

R e c h t s g u t a c h t e n

zu Fragen der Strafbarkeit des Anbietens der unentgeltlichen Verblisterung sowie weiterer Dienstleistungen durch Apotheker sowie des Forderns solcher Leistungen durch Vertreter eines Heimes im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Heimversorgungsvertrags mit Trägern eines Pflegeheims

erstattet von

Prof. Dr. J. Wilfried Kügel, Dr. Kirsten Plaßmann

Kügel Rechtsanwälte PartmbB

Wannenstraße 18, 70199 Stuttgart

Inhaltsübersicht

A.	Sachverhalt	4
B.	Gutachtenauftrag	5
C.	Rechtliche Würdigung	5
I.	Strafbarkeit des Apothekers durch Bestechung des Heimträgers gem. § 299b Nr. 2 und 3 StGB (Bestechung im Gesundheitswesen)	5
1.	Rechtsgut und Wortlaut	5
2.	Tatbestandsmerkmale	6
a)	Täter der Bestechung	6
b)	Vorteilsnehmer	6
aa)	Angehöriger eines Heilberufs	6
bb)	Der für den Heimträger Handelnde	7
c)	Tathandlung	9
aa)	Vorteil	9
bb)	Tathandlung	10
d)	Unrechtsvereinbarung	11
aa)		11
bb)		11
cc)		12
(a)		12
(b)		13
(c)		15
dd)		15
ee)		16
ff)		16
gg)		16
e)	Bevorzugung bei dem Bezug von Arzneimitteln	17
f)	Zuführung von Patienten	17
g)	Im Zusammenhang mit der Berufsausübung	17
II.	Strafbarkeit des Apothekers durch Bestechung des Heimträgers gem. § 299 Abs. 2 Nr. 1 StGB (Bestechung im geschäftlichen Verkehr)	18
1.	Wortlaut und Schutzzweck	18
a)	Wortlaut	18

	b)	Schutzzweck	19
2.		Tatbestand	19
	a)	Täter	19
	b)	Tathandlung	19
	c)	Vorteilsnehmer	20
	d)	Förderung des Geschäftszwecks	20
	e)	Unrechtsvereinbarung	20
	f)	Kein sozialadäquates Verhalten	21
	g)	Zusammenfassung	21
3.		Besonders schwerer Fall nach § 300 StGB	22
	a)	Vorteil großen Ausmaßes	22
	b)	Gewerbsmäßige oder bandenmäßige Begehung	22
	aa)	Gewerbsmäßige Begehung	22
	bb)	Bandenmäßige Begehung	23
	c)	Strafmaß	23
III.		Strafbarkeit der Angestellten oder Beauftragten des Heimträgers gem. § 299 Abs. 1 Nr. 1 StGB (Bestechlichkeit im geschäftlichen Ver- kehr)	24
	1.	Wortlaut und Schutzzweck	24
	a)	Wortlaut	24
	b)	Schutzzweck	24
	2.	Tatbestand	24
	a)	Täter	24
	b)	Tathandlung	25
	c)	Vorteilsnehmer	25
	d)	Förderung des Geschäftszwecks	25
	e)	Unrechtsvereinbarung	26
	f)	Bevorzugung bei dem Bezug von Waren oder Dienstleis- tungen	26
IV.		Zusammenfassung	27
	1.		27
	2.		27
	3.		27
	4.		27

A. Sachverhalt

Apotheker bieten den Trägern von Pflegeheimen das patientenindividuelle Verblistern von Fertigarzneimitteln i. S. d. §§ 2 Abs. 1, 4 Abs. 1, 48 Abs. 1 AMG sowie die Erstellung eines Medikationsplans für jeden Patienten, das Rezeptmanagement, einen Botendienst und/oder einen 24-Stunden-Bereitschaftsdienst (im Folgenden „Zusatzleistungen“) unentgeltlich oder zu einem Preis unterhalb der Gestehungskosten an. Dementsprechend rechnen die Apotheker nach Erbringung der Verblisterungs- und Zusatzleistungen ab. Alternativ existiert die Praxis, dass der jeweilige Apotheker zwar eine Vergütung für das Verblistern verlangt, jedoch im Nachgang eine „Spende“ an den Heimträger auskehrt, wodurch die zunächst gezahlte Vergütung für die Dienstleistungen wieder an den Heimträger zurückfließt.

Der „marktübliche Wert“ für das Verblistern liegt bei ca. 3,00 bis 4,00 € pro Patient pro Woche, ohne Gewinnanteil. Der „Rohertrag“ des Apothekers liegt im Monat bei ca. 25,00 bis 30,00 € pro Patient. Es wird berichtet, dass die Krankenkassen projektbezogen 70,00 € pro Quartal für die Ersterstellung eines Medikationsplans und weitere 15,00 € pro folgendem Quartal bereit sein könnten zu zahlen.

Die Erbringung der genannten unentgeltlichen Leistungen bzw. Leistungen unter Gestehungskosten durch den Apotheker sind entsprechend der Forderung verschiedener Träger von Pflegeheimen Voraussetzung für den Abschluss eines Heimversorgungsvertrages i. S. des § 12a ApoG zwischen den betr. Apothekern und den Heimträgern.

Der Abschluss eines Heimversorgungsvertrages bietet dem jeweiligen Apotheker einen (zusätzlichen) Umsatzerlös in einer Größenordnung von 100.000 bis 150.000 € jährlich für 80 bis 100 Patienten pro Heim. Darüber hinaus ermöglicht die Heimversorgung dem Apotheker, sein Personal durchgängig über das übliche Apothekengeschäft hinaus auszulasten. Die Heimversorgung ist in der Regel nicht zeitkritisch und erfolgt entsprechend den Anforderungen des Pflegeheims. Entsprechendes gilt für das Rezeptmanagement. Hinzu kommen die erhöhten Rabatte, die der Apotheker gegenüber dem Großhandel aushandeln kann, da er aufgrund der Heimversorgung größere Bestellmengen hat. Durch die erhöhte Bestellmenge zeigen sich die Großhandlungen bereit, höhere Rabatte zu gewähren.

Der Heimträger wiederum profitiert von der unentgeltlichen Verblisterung und den Zusatzleistungen, da er diese Tätigkeiten nicht gegenüber dem Apotheker vergüten muss.

B. Gutachtenauftrag

Der Bundesverband patientenindividueller Arzneimittelverblisterer e. V. (BPAV) hat die Kanzlei Kugel Rechtsanwälte mit der Prüfung beauftragt, ob das unentgeltliche Anbieten der vorstehend genannten Dienstleistungen durch den Apotheker gegenüber einem Heimträger im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Heimversorgungsvertrages mit der Folge strafrechtlich relevant ist, dass dies die Einleitung von Ermittlungen wegen Bestechung im Gesundheitswesen und/oder im geschäftlichen Verkehr gem. §§ 299b und/oder 299 Strafgesetzbuch (StGB) rechtfertigt.

