

Geschäftsnummer:



1 Ss 559/12

34 Ns 220 Js 102310/11

LG Stuttgart

33 Ds 220 Js 102310/11

AG Stuttgart

220 Js 102310/11

StA Stuttgart

Oberlandesgericht Stuttgart

- 1. Strafsenat -

Im Namen des Volkes

Urteil

in der Strafsache gegen

J. D. ,

wegen Betrugs

-Verteidiger: Rechtsanwalt

Der 1. Strafsenat des Oberlandesgerichts Stuttgart hat in der Sitzung vom
18. Dezember 2012, an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am OLG

- als Vorsitzender -

Richterin am OLG

Richter am OLG

- als beisitzende Richter -

Erster Staatsanwalt

- als Vertreter der Generalstaatsanwaltschaft -

Rechtsanwalt

- als Verteidiger -

Justizhauptsekretärin

- als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle -

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 25. Juni 2012

aufgehoben.

Die Sache wird zu erneuter Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an eine andere kleine Strafkammer des Landgerichts Stuttgart

zurückverwiesen.

Gründe:

I.

Mit Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Stuttgart vom 27. Dezember 2011 war dem Angeklagten zur Last gelegt worden, er habe sich innerhalb eines Zeitraums von weniger als drei Wochen in elf Fällen des Betrugs strafbar gemacht, indem er sich unter Vortäuschung eines nicht vorhandenen Medikamentenbedarfs zu elf verschiedenen Gelegenheiten bei mehreren Kassenärzten Rezepte über das schmerzstillende Medikament Lyrica verschafft habe, wodurch der AOK Baden-Württemberg ein Gesamtschaden in Höhe von 2.764,25 € entstanden sei.

Mit Urteil des Amtsgerichts Stuttgart vom 21. März 2012 wurde der Angeklagte des Betruges in elf „tatmehrheitlichen“ Fällen schuldig gesprochen und zu der Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und drei Monaten verurteilt, Strafaussetzung zur Bewährung wurde versagt.

Auf die hiergegen eingelegte Berufung des Angeklagten hob das Landgericht Stuttgart mit dem angefochtenen Urteil vom 25. Juni 2012 das Urteil des Amtsgerichts auf und sprach den Angeklagten aus Rechtsgründen mit der Erwägung frei, dass es für den Tatbestand des Betruges zum Nachteil der Krankenkasse an der Unmittelbarkeit zwischen Vermögensverfügung des Kassenarztes und Vermögensschaden der Krankenkasse fehle, da der Angeklagte als wesentlichen weiteren Zwischenschritt noch die Einlösung der erlangten Rezepte bei der jeweiligen Apotheke habe vornehmen müssen. An der Verurteilung wegen unerlaubten Handeltreibens mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln sah sich das Landgericht wegen vermeintlich fehlender prozessualer Tatidentität gehindert.

Mit ihrer auf die Sachrüge gestützten Revision begehrt die Generalstaatsanwaltschaft die Aufhebung des angefochtenen Urteils.

II.

Das Urteil unterliegt der Aufhebung, es hält in sachlich-rechtlicher Hinsicht nicht den Anforderungen stand, die an ein freisprechendes Urteil zu stellen sind.

§ 267 Abs. 5 Satz 1 StPO bestimmt, dass die Urteilsgründe ergeben müssen, ob ein Freispruch aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen erfolgt. Im Anschluss an die Darlegung, welcher Anklagevorwurf dem einzelnen Angeklagten gemacht wird, sind in einem Strafurteil auch bei einem Freispruch aus Rechtsgründen tatsächliche Feststellungen zu treffen (BGH NSTZ-RR 1997, 374; LR-Gollwitzer, StPO, 25. Aufl., § 267 RN 152; KK-Engelhardt, StPO, 6. Aufl., § 267 RN 42; Graf, StPO, § 267 RN 52; HK-Julius, StPO, 4. Aufl., § 267 RN 30). Allenfalls dann, wenn ein dem Angeklagten vorgeworfenes Handeln mit Sicherheit straflos ist, kann hierauf verzichtet werden. Das ist vorliegend nicht der Fall.

