

Titel:

Bestimmung des Vermögensnachteils bei Weiterverkauf von Paxlovid

Normenketten:

StGB § 266

StPO § 244 Abs. 3

Leitsätze:

Im Rahmen des Untreuetatbestandes in den Paxlovid-Fällen ist bei der Bestimmung des Vermögensnachteils das von der Bundesrepublik Deutschland beschaffte Paxlovid nicht nach kaufmännischen Grundsätzen zu bewerten. Der Nachteil ist mit dem Beschaffungspreis von 665 € pro Therapieeinheit anzusetzen (entgegen LG Berlin I, Urteil vom 3. Dezember 2024 – 536 KLS 2/24). (Rn. 14 – 18)

Werden zweckgebundene öffentliche Mittel verringert, ohne dass der Zweck erreicht wird – hier durch den Weiterverkauf von Paxlovid an Händler und nicht durch Weitergabe an die Bevölkerung im Rahmen der Daseinsvorsorge –, kann darin ein Vermögensnachteil iSv § 266 StGB liegen. (Rn. 18) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Beweisantrag, Untreue, Vermögensnachteil, Paxlovid, Coronavirus, Zweckverfehlung, Preisbildungsmechanismus, Sonderregime

Tenor

Der Antrag des Verteidigers Rechtsanwalt ... vom 24. November 2025, Frau Dr. T zu den im Antrag genannten Tatsachen als Zeugin zu vernehmen, wird abgelehnt.

Gründe

I.

1

Rechtsanwalt ... stellt in das Wissen der Zeugin Dr. T, dass sie als Fachärztin für Innere Medizin, Pneumologie und Infektiologie sowie als Oberärztin u.a. einer Lungenklinik zu den Ergebnissen einer Studie zur Wirksamkeit von Paxlovid aus dem Zeitraum 25. August 2021 bis 25. Juli 2022 ausführen könne. Die einzelnen Beweisbehauptungen gehen zusammengefasst dahin, dass die Wirksamkeit von Paxlovid allenfalls gering sei.

II.

2

Ein Beweisantrag liegt vor, wenn der Antragsteller ernsthaft verlangt, Beweis über eine bestimmt behauptete konkrete Tatsache, die die Schuld- oder Rechtsfolgenfrage betrifft, durch ein bestimmt bezeichnetes Beweismittel zu erheben und dem Antrag zu entnehmen ist, weshalb das bezeichnete Beweismittel die behauptete Tatsache belegen können soll (§ 244 Abs. 3 Satz 1 StPO). Der Beweisantrag nennt zwar kein konkretes Beweisziel (dazu Schmitt/Köhler, StPO, 68. Aufl., § 244 Rn. 20b). Dessen Fehlen nimmt dem Begehren aber nicht seinen Charakter als Beweisantrag.

3

1. ...

4

3. Die unter Beweis gestellten Tatsachen sind für die Schuldfrage ohne Bedeutung (§ 244 Abs. 3 Satz 3 Nr. 2 StPO), sofern gegen die Angeklagte als Apothekerin der Vorwurf einer Untreue (§ 266 StGB) erhoben wird. Das einzige Tatbestandsmerkmal der Untreue, in dessen Rahmen die unter Beweis gestellten Tatsachen diskutiert werden könnten, ist dasjenige des Vermögensnachteils, weil – so möglicherweise der

Gedanke der Verteidigung – die Ergebnisse der Studie geeignet wären, den Wert des anklagegegenständlichen Paxlovids, und damit auch den Nachteil, geringer zu bestimmen.