C. Rechtliche Würdigung

I. **Strafbarkeit des Apothekers durch Bestechung des Heimträgers gem. § 299b Nr. 2 und 3 StGB (Bestechung im Gesundheitswesen)**

Das Anbieten der unentgeltlichen Verblisterung und der unentgeltlichen Zusatzleistungen (Aufstellen eines Medikationsplans, Rezeptmanagement und ein 24h-Bereitschaftsdienst) des Apothekers bzw. das Anbieten dieser Leistungen unterhalb der Gestehungskosten gegenüber einem Heimträger, mit dem der Apotheker einen Heimversorgungsvertrag abschließen will, kann strafrechtlich unter dem Gesichtspunkt eines Verstoßes gegen die Vorschrift des § 299b StGB „Bestechung im Gesundheitswesen“ relevant sein.

1. Rechtsgut und Wortlaut

Der Straftatbestand der „Bestechung im Gesundheitswesen“ (§ 299b StGB) wurde durch das Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen vom 30.05.2016 (BGBl. 2016 I 1245) mit Wirkung zum 04.06.2016 implementiert.

Ausweislich der Gesetzesbegründung schützt die Vorschrift das Vertrauen des Patienten in das Gesundheitssystem, im Besonderen die Unabhängigkeit und Integrität der heilberuflichen Entscheidungen. Ebenso geschützt ist der lautere Wettbewerb im Gesundheitswesen,

vgl. BT-Drucks. 18/6446, S. 12f., 16f.

Die Vorschrift lautet:

„Wer einem Angehörigen eines Heilberufs im Sinne des § 299a im Zusammenhang mit dessen Berufsausübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er

1. bei der Verordnung von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten,
2. bei dem Bezug von Arznei- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten, die jeweils zur unmittelbaren Anwendung durch den Heilberufsangehörigen oder einen seiner Berufshelfer bestimmt sind, oder
3. bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial

ihn oder einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzugen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

2. Tatbestandsmerkmale

Für die Bejahung eines Anfangsverdachts durch die Staatsanwaltschaft zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens müssen somit hinreichende Anhaltspunkte für die Erfüllung der folgenden Tatbestandsmerkmale gegeben sein:

a) Täter der Bestechung

Die Vorschrift des § 299b StGB ist ein **Allgemeindelikt**. Tauglicher Täter auf der „Geberseite“ kann jedermann sein,

vgl. BT-Drucks. 18/6446, S. 23; Momsen/Laudien, in: Beck'scher Online-Kommentar StGB, von Heintschel-Heinegg, 32. Edition, Stand: 01.09.2016, § 299b Rn. 2.

Damit kann ein Apotheker auf der „Geberseite“ tauglicher Täter des § 299b StGB sein.

b) Vorteilsnehmer

aa) Angehöriger eines Heilberufs

Der Vorteilsnehmer muss Angehöriger eines Heilberufs sein, der für die Berufsausübung oder Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte

Ausbildung erfordert (s. auch § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB). Damit gehören die akademischen Heilberufe, deren Ausübung bzw. Bezeichnung eine durch Gesetz und Approbations(ver-)ordnung geregelte Ausbildung voraussetzt ebenso wie die Gesundheitsfachberufe zu dem Kreis der Normadressaten, also z. B. neben Ärzten und Apothekern auch Krankenpfleger, Hebammen, Ergo- und Physiotherapeuten, Logopäden, Medizinisch-technische und Pharmazeutisch-technische Assistenten. In der Praxis dürften vor allem Krankenpfleger als „Angehörige eines Heilberufs“ in Betracht kommen.

Die Aufnahme der „Berufsgruppe Apotheker“ erfolgte gerade vor dem Hintergrund, dass Apotheker in die Ausgabenverteilung im Gesundheitswesen in hohem Maße eingebunden sind und für die Leistungserbringer, wie z. B. die Krankenkassen, eine erhebliche wirtschaftliche Bedeutung bzw. Stellung innehaben. Die „Schlüsselstellung von Apothekern“ im Gesundheitswesen beruht vor allem auf der Apothekenpflicht für Arzneimittel (§§ 43, 48 AMG),

vgl. BT-Drucks. 18/6446 S. 11.

Allerdings hat der Gesetzgeber die Berufsgruppe der Apotheker bei den letzten an den Straftatbeständen im Gesetzgebungsverfahren vorgenommenen Änderungen faktisch wieder aus dem Tatbestand der Bestechlichkeit i. S. d. § 299a StGB herausgenommen, da die „Abgabeentscheidung“ nicht mehr gesondert erfasst wird,

vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses v. 13.04.2016, BT-Drucks. 18/8106, S. 15.

Apotheker können daher im Wesentlichen Täter einer aktiven Bestechung sein.

bb) Der für den Heimträger Handelnde

Damit kommt es entscheidend darauf an, wer auf der Seite des Heimträgers bei dem ihm gegenüber erfolgenden „Anbieten“, „Versprechen“ oder „Gewähren“ eines Vorteils handelt. Ist die Heimleitung, z. B. der Geschäftsführer oder der zuständige Sachbearbeiter, z. B. im Bereich „Vertragsma-

nagement“, ein Angehöriger eines Heilberufs, z. B. also approbierter Arzt, Apotheker oder Krankenpfleger, ist er tauglicher „Vorteilsnehmer“ i. S. d. § 299b StGB. Hierbei kann es wohl nicht darauf ankommen, dass die Vertretung des Heimträgers nicht mehr aktiv als Arzt, Apotheker oder Krankenpfleger tätig ist. Ausweislich des Gesetzeswortlauts in § 299b StGB, der auf die Definition des Heilberufsangehörigen gem. § 299a StGB verweist, wird im Rahmen des persönlichen Anwendungsbereichs auch darauf abgestellt, ob es sich um einen Berufsträger handelt, dessen **Berufsbezeichnung** eine staatlich geregelte Ausbildung voraussetzt. Ein Arzt, Apotheker oder Krankenpfleger bzw. ein sonstiger Angehöriger eines Heilberufs bleibt somit auch dann tauglicher „Vorteilsnehmer“ i. S. d. § 299b StGB, wenn er zur Verwendung seiner „Berufsbezeichnung“ berechtigt ist, ohne dass er diesen Beruf aktiv ausüben muss.

Ob der Unterzeichnende auf Seiten des Heimträgers ein Angehöriger eines Heilberufs ist und damit in den persönlichen Anwendungsbereich des § 299b StGB fällt, bedarf der Prüfung im Einzelfall. Sollte er zu den Heilberufen i. S. der Gesetzesbegründung,

vgl. BT-Drucks. 18/6446, S. 17,

gehören, ist er grundsätzlich tauglicher „Vorteilsnehmer“.