1. Betrug zum Nachteil der AOK Baden-Württemberg

- a) Rechtlich zutreffend geht das Landgericht - den angeklagten Sachverhalt als bestätigt zugrundegelegt - zunächst davon aus, dass die als Kassenärzte zugelassenen Vertragsärzte vom Angeklagten über die medizinische Indikation zur Verschreibung der begehrten Medikamente getäuscht worden seien, einem entsprechenden Irrtum unterlagen und täuschungsbedingt eine Vermögensverfügung trafen, die in der Ausstellung der die Krankenkasse zur Leistung verpflichtenden Arzneimittelverordnungen, also in der Rezeptausstellung, zu sehen ist (UA S. 6).

Mit Ausstellen des Kassenrezepts trifft der Kassenarzt eine Verfügung über das Vermögen der Krankenkasse, da er kraft Gesetzes in Verbindung mit dem jeweiligen Kassenarztvertrag befugt ist, den Anspruch des Kassenpatienten gegen seine Krankenkasse auf die Gewährung von Sachmitteln nach §§ 2 Abs. 2, 27 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, 31 SBG V auszufüllen (BGH GSSt, NSTZ 2012, 505; BGH St 49, 17; BSG, Urteil vom 17.12.2009, B 3

KR 13/08 R, zitiert nach <juris>; OLG Hamm NJW 2006, 2341). Bei Bestehen einer rechtlichen Befugnis - sei es kraft Gesetzes, sei es kraft Vertrages - begründet aber diese bereits das Sonderverhältnis zum geschädigten Vermögen eines Dritten (LK-Tiedemann, StGB, 12. Aufl., § 263 RN 113; Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, § 263 RN 128). Anders als das Landgericht meint, bedarf es deshalb keiner weiteren Feststellung des Bestehens eines besonderen Näheverhältnisses zwischen dem getäuschten Kassenarzt und der geschädigten Krankenkasse im Sinne der sogenannten „Lagertheorie“.

An dem Vorliegen eines solchen besonderen Näheverhältnisses wären vor dem Hintergrund der Entscheidung des Großen Senats in Strafsachen vom 29. März 2012 (a.a.O.) erhebliche Zweifel angezeigt, nachdem der Große Senat feststellt, dass der Vertragsarzt bei der Verordnung von Medikamenten zwar auch auf die wirtschaftlichen Belange der Krankenkassen Bedacht zu nehmen habe, die ärztliche Behandlung indes in erster Linie im Interesse des Patienten und in seinem Auftrage erfolge. Bei der erforderlichen wertenden Gesamtbetrachtung stünde diese Bindung an den Patienten im Vordergrund, sodass der Arzt aus dem Auftragsverhältnis zu dem Patienten auch aufgrund des Wirtschaftlichkeitsgebotes nicht herausgebrochen werden könne, weshalb der Große Senat eine Beauftragteneigenschaft des Kassenarztes im Sinne des § 299 StGB verneint hat.

- b) Durch diese Vermögensverfügung tritt bei Ausstellung des Rezeptes zwar noch kein endgültiger Vermögensverlust, jedenfalls aber eine schadensgleiche Gefährdung des Vermögens der verpflichteten Krankenkasse ein.

Nach oben Gesagtem hat der Vertragsarzt mit Ausstellung des Rezepts den Anspruch des Angeklagten gegen seine Krankenkasse auf die Gewährung von Sachmitteln zur Erfüllung des Versicherungsverhältnisses dokumentiert und festgestellt. Für die Erlangung des von der Zuzahlung abgesehen kostenfreien Bezuges des Medikamentes bedarf es nunmehr nur

noch der Vorlage des Rezeptes bei einem vom Angeklagten auszuwählenden Apotheker, um den Schaden zu realisieren.

Zwar meint das Bundessozialgericht in der bereits genannten Entscheidung vom 17. Dezember 2009, dass der vertragsärztlichen Verordnung auf Gewährung von Sachmitteln „als Pendant der Vergütungsanspruch des Apothekers gegen die Krankenkasse dem Grunde nach nachfolge“, dieser werde „durch das Kassenrezept als für das Abrechnungsverhältnis zwischen Apotheke und Krankenkasse maßgebliche Dokument konkretisiert“ (BSG a.a.O.). Hierbei stellt das Bundessozialgericht darauf ab, dass nach § 129 SGB V die Vergütungspflicht der Krankenkassen gegenüber den die Rezepte einlösenden Apotheken vom Gesetz als bestehend vorausgesetzt werde und betrachtet diese Norm mithin als gesetzlichen Entstehungsgrund des Leistungsanspruches des Apothekers gegenüber der Krankenkasse.