5

Der Vermögensnachteil muss in seiner Höhe bewertet und beziffert werden (vgl. BVerfG, Beschluss vom 23. Juni 2010 – 2 BvR 2559/08, juris Rn. 113 mwN). Dabei ist er zwar grundsätzlich wirtschaftlich zu bestimmen (vgl. Fischer, StGB, 72. Aufl., § 266 Rn. 110 mit § 263 Rn. 90). Allerdings sind für die Bewertung auch die sozial- und zivilrechtlichen Rahmenbedingungen maßgeblich, denn erst die Anerkennung einer Vermögensposition durch die Rechtsordnung verleiht dieser in einem Rechtsstaat wirtschaftlichen Wert (BVerfG, Beschluss vom 5. Mai 2021 – 2 BvR 2023/20, juris Rn. 18). Der Wert von Waren, die auf einem freien Markt angeboten werden, wird durch Angebot und Nachfrage über den Wettbewerbspreis ermittelt (BGH, Urteil vom 8. Januar 1992 – 2 StR 102/91, juris Rn. 25). Ist der Markt demgegenüber hoheitlich reglementiert, so sind die durch die Regeln determinierten Preise maßgeblich, die entsprechend den Wert einer Ware oder Leistung bestimmen (vgl. LK-StGB/Kubiciel/Tiedemann, 13. Aufl., § 263 Rn. 164 unter Hinweis auf BGHSt 38, 186, 191 f = BGH, Urteil vom 8. Januar 1992 – 2 StR 102/91, juris Rn. 26 ff.).

6

a) Die Kammer teilt nicht die (hier mutmaßlich angenommene, im Beweisantrag aber nicht artikulierte) Prämisse, dass der aktuelle wirtschaftliche Wert eines zugelassenen, nicht zu den Generika zählenden Arzneimittels in der Bundesrepublik Deutschland von den – möglicherweise als unbefriedigend empfundenen – Ergebnissen einer Wirksamkeitsstudie abhängen könnte. Denn die Prämisse verkennt den maßgeblichen Preisbildungsmechanismus für verschreibungspflichtige Arzneimittel mit neuen Wirkstoffen auf dem deutschen Gesundheitsmarkt.

7

aa) Verschreibungspflichtige Arzneimittel sind nicht frei handelbar in dem Sinne, dass eine Apotheke beim Großhändler oder ein Endkunde bei der Apotheke den Preis für ein bestimmtes Arzneimittel einfach frei verhandeln könnte. Das Pharmaunternehmen kann vielmehr den Verkaufspreis für sein neu eingeführtes Arzneimittel zunächst frei bestimmen (vgl. nur Kügel/Müller/Hofmann/Hofmann, AMG, 3. Aufl., § 78 Rn. 154). Apotheken und der Großhandel erheben auf ihre Einkaufspreise Zuschläge, die in der Arzneimittelpreisverordnung (AMPreisV) geregelt sind. Grundlage für die Zuschläge ist der einheitliche Abgabepreis (vgl. § 78 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 1 AMG) des Herstellers. Der Großhandel erhält hierauf Zuschläge im Rahmen des § 2 AMPreisV, die Apotheken im Rahmen des § 3 AMPreisV. Bei neuen Originalpräparaten erfolgt, soll das Arzneimittel zulasten der Krankenkassen abgegeben werden, durch den Gemeinsamen Bundesausschuss (G-BA) eine Nutzenbewertung nach § 35a SGB V. Trifft der G-BA einen Beschluss über die Nutzenbewertung (§ 35a Abs. 3 SGB V), wird auf dieser Grundlage zwischen dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen und den pharmazeutischen Unternehmern der Erstattungsbetrag vereinbart (§ 130b Abs. 1 und 3 SGB V). Der vereinbarte Erstattungsbetrag gilt dann ab dem siebten Monat nach dem erstmaligen Inverkehrbringen des neuen Arzneimittels (§ 130b Abs. 3a SGB V). Im Ergebnis führt das dazu, dass ein bestimmtes verschreibungspflichtiges Arzneimittel in jeder Apotheke den gleichen Preis kostet und – auf der vorgeschalteten Handelsstufe – jeder Apotheker, vorbehaltlich etwaiger mit dem Großhändler vereinbarter Mengenrabatte (die der Zeuge K. erwähnte), den gleichen Preis an seinen Großhändler bezahlt. Abschläge und Rabatte zugunsten der Krankenkassen gem. §§ 130, 130a oder ggf. gem. § 130c SGB V stellen die Kassen je nach Fall ggf. von einem Teil der Kosten frei, was aber das System der Preisfindung insgesamt nicht infrage stellt. Das Arzneimittelpreisrecht des AMG und der AMPreisV wird also in der Praxis durch das Preisrecht der gesetzlichen Krankenversicherung überlagert. Dieses in seiner Gesamtheit hochgradig durch gesetzliche und vertragliche Regelwerke determinierte Preis(findungs) recht ist nicht darauf angelegt, rasch und elastisch auf neue tatsächliche Gegebenheiten zu reagieren. Eine Reaktion setzt vielmehr neue Verhandlungen der Akteure (GKV-Spitzenverband, Pharmahersteller, einzelne Kassen und deren Verbände) voraus, deren Ergebnis erst die bis dahin geltenden Regelungen modifizieren kann.