Es ist jedoch weiter erforderlich, dass er in eine Beziehung zu dem Apotheker „im Zusammenhang mit dessen Berufsausübung“ tritt. Durch die Formulierung „im Zusammenhang“ wird verdeutlicht, dass es nicht auf die unmittelbare Berufsausübung beim Patienten bzw. Heimbewohner ankommt, wie auch das weitere Tatbestandsmerkmal in der Nummer 2 der Vorschrift verdeutlicht: Dort heißt es zwar, dass der Bezug von Arzneimitteln zur unmittelbaren Anwendung durch den Heilberufsangehörigen bestimmt ist; die unmittelbare Anwendung kann jedoch auch durch einen Berufshelfer des Angehörigen des Heilberufs erfolgen. Auch insoweit dürften Ärzte, Apotheker oder Krankenpfleger, die von den Heimen mit der Aufgabe des Abschlusses von Heimversorgungsverträgen betraut sind, „Vorteilsnehmer“ i. S. der Vorschrift sein, wenn die unmittelbare Anwendung des Arzneimittels durch deren Berufshelfer geschieht.

c) Tathandlung

Die Tathandlung bei einer „Bestechung im Gesundheitswesen“ besteht im Anbieten, Versprechen oder Gewähren eines Vorteils.

aa) Vorteil

Der Gesetzgeber geht auch bei den Delikten der Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen von einem sehr weiten Verständnis des Vorteilsbegriffs aus. Unter „Vorteil“ fällt jede Leistung im weiteren Sinne und damit grundsätzlich alles, was die Lage des Empfängers verbessert und auf das er keinen Anspruch hat. Ein Vorteil kann bereits grundsätzlich in dem Abschluss eines Vertrages liegen, der Leistungen an den Vorteilsnehmer zur Folge hat,

vgl. BGH, Urt. v. 10.03.1983 – 4 StR 375/82 – juris, zur „Bestechlichkeit“.

Auch die Gewährung von Vergünstigungen und die Rabatteinräumung kommen als „Vorteil“ in Betracht, wenn die Vergünstigung oder der Rabatt als verdeckte Zuwendung gezahlt wird, die wiederum auf eine unlautere Bevorzugung im Wettbewerb abzielt,

vgl. Momsen/Laudien, a. a. O., § 299 Rn. 15.

Das unentgeltliche Verblistern und die unentgeltliche Übernahme des Rezeptmanagements, das Erstellen eines Medikationsplans sowie das Einrichten eines 24h-Bereitschaftsdienstes sind geeignet, die Lage des Heimträgers in mehrfacher Hinsicht zu verbessern. Zum einen zeigt dies ein Blick auf den „marktüblichen“ Wert und die potenzielle Erstattung dieser Leistungen durch die Krankenkassen. Der „marktübliche“ Wert für das Verblistern liegt bei etwa 3,00 bis 4,00 € pro Patient pro Woche. Für das erstmalige Erstellen eines Medikationsplans mit Rezeptmanagement wird berichtet, dass projektbezogen 70,00 € pro Quartal pro Patient sowie weitere 15,00 € pro folgendem Quartal durch die Krankenkassen erstattet werden können. Dass der Heimträger einen tatsächlichen oder rechtlichen Anspruch auf die unentgeltliche Erbringung solcher Leistungen hat, ist nicht

ersichtlich. Zum anderen verringert die Übernahme der an sich von den Pflegeheimen zu leistenden Arbeiten (insbesondere Portionierung der Medikationen, Bestandsüberwachung, Rezeptmanagement) den Personalaufwand bei den Pflegeheimen in Höhe von einem Mitarbeiter pro 125 Pflegebedürftigen pro Jahr. Dies wurde durch die Studie „Arzneimittelversorgung in stationären Pflegeeinrichtungen im Rahmen der Dauermedikation – Optionen, Nutzen, Potentiale“ der IfH Institut für Handelsforschung GmbH vom Februar 2011 nachgewiesen.

Da davon auszugehen ist, dass der Geschäftsführer oder etwa der zuständige Sachbearbeiter bei dem Abschluss von Heimversorgungsverträgen im Auftrag des Heimträgers handelt, kommt der Vorteil nicht dem Unterzeichnenden, sondern dem Heimträger zu. Solche „**Dritt Vorteile**“ sind ausdrücklich in den Tatbestand des § 299b StGB einbezogen. Nach überwiegender Ansicht kommt dabei auch der Betrieb (hier also der Heimträger), der den Angestellten beschäftigt, als Dritter in Betracht,

vgl. Momsen/Laudien, a. a. O., § 299 Rn. 15.1 m. w. N.

Damit kann auch der Heimträger als Betrieb, der den zuständigen Sachbearbeiter oder den Geschäftsführer angestellt hat und bei dem es sich um einen Heilberufsangehörigen handeln muss, Empfänger des (Dritt)Vorteils sein.

Nichts anderes muss gelten, wenn der Apotheker die patientenindividuelle Verblisterung unter Gestehungskosten anbietet, da in diesem Fall der Vorteil in dem Betrag besteht, der unter den Herstellungskosten liegt.

bb) Tathandlung

Stellt der Apotheker dem für den Heimträger handelnden angestellten Heilberufsangehörigen die Erbringung der Dienstleistungen unentgeltlich oder unter den Gestehungskosten in Aussicht, liegt ein **Anbieten** vor. Macht der Apotheker gleich eine feste Zusage, ist ein **Versprechen** gegeben. Ist der Vertrag schließlich geschlossen und erbringt der Apotheker die Dienstleistungen ohne Vergütung oder unter Gestehungskosten, **gewährt** er den Vorteil.

d) Unrechtsvereinbarung

- aa) Das bloße Anbieten, Versprechen oder Gewähren eines Vorteils reicht zur Tatbestandsverwirklichung allerdings nicht aus. Der Vorteil muss vielmehr eine Gegenleistung für eine zumindest intendierte unlautere Bevorzugung sein. Es wird damit eine inhaltliche Verknüpfung von Vorteil und Gegenleistung vorausgesetzt,

vgl. BT-Drucks. 18/6446, S. 18.

Bei der Beurteilung des Vorliegens einer Unrechtsvereinbarung zwischen dem Vorteilsgeber und dem Vorteilsnehmer sind insbesondere die Beziehung des Vorteilsgebers zum Vorteilsnehmer, die Höhe des Vorteils, Transparenz bzw. Intransparenz von Vereinbarungen, das Vorliegen einer plausiblen Alternativ-Erklärung, die nicht auf eine Kopplung gerichtet ist, sowie die Einhaltung vorgeschriebener Verfahren von Bedeutung,

vgl. Dann/Scholz, „Der Teufel steckt im Detail – Das neue Anti-Korruptionsgesetz für das Gesundheitswesen“, NJW 2016, 2077 unter Verweis auf BGH, NStZ 2008, 216; BGHSt 47, 295 = NJW 2002, 2801; BGH, wistra 2011, 391 (393) = BeckRS 2011, 19181.

Die Unrechtsvereinbarung zeichnet sich demnach durch eine Koppelung bzw. inhaltliche Verknüpfung von Vorteil und unlauterer Bevorzugung aus.

- bb) Die Dienstleistungen Verblistern mit den Zusatzleistungen werden durch den Apotheker gegenüber dem Heimträger als „Drittbevorzugten“ bei den geschilderten Sachverhaltskonstellationen nicht oder unterhalb der Gesteuerungskosten abgerechnet. Das Entgelt (hier „Null“ oder unter den Herstellkosten) entspricht also mit Blick auf den „Marktwert“ dieser Dienstleistungen nicht dem Wert der erbrachten heilberuflichen Leistung und ist nicht in wirtschaftlich angemessener Höhe nachvollziehbar festgelegt worden. Es könnte zudem auch ein „Scheinentgelt“ vorliegen, das angenommen wird, wenn ein Preis die Selbstkosten des Anbieters nicht deckt,

vgl. OLG Nürnberg, WRP 2009, 106 = BeckRS 2009, 09361.