Da es indes noch der Auswahl des konkreten Apothekers durch den Angeklagten bedarf, ist der den endgültigen Vermögensverlust der Krankenkasse herbeiführende Vergütungsanspruch zwar dem Grunde nach entstanden, aber noch nicht endgültig ausgefüllt. Er realisiert sich vielmehr erst mit der Einlösung des Rezeptes bei einem konkreten Apotheker, so dass dieser nunmehr entsprechend § 129 SGB V den Anspruch auf Vergütung gegen die in dem Rezept gleichsam „bezogene“ Krankenkasse kraft Gesetzes erwirbt. Von der Konstruktion des Zustandekommens eines Kaufvertrages über das Medikament zwischen Krankenkasse und Apotheker unter Beteiligung des Kassenarztes als Vertreter der Krankenkasse, die das Landgericht der angefochtenen Entscheidung zugrundegelegt hat, hat sich die obergerichtliche Rechtsprechung deshalb mittlerweile abgewendet (BGH GSSt, 2/11, a.a.O.; BSG a.a.O.; Wesser, jurisPR-MedizinR 7/2010, Anm. 3).

Diese Mehraktigkeit des Handelns des Angeklagten steht weder dem Eintritt einer schadensgleichen Vermögensgefährdung noch der Unmittelbar-

keit zwischen Täuschung und schädigender Vermögensverfügung entgegen.

- aa) Als Korrektiv einer zu weitgehenden Auslegung der Betrugsstrafbarkeit ist zu fordern, dass die Täuschung ohne weitere maßgebliche Zwischenakte des Täters zur vermögensmindernden Verfügung führt. Dabei ist auf Seiten des Täters mehraktiges Vorgehen dann beachtlich, wenn es jeweils um deliktisches Handeln geht (NK-Kindhäuser, StGB, 2. Aufl., § 263 RN 202). Dem Erfordernis der Unmittelbarkeit steht nicht entgegen, wenn bei mehraktigen Verfügungen erst die letzte die Vermögensminderung herbeiführt, solange dies zwingende oder wirtschaftliche Folge des durch Täuschung hervorgerufenen Irrtums ist (BGHR StGB § 263 Abs. 1 Vermögensschaden 29; KG Berlin, Beschluss vom 29.09.2012, 121 Ss 21/12, zitiert nach <juris>). Hat der Getäuschte etwa mit Weggabe einer „Anweisung“ alles aus der Hand gegeben und keinen Einfluss mehr, dann ist die schadensgleiche Vermögensgefährdung eingetreten (Schönke-Schröder, StGB, 28. Aufl., § 263 RN 62).

So liegt der Fall auch hier, dem ist die Ausstellung des Kassenrezeptes vergleichbar. Dass der Angeklagte die Rezepte zur Erlangung der Medikamente noch bei einer Apotheke einlösen musste, ist nämlich kein wesentlicher, sondern vielmehr ein unwesentlicher Zwischenakt, da die das Vermögen konkret gefährdende Entscheidung bereits getroffen ist und der Apotheker mangels echter Überprüfungsmöglichkeit nur noch gleich einem Lagerhalter „die Ware ausgeben“ muss, um den Vorgang abzuschließen.

Denn der Apotheker ist zur Entgegennahme des Rezepts verpflichtet. Ihn trifft aus § 17 Abs. 4 der Verordnung über den Betrieb von Apotheken (ApoBetrO) ein Kontrahierungszwang, so dass er die Verschreibung durch den Kassenarzt nur noch eingeschränkt überprüfen kann (Erbs-Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, A 166,

ApoBetrO § 17 RN 9). So hat er zwar die Einhaltung der Formalien der Verschreibung und die sich aus dem Arzneimittelausgaben-Begrenzungsgesetz ergebende Verpflichtung zur Abgabe eines preisgünstigeren wirkstoffgleichen Medikaments zu überprüfen (BGH GSSt 2/11, a.a.O.), eine Pflicht zur Überprüfung der medizinischen Indikation und der Notwendigkeit der Sachleistung im Sinne des § 12 SGB V trifft ihn indes nicht (BGH St 49, 17, NStZ 2004, 568).