8

Mit Wirkung vom 15. Dezember 2022 hat der G-BA einen Beschluss gefasst, in dem das Arzneimittel Paxlovid in die Anlage XII der Arzneimittel-Richtlinie aufgenommen und dem Präparat ein Zusatznutzen i.S.d. § 35a SGB V bescheinigt wurde. Dieser Zusatznutzen wurde für folgende Patientengruppe definiert (vgl. Bundesanzeiger, BAnz AT 03.02.2023 B4, unter Nr. 2):

9

Erwachsene mit COVID-19, die keine zusätzliche Sauerstoffzufuhr benötigen und ein erhöhtes Risiko haben, einen schweren COVID-19-Verlauf zu entwickeln.

10

Zugleich wurden dort von Pfizer die Therapiekosten pro Patient mit 1.084,39 € beziffert (vgl. Bundesanzeiger, BAnz AT 03.02.2023 B4, unter Nr. 4). Paxlovid wurde spätestens in der 8. Kalenderwoche 2022 im Verkehr gebracht. Seit der Überführung des Arzneimittels in die Regelversorgung am 15. Januar 2024 wird es für 1.149,19 € (Apothekenverkaufspreis) pro Therapieeinheit vertrieben. Das ist der Preis, der auch heute noch in den Apotheken verlangt wird. Damit hat auch nach der mutmaßlichen Tatzeit eine Neubewertung des Paxlovid – im Sinne einer Verbilligung – innerhalb des Regelungsrahmens des deutschen Gesundheitssystems nicht stattgefunden.

11

bb) Der damit implementierte reguläre Preisbildungsmechanismus, der an sich in der mutmaßlichen Tatzeit eingegriffen hätte, wurde vorliegend dadurch überspielt, dass die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das Bundesministerium für Gesundheit (BMG), auf der Grundlage von § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 a/b IfSG, § 2 Medizinischer Bedarf Versorgungssicherstellungsverordnung (MedBVSV) für die Verteilung von Paxlovid für eine gewisse Dauer – auch für den mutmaßlichen Tatzeitraum – ein Sonderregime implementierte (vgl. die Allgemeinverfügungen im Bundesanzeiger, BAnz AT 17.11.2022 B4 und BAnz AT 18.01.2023 B5). Danach hat das BMG, wie seinem Schreiben vom 2. Oktober 2023 und der Aussage der Zeugin E entnommen werden kann, eine Million Therapieeinheiten Paxlovid beschafft, für 665 € pro Einheit, die es, vermittelt durch Großhändler und Apotheken, nach Maßgabe der zitierten Allgemeinverfügungen an die inländische Bevölkerung verteilen wollte.

12

Dieses Sonderregime führte aber nicht dazu, dass damit hinsichtlich des Preises des Paxlovids das freie Walten der Marktkräfte entfesselt und die Möglichkeit der Bildung eines Wettbewerbspreises geschaffen worden wäre. Handeltreiben war verboten; die Abgabe des Präparats an die Bevölkerung erfolgte gratis (vgl. die zitierten Allgemeinverfügungen). Einen legalen Markt als Ort der Bildung eines Wettbewerbspreises gab es in der mutmaßlichen Tatzeit mithin nicht. Außerhalb des Sonderregimes existierte für verschreibungspflichtige Arzneimittel vielmehr allein der unter 3.a.aa umrissene, durchgeregelte Gesundheitsmarkt, und nicht etwa ein legaler „freier Markt“, in dem der Preis – und damit die Bewertung – ohne Bindung an die Regeln des ersteren hätte gebildet werden können.

13

cc) Auf dem durch vertragliche und öffentlichrechtliche Vorgaben determinierten Feld war nach alldem für eine zeitnahe abweichende Bewertung des Paxlovid wegen externer Faktoren, wie etwa den Ergebnissen einer Studie, kein Raum. Eine solche fand auch tatsächlich nicht statt, wie die seit Anfang 2024 geltende Preisfestsetzung für Paxlovid zeigt.

