen soll.

Es ist im Übrigen nicht der Zweck der Apothekenpflicht gemäß den §§ 43 ff. AMG, Apotheken in dem Sinne vor Wettbewerb zu schützen, dass diesen eine Art gesetzlich garantiertes „Gewinnmonopol“ zusteht.

- b) Anders als Gastwirte sind Frauenärzte keine Gewerbetreibenden. Als Freiberufler mit berufsständischer Organisation und gesetzlichen Gebühren-

ordnungen ist ein Arzt nicht in vergleichbarer Weise einem **Wettbewerbsdruck** ausgesetzt, wie dies bei Gastwirten der Fall sein mag.

Ein Arzt ist zwar kein Amtsträger i.S.v. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB. Gleichwohl erfüllt er Funktionen, die im öffentlichen Interesse liegen, wobei das Verhältnis zu den Patientinnen durch eine **besondere Vertrauensstellung** geprägt ist.

Vor diesem Hintergrund wäre es eine lebensferne Unterstellung, zu behaupten, eine Patientin bevorzuge einen bestimmten Frauenarzt oder eine bestimmte Frauenärztin deshalb, weil dort Kontrazeptiva günstiger zu erwerben seien, als in einer Apotheke.

Damit ist der gesamte Vorgang – zumindest für die betroffenen Ärzte – nicht strafbar.

**Überblick:**

<u>A. Das Vorrätighalten für die Anwendung fällt nicht unter Apothekenpflicht</u> .....	8
<u>1) Apothekenpflicht als Tatbestandsvoraussetzung einer Strafbarkeit nach § 95 I Nr. 4 Alt. 1 i.V.m. § 43 I S. 2 AMG</u> .....	8
<u>2) Umfang der Apothekenpflicht: „für den Verkehr“ bestimmt</u> .....	9
<u>3) Kein Verstoß gegen Apothekenpflicht im vorliegenden Fall</u> .....	13
<u>B. Die Begriffe „Handeltreiben“ und „Abgabe“ i.S.d. AMG</u> .....	14
<u>C. Kein Eigennutz</u> .....	17
<u>1) Kein Vorteil durch Abrechnung ärztlicher Leistungen</u> .....	17
<u>2) Kein Handeltreiben durch Sammelbestellungen</u> .....	18
<u>3) Keine Kundenbindung durch Direktverkauf</u> .....	20
<u>a) Schutzzweck BtMG vs. AMG</u> .....	21
<u>b) Vertrauensverhältnis Arzt / Patient</u> .....	22

## **A. Das Vorrätighalten für die Anwendung fällt nicht unter Apothekenpflicht**

### **1) Apothekenpflicht als Tatbestandsvoraussetzung einer Strafbarkeit nach § 95 I Nr. 4 Alt. 1 i.V.m. § 43 I S. 2 AMG**

Nach der am 11. September 1998 in Kraft getretenen Fassung des § 95 I Nr. 4 AMG wird bestraft, wer entgegen § 43 I Satz 2, Abs. 2 oder 3 S. 1 AMG mit Arzneimitteln, die nur auf Verschreibung an Verbraucher abgegeben werden dürfen, Handel treibt oder diese Arzneimittel abgibt. Dabei knüpft das Merkmal des „Handeltreibens i.S.v. § 95 I Nr. 4 Alt. 1 AMG an § 43 Abs. 1 Satz 2 AMG an, während die „Abgabe-Variante“ des § 95 I Nr. 4 Alt. 2 AMG an Absatz 2 oder 3 des § 43 AMG anknüpft.

Beide Alternativen des § 95 I Nr. 4 AMG setzen einen Verstoß gegen die **Apothekenpflicht** voraus. Nach dem Wortlaut des § 43 I S. 2 AMG („mit den nach Satz 1 den Apotheken vorbehaltenen Arzneimitteln“) fallen nur solche Medikamente unter das Verbot des Handeltreibens, die in Bezug auf die Apothekenpflicht auch unter Satz 1 fallen.

Damit werden im Ergebnis folgende tatbestandliche Voraussetzungen einer Strafbarkeit nach § 95 I Nr. 4 Alt.1 i.V.m. § 43 I S. 2 AMG aufgestellt:

- Handeltreiben
- Arzneimittel (vgl. § 2 AMG)
- Verschreibungspflicht (vgl. § 48 AMG)
- Apothekenpflicht (vgl. §§ 43 ff. AMG)

Welche Arzneimittel gemeint sind und was unter Apothekenpflicht zu verstehen ist, ergibt sich aus dem Verweis in § 43 I S. 2 AMG, wo auf § 43 I Satz 1 Bezug genommen wird. In Satz 1 werden folgende Voraussetzungen kumulativ genannt:

- ➔ Arzneimittel im Sinne des § 2 Abs. 1 oder Abs. 2 Nr. 1 AMG
- ➔ Arzneimittel, die nicht durch § 44 oder eine Rechtsverordnung freigegeben wurden
- ➔ Arzneimittel, die „für den Verkehr“ bestimmt sind, und zwar „außerhalb der Apotheken“

Vorliegend sind (soweit es um hormonhaltige Präparate geht) die Tatbestandsmerkmale Verschreibungspflicht sowie Arzneimittel i.S.v. § 2 AMG unstrittig.

Streitig ist, ob hier ein „Handeltreiben“ vorliegt, und wie dieser Begriff im Kontext der Strafbarkeit nach AMG auszulegen ist. Die Verteidigung teilt die durch die Staatsanwaltschaft hierzu in dem Vermerk vom 04.10.20120 geäußerte Rechtsauffassung nicht. Diesbezüglich wird im vorliegenden Schriftsatz in Teil B. und C. Stellung genommen (s.u.).



In dem Vermerk der Staatsanwaltschaft vom 04.10.2012 wird das Tatbestandsmerkmal der **Apothekenpflicht** indes überhaupt nicht erwähnt oder subsumiert. Dies überrascht – lautet doch die amtliche Überschrift zu den §§ 43 AMG ff. „Apothekenpflicht“.

In dem rechtlichen Vermerk der Staatsanwaltschaft wird § 43 I S. 2 AMG so gelesen, als ob dort stünde „Mit Arzneimitteln i.S.v. § 2 AMG darf außerhalb von Apotheken kein Handel getrieben werden“. Dies ist aber gerade nicht der Fall. Vielmehr wird durch die Bezugnahme des Satzes 1 auch das Element des „In den Verkehrbringens“ zum konstitutiven Merkmal eines jeden Verstoßes gegen die Apothekenpflicht.

