
Datum: 15.06.2004
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 3. Strafsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 3 Ws 169/03
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2004:0615.3WS169.03.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 9 Kls 12/02

Tenor:

Die sofortige Beschwerde wird auf Kosten der Landeskasse, der auch die notwendigen Auslagen der Angeschuldigten auferlegt werden, verworfen.

Gründe: 1

I. 2

Dem Angeschuldigten zu 1. wird in der Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Bielefeld vom 9.4.2002 vorgeworfen, in Gütersloh und andernorts in der Zeit vom 15.8.1995 bis zum 10.2.2000 durch 434 selbstständige Handlungen jeweils einen Betrug gemäß § 263 StGB begangen zu haben; dem Angeschuldigten zu 2. wird vorgeworfen in 8 Fällen hierzu Hilfe geleistet zu haben. 3

Den Angeschuldigten wird dabei Folgendes zur Last gelegt: 4

Der Angeschuldigte K ist Apotheker und betreibt in Gütersloh die K2-Apotheke. Darüber hinaus ist er geschäftsführender Gesellschafter der Firma J GmbH & Co. KG, die ebenfalls ihren Sitz in Gütersloh hat. Sowohl mit der K2-Apotheke als auch mit der Firma J GmbH & Co. KG kaufte er bei pharmazeutischen Unternehmen rezeptpflichtige Medikamente mit der Zusicherung, diese zu exportieren. 5

Da die pharmazeutischen Unternehmen davon ausgingen, dass die Medikamente auf Grund des vom Angeschuldigten K zugesagten Exportes nicht auf dem deutschen Markt verbleiben würden, gewährten sie ihm erhebliche Preisnachlässe oder Rabatte. Tatsächlich wurden die Medikamente von der K2-Apotheke und der Firma J GmbH & Co. KG, veranlasst vom 6

Angeschuldigten K, nicht exportiert, sondern an pharmazeutische Großhändler in Deutschland ohne Vereinbarung einer Exportverpflichtung weiter veräußert, sodass die Medikamente, wie dem Angeschuldigten K auch bekannt war, auf dem deutschen Markt blieben.

(...) Bei Kenntnis der wahren Sachlage wären der Firma J GmbH & Co. KG sowie der K2-Apotheke von den pharmazeutischen Unternehmen die Sonderpreiskonditionen nicht eingeräumt worden.

Bei den an den Angeschuldigten K zu den Sonderkonditionen gelieferten Medikamenten handelt es sich um solche, die nur auf Rezept an den Endverbraucher abgegeben werden dürfen. Die auf dem innerdeutschen Markt absetzbare Menge ist daher durch die Anzahl der ausgestellten ärztlichen Rezepte begrenzt. Dadurch, dass der Angeschuldigte K abredewidrig die an ihn zum Export ins Ausland gelieferten Medikamente auf dem deutschen Markt verkaufte, wurden die Mengen, die die pharmazeutischen Unternehmen zum Hersteller-Abgabepreis in Deutschland absetzen konnten, entsprechend verringert. Hierdurch ist ihnen ein Schaden in Höhe von 12.321.437,65 DM entstanden.

Der den Pharma-Herstellern entstandene Schaden besteht in Höhe der Differenz zwischen Hersteller-Abgabepreis und den dem Angeschuldigten K gewährten Sonderpreisen oder in Höhe der gewährten Rabatte (Bl. 228 d. Anklage = Bl. 1614

GA).

2.

Der Angeschuldigte G ist geschäftsführender Gesellschafter der G2 GmbH und G & Partner GmbH. Mit bei den Firmen stand er in Geschäftsbeziehungen zu dem Angeschuldigten K bzw. der Firma J2 GmbH & Co. KG und der K2-Apotheke. In der Zeit von August 1996 bis November 1997 bezog er in mehreren Lieferungen von der Firma J GmbH & Co. KG das rezeptpflichtige Medikament Genotropin, welches er sodann an die Firma D GmbH In M weiterveräußerte. Da der Angeschuldigte K mit der K2-Apotheke bzw. der Firma J3 GmbH & Co. KG diese Medikamente von der Firma Q2 GmbH (bis 09.09.1996 Q2 GmbH) unter Gewährung von Sonderpreisen zum Export ins Ausland angekauft hatte (vgl. insoweit auch die Ausführungen unter 1.), benötigte er Export-Bescheinigungen, um hiermit der Firma Q2 nachzuweisen, dass die Medikamente nicht auf dem deutschen Markt verblieben waren. Der Angeschuldigte G, der die Medikamente vom Angeschuldigten K an die Firma D GmbH weiterveräußert hatte, ließ sich von dem mittlerweile verstorbenen Geschäftsführer der Firma D GmbH A für einzelne Lieferungen Durchschriften von Ausfuhranmeldungen aushändigen, in denen die jeweils gelieferten Mengen von Genotropin zum Export in die Schweiz ausgewiesen waren. Tatsächlich wurden die Exporte nicht ausgeführt. Vielmehr wurden von der Firma D GmbH lediglich "Scheinrechnungen" an die Firma U AG in B/Schweiz erstellt, mit denen dann beim Zollamt Darmstadt eine Ausfuhranmeldung erfolgte, um so in den Besitz der Zolldokumente zu kommen. Danach wurden die Rechnungen an die Firma U AG wieder storniert und die Medikamente an pharmazeutische Großhändler in Deutschland veräußert. Die Durchschriften der Ausfuhranmeldungen stellte der Angeschuldigte G dem Angeschuldigten K in Ablichtung unter Schwärzung des "Ausführers" und des "Empfängers" zur Verfügung, wobei beiden Angeschuldigten bekannt war, dass die so dokumentierten Exporte nicht durchgeführt wurden. Hierdurch wurde der Angeschuldigte K in die Lage versetzt, bei der Firma Q2 den falschen Anschein zu erwecken, dass das an ihn gelieferte Medikament Genotropin Deutschland verlassen hatte. (...) Insgesamt ist der Firma Q2 durch die von dem Angeschuldigten G auf Grund der Aushändigung der Ausfuhrdokumente