Diese Umstände sind Anhaltspunkte dafür, dass der Vorteil durch den Apotheker gerade im Gegenzug dafür gewährt wird, dass er für den Abschluss des Heimversorgungsvertrages ausgewählt wird. Der Apotheker wird damit unmittelbar gegenüber seinen Wettbewerbern, den anderen Apothekern, besser gestellt. Dadurch wird der Wettbewerb im Bereich der patientenindividuellen Verblisterung unlauter beeinflusst, da andere Apotheker den entsprechenden Auftrag durch den Heimträger nicht erhalten. Die Bevorzugung ist geeignet, die anderen Apotheker als Interessenten für den Abschluss eines Heimversorgungsvertrages mit den betr. Heimen zu benachteiligen und den Wettbewerb zu verzerren, so dass von einer Unlauterkeit ausgegangen werden kann,

vgl. zur Unlauterkeit der Bevorzugung Fischer, StGB, 63. Aufl., § 299 Rn. 16.

- cc) Ein Vorteil ist dann nicht als unlauter anzusehen, wenn er sozialadäquat oder branchenüblich ist oder wenn er nicht geeignet ist, die Entscheidung des „Vorteilsnehmers“ zu beeinflussen. Gegen die Unlauterkeit könnte vorliegend eingewandt werden, dass es sich bei dem Bezug der Arzneimittel und der Verblisterung um ein „Gesamtpaket“ handelt, bei dem der Apotheker letztlich nur im Rahmen einer Gesamtkalkulation einen Rabatt gegenüber dem Heimträger einräumt.
- (a) Zunächst ist insoweit zu berücksichtigen, dass die nunmehr im Rahmen des Kabinettsentwurfs zum Arzneimittelversorgungsstärkungsgesetz vorgeschlagenen Änderungen der Arzneimittelpreisverordnung (AMPreisV) klarstellen sollen, dass die AMPreisV nur dann keine Anwendung findet, wenn die Abgabe von aus Fertigarzneimitteln entnommener Teilmengen aufgrund ärztlicher Verordnung erfolgt,

vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Arzneimittelversorgung in der GKV (GKV-Arzneimittelversorgungsstärkungsgesetz – AMVSG), S. 45.

Es ist vorgesehen, in § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 AMPreisV nach dem Wort „Fertigarzneimitteln“ die Wörter „aufgrund ärztlicher Verordnung“ einzufügen.

Hintergrund für die Änderung ist, dass bei der Abgabe von aus Fertigarzneimitteln entnommenen Teilmengen die Preisspannen und Preise der Apotheken nach der AMPPreisV nicht gelten. Diese kommen selbst dann nicht zur Anwendung, wenn Arzneimittel-Blister, die individuell für einen Patienten für einen bestimmten Zeitraum angefertigt werden, ohne eine entsprechende ärztliche Verordnung hergestellt werden (so BGH, Urt. v. 05.03.2015 – Az. I ZR 185/13),

vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Arzneimittelversorgung in der GKV (GKV-Arzneimittelversorgungsstärkungsgesetz – AMVSG), S. 45.

Mit der Klarstellung zur Abrechnung soll das berechnete Interesse der Arzneimittelverbraucher an der Sicherstellung der Versorgung, insbesondere der Personen in Pflegeheimen, berücksichtigt werden,

vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Arzneimittelversorgung in der GKV (GKV-Arzneimittelversorgungsstärkungsgesetz – AMVSG), S. 45.

Damit wird die in einem Urteil des 2. Senats des Oberlandesgerichts Stuttgart aus dem Jahr 2013 vertretene Rechtsauffassung, dass die Preisbindung nach der AMPPreisV auch für verblisterte Arzneimittel gilt,

OLG Stuttgart, Urt. v. 05.09.2013 – Az. 2 U 155/12 zu § 1 Abs. 3 Nr. 7 AMPPreisV, § 78 Abs. 3 AMG.

bestätigt, die durch das Urteil des BGH vom 05.03.2015 – I ZR 185/13 – aufgehoben worden war. Das bedeutet, dass mit dem Inkrafttreten des GKV-Arzneimittelversorgungsstärkungsgesetzes die AMPPreisV auch bei dem patientenindividuellen Verblistern der durch das Heim geordneten Arzneimittel gilt, wenn – wie im Regelfall – die Abgabe von aus Fertigarzneimitteln entnommenen Teilmengen ohne ärztliche Verordnung erfolgt. Bietet der Apotheker die Dienstleistungen unentgeltlich oder unter Gestehungskosten für das Heim an, muss dies als ein (versteckter) Rabatt entgegen den Vorgaben in § 3 Abs. 1 AMPPreisV angesehen werden.

- (b) Darüber hinaus ist anzunehmen, dass ein Verstoß gegen das generelle Zuwendungsverbot des § 7 Abs. 1 HWG vorliegt. Danach ist es unzulässig,

Zuwendungen oder sonstige Werbegaben (zu denen auch Dienstleistungen gehören) anzubieten, anzukündigen oder zu gewähren.

Die Anwendbarkeit des § 7 Abs. 1 HWG ist nicht a priori dadurch ausgeschlossen, dass die Apotheker keine produktbezogene Werbung betreiben, mithin der Anwendungsbereich des HWG nicht eröffnet ist. Tatsächlich bieten die Apotheker die patientenindividuelle Verblisterung von Fertigarzneimitteln dem Heim als Auftragnehmer des Patienten, die zum Zeitpunkt der Erfüllung des Verblisterungsauftrags konkret feststehen. Daher ist der für die Anwendbarkeit des HWG erforderliche Produktbezug gegeben. Zu vergleichbaren Konstellationen ist in der Rechtsprechung richtigerweise die Anwendbarkeit von § 7 Abs. 1 HWG bejaht worden,

vgl. OLG München, Urt. v. 22.03.2007 – 29 U 5300/06, GRUR-RR 2007, 297 – Geld verdienen auf Rezept; LG Leipzig, Urt. v. 28.06.2000 – 06 HK O 42/2000.

Das unentgeltliche Verblistern und die unentgeltliche Erbringung der weiteren Dienstleistungen stellt ebenso wie die Abgabe von patientenindividuell verblisterten Arzneimitteln unter Gestehungskosten eine verbotene Zuwendung bzw. Werbegabe dar. Insoweit kommt auch nicht die Berufung auf die Ausnahme des § 7 Abs. 1 Nr. 3 HWG in Betracht. Diese Leistungen sind keine „handelsübliche Nebenleistung“ i. S. des § 7 Abs. 1 Nr. 3 HWG. Nebenleistungen i. S. des § 7 Abs. 1 Nr. 3 HWG sind Dienstleistungen mit Bezug zur Hauptleistung, z. B. Hol- oder Bringdienste,

vgl. Brixius, in: Bülow/Ring/Artz/Brixius, Heilmittelwerbegesetz, 4. Aufl., § 7 Rn. 100, 101.