Wie weit die Apothekenpflicht geht, lässt sich nicht alleine aus § 2 I oder II AMG ableiten. Denn diese Legaldefinitionen dienen nur der Kategorisierung bestimmter Medikamente, die als *notwendige Bedingung* der Apothekenpflicht erfüllt sein müssen, kennzeichnet jedoch keine *hinreichende Bedingung* derselben.

Mit anderen Worten: **Die Tatsache allein, dass es sich bei einem Produkt um ein Medikament i.S.v. § 2 AMG handelt, sagt noch nichts darüber aus, inwieweit der Umgang mit diesem Produkt der Apothekenpflicht unterliegt.**

Die hinreichenden Bedingungen der Apothekenpflicht ergeben sich aus den §§ 43 ff. AMG.

## **2) Umfang der Apothekenpflicht: „für den Verkehr“ bestimmt**

Aus dem Gesetzeszweck und der Systematik der §§ 43 ff. AMG folgt, dass ein Verstoß gegen die Apothekenpflicht stets voraussetzt, dass ein Produkt „abgegeben“ oder „in den Verkehr gebracht“ wurde.

Dies wird schon bei einer Betrachtung der verschiedenen Handlungs- bzw. Verbotsnormen, die in § 43 AMG geregelt sind, deutlich. In allen Varianten ist davon die Rede, dass etwas „in den Verkehr“ gebracht wird (Abs. 1), „abgegeben“ wird (Abs. 2, 3, 4 und 6) oder „ausgehändigt“ wird (Abs. 5).

Zweck der Apothekenpflicht ist Verbraucherschutz und Arzneimittelsicherheit (Münchener Kommentar, Vorbemerkung §§ 43 ff., Rn. 1). Das AMG regelt also „wie“ Arzneimittel – deren Existenz und fachkundige Anwendung im Unterschied zum BtMG erwünscht wird – an ihr Ziel gelangen.

Es ist nicht das Ziel des AMG, zu verhindern, dass wirksame und zugelassene Arzneimittel durch fachkundige Ärzte bei Patientinnen in Fällen angewandt werden, bei denen dies medizinisch angebracht und erwünscht ist.

Schon immer war es in Arztpraxen üblich, Medikamente, die Patienten nicht selbst anwenden können, zur Applikation bereit zu halten. Nach den früheren Fassungen des AMG war

dies nach dem Wortlaut selbstverständlich. Auch nach den Neufassungen des Gesetzes hat sich daran nichts geändert.

Bis 1998 lautete § 43 AMG a.F. wie folgt (Hervorhebungen von mir):

(1) Arzneimittel im Sinne des § 2 Abs.1 oder Abs. 2 Nr.1 , die nicht durch die Vorschriften des § 44 oder der nach § 45 Abs. 1 erlassenen Rechtsverordnung für den Verkehr außerhalb der Apotheken freigegeben sind, dürfen im Einzelhandel nur in Apotheken in den Verkehr gebracht werden.

(2) Die nach Absatz 1 den Apotheken vorbehaltenen Arzneimittel dürfen von juristischen Personen, nicht rechtsfähigen Vereinen und Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts an ihre Mitglieder nicht abgegeben werden, es sei denn, daß es sich bei den Mitgliedern um Apotheken oder um die in § 47 Abs. 1 genannten Personen und Einrichtungen handelt und die Abgabe unter den dort bezeichneten Voraussetzungen erfolgt.

(3) Auf Verschreibung dürfen Arzneimittel im Sinne des § 2 Abs. 1 oder Abs. 2 Nr. 1 nur in Apotheken abgegeben werden, § 56 Abs. 1 bleibt unberührt.

(4) Arzneimittel im Sinne des § 2 Abs. 1 oder Abs. 2 Nr. 1 dürfen ferner durch Tierärzte an Halter der von ihnen behandelten Tiere abgegeben und zu diesem Zweck vorrätig gehalten werden. Dies gilt auch für die Abgabe von Arzneimitteln zur Durchführung tierärztlich gebotener und tierärztlich kontrollierter krankheitsvorbeugender Maßnahmen bei Tieren, wobei der Umfang der Abgabe den auf Grund tierärztlicher Indikation festgestellten Bedarf nicht überschreiten darf.

(5) Zur Anwendung bei Tieren bestimmte Arzneimittel, die nicht für den Verkehr außerhalb der Apotheken freigegeben sind, dürfen an den Tierhalter oder an andere in § 47 Abs. 1 nicht genannte Personen nur in der Apotheke oder tierärztlichen Hausapotheke oder durch den Tierarzt ausgehändigt werden. Dies gilt nicht für Fütterungsarzneimittel sowie für Arzneimittel, die im Einzelfall in geringen Mengen für vom Tierarzt behandelte Einzeltiere dem Tierhalter zugesandt oder zugestellt werden.

Wie sich aus den (hier im Text unterstrichenen) Formulierungen ergibt, war nach der alten Fassung des Gesetzes sofort sichtbar, dass in allen Varianten stets eine „**Abgabe**“ oder ein „**In-Verkehr-Bringen**“ Grundlage eines Verstoßes gegen die Apothekenpflicht ist.

Durch die Neufassung des Gesetzes 1998 wollte der Gesetzgeber an dieser Situation nichts ändern.

Körner schreibt dazu beispielsweise in der 6. Auflage des Kommentars zum BtMG (§ 95 AMG, Rn. 78):

**Auch nach Wegfall des Tatbestandsmerkmals Einzelhandel (in § 43 AMG a.F.-und des § 95 I Nr. 4 a.F.) liegt es in der Verantwortung des Arztes (...), in welchem Umfang er apothekenpflichtige Arzneimittel für die Behand-**

**lung von Patienten (nicht für die Abgabe) in seiner Praxis vorrätig hält.  
Das Vorrätighalten für die Anwendung stellt kein Handeltreiben dar.“**

In der 7. Auflage des „Körner“ von 2012 findet sich dieses Zitat unter § 95 AMG, Rn. 214. Dort wird lediglich der Begriff „Abgabe“ dahingehend präzisiert, dass die „entgeltliche“ Abgabe gemeint ist.