geförderten Taten des Angeschuldigten K ein Schaden in Höhe von 651.973,50 DM entstanden."

Durch angegriffenen Beschluss des Landgerichts Bielefeld vom 19.2.2003 lehnte dieses die Eröffnung des Hauptverfahrens aus **rechtlichen Gründen** ab. 13

II. 14

Die sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft ist zwar zulässig, in der Sache aber ohne Erfolg. 15

Zu Recht hat das Landgericht Bielefeld die Eröffnung des Hauptverfahrens gegen die Beschuldigten K und G mangels Nachweisbarkeit eines Vermögensschadens abgelehnt. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird insoweit auf die zutreffenden Gründe des angefochtenen Beschlusses Bl. 1696 bis 1708 Band VIII der GA Bezug genommen. 16

In Übereinstimmung mit der Rechtsauffassung des Landgerichts ist ein Vermögensschaden nicht in dem erschlischenen Rabatt zwischen dem Inlandspreis für Großhändler (Herstellerabgabepreis) und dem "Exportpreis" zu sehen. Die hierin enttäuschte Äquivalenzerwartung hat der Bundesgerichtshof nicht als Schaden im Sinne des § 263 StGB genügen lassen (vol. BGHSt 16,220, 223 ff; BGH Beschluss vom 2.12.1987 - 3 StR 375/87- BGHR § 263 Abs. 1 Vermögensschaden 8; BGH NStZ 1991, 488 f). 17

Ein Vermögensschaden ist nach ständiger Rechtssprechung vielmehr durch einen Vermögensvergleich zu ermitteln (BGH wistra 1993, 265; 1995, 222; NStZ 1994, 193, 1996, 191; 1997, 32) 18

Der Vermögensvergleich ist auf den Zeitpunkt zu beziehen, in dem die Vermögensverfügung stattfindet (BGH wistra 1993, 265, 1995, 222). Er ist danach so durchzuführen, dass das Vermögen vor der Verfügung mit dem Vermögen nach der Verfügung zu vergleichen ist (BGH St 16, 22; BGH wistra 1988, 188). Hat das Vermögen nach der Verfügung einen geringeren Wert als vorher, liegt ein Vermögensschaden vor. 19

Bei der Bewertung der gekauften Ware kommt es dabei nicht auf die Herstellungskosten, sondern auf den Verkaufspreis an, der auf der betreffenden Umsatzstufe am Markt normalerweise erzielt wird (BGH NStZ 1991, 488, 489). Es dürfen daher nur die Gewinnaussichten berücksichtigt werden, die bei einem anderweitigen Verkauf der Ware **wahrscheinlich** zu realisieren gewesen wären (vgl. BGHSt 17, 147, 148). Die Strafkammer hat insoweit festgestellt, dass es fraglich sei, ob bei der auf dem Pharmamarkt bestehenden Wettbewerbssituation der Pharmaindustrie gelungen wäre, ihre Medikamente wahrscheinlich anderweitig zu den Herstellerabgabepreisen zu veräußern. 20