Unter solche „handelsüblichen Nebenleistungen“ fällt z. B. auch die Fahrtkostenerstattung. „Handelsübliches Zubehör“ ist grundsätzlich eine bewegliche Sache, die, um überhaupt Werbegabencharakter haben zu können, nicht schon Teil der vertraglichen Hauptleistung sein darf. Gerade mit Blick auf die Patientensicherheit stellt das patientenindividuelle Verblistern einen wesentlichen Teil der vertraglichen Hauptleistung im Rahmen eines Heimversorgungsvertrags dar und kann daher kein „handelsübliches Zubehör“ i. S. d. § 7 Abs. 1 Nr. 3 HWG sein.

Die Verstöße gegen die AMPreisV und das HWG sind weitere deutliche Anhaltspunkte für die Unlauterkeit des Handelns des Apothekers in der in Rede stehenden Fallkonstellation.

Gegen die „Branchenüblichkeit“ spricht auch und gerade, dass es zahlreiche Apotheker gibt, die nur gegen ein marktübliches, über den Gesteungskosten liegendes Entgelt patientenindividuell verblistern.

- (c) Der Unrechtscharakter der kostenlosen Abgabe von patientenindividuell verblisterten Fertigarzneimitteln ergibt sich zudem aus den Berufsordnungen der Apothekenkammern in Deutschland. So bestimmt etwa § 19 Nr. 3 der Berufsordnung der Landesapothekenkammer Baden-Württemberg als Beispiel für unzulässige Wettbewerbshandlungen das „Anbieten oder Gewähren von Geschenken oder sonstiger Vorteile (...) bei Abgabe von Arzneimitteln oder zu einem späteren Zeitpunkt, das geeignet ist, die freie Wahl der Apotheke zu beeinflussen, einzuschränken oder zu beseitigen“. In § 19 Nr. 6 dieser Berufsordnung wird expressis verbis „die kostenlose Abgabe und kostenloses Verblistern oder Stellen von Arzneimitteln“ als Fall einer unzulässigen Wettbewerbshandlung genannt. Nach § 20 der Berufsordnung sind Verstöße gegen diese Bestimmungen berufsrechtlich zu verfolgen.

Entsprechende Vorschriften finden sich in den Berufsordnungen der anderen Landesapothekenkammern (z. B. § 11 Nr. 5 und Berufsordnung der Landesapothekenkammer Hessen, § 19 Nr. 3, 5 und 6 Berufsordnung für Apothekerinnen und Apotheker Bayern, § 18 Abs. 2 Nr. 2, 6 und 7 Berufsordnung der Apothekenkammer Nordrhein, § 19 Nr. 3 und 5 Berufsordnung für Apothekerinnen und Apotheker der Apothekenkammer Westfalen-Lippe).

- dd) In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die Preise für die Dienstleistungen des patientenindividuellen Verblisterns samt den Zusatzleistungen regelmäßig nicht in den Heimversorgungsverträgen festgelegt werden. Hier herrscht eine große Intransparenz, was ebenfalls ein Indiz für (bewusst) unlauteres Handeln unter dem Aspekt der Umgehung darstellt.

- ee) Werden die Dienstleistungen durch den Apotheker gegenüber dem Heimträger zunächst in Rechnung gestellt und der Betrag im „Nachgang“ mittels einer Spende wieder an den Heimträger zurückgeführt, muss dies ebenfalls als eine unlautere Vorteilsgewährung eingestuft werden. Zuwendungen für eine in der Vergangenheit liegende Bevorzugung erfüllen den Tatbestand der Bestechung grundsätzlich nicht. Allerdings spricht die nachträgliche „Spende“ des Apothekers dafür, dass diese gewährt wird, weil der Heimträger den betreffenden Apotheker ausgewählt hat und die Unrechtsvereinbarung in diesem Fall bereits vorausgegangen ist. Hieran ändert sich auch deshalb nichts, weil die Spende durch den Apotheker als Privatperson erfolgt. Apotheken sind regelmäßig inhabergeführt, so dass letztlich der Apotheker als Inhaber des Geschäfts und die Privatperson identisch sind. Bei einer Apotheke, die von mehreren betrieben wird, darf dies nur in Form der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) oder der offenen Handelsgesellschaft (OHG) geschehen (§ 8 ApoG). Auch hier handelt es sich also um Personengesellschaften.

Eine nachträgliche Rückvergütung der zunächst berechneten Dienstleistungen in Form einer Spende spricht im Übrigen dafür, dass dem Apotheker bewusst ist, dass er gegen Verbotsvorschriften verstößt. Dies ist im Rahmen des subjektiven Tatbestands im Hinblick auf ein vorsätzliches Handeln des Apothekers von Relevanz.

- ff) Schließlich ist für die Frage der Sozialadäquanz zu berücksichtigen, dass die beim Heim ersparten Aufwendungen nicht etwa an Dritte weitergegeben werden. Weder ermäßigt sich dadurch das von den Heimbewohnern zu entrichtende (Heim-)Entgelt noch werden dadurch staatliche Unterstützungsleistungen durch die hierfür zuständigen Träger geringer.
- gg) Als **Zwischenergebnis** ist festzuhalten, dass hinreichende Anhaltspunkte in der vorausgesetzten Konstellation eines Anbietens, Versprechens oder Gewährens eines Vorteils durch den Apotheker für den durch einen Heilberufsangehörigen handelnden Heimträger dafür vorliegen, dass die Gewährung des Vorteils und die unlautere Bevorzugung inhaltlich verknüpft sind. Hierfür sprechen insbesondere die Intransparenz bei der Ausgestaltung der Heimversorgungsverträge, das Fehlen einer plausiblen Alternativ-Erklärung für die Unentgeltlichkeit des patientenindividuellen Verblisterns samt Zu-

satzleistungen bzw. die Erbringung dieser Leistungen unterhalb der Gesteungskosten sowie die Verstöße gegen die Arzneimittelpreisvorschriften und das Heilmittelwerberecht. Das Nichtberechnen der Verblisterung und der weiteren Dienstleistungen oder die Berechnung unterhalb der Gesteungskosten müssen als verdeckte Zuwendung angesehen werden, die wiederum auf eine unlautere Bevorzugung des Apothekers im Wettbewerb abzielt.

e) Bevorzugung bei dem Bezug von Arzneimitteln

Für die in Betracht kommende Tatbestandsalternative des § 299b Nr. 2 StGB muss die Bevorzugung bei dem Bezug von Arzneimitteln, die jeweils zur unmittelbaren Anwendung durch den Heilberufsangehörigen oder einen seiner Berufshelfer bestimmt sind, erfolgen.