In einem anderen Zusammenhang (nämlich mit § 43 III AMG) wird derselbe Gedanke, der sich wie ein roter Faden durch die Kommentierung der Apothekenpflicht zieht, wie folgt formuliert (Körner, § 95 AMG, Rn. 209):

„In Zusammenschau mit § 95 I Nr. 4 AMG stellt die Regelung klar, dass die Übertragung der tatsächlichen Verfügungsgewalt im Einzugsbereich verschreibungspflichtiger Arzneimittel – **unabhängig davon, ob Handeltreiben (...) gegeben ist** – nur „von Apotheken“ ausgehen darf.“

Dass es bereits nach alter Rechtslage als selbstverständlich angesehen wurde, dass ein Arzt ein Medikament in seiner Praxis bereithalten darf, um es unmittelbar an seinem Patienten anzuwenden, wird beispielsweise aus der (nach alter Rechtslage ergangenen) Entscheidung des BayObLG vom 29.04.1998 (4 St RR 12/98 – NJW 1998, S. 3430 ff.) deutlich.

Zum Gesetzeszweck hatte das BayObLG ausgeführt:

„Nach § 1 AMG verfolgt das Gesetz den Zweck, im Interesse einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung von Mensch und Tier für die Sicherheit im Verkehr mit Arzneimitteln, insbesondere für die Qualität, Wirksamkeit und Unbedenklichkeit der Arzneimittel, nach Maßgabe der folgenden Vorschriften zu sorgen. Entscheidend ist daher, daß der zuständigen Behörde im Rahmen des auf die Erteilung der Erlaubnis abzielenden Verfahrens die Prüfung ermöglicht werden soll, ob von den hergestellten Medikamenten Gefahren für den Patienten ausgehen können. Darüber hinaus verfolgt das Arzneimittelgesetz auch den Zweck, den Patienten vor der Anwendung unwirksamer Arzneimittel zu schützen (§§ 1, 8 Abs. 1 Satz 2 Buchst. a AMG; vgl. BVerwG Beschluß vom 11. 6. 1997 – 3 B 130.96).“

In dem Fall des BayObLG ging es darum, dass ein Arzt seinen Patienten verschreibungspflichtige Präparate *zur Eigenanwendung* übergeben hatte. Das Gericht hatte sich daher damit auseinander zu setzen, wie die (nicht strafbare) Anwendung durch den Arzt von der (strafbaren) Überlassung zur Eigenanwendung abzugrenzen ist.

In diesem Zusammenhang wird ausgeführt:

„Die aufgezeigte unterschiedliche Behandlung der Ärzte, die die Arzneimittel ihren Patienten unter ihrer Verantwortung verabreichen, und derjenigen, die sie den behandelten Personen zur Eigenanwendung mitgeben, hat ihre innere Berechtigung. Denn durch den

Wechsel in der Verfügungsgewalt ist dem behandelnden Arzt jedwede unmittelbare Einflußnahme auf das Arzneimittel selbst und auch hinsichtlich des Verkehrs mit diesem verwehrt.“

Zwar wurde durch die Einführung des § 43 I S. 2 AMG der Wortlaut des Gesetzes insoweit verändert, als in diesem Satz die tatbestandlichen Voraussetzungen „in den Verkehr bringen“ bzw. „abgeben“ durch das Wort „Handeltreiben“ ersetzt wurden. Im Wortlaut sind diese Tatbestandsvoraussetzungen – wie bereits dargestellt – jedoch nach wie vor durch den Verweis des Satzes 2 auf Satz 1 des § 43 I AMG enthalten.

Im Übrigen entsprach es auch nicht der Intention des Gesetzgebers, durch die Neuformulierung des § 43 I AMG den Umfang der Apothekenpflicht in der Weise zu verändern, dass Ärzte zukünftig nicht mehr Medikamente selbst zur Anwendung bereithalten dürfen.

Vielmehr wollte der Gesetzgeber auf bestimmte Probleme reagieren, die sich nach der alten Gesetzesfassung stellten. Bei der Neufassung des § 43 I AMG hatte der Gesetzgeber insbesondere die Arzneimittelhändler im Auge, die nur gelegentlich Medikamente an Endverbraucher abgaben. Die frühere Fassung des § 95 I Nr.4 und des § 43 I beinhaltete das Tatbestandsmerkmal des Einzelhandels. Dies hatte zur Folge, dass nur die berufs- und gewerbsmäßige Abgabe und die unmittelbar auf Versorgung des Endverbrauchers gerichtete Tätigkeit unter Apothekenpflicht fiel und unter Strafe gestellt war. Nicht erfasst waren Konstellationen des Zwischenhandels bzw. des Arzneimitteldealers (vgl. Körner, 7. Auflage, § 95 AMG Rn. 203).

Das historische Problem wurde beispielsweise durch das OLG Hamburg in einer Entscheidung vom 30.03.1995 (Az. II - 63/95) angesprochen:

„Nur gelegentlich Endverbraucher versorgende Arzneimittelhändler werden durch § 43 Abs. 1 AMG nicht erfasst. Dieses enge Verständnis des Einzelhandelsbegriffes ist – trotz der nur schwer verantwortbaren Gesetzeslücke, die eine gesundheitlich bedenkliche Ausbreitung der illegalen Arzneimittelszene fördert – in Anbetracht der Grenzen zulässiger Auslegung und des Analogieverbots nach § 1 StGB und Art. 103 Abs. 2 GG geboten.“

Das Merkmal des „Einzelhandels“ wurde bei der Änderung der Vorschrift im Jahr 1998 geändert. Die Konstellation, dass der Arzt ein Medikament zur Applikation bereithält, sollte dabei nicht berührt werden. Im Übrigen wäre ein Arzt hinsichtlich der Medikamente, die er selbst anwendet, nach der alten Fassung des Gesetzes selbst als „Endverbraucher“ anzusehen (vgl. Münchner Kommentar zum StGB, AMG, § 43, Rn. 2). D.h. die beispielsweise vom OLG Hamburg formulierte Strafbarkeitslücke hätte die Ärzte ohnehin nicht betroffen.