Zutreffend hat das Landgericht diesbezüglich ausgeführt, dass auf dem Arzneimittelmarkt ein starker Preiswettbewerb herrscht, der sich aus der Existenz des "**grauen Marktes**", also dem Verkauf von Medikamenten seitens der Pharma-Hersteller an krankenhausversorgende Apotheken unterhalb des Herstellerabgabepreises, die ihrerseits absprachewidrig die Medikamente weiterveräußern, ergibt, aber auch durch **Parallelimporte**, also durch Herstellung von Arzneimitteln im EG-Ausland, die von deutschen Großhändlern aufgekauft und in die Bundesrepublik verbracht werden (K4pharma) oder durch sogenannte **Reimporte**, also Herstellung in der Bundesrepublik Deutschland, Export in das EG-Ausland unterhalb des hiesigen Herstellerabgabepreises und dann wieder in die Bundesrepublik zurückexportiert werden und letztendlich durch das Angebot von sogenannten **Generikaherstellern**. 21

Zutreffend gehen sowohl Staatsanwaltschaft als auch Landgericht davon aus, dass bei den rezeptpflichtigen Medikamenten, die ausschließlich Gegenstand der Anklage sind, die Absatzmöglichkeit in der Bundesrepublik Deutschland durch die Anzahl der von den Ärzten ausgestellten Rezepte vorgegeben ist.	22
Die auf Hinweis des Senates nachvernommenen Zeugen I2 - -C3- und der Zeuge X - C4- führen in ihren ergänzenden Aussagen aus, dass der Marktanteil des sogenannten grauen Marktes zur Tatzeit bei etwa 20% lag. Bei der nicht unerheblichen Größe dieses Marktanteils kann nicht gefolgert werden, dass der Herstellerabgabepreis der reelle am Markt erzielbare Verkaufspreis zur Tatzeit war. Hiergegen sprechen nämlich die Aussagen der als Zeugen vernommenen Abnehmer des Angeschuldigten K.	23
So hat z.B. der Zeuge C2 - W GmbH- in seiner Nachvernehmung vom 13.8.2003 - Bl. 1807 - bekundet, dass er sich bei einer Nachfrage des Medikamentes Genotropin bei anderen Zwischenhändlern nach diesem Arzneimittel erkundigt hätte, nicht aber bei den Herstellern, da dort nur zum Herstellerabgabepreis hätte gekauft werden können.	24
Auch der Zeuge F - Q3- führte in seiner Vernehmung am 4.8.2003 - Bl.1803 - dass "sie durchaus die Möglichkeit hatten, zu annähernd gleichen Preis die Medikamente (Verfasser) über Apotheken oder andere Pharmahändler einkaufen zu können.	25
Die Zeugin L - Q AG & Co KG - erklärte in ihrer Vernehmung vom 29.7.2003, " wenn seinerzeit ähnliche Angebote vorhanden gewesen wären, hätten wir auch über andere Firmen oder Kanäle einkaufen können, auch zu annähernd gleichen Preisen."	26
Schließlich führte der Zeuge I - K4-Pharma - aus, dass alle in Deutschland ansässigen Arzneimittelgroßhändler bei K4-Pharma Arzneimittel nach erfolgter Umettikettierung etwa 10% unter den Herstellerabgabepreisen einkaufen könnten.	27
Weiter führte er aus, "dass der Ausfall der Warenlieferungen von dem Angeschuldigten K, wenn überhaupt nur geringfügige Auswirkungen , im Grunde wahrscheinlich keine Auswirkungen, auf den deutschen Arzneimittelmarkt gehabt haben."	28
Daraus folgt, dass der graue Markt zwar prozentual nur einen mäßigen Marktanteil besaß, mengenmäßig aber in der Lage war, den Ausfall Irrgangs zu kompensieren, ohne dass einer seiner Abnehmer nunmehr zum Herstellerabgabepreis hätte einkaufen müssen.	29
Im Hinblick auf diese Wettbewerbssituation auf dem Arzneimittelmarkt - grauer Markt, Parallel- und Reimporten etc - . muss bei dem Begriff des Herstellerabgabepreises auf den am Markt tatsächlich verlangten oder jedenfalls durchschnittlichen Herstellerabgabepreis abgestellt werden, der der tatsächlichen Marktlage entsprach , nicht aber auf den vom Hersteller angegebenen Listenpreis. Wie hoch dieser Preis am Markt zur Tatzeit tatsächlich war, ist aber, worauf schon das Landgericht hingewiesen hat, nicht festgestellt worden.	30
Der Schaden der Pharmahersteller ist auch nicht in dem Verlust einer konkreten Absatz- oder Gewinnerwartung zu sehen. § 263 StGB schützt als Vermögen auch tatsächliche Erwerbs- und Gewinnaussichten, wenn ihnen schon deswegen ein wirtschaftlicher Wert zukommt, weil sie mit Wahrscheinlichkeit einen Vermögenszuwachs erwarten lassen (BGHSt 17; 147;148)	31
Danach genügt zur Annahme eines Betrugsschadens die bloße Gefährdung einer Erwerbsaussicht, wenn diese schon soweit konkretisiert ist, dass der Verkehr ihr in dem	32

Zeitpunkt der Vermögensverfügung bereits einen eigenen wirtschaftlichen Wert beimitst.