Da der Heimträger die Arzneimittel über die Apotheke bezieht, liegt ein Bezug von Arzneimitteln vor. Die Arzneimittel werden durch das im Heim angestellte Pflegepersonal unmittelbar angewendet, wobei dieses als Berufshelfer eines Heilberufsangehörigen handelt.

f) Zuführung von Patienten

Neben der Tatbestandsalternative des § 299b Nr. 2 StGB ist in der geschilderten Konstellation auch die dritte Alternative des § 299b StGB in dessen Nr. 3 erfüllt, denn mit dem Heimversorgungsvertrag werden dem Apotheker Patienten des Heims, mit dem er den Versorgungsvertrag abschließt, zugeführt.

g) Im Zusammenhang mit der Berufsausübung

Der Vorteil für den Heilberufsangehörigen oder einen Dritten muss „im Zusammenhang mit dessen Berufsausübung“ angeboten, versprochen oder gewährt werden. Die Formulierung „im Zusammenhang mit dessen Berufsausübung“ kann dahingehend verstanden werden, dass der Heilberufsangehörige den Vorteil im Zusammenhang mit der aktiven Ausübung seines Heilberufs, z. B. als praktizierender Arzt oder Apotheker, entgegennehmen muss. Hierzu liegen in Anbetracht des erst seit fünf Monaten erfolgten Inkrafttretens des § 299b StGB noch keine verwertbaren Äußerungen in der Rechtsprechung und Literatur vor.

Die vorgehend aufgezeigte Auslegung würde den Kreis der Normadressaten einschränken auf die „aktiv praktizierenden“ Heilberufsangehörigen. Dann wäre jedoch der in § 299b i. V. m. § 299a StGB enthaltene Hinweis auf die „Berufsbezeichnung“ bei den Normadressaten überflüssig. Vielmehr sollen nur rein private Handlungen des Heilberufsträgers ausgeschlossen werden,

vgl. BT-Drucks. 18/6446, S. 20 zum spiegelbildlichen § 299a StGB.

Daher spricht viel dafür, dass das Tatbestandsmerkmal „im Zusammenhang mit der Berufsausübung“ dahingehend zu verstehen ist, dass der „Vorteil“ gerade für eine Gegenleistung, die der Heilberufsangehörige im Rahmen seines Aufgabengebietes erbringt, gewährt wird. Der Zusammenhang zu dem Verantwortungs- und Aufgabenbereich des Vertragspartners bzw. desjenigen zuständigen Sachbearbeiters des Heims, der den Auftrag zur Heimversorgung vergibt, kann somit bejaht werden.

II.

Strafbarkeit des Apothekers durch Bestechung des Heimträgers gem. § 299 Abs. 2 Nr. 1 StGB (Bestechung im geschäftlichen Verkehr)

Für die eingangs geschilderte unentgeltliche Tätigkeit von Apothekern kommt auch der Verdacht einer Strafbarkeit gem. § 299 Abs. 2 Nr. 1 StGB in Betracht. In dem Anbieten, Versprechen oder Gewähren der unentgeltlichen Dienstleistung des Verblisterns samt Zusatzleistungen bzw. Erbringung unterhalb der Gestehungskosten durch den Apotheker gegenüber dem Heimträger kann ein strafrechtlich relevantes Verhalten des Apothekers wegen Bestechung im geschäftlichen Verkehr gesehen werden.

1. Wortlaut und Schutzzweck

a) Wortlaut

Nach § 299 Abs. 2 Nr. 1 StGB ist strafbar, wer

„im geschäftlichen Verkehr einem Angestellten oder Beauftragten eines Unternehmens

1. einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er bei dem Bezug von Waren

oder Dienstleistungen ihn oder einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge.“

b) Schutzzweck

§ 299 StGB (Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr) dient dem Schutz des freien, lauteren Wettbewerbs sowie den Vermögensinteressen von Mitbewerbern. Gem. § 299 Abs. 2 Nr. 1 StGB ist das vorsätzliche Anbieten, Versprechen oder Gewähren eines Vorteils gegenüber einem Angestellten oder Beauftragten eines Unternehmens für den bevorzugten Bezug von Dienstleistungen oder Waren pönalisiert. Nach dem Schutzzweck der Norm müssen die Mitbewerber sowohl in ihrer Chancengleichheit als auch in ihren Vermögensinteressen geschützt werden. Zudem ist davon auszugehen, dass das öffentliche – und damit überindividuelle – Interesse an der Verhinderung von Auswüchsen im Wettbewerb und die Allgemeinheit vor sachwidriger Verteuerung geschützt werden sollen,

vgl. Schönke/Schröder/Heine/Eisele, StGB, 29. Aufl., § 299 Rn. 2; Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl., § 299 Rn. 1.

2. Tatbestand

a) Täter

Die Bestechung im geschäftlichen Verkehr ist ein „Jedermann-Delikt“. Damit kann ein Apotheker tauglicher Täter dieses Straftatbestands sein.

b) Tathandlung

§ 299 Abs. 2 Nr. 1 StGB erfasst das Anbieten, das Versprechen und das Gewähren eines Vorteils.

Die Unentgeltlichkeit der Dienstleistungen stellt einen Vorteil für einen Dritten, nämlich den Heimträger, dar. Insoweit ist auf die vorstehenden Ausführungen unter Abschnitt C. I. 2. c) aa) zu verweisen.

Stellt der Apotheker das unentgeltliche Verblistern gegenüber dem Heimträger bzw. dem für diesen handelnden Angestellten in Aussicht, **bietet** er den Drittvoorteil für den Heimträger an. Sagt der Apotheker das unentgeltliche Verblistern zu, **verspricht** er einen Vorteil. Ist der Heimversorgungsvertrag zwischen dem Apotheker und dem Heimträger schließlich geschlossen und erbringt der Apotheker das Verblistern unentgeltlich, **gewährt** er den Vorteil. Entsprechendes gilt für das Anbieten, Versprechen oder Gewähren der Leistungen unter den Gestehungskosten.

c) **Vorteilsnehmer**

Bestochen werden können nur Angestellte und Beauftragte, nicht hingegen Privatkunden. Angestellter ist jede natürliche Person, die zumindest im Rahmen eines faktischen Dienstverhältnisses den Weisungen des Geschäftsherrn unterworfen ist. Der zuständige Sachbearbeiter, der bei dem Heimträger im Rahmen eines Dienstverhältnisses tätig wird, ist als Angestellter anzusehen. Werden die Verhandlungen und auch der Abschluss des Vertrages über den Geschäftsführer des Heimträgers selber abgewickelt, sind die entsprechenden Grundsätze auch bei dem Geschäftsführer zu bejahen.

d) **Förderung des Geschäftszwecks**

Das Handeln des Apothekers muss im geschäftlichen Verkehr erfolgen, d. h., dass das Anbieten des unentgeltlichen Verblisterns samt Zusatzleistungen der Förderung des Geschäftszwecks des Apothekers dienen muss. Da der Abschluss eines Heimversorgungsvertrages für den Apotheker Vorteile (s. unter Ziff. A.) mit sich bringt, fördert es seinen Geschäftszweck, die Steigerung des Umsatzerlöses und die personelle Auslastung der Apotheke.

e) **Unrechtsvereinbarung**

Auch der Straftatbestand der Bestechung im geschäftlichen Verkehr verlangt eine Unrechtsvereinbarung. Dies bedeutet, dass der Vorteil (unentgeltliches Verblistern mit Zusatzleistungen) als Gegenleistung für eine künftige unlautere Bevorzugung im Wettbewerb gewährt werden muss.