In den Bundestags-Drucksachen 13/9996, heißt es zu den Hintergründen der Änderung des § 43 AMG auf S. 16:

„Durch den dem Absatz 1 neu angefügten Satz 2 wird klargestellt, daß andere Personen als die am Arzneimittelverkehr Beteiligten apothekenpflichtige Arzneimittel auch dann nicht entgeltlich abgeben dürfen, wenn es nicht berufs- oder gewerbsmäßig geschieht. Damit werden insbesondere auch Einzelfälle der Abgabe von "Ersatzdrogen" erfaßt.“

Man kann – dem Willen des Gesetzgebers entsprechend - § 43 I S. 2 AMG daher wie folgt lesen:

*Arzneimittel im Sinne des § 2, die für den Verkehr bestimmt sind, dürfen (außer in den Fällen des Absatzes 4 und des § 47 Abs. 1) außerhalb von Apotheken nicht entgeltlich abgegeben werden.*

Bei dieser Formulierung, die an die Bundestags-Drucksachen angelehnt ist, wird deutlich, dass nach wie vor in allen Varianten eines denkbaren Verstoßes gegen die Apothekenpflicht stets eine „Abgabe“ oder ein „In-Verkehr-Bringen“ erforderlich ist (vgl. dazu Freud, Münchener Kommentar zum StGB, Vorbemerkung §§ 43 ff. AMG, Rn. 2; Erbs/Kohlhaas/Pelchen, § 43 AMG, Rn. 5, jeweils m.w.N.).

### **3) Kein Verstoß gegen Apothekenpflicht im vorliegenden Fall**

In der Sanktionsnorm des § 95 I Nr. 4 AMG, in der die Folgen eines Verstoßes gegen die Apothekenpflicht geregelt sind, wird stets eine „Abgabe“ oder ein „In-Verkehr-Bringen“ gefordert.

Vorliegend wurde zutreffend bereits durch die Staatsanwaltschaft Wuppertal in dem Vermerk vom 04.10.2012 festgestellt, dass die Merkmale der „Abgabe“ bzw. des „In-Verkehr-Bringens“ nicht erfüllt sind.

Da diese Begriffe auch konstitutive Merkmale einer Strafbarkeit im Sinne eines „Handeltreibens unter Verstoß gegen die Apothekenpflicht“ nach § 95 I Nr. 4 i.V.m. § 43 I S. 2 AMG sind, ist schon der objektive Tatbestand der Strafnorm nicht erfüllt.

Auf die Frage, ob darüber hinaus der Begriff des „Handeltreibens“ in objektiver und subjektiver Hinsicht erfüllt ist, kommt es daher gar nicht mehr an.

## **B. Die Begriffe „Handeltreiben“ und „Abgabe“ i.S.d. AMG**

Unabhängig davon, dass vorliegend schon kein strafbarer Verstoß gegen die Apothekenpflicht gemäß § 43 I S. 2 i.v.m. S. 1 AMG vorliegt, ist vorliegend schon äußerst fraglich, ob überhaupt von einem „Handeltreiben“ die Rede sein kann.

Zwar findet man seit der Grundsatzentscheidung des BGH vom 03.07.2003 (1 StR 453/02) immer wieder die Aussage, dass der Begriff des „Handeltreibens“ nach dem AMG inhaltsgleich mit dem Begriff des „Handeltreibens“ nach dem BtMG sei.

Bei genauerer Betrachtung kann diese Aussage sinnvollerweise jedoch nur für die subjektiven Voraussetzungen des Merkmals „Handeltreiben“ gelten. Nur zu diesen subjektiven Voraussetzungen – nämlich zur Abgrenzung von bloßer Entgeltlichkeit und Gewinnerzielungsabsicht – hat der BGH in der Entscheidung vom 03.07.2003 Stellung genommen:

„Das Tatbestandsmerkmal des Handeltreibens ist hier ebenso zu verstehen wie im Betäubungsmittelrecht. Danach reicht die bloße Entgeltlichkeit nicht. Vielmehr muß sich für den Täter bei objektiver Betrachtung eigener Nutzen aus dem Umsatzgeschäft selbst ergeben, so daß der Verkauf zum Selbstkostenpreis zwar eine entgeltliche Veräußerung, aber kein Handeltreiben darstellt (st. Rspr., vgl. dazu BGH StV 1985, 235; BGH, Beschl. vom 4. September 1996 - 3 StR 355/96, BGH, Beschl. vom 15. November 2000 - 2 StR 431/00; Körner, BtMG 5. Aufl. Teil B Vorbem. Rdn. 97, Pelchen in Erbs/Kohlhaas AMG § 95 Rdn. 9).“

Der BGH nimmt in dieser Entscheidung auch Bezug auf die Gesetzesbegründung in den Bundestags-Drucksachen 13/9996, S. 15 f. und stellt klar, dass der Gesetzgeber eigentlich statt „Handeltreiben“ besser „entgeltliche Abgabe“ hätte schreiben sollen. In Bezug auf die in subjektiver Hinsicht möglicherweise zu eng gefasste Formulierung der aktuellen Gesetzeslage stellt der BGH klar:

„Selbst wenn damit ein entsprechender Wille des Gesetzgebers vorgelegen haben sollte, jedes entgeltliche Geschäft mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln außerhalb von Apotheken zu verbieten, hat sich dieser Wille im Gesetzeswortlaut nicht niedergeschlagen.“

Die Fallkonstellationen, bei denen der Begriff „Handeltreiben“ in objektiver Hinsicht für die Maßstäbe des AMG offenkundig viel zu weit gefasst ist, hat der BGH noch nicht entscheiden. Zwar hat der BGH in der genannten Entscheidung zutreffend festgestellt, dass der Begriff des „Handeltreibens“ im Sinne des BtMG nicht mit dem arzneimittelrechtlichen Begriff der „Abgabe“ gleichgesetzt werden kann (vgl. dazu Körner, 7. Auflage, § 95 AMG, Rn. 201).

Der BGH hatte in der genannten Entscheidung jedoch nur über subjektive Einschränkungen des Begriffs „Handeltreiben“ zu entscheiden. Die Tatsache, dass dieser Begriff in objektiver Hinsicht absurd weit gefasst ist, wurde in diesem Zusammenhang von der Rechtsprechung und der Kommentarliteratur – soweit ersichtlich – noch nicht erörtert.