Dem "Herstellerabgabepreis" würde daher dann ein wirtschaftlicher Wert zukommen, wenn er mit Wahrscheinlichkeit einen Vermögenszuwachs erwarten lassen würde. Dies wäre unzweifelhaft dann zu bejahen, wenn der deutsche Arzneimittelmarkt ein geschlossenes System darstellen würde, bei denen die Hersteller ausschließlich zum Herstellerabgabepreis veräußern und der nicht durch den grauen Markt etc. beeinflusst wird. 33

Dies ist aber, wie dargelegt nicht der Fall. Auch die Argumentation einer immerhin 80%-igen Wahrscheinlichkeit einer Gewinnerwartung entsprechend dem Marktanteil des regulären Marktes, greift im Ergebnis nicht. Ausweislich der bereits zitierten Aussagen der Zeugen C2, F, L und I war der graue Markt mengenmäßig in der Lage, den Ausfall Irrgangs als Lieferant ohne weiteres zu kompensieren, ohne dass insoweit auf die Hersteller der Arzneimittel hätte zurückgegriffen werden müssen. Bei dieser Sachlage kommt aber dem Herstellerabgabepreis kein wirtschaftlicher Wert zu, der mit **Wahrscheinlichkeit** einen Vermögenszuwachs bei Ausfall des Angeschuldigten K als Abnehmer anderweitig hätte erwarten lassen. Der von der Staatsanwaltschaft behauptete Automatismus, beim Nichtlieferung an K hätte die Pharmaindustrie zum Herstellerabgabepreis in der gleichen Größenordnung verkaufen können, ist gerade nicht mit einer Verurteilung erforderlichen Sicherheit dargelegt. 34

Schließlich ist auch eine Strafbarkeit des Angeschuldigten K wegen versuchten Betruges gemäß §§ 263 Absatz 2, 22,23 StGB nicht mit der für eine Verurteilung erforderlichen Wahrscheinlichkeit festzustellen. 35

Voraussetzung dafür wäre gewesen, dass der Angeschuldigte K den verfügenden Pharma-Unternehmen unmittelbar durch den Ankauf der Medikamente einen Schaden hätte zufügen wollen, wobei er zumindest mit bedingtem Vorsatz gehandelt haben muss (BGHSt 16,1; 18, 235,237). 36

Dem Angeschuldigten K ist jedoch als langjährigen Betreiber einer Apotheke nebst Krankenhaus versorgender Apotheke unzweifelhaft zuzugestehen, dass er über besondere Kenntnisse hinsichtlich der auf dem Arzneimittelmarkt herrschenden Marktsituation verfügt. Insbesondere sind ihm detailliert die Ankaufsmöglichkeiten von Medikamenten auf dem grauen Markt oder von Parallel- und Reimporten bestens bekannt gewesen, da seine Handlungsweise darauf abzielte, sich die systemimmanenten Eigenarten des Arzneimittelmarkts gerade zu Nutze zu machen. 37

Dementsprechend kann ihm ein Vorsatz bezüglich der Verursachung eines Schadens bei der ihn beliefernden Pharma-Industrie nicht nachgewiesen werden, weil ihm bekannt ist, dass seine Abnehmer selbst bei Ausfall seiner Lieferungen sich nicht bei der Pharma-Industrie zum Herstellerabgabepreis, sondern anderweitig auf dem grauen Markt bedient hätten. 38

Endlich fehlt es auch an der sogenannten Stoffgleichheit zwischen Vermögensvorteil und Schaden. Der Tatbestand des Betruges setzt voraus , dass der vom Täter erstrebte Vermögensvorteil und der verursachte Vermögensschaden einander entsprechen (BGHSt 6, 115, 116), d.h. dass dieselbe Vermögensverfügung des Getäuschten, die den Täter bereichern soll, den Schaden unmittelbar herbeiführt. Der Vorteil muss gleichsam die Kehrseite des Schadens sein (BGH aaO). 39

Auch daran fehlt es hier, da der Schaden nicht durch die **Einräumung des Rabattes** selbst entsteht, dem wie ausgeführt - mangels Nachweis - kein eigener schützenswerter Vermögenswert zukommt, sondern erst durch den Weiterverkauf der Arzneimittel seitens des 40

Angeschuldigten K und demzufolge durch die behauptete mangelnde Absetzbarkeit der Medikamente durch die Hersteller auf dem Arzneimittelmarkt zum Herstellerabgabepreis.

Mangels strafbarer Haupttat des Angeschuldigten K kam auch keine Strafbarkeit des Angeschuldigten G wegen Beihilfe in Betracht. 41

Aus alledem war die Eröffnung des Hauptverfahrens abzulehnen. 42

Die Kostenentscheidung folgt aus § 473 Absatz 1 StPO. 43