Kommt es zu dem Abschluss des Heimversorgungsvertrages zwischen dem Apotheker und dem Heimträger, sprechen überwiegende Gesichtspunkte dafür, dass die Bevorzugung unlauter ist, da Mitbewerber des Apothekers eben nicht den angestrebten Heimversorgungsvertrag abschließen können und demnach wirtschaftliche Nachteile hinnehmen müssen.

f) Kein sozialadäquates Verhalten

Auch beim Tatbestand der Bestechung im geschäftlichen Verkehr ist sozialadäquates Verhalten mit der Folge der mangelnden Strafbarkeit zu beachten. Unter sozialadäquaten Verhaltensweisen versteht man die Gewährung solcher Vorteile, die so gering sind, dass sie bei vernünftiger Betrachtungsweise nicht den Eindruck erwecken können, dass die Annahme der Zuwendung zu Verpflichtungen des Nehmers gegenüber dem Geber führt. Dabei führt jedoch die Üblichkeit von „Schmiergeld“ in bestimmten Branchen nicht zur Einstufung der Zuwendung als sozialadäquat,

vgl. Fischer, a. a. O. § 299 Rn. 16a.

Es kann in Anbetracht der Wertigkeit der Verblisterungsleistungen mit Zusatzleistungen des Apothekers nicht angenommen werden, dass die Unentgeltlichkeit dieser Leistungen bzw. deren Erbringung unterhalb der Gestehungskosten als „sozialadäquat“ eingestuft werden kann. Hierfür sprechen insbesondere, dass es sich in der Summe um erhebliche Beträge handelt und das Verblistern eine Hauptleistung im Rahmen der Heimversorgung durch den Apotheker ist, bei der die Patientensicherheit und -gesundheit im Vordergrund steht.

g) Zusammenfassung

Zusammengefasst ist festzuhalten, dass hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass das unentgeltliche Anbieten, Versprechen oder Gewähren der Verblisterungsleistungen samt Zusatzleistungen die Strafbarkeit wegen Bestechung im geschäftlichen Verkehr gem. § 299 Abs. 2 Nr. 1 StGB begründet. Dasselbe gilt für den Fall des Anbietens, Versprechens oder Gewährens dieser Leistungen unterhalb der Gestehungskosten des Apothekers.

3. Besonders schwerer Fall nach § 300 StGB

a) Vorteil großen Ausmaßes

Ein besonders schwerer Fall der Bestechung im geschäftlichen Verkehr und im Gesundheitswesen gem. § 300 StGB liegt dann vor, wenn sich die Tat auf einen Vorteil großen Ausmaßes bezieht (§ 300 S. 2 Nr. 1 StGB). Hier wird die Grenze teilweise bereits bei einem Betrag in Höhe von 10.000,00 € für einen Vorteil großen Ausmaßes angenommen. Teilweise wird in der strafrechtlichen Literatur aber auch auf Beträge in einer Größenordnung von 40.000,00 € bis 50.000,00 € für den erlangten Vorteil des Täters abgestellt,

vgl. Momsen/Laudien, a. a. O., § 299b Rn. 2; § 300 Rn. 2.

b) Gewerbsmäßige oder bandenmäßige Begehung

Darüber hinaus kommt als Tatbestandsalternative eine gewerbs- oder bandenmäßige Begehung gem. § 300 S. 2 Nr. 2 StGB in Betracht.

aa) Gewerbsmäßige Begehung

Eine gewerbsmäßige Begehung i. S. der ersten Alt. des § 300 S. 2 Nr. 2 StGB ist gegeben, wenn der Täter in der Absicht handelt, sich durch wiederholte Taten eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von einigem Umfang zu sichern. Unter diesen Voraussetzungen ist schon die erste Tat gewerbsmäßig,

vgl. Momsen/Laudien, a. a. O., § 300 Rn. 4.

Betrachtet man die Laufzeit der Heimversorgungsverträge über ein oder gar mehrere Jahre, so kommt das Tatbestandsmerkmal der Gewerbsmäßigkeit in Betracht, da der Apotheker beabsichtigt, sich die zusätzlichen Umsatzerlöse und Vorteile durch die Heimversorgung nicht nur vorübergehend und von einigem Umfang zu sichern. Dass ein Apotheker nur in der Absicht handelt, lediglich für ein einziges Heim einen Heimversorgungsvertrag mit den in Rede stehenden Leistungen abzuschließen, dürfte lebensfremd sein.

bb) Bandenmäßige Begehung

Von einer bandenmäßigen Begehung ist auszugehen, wenn sich zumindest drei Personen zusammengeschlossen haben, um fortgesetzt die Taten des § 299b oder § 299 StGB zu begehen,

vgl. Momsen/Laudien, a. a. O., § 300 Rn. 4.

Handeln etwa beim Abschluss des Heimversorgungsvertrags zwei Personen auf Seiten des Heims, wäre dieser strafscharfende Tatbestand sowohl durch den Apotheker als auch die Vertreter des Heims erfüllt, wenn der Vorsatz darauf gerichtet ist, durch den Abschluss auch von künftigen Folgeverträgen mit dem Apotheker dessen Verblisterungsleistungen samt Nebenleistungen unentgeltlich zu erhalten.

Aufgrund der Vorverlagerung der Vollendung verwirklicht schon der Versuch einer Vereinbarung das Regelbeispiel, wenn eine Bandenabrede vorliegt,

vgl. Fischer, a. a. O., § 300 Rn. 6; Momsen/Laudien, a. a. O., § 300 Rn. 4.

c) Strafmaß

Nach § 300 S. 1 StGB wird in besonders schweren Fällen eine Tat nach den §§ 299, 299a und 299b mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

III.

**Strafbarkeit der Angestellten oder Beauftragten des Heimträgers
gem. § 299 Abs. 1 Nr. 1 StGB (Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr)**

1. Wortlaut und Schutzzweck

a) Wortlaut

Nach § 299 Abs. 1 Nr. 1 StGB ist strafbar, wer

„im geschäftlichen Verkehr als Angestellter oder Beauftragter eines Unternehmens

1. einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge.“

b) Schutzzweck

Geschützte Rechtsgüter des § 299 Abs. 1 Nr. 1 StGB sind ebenso wie bei Abs. 2 Nr. 1 der Vorschrift der freie, lautere Wettbewerb und die Vermögensinteressen von Mitbewerbern, wobei die Mitbewerber sowohl in ihrer Chancengleichheit als auch in ihren Vermögensinteressen geschützt sind. Mitgeschützt sind das öffentliche Interesse an Auswüchsen im Wettbewerb sowie der Schutz der Allgemeinheit vor Verteuerung der Waren,

vgl. Schönke/Schröder/Heine/Eisele, a. a. O., § 299 Rn. 2; Momsen/Laudien, a. a. O., § 299 Rn. 4 ff.