Ein (hypothetisches) Beispiel:

*„Arzt A ruft in der Apotheke an und kündigt an, dass seine Patientin gleich erscheinen werde, um ein Medikament abzuholen.“*

Unterstellt man, dass der Arzt bei der Fallkonstellation in subjektiver Hinsicht die erforderliche Gewinnerzielungsabsicht hat (also beispielsweise wenn er durch eine Kooperation mit der Apotheke eine kleine Provision erhält), würde sich unter Zugrundelegung der herkömmlichen Begrifflichkeit des BtMG eine Strafbarkeit nach § 95 I Nr. 4 i.V.m. § 43 I S. 2 AMG ergeben. Denn hierfür genügt nach den Maßstäben des BtMG „jede eigennützige auf Umsatz gerichtete Tätigkeit“.

Gegen dieses absurde Zwischenergebnis lässt sich nicht einwenden, dass eine Strafbarkeit dem Wortlaut nach entfällt, da hier das Handeltreiben nicht „außerhalb der Apotheken“ (vgl. § 43 I S. 2 AMG) stattgefunden habe. Denn nach ständiger Rechtsprechung zum BtMG ist Ort des „Handeltreibens“ der Ort, an dem der „Händler“ sitzt (vgl. dazu auch § 9 StGB – sowohl Handlungs- als auch Erfolgsort liegen außerhalb der Apotheke). Der Arzt in unserem Beispiel saß in seiner Praxis – also „außerhalb der Apotheke“.

In dem Beschluss des Zweiten Strafsenats auf die Anfrage des Dritten Senats vom 06.02.2004 (2 ARs 276/03) wurde u.a. der Begriff des „Handeltreibens“ i.S.d. BtMG auf den Prüfstand gestellt. Im Ergebnis blieb es dabei, dass der objektive Teil dieses Begriffes sehr weit gefasst bleibt – und dass in objektiver Hinsicht sogar schon Handeltreiben bejaht wird, wenn Verhandlungen scheitern (vgl. dazu sowie zur Entscheidung des Großen Senats vom 26.10.2005 zusammenfassend Körner, BtMG, 7. Aufl., § 29, Teil 4, Rn. 44 = S. 388).

Auf unser Beispiel übertragen:

*„Arzt A ruft in der Apotheke an und kündigt an, dass seine Patientin gleich erscheinen werde. Diese entscheidet sich jedoch, das Medikament in einer anderen Apotheke zu besorgen.“*

Auch dieser Vorgang wäre bei blinder Übertragung der Begrifflichkeit des BtMG nach § 95 I Nr. 4 i.V.m. § 43 I S. 2 AMG in objektiver Hinsicht als „Handeltreiben“ strafbar.

In dem Anfragebeschluss des Zweiten Strafsenats vom 06.02.2004 (2 ARs 276/03) werden alternative Möglichkeiten erörtert, dem Begriff „Handeltreiben“ bereits in objektiver Hinsicht klarere Konturen zu verschaffen:

„Nach Auffassung des Senats erscheint die im Anfragebeschluß vorgeschlagene Katalogisierung verschiedener "handelstypischer" Tätigkeiten aber nicht geeignet, diesen Schwierigkeiten zu begegnen. (...) Zudem sind die einzelnen aufgeführten Tätigkeiten ihrerseits begründungsbedürftig, z. B. "feilbieten", "sonstiges in Verkehrbringen". Auch überzeugt die vorgeschlagene Asymmetrie zwischen Einkaufs- und Verkaufshandlungen nicht. Der Einkauf ist die Voraussetzung für den Verkauf und von daher für das geschützte Rechtsgut, die Volksgesundheit, nicht weniger gefährlich (vgl. auch Roxin, Anm. zum Anfragebeschluß StV 2003, 619, 620).“

Auch wenn die Rechtsprechung des BGH in Bezug auf die sehr weite Auslegung des Begriffs „Handeltreiben“ im Betäubungsmittelstrafrecht nach wie vor umstritten ist, lässt sich zumindest die vom BGH angewandte Methode auf die vorliegende Konstellation übertragen: Es wird nach dem Gesetzeszweck gefragt.

Der BGH stellt beim BtMG auf das geschützte Rechtsgut der Volksgesundheit ab – also darauf, dass es stets unerwünscht ist, dass überhaupt gesundheitsschädliche Drogen existieren. Um diese zu bekämpfen ist es legitim, den Begriff sehr weit zu fassen – mit der Folge, dass kaum noch zwischen Versuch und Vollendung oder Täterschaft und Teilnahme unterschieden werden kann.

Vgl. dazu BGH 3 StR 392/06 vom 24. Oktober 2006:

„Ausgehend von dem weiten Begriff dieses Tatbestandsmerkmals stellt das Handeltreiben mit Betäubungsmitteln ein sogenanntes unechtes Unternehmensdelikt dar. Als vollendetes Handeltreiben werden nicht nur die Handlungen abgeurteilt, die den Umsatz der Betäubungsmittel bewirken und damit unmittelbar den Erfolg herbeiführen, dessen Verhinderung - wegen seiner Gefährlichkeit für die vom Betäubungsmittelstrafrecht geschützten Rechtsgüter - der Zweck des Tatbestands ist. Gleichermaßen als vollendete Delikte werden vielmehr auch die Tätigkeiten erfasst, die dem Güterumsatz vorgelagert sind und - gemessen an diesem Erfolg - der Sache nach eigentlich als Vorbereitungs- oder Versuchshandlungen einzuordnen wären.“

Für eine so weite Auslegung findet sich im Arzneimittelstrafrecht keine Legitimation – vor allem dann nicht, wenn es um die kunstgerechte Applikation eines zugelassenen Medikaments durch einen Arzt geht.

**Denn der Zweck des AMG ist es nicht, zu verhindern, dass Medikamente auf diese Weise an ihr Ziel kommen. Der Zweck des AMG ist es gerade, dies zu ermöglichen.**



Methodisch lassen sich zwei Wege denken, die absurden Ergebnisse zu verhindern, die sich bei einer Übertragung der Begriffe aus dem BtMG auf das AMG ohne Sinn und Verstand ergeben:

- 1) Entweder man nimmt das Kriterium der „Abgabe“ bzw. des „In-den-Verkehr-Bringens“ als zusätzliches Tatbestandsmerkmal neben dem Merkmal „Handeltreiben“ i.S.d. § 95 I Nr. 4 i.V.m. § 43 I S. 2 AMG ernst.