Eine Ausnahme gilt lediglich dann, wenn einer der vom Angeklagten aufgesuchten Apotheker aufgrund seiner gesetzlichen Verpflichtung aus § 17 Abs. 8 ApoBetrO wegen begründeten Verdachts auf Arzneimittelmissbrauch Veranlassung hatte, die Herausgabe des Medikaments an den Angeklagten zu verweigern. Ungeachtet dessen, dass das angefochtene Urteil hierzu wiederum keine Feststellungen enthält, würde eine pflichtwidrige Ausreichung des Medikamentes keine neue Kausalkette in Gang setzen, sondern lediglich einen (nicht stoffgleichen) Regressanspruch der Krankenkasse gegen den Apotheker eröffnen (Wesser, a.a.O.; vgl. zum Regressanspruch der Krankenkasse gegen den verschreibenden Arzt: BGH St 49, 17; LK-Tiedemann, § 263 RN 258; NK-Kindhäuser, § 263 RN 364).

Damit gelangt aber der Angeklagte als Kassenpatient bei Vorlage seines Rezeptes bei einem Apotheker seinem Tatplan entsprechend in der Regel ohne weitere deliktische Handlung zumindest an den begehrten Wirkstoff, den ihm der Apotheker grundsätzlich nicht verweigern kann.

- bb) Aus dem soeben Gesagten ergibt sich weiter, dass die Vermögensverfügungen der Kassenärzte bei gewöhnlichem Gang der Dinge nach dem Tatplan des Angeklagten nicht nur einen ungewissen, von unbeherrschbaren Risiken abhängenden Vermögensschaden herbeizuführen geeignet waren, sondern dass das Vermögen der Krankenkasse mit Ausstellung des Kassenrezeptes auch unter Berücksichtigung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zu dem

Rechtsinstitut der „schadensgleichen Vermögensgefährdung“ (vgl. BVerfG NStZ 2012, 496; NStZ 2010, 626) bereits konkret gefährdet war.

Da der Apotheker das Rezept aufgrund des soeben unter aa) Ausgeführten einzulösen hat und die Geschädigte vom Zeitpunkt der Ausstellung des Rezeptes, von welcher sie in der Regel keine Kenntnis hat, bis zum Zeitpunkt der Einlösung beim Apotheker keine Einflussmöglichkeit mehr hat, ist der Eintritt des Schadens keine bloße Möglichkeit, vielmehr wird die Vermögensgefährdung bei gewöhnlichem Gang der Dinge nach dem Tatplan des Täters mit Einlösung des Rezepts unmittelbar in den endgültigen Schadenseintritt umschlagen. Dieser mehraktige Vorgang ist mithin nicht den vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen Fällen des Eingehungsbetruges vergleichbar, in denen die Verlustwahrscheinlichkeit auch nach dem Tatplan des Täters diffus blieb oder sich in so niedrigen Bereichen bewegte, dass der reale Schadenseintritt ungewiss blieb.

- c) Schließlich besteht auch Stoffgleichheit zwischen dem vom Angeklagten erstrebten Vermögensvorteil und dem Vermögensschaden.

Zwar flossen dem Angeklagten die Medikamente aus dem Vermögen des jeweiligen Apothekers zu. Denn jener ist auch Kaufmann, dessen Berufsausübung zwar besonders reglementiert ist, der aber mit von ihm eingekauften Medikamenten Handel treibt. Können auch Verfügender und Geschädigter beim Betrug auseinander fallen, so fehlt es selbst bei Zugrundeliegen desselben Entstehungstatbestandes an der Stoffgleichheit zwischen Vermögensvorteil und Vermögensschaden, wenn der Vorteil dem Täter aus dem Vermögen eines Dritten zufließt (BGH NStZ 2003, 264; Satzger/Schmitt/Widmaier, § 263 RN 230; Schönke-Schröder, § 263 RN 168; v. Heintschel-Heinegg, StGB, § 263 RN 78). Indes kam es dem Angeklagten angesichts seiner Vorgehensweise offenkundig nicht darauf an, das Medikament als solches zu erlangen, denn hierfür hätte er sich auch ein