2. Tatbestand

a) Täter

Die Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr ist ein Sonderdelikt, das nur von Angestellten oder Beauftragten eines Unternehmens begangen werden kann. Damit kommen die Angestellten oder Beauftragten des Heims als mögliche Täter in Betracht.

b) Tathandlung

§ 299 Abs. 1 Nr. 1 StGB pönalisiert das Fordern, Sich-Versprechen-Lassen oder Annehmen eines Vorteils.

Die Unentgeltlichkeit oder Erbringung der Leistungen unter Gestehungskosten stellt einen Vorteil für einen Dritten, das Heim, dar. Insoweit kann auf die Ausführungen unter Abschnitt C. I. 2. c) aa) verwiesen werden.

Verlangt der für das Heim handelnde Angestellte oder Beauftragte das unentgeltliche Verblistern samt Nebenleistungen oder die Erbringung dieser Leistungen unter Gestehungskosten **fordert** er einen Dritt Vorteil für den Heimträger. Sagt der Apotheker die unentgeltliche oder nicht kostendeckende Erbringung der Leistungen zu, um einen Heimversorgungsvertrag abschließen zu können, **lassen sich** der Angestellte oder Beauftragte des Heims den Vorteil **versprechen**. Kommt es zum Abschluss des Heimversorgungsvertrages unter diesen Bedingungen, **nehmen** der Angestellte oder Beauftragte des Heims einen Vorteil für dieses **an**.

c) Vorteilsnehmer

Vorteilsempfänger müssen Angestellte oder Beauftragte des Unternehmens sein, wobei in der Praxis ganz überwiegend Angestellte des Heims Heimversorgungsverträge aushandeln dürften. Dass der Vorteil letztlich dem Heim zugutekommt, ist unschädlich für die Strafbarkeit, da als Drittbevorteilter i. S. der Vorschrift auch der Betrieb in Betracht kommt, der den Angestellten beschäftigt,

vgl. Momsen/Laudien, a. a. O., § 299 Rn. 15.1 und 16 m. w. N.

d) Förderung des Geschäftszwecks

Das Handeln des Angestellten oder Beauftragten des Heims erfolgt im geschäftlichen Verkehr, da das unentgeltliche Verblistern samt Nebenleistungen sowie die Erbringung der Leistungen unter Gestehungskosten dem Geschäftszweck des Heims als Drittbevorteiltem dient. Dieser erspart sich Aufwendungen, welche er jedoch weder an die Heimbewohner noch an die Träger der sozialen Sicherungssysteme, insbesondere die GKV weitergibt.

e) Unrechtsvereinbarung

Für die Erfüllung des Tatbestandes des § 299 Abs. 1 Nr. 1 StGB ist gleichfalls das Vorliegen einer Unrechtsvereinbarung erforderlich. Der Vorteil muss Gegenleistung für eine künftige unlautere Bevorzugung beim Bezug von Waren (der AMPPreisV unterfallende Fertigarzneimittel) oder Dienstleistungen (patientenindividuelle Verblisterung) im Wettbewerb sein. Der Vorteil liegt, wie dargelegt, in dem Bezug von patientenindividuell verblisterten verschreibungspflichtigen Arzneimitteln für die Patienten des Heims, ohne dass für die Verblisterungsleistung ein Entgelt bezahlt wird oder nur ein unter den Gestehungskosten liegendes Entgelt entrichtet werden muss. Die Gegenleistung besteht in der Vergabe des Heimversorgungsvertrages an den diese Leistungen erbringenden Apotheker, welcher sich dadurch einen Wettbewerbsvorteil gegenüber den Apothekern verschafft, die die fraglichen Leistungen unter Einhaltung der für sie geltenden berufsrechtlichen Vorschriften, der Vorgaben des HWG und der künftigen Anforderungen nach § 3 AMPPreisV, mithin der für diese geltenden gesetzlichen und berufsrechtlichen Vorschriften erbringen. Das Unrecht der Vereinbarung eines Heimversorgungsvertrages unter den in Rede stehenden Konditionen ergibt sich daraus, dass der Angestellte oder Beauftragte des Heims für diesen einen Vorteil verlangt, der auf Seiten des Apothekers eine rechtswidrige und berufsrechtlich unzulässige Handlungsweise bedeutet.

Hinsichtlich der fehlenden Sozialadäquanz von Leistung und Gegenleistung kann auf die Ausführungen zu Abschnitt C. I. 2. d) cc) und C. II. 2. f) verwiesen werden.

Werden die Dienstleistungen durch den Apotheker dem Heim zunächst in Rechnung gestellt und der entsprechende Betrag „im Nachgang“ mittels einer Spende wieder an den Heimträger zurückgeführt, muss dies ebenfalls als eine unlautere Vorteilsforderung qualifiziert werden. Auf die Ausführungen zu Abschnitt C. I. 2. d) ee) kann verwiesen werden.

f) Bevorzugung bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen

Die Bevorzugung bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen liegt darin, dass der Angestellte oder Beauftragte des Heims wegen der Unentgeltlichkeit der Verblisterungsleistungen samt Nebenleistungen oder der Erbringung der Leis-

tungen unter Gestehungskosten den - dieses in unlauterer Weise anbietenden - Apotheker zum Abschluss eines Heimversorgungsvertrages auswählt. Hingegen erhalten die Apotheker, die die Leistungen rechtskonform entgeltlich anbieten, keine Gelegenheit zum Abschluss eines Heimversorgungsvertrages.

IV. Zusammenfassung

1. Bietet ein Apotheker das patientenindividuelle Verblistern von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln im Rahmen eines Heimversorgungsvertrags kostenlos oder unter Gestehungskosten gegenüber einem Angehörigen eines Heilberufs i. S. des § 299a StGB, der für das Heim bei den Vertragsverhandlungen zum Abschluss des Heimversorgungsvertrages handelt, an, verspricht oder gewährt er diese, erfüllt er die Tatbestände des § 299b Nr. 2 und 3 StGB.
2. Erfolgt das Anbieten, Versprechen oder Gewähren dieser Leistungen des Apothekers gegenüber einem Angestellten oder Beauftragten des Heims, macht sich der Apotheker nach § 299 Abs. 2 Nr. 1 StGB strafbar.
3. Bei der Begehung dieser Straftaten dürfte es sich häufig um einen schweren Fall nach § 300 S. 2 Nr. 1 StGB handeln, da ein Vorteil großen Ausmaßes erzielt werden kann. Zudem kann ein schwerer Fall in der Form der gewerbs- oder bandenmäßigen Begehung nach § 300 S. 2 Nr. 2 StGB in Betracht kommen. Täter einer bandenmäßigen Begehung können sowohl der Apotheker als auch die Vertreter des Heimes sein, wenn eine fortgesetzte Begehung beabsichtigt ist.
4. Fordert ein Vertreter eines Heimes das patientenindividuelle Verblistern von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln im Rahmen eines Heimversorgungsvertrags kostenlos oder unter Gestehungskosten gegenüber einem Apotheker oder lässt er sich diese Leistungen versprechen oder nimmt er sie an, erfüllt er den Tatbestand des § 299 Abs. 1 Nr. 1 StGB.

Stuttgart, den 29.11.2016

Prof. Dr. J. Wilfried Kügel



Dr. Kirsten Pläßmann