Dies ist der Weg, der in der Kommentarliteratur als selbstverständlich vorausgesetzt wird (vgl. dazu oben, Teil A.).

- 2) Oder man schafft einen eigenen - AMG-spezifischen - Begriff des Handeltreibens. Dieser Begriff müsste dann die Elemente des „In-den-Verkehr-Bringens“ oder „Abgebens“ als notwendige Voraussetzungen beinhalten.

Welchen der beiden Wege man auch wählt – die Behauptung, dass ein Arzt sich strafbar macht, der ein Medikament zur Anwendung bereit hält, lässt sich mit dem Gesetzeszweck des AMG nicht vereinbaren.

### **C. Kein Eigennutz**

Unabhängig davon, wie der objektive Tatbestand des Handeltreibens konkret einzuschränken ist, ist unstreitig, dass der Begriff „Handeltreiben“ enge subjektive Voraussetzungen hat. Die Staatsanwaltschaft geht in dem Vermerk vom 03.07.2003 diesbezüglich zutreffend davon aus, dass ein besonderer „Eigennutz“ erforderlich ist.

Die Annahme, ein solcher Eigennutz könne in einer „sonstigen Einnahmequelle“ liegen oder aus dem Gedanken der „Kundenbindung“ hergeleitet werden, geht jedoch fehl.

#### **1) Kein Vorteil durch Abrechnung ärztlicher Leistungen**

Der für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals des Handeltreibens erforderliche Eigennutz kann insbesondere nicht damit begründet werden, dass Herr Dr. Ra durch die Anwendung der verfahrensgegenständlichen Medikamente die Abrechnung anderer Leistungen ermöglicht wurde.

Es handelt sich bei der Abrechnung von Medikamentenpreis und Entgelt für Leistungserbringung um zwei vollständig getrennt zu betrachtende Posten. Die von den Ärzten erbrachten Leistungen (Voruntersuchung, Verabreichung des Präparates, etc.) hätten ge-

nauso abgerechnet werden können, wenn die Medikamente von den Patientinnen vorher in der Apotheke erworben und dann in die Praxis mitgebracht worden wären.

Die ärztlichen Leistungen entstehen völlig unabhängig davon, woher ein Medikament stammt – sei es aus dem Ausland, sei es aus dem Vorrat der Praxis, sei es direkt aus der Apotheke.

## **2) Kein Handeltreiben durch Sammelbestellungen**

Die Annahme des Zollfahndungsamtes Essen auf Seite 4 des Vermerks vom 20.09.2012, wonach die Preise der Firma Sigma deutlich unter denen deutscher Apotheken liegen, ist schon im Ausgangspunkt falsch. Dieser falsche Ausgangssachverhalt liegt auch dem Vermerk der Staatsanwaltschaft vom 04.10.2012 zugrunde („denen die Möglichkeit geboten wird, kostengünstig Verhütungsmittel in einer Frauenarztpraxis zu erhalten“).

Beigefügt sind anonymisierte Apothekenrechnungen aus den *Jahren 2006 bis 2012 zu finden, aus denen sich u.a. folgende Brutto-Einzelpreise ergeben.*

Mirena	133,30 – 155,00 Euro
Implanon	148,00 – 152,00 Euro
Depro-Provera FSP	16,45 – 24,99 Euro

Demgegenüber geht Herr ZOAR Röder in seinem Vermerk vom 20.09.2012 von folgenden Preisen deutscher Apotheken aus:

Mirena	191,20 Euro
Implanon	194,59 Euro
Depro-Provera FSP	32,89 Euro

Herr ZOAR Röder behauptet eine Preisdifferenz zwischen den Sigma-Angeboten und den üblichen Apothekenpreisen.

Tatsächlich war es indes zumindest teilweise möglich, die Produkte bei deutschen Apotheken sogar billiger zu kaufen, als von Sigma.

Dem steht die von ZOAR Röder zitierte AMPPreisV nicht entgegen. Denn dort sind in § 3 III lediglich Preisspannen geregelt, keine Festpreise. Die tatsächlichen Preisunterschiede beim Verkauf durch Apotheken bleiben beträchtlich. Im Übrigen zitiert ZOAR Röder eine Bestellliste der Firma Sigma Gyn aus November 2011. Preisvergleiche mit den davor liegenden Jahren werden nicht angestellt.

Ursache dafür, dass ZOAR Röder von viel zu hohen Apothekenpreisen ausgeht, ist vermutlich, dass er seinen Ausführungen die in der „Roten Liste“ genannten Preise zu Grunde legt. Unberücksichtigt bleibt bei dieser Vorgehensweise, dass diese Preise lediglich bei Einzelbestellungen eines Medikaments gelten. Tatsächlich werden bei Sammelbestellungen auch von Apotheken bzw. Pharmagroßhändlern erhebliche Rabatte gewährt.

Da auch die Sigma-Bestellungen in der Regel **Sammelbestellungen** waren, muss man als Vergleichsmaßstab entsprechende Sammelbestellungen von anderen Großhändlern oder Apotheken heranziehen.

Berücksichtigt man die gewährten **Mengenrabatte**, ergeben sich Stückpreise für die Präparate, die deutlich unter den von ZOAR Röder angegebenen liegen.

*Für die Patientinnen* mag sich daher im Einzelfall ein Preisvorteil dadurch ergeben haben, dass sie von den Sammelbestellungen profitierten. Ein solcher Preisvorteil führt für denjenigen Arzt, der ihn ohne Gewinnaufschlag weitergibt, jedoch niemals zu einem rechtlich relevanten Eigennutz bzw. einem „Handeltreiben“.

Zuletzt hat der BGH in einer Entscheidung vom 27. März 2012 (3 StR 64/12) im Zusammenhang mit Sammelbestellungen ein Urteil des LG Düsseldorf aufgehoben, in welchem der Begriff des Handeltreibens rechtlich fehlerhaft zu weit ausgelegt worden war.