Privatrezept erstellen lassen können. Die ihm zur Last gelegte Vorgehensweise legt vielmehr nahe, dass ihm gerade um - von der Zuzahlung abgesehen - kostenfreie Erlangung des Medikaments zu tun war. Der erstrebte Vermögensvorteil korreliert mithin auch nach seiner Absicht spiegelbildlich mit dem Vermögensschaden der Krankenkasse, da diese Kostenfreiheit des Angeklagten nur zu Lasten der Erstattungspflicht der Krankenkasse zu realisieren war (vgl. zur „spiegelbildlichen“ Stoffgleichheit etwa BGH StraFo 2011, 238).

Danach ist das in der Anklage beschriebene Tun des Angeklagten geeignet, den Straftatbestand des (vollendeten) Betruges zu erfüllen.

2. Verstoß gegen das Arzneimittelgesetz (AMG)

Daneben war das Landgericht nicht gehindert, eine tateinheitliche Strafbarkeit des angeklagten Verhaltens unter dem Gesichtspunkt des unerlaubten Handeltreibens mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln außerhalb von Apotheken nach § 95 Abs. 1 Nr. 4 AMG zu prüfen.

Während sich die Strafnorm der berufs- oder gewerbsmäßigen Abgabe verschreibungspflichtiger Arzneimittel an Verbraucher außerhalb von Apotheken nach §§ 95 Abs. 1 Nr. 4, 43 Abs. 3 Satz 1 AMG nur an Apotheker selbst als Normadressaten richtet, trifft das Verbot des unerlaubten Handeltreibens im Sinne dieser Norm jede entgeltliche Abgabe von Arzneimitteln durch andere, nicht am Arzneimittelverkehr Beteiligte, auch wenn dies nicht berufs- oder gewerbsmäßig geschieht (OLG Stuttgart Die Justiz 2012, 276).

Zwar hat das Landgericht keine Feststellungen zur Verschreibungspflicht getroffen, indes ergibt sich diese aus den jedermann zugänglichen Produktangaben des Herstellers des Medikaments Lyrica, des Pharmaherstellers Pfizer, auf dessen Internetseite.

Der Verfolgbarkeit steht dabei nicht etwa fehlende prozessuale Tatidentität im Sinne des § 264 StPO entgegen.

Der Begriff des Handeltreibens meint im AMG dasselbe wie im BtMG (BGH NStZ 2004, 457; OLG Stuttgart a.a.O.). Damit erfüllt bereits jeder Erwerbsvorgang, der von Umsatzwillen getragen ist (Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, 7. Aufl., § 29 RN 25 ff), den Tatbestand. Die objektiven Erwerbsvorgänge sind in der Anklage als historische Lebenssachverhalte geschildert. Die rechtliche Wertung als Vorgänge des Handeltreibens bedarf daher lediglich weiterer Feststellungen zur subjektiven Tatseite, da es sich insoweit um eine Tatbegehungsweise mit überschießender Innentendenz handelt. Für den Umsatzwillen könnte sprechen, dass das Medikament Lyrica nach allgemein zugänglicher Presseberichterstattung von Drogenabhängigen als Verstärker des Substitutionsstoffes Methadon missbraucht wird und ein einträglicher Schwarzmarkthandel zur Finanzierung eigener Suchtmittel entstanden ist (vgl. etwa <http://www.stimme.de/heilbronn/nachrichten/stadt/sonstige-Rausch-auf-Rezept>).

Die Beurteilung der angeklagten Taten als unerlaubtes Handeltreiben mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln außerhalb von Apotheken nach § 95 Abs. 1 Nr. 4 AMG ist damit vorbehaltlich der Erteilung eines rechtlichen Hinweises nach § 265 StPO von der Kognitionspflicht des Gerichts umfasst.

Allen nach kann der Freispruch keinen Bestand haben.