Das Landgericht Düsseldorf hatte den Angeklagten u.a. wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln verurteilt. Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

„Der Angeklagte beabsichtigte, (...) Kokain zu beziehen, das er teils selbst konsumieren, teils gewinnbringend an Dritte weiterveräußern wollte. Zur Erzielung eines günstigeren Einkaufspreises (...) verabredete er (..) mit (...) S, für diesen 5 bzw. 15 Gramm Kokain mitzubestellen, die er nach Lieferung jeweils zum Einkaufspreis an S abgeben sollte.“

Hierzu führte der BGH in rechtlicher Hinsicht aus:

„Erklärt sich der Täter gegenüber einer anderen Person ernsthaft bereit, bei einem Dritten Betäubungsmittel zu erwerben und diese sodann an den anderen weiterzuveräußern, entfaltet er zwar eine auf den Umsatz von Betäubungsmitteln gerichtete Tätigkeit. Handeltreiben im Sinne des § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG setzt indes weitergehend auch eigennützige Motive des Täters voraus. Nicht eigennützig ist ein Umsatzgeschäft, das allein auf die Überlassung von Betäubungsmitteln zum Selbstkostenpreis oder Einstandspreis gerichtet ist (Weber, BtMG, 3. Aufl., § 29 Rn. 316 mwN). Davon geht auch das Landgericht aus. Allerdings hält es die erforderliche Eigennützigkeit der Vereinbarungen mit S. deshalb für gegeben, weil es dem Angeklagten darauf ankam, durch die so mögliche Bestellung größerer Mengen Kokains auch für sich selbst zu günstigeren Einkaufspreisen und höheren Verkaufsgewinnen zu gelangen.

Dies hält revisionsrechtlicher Überprüfung nicht stand. Ob der Täter im Sinne eines Handeltreibens nach § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG eigennützig handelt, ist bezogen auf das konkret in Frage stehende Umsatzgeschäft zu beurteilen. Es muss sich gerade aus diesem Umsatzgeschäft ein eigener Nutzen für den Täter ergeben (vgl. BGH, Urteil vom 3. Juli 2003 - 1 StR 453/02, NStZ 2004, 457); dass ihm aus den Umständen des Erwerbs der umzusetzenden Betäubungsmittel Vorteile erwachsen, genügt für sich alleine nicht (Weber aaO Rn. 317, 320 f.). Daher liegt kein Handeltreiben vor, wenn der Täter zur Erzielung eines günstigeren Einkaufspreises auch für andere Abnehmer einkauft und diesen die Betäubungsmittel dann zum Einkaufspreis überlässt (BGH, Beschlüsse vom 25. September 1985 - 2 StR 521/85, NJW 1986, 794; vom 10. April 1984 - 4 StR 172/84, StV 1984, 248; vom 26. März 1992 - 4 StR 98/92, BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 33).

So liegt der Fall hier. Aus den auf den Umsatz von Betäubungsmitteln gerichteten Geschäften selbst, den mit S. vereinbarten Beschaffungen von Kokain zum Selbstkostenpreis, versprach sich der Angeklagte keine Vorteile. Vielmehr dienten ihm diese Abreden lediglich der Schaffung günstigerer Voraussetzungen für den beabsichtigten gleichzeitigen Einkauf von Kokain zu eigenen Zwecken.“

Wenn es schon keinen rechtlich relevanten Eigennutz darstellt, wenn jemand *selbst* von günstigeren Preisen durch eine Sammelbestellung profitiert, dann stellt es erst recht keinen Eigennutz dar, wenn ein Arzt selbst überhaupt keinen Vorteil davon hat, dass er Medikamente als Sammelbestellung einkauft.

In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass beispielsweise von der Fa. Bayer Mirena-Spiralen in 5-er Packungen angeboten werden. Spiralen wie Mirena sind darauf ausgelegt, dass sie nur alle 5 Jahre ausgetauscht werden müssen. Die Haltbarkeitsdauer einer Spirale in verpacktem Zustand beträgt allerdings nur 36 Monate. 5-er Packungen machen überhaupt keinen Sinn, wenn man davon ausgeht, dass sie von einer Patientin alleine erworben werden.

### **3) Keine Kundenbindung durch Direktverkauf**

Selbst wenn man – hypothetisch - unterstellen würde, dass die Medikamente in der Apotheke teurer waren als beim Arzt, führt der Gedanke der Kundenbindung nicht dazu, dass hier von einem auf Gewinnerzielung abzielenden Eigennutz die Rede sein kann.

Der Staatsanwalt nimmt in seinem Vermerk vom 04.10.2012 diesbezüglich offenbar Bezug zu dem Beschluss des BGH vom 13.01.2004 – 1 StR 517/03 – ohne diesen zu erwähnen. Dieser Entscheidung lag ein Sachverhalt zugrunde, in dem ein Gastwirt Betäubungsmittel an seine Gäste zum Einkaufspreis weitergab. Das erstinstanzliche Gericht nahm gleichwohl

ein „Handeltreiben“ an und stellte hinsichtlich des Eigennutzes unter anderem darauf ab, dass der Angeklagte durch den Verkauf Gäste an sein Lokal habe binden wollen.

Der BGH ließ jedoch offen, ob dieser Aspekt der Kundenbindung ausreichend sei, um ein eigennütziges Handeltreiben zu bejahen.

In dem Beschluss heißt es:

„Ohne dass es auf weiteres ankäme, reicht es für die Annahme von Eigennutz **im Zusammenhang mit Handeltreiben mit Betäubungsmitteln** jedoch aus, wenn nach Art und Umfang der auf Umsatz gerichteten Tätigkeit andere als eigennützige Motive nach Lage des Falles ausscheiden (...).“

Im Ergebnis stellte der BGH dementsprechend vor allem auf die Menge der verkauften illegalen Drogen ab – und betont den Zusammenhang mit illegalen Drogen.

Die dieser Entscheidung zugrunde liegenden Rechtsgedanken über den Handel mit gesundheitsschädigenden Drogen lassen sich aus mehreren Gründen nicht auf die fachgerechte Anwendung eines Medikaments übertragen.

#### **a) Schutzzweck BtMG vs. AMG**

Selbst wenn in obigem Urteil festgestellt worden wäre, dass Kundenbindung für die Begründung des Eigennutzes im Sinne des Merkmales Handeltreiben ausreiche, wäre dies mit dem vorliegenden Fall schon aufgrund des unterschiedlichen Schutzzweckes von AMG und BtMG nicht vergleichbar.

Es ist zwar nicht auszuschließen, dass einige Patientinnen den Direktverkauf der Medikamente in der Praxis als besonders bequeme Alternative bevorzugen. Dies kann aber mit Blick auf den Gesetzeszweck des AMG nicht ausreichen, um den behandelnden Ärzten vorzuwerfen, eine potenzielle – im Übrigen nicht messbare – Kundenbindung erfolge aus eigennützigen Motiven. Die applizierenden Ärzte haben durch das Bereithalten und die Anwendung der Medikamente zur Verwirklichung des Schutzzweckes des AMG gehandelt – folglich nicht eigennützig.

Das AMG bezweckt, das Risikopotential zu minimieren, das sich durch die Einnahme oder Anwendung von Arzneimitteln für den Verbraucher ergibt. Gerade für den Kreis der Verbraucher soll – soweit das mit vertretbarem Aufwand geschehen kann – eine möglichst große Arzneimittelsicherheit gewährleistet werden. Dabei bedeutet Arzneimittelsicherheit nicht nur Sicherheit in Bezug auf die Qualität der Produkte, sondern sie bezieht sich auch auf die fachgerechte Beratung bzw. Sicherstellung einer medizinisch indizierten Anwendung und Einnahme der Präparate (Münchener Kommentar zum StGB, AMG. § 43 Rn1.).

Genau dies haben die betroffenen Ärzte sichergestellt. Diese können sowohl aufgrund ihrer Ausbildung als auch aufgrund ihres täglichen Umgangs mit den Präparaten – mindestens im gleichen Maß wie Apotheker dies können – sicherstellen, dass es sich nicht um für die Patientinnen gesundheitsgefährdende Präparate handelt. Darüber hinaus können Sie die medizinisch korrekte Anwendung sicherstellen.

Viele Ärzte sind aufgrund der durch die Strafverfahren eingetretenen Verunsicherung mittlerweile dazu übergegangen, die anzuwendenden Medikamente von den Patientinnen selbst besorgen und zur Anwendung in die Praxis mitbringen zu lassen. Sie berichten, dass die Patientinnen teilweise mit „abenteuerlichen Produkten“ in die Praxis kommen. Wo sie diese erworben haben, bleibt für den behandelnden Arzt im Unklaren. Häufig handelt es sich um Produkte, die lediglich eine ausländische Beschriftung und Packungsbeilage haben. Uns liegen Berichte von Ärzten vor, dass es sich bei den mitgebrachten Präparaten teilweise um Produkte handelt, die einen so minderwertigen Eindruck erwecken, dass die Ärzte sich weigern, diese zu applizieren.

Das Vorrätighalten und die Anwendung in der Arztpraxis werden zum Wohl der Patientin vorgenommen. Mit Eigennutz hat das nichts zu tun.

Dass dem Aspekt der Kundenbindung in BtMG – Fällen unter Umständen eine größere Bedeutung im Zusammenhang mit dem Handelstreiben bzw. dem hierfür erforderlichen Eigennutz zuzuschreiben ist, ändert an obiger Beurteilung nichts. Grund hierfür ist der völlig andere Schutzzweck des BtMG. Durch dieses Gesetz soll verhindert werden, dass Drogen aufgrund ihres Gefährdungspotentials überhaupt in den Verkehr gelangen. Derjenige, der Drogen an andere verkauft, wirkt diesem Gesetzeszweck entgegen. Er setzt seine Abnehmer gerade der Gefahr aus, die das BtMG zu verhindern sucht. In dieser Konstellation liegt die Annahme eines eigennützigen Verhaltens viel näher.

## **b) Vertrauensverhältnis Arzt / Patient**

Zu berücksichtigen ist hinsichtlich der Übertragung der Wertungen aus dem BGH – Beschluss vom 13.01.2004 – 1 StR 517/03 auf vorliegenden Fall auch, dass sich die Markt- und Konkurrenzsituation, in der sich ein Arzt befindet, maßgeblich von derjenigen unterscheidet, in der sich ein Gastwirt befindet. Genauso ist auch das Arzt – Patienten – Verhältnis von gänzlich anderem Charakter als das Verhältnis eines Gastwirtes zu seinen Gästen.

In der Entscheidung des Großen Senats vom 29. März 2012 (Az. GSSt 2/11) wurde zutreffend festgestellt, dass Ärzte keine Amtsträger sind. Der Schwerpunkt wird also nicht auf das Verhältnis Allgemeinheit-Arzt gelegt. Vielmehr betonen die Richter die Wichtigkeit des

individuellen Verhältnisses zwischen Vertragsarzt und Patient. Hierbei steht das persönliche Vertrauen der Beteiligten im Vordergrund. Die Tatsache, dass Ärzte auch öffentliche Aufgaben zu erfüllen haben, tritt dahinter zurück.

Der Arzt wird durch seine Patienten ausgewählt. Im Arzt-Patienten-Verhältnis steht die persönliche Beziehung im Vordergrund. Die öffentliche Daseinsvorsorge (Bsp. Müllabfuhr, Friedhöfe, Gesundheitsämter usw.) hat demgegenüber einen ganz anderen Charakter. Versicherte empfinden ihren Arzt auch im Zweifel als Vertrauensperson – und nicht als Hoheitsträger.

Die Gedanken, die der BGH in der Kassenarztentscheidung über die Stellung des Arztes geäußert hat, verdeutlichen den grundlegenden Unterschied in der wirtschaftlichen Tätigkeit einer Arztpraxis und eines Gastwirtes. Angesichts der Tatsache, dass insbesondere das Verhältnis einer Patientin zu ihrem Frauenarzt bzw. ihrer Frauenärztin besonders intim ist, ist es abwegig, zu unterstellen, eine Patientin könne ihre Entscheidung über den Arzt ihres Vertrauens davon abhängig machen, ob dort Verhütungspräparate vorrätig gehalten werden. Dies gilt umso mehr, wenn man bedenkt, dass beispielsweise Mirena-Spiralen nur alle 5 Jahre ausgetauscht werden müssen.

Die Spekulationen in dem rechtlichen Vermerk der Staatsanwaltschaft gehen daher sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht an der Realität vorbei.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Tobias Rudolph  
Rechtsanwalt

Anlagen: Apothekenrechnungen (anonymisiert)