14

Das Bilanzrecht des Kaufmannes, namentlich die dortigen Bewertungsvorschriften (§§ 252 ff. HGB), die eine Änderung tatsächlicher Gegebenheiten ggf. durch Abwertung von Bilanzpositionen (§ 253 HGB) auffangen könnten, ist mithin nicht heranzuziehen (im Ergebnis anders ohne nähere Begründung das LG Berlin I in einem vergleichbaren Fall, vgl. Urteil vom 3. Dezember 2024 – 536 KLS 2/24, juris Rn. 167 mit 83), weil es die maßgeblichen regulatorischen Mechanismen zur Bepreisung und damit zur Bewertung eines Arzneimittels verfehlt. Anderes kann allenfalls gelten, wenn ein Arzneimittel vernichtet würde – dann wäre es bewertungstechnisch auf null zu setzen, wobei dieses Ergebnis auch ohne die Vorschriften des 3. Buchs des HGB darstellbar wäre. Solange Arzneimittel aber nicht abgelaufen sind, geben diese Vorschriften keine belastbare Hilfestellung bei der Erfassung ihres Werts. Nach bisherigem Stand der Beweisaufnahme waren die an die Apotheken der Angeklagten ausgelieferten und umgehend weiter verkauften Paxlovid-Einheiten nicht abgelaufen; die beiden Angeklagten haben, ausweislich ihrer bislang in den Prozess eingeführten Kommunikation das Problem einer möglicherweise nur noch kurzen Resthaltbarkeit des Medikaments gesehen und besprochen.

15

b) Hinzu kommt, dass mit Blick auf die Bundesrepublik Deutschland als mutmaßliche Geschädigte einer Untreue eine bilanzierende Bewertung des Paxlovids nach deren eigenen Vorgaben nicht passt. Zwar

können die Bilanzierungs- und damit auch die Bewertungsgrundsätze des Handelsgesetzbuchs im Rahmen staatlicher Haushalte grundsätzlich entsprechend und ggf. mit Modifikationen angewandt werden (§ 1a Abs. 1, §§ 7a, 49a HGrG; vgl. dazu BT-Drs. 16/12060, S. 10, 20 f.), was praktisch jedoch kaum geschieht (vgl. Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, 29. September 2025, WD 4 – 3000 – 036/25, S. 7 f.). Gegenstände des beweglichen Umlaufvermögens – zu dem man das angeschaffte Paxlovid zählen müsste – werden in den Verwaltungsvorschriften für die Buchführung und die Rechnungslegung über das Vermögen und die Schulden des Bundes grundsätzlich nur nach Menge, nicht aber nach Wert erfasst (vgl. Nr. 3.6.1 VV-ReVuS i.d.F. bis 3. April 2025 (=a.F.) mit Anh. 6 Nr. 4.2). Wenn sie bewertet würden, dann geschähe das nach den Anschaffungskosten (Nr. 3.1 mit Nr. 2.1.5 VV-ReVuS a.F.). Die Standards für die staatliche doppelte Buchführung (Standards staatlicher Doppik) nach § 7a HGrG i.V.m. § 49a HGrG bestimmen in ihrer Nr. 5.2.1 weiter, dass im Rahmen des Umlaufvermögens Vorräte sowohl in der Eröffnungsbilanz als auch in den Folgebilanzen mit den Anschaffungskosten oder dem niedrigeren Wert, der sich aus dem Marktpreis am Abschlussstichtag ergibt, anzusetzen sind. Nachdem es einen legalen Markt für das Paxlovid zur mutmaßlichen Tatzeit nicht gab, und damit auch keinen Marktpreis, bliebe es hier bei den Anschaffungskosten als Wert des Arzneimittels.

16

c) Eine kaufmännischbilanzielle Bewertungsbetrachtung verfehlt – auch wenn sie nach den soeben (3.b) zitierten Vorschriften (Ansatz zu den Anschaffungskosten) zum gleichen Ergebnis führte – unabhängig von dem zu 3.a und b Ausgeführten nach Auffassung der Kammer insgesamt die Besonderheit des Falles. Diese liegt darin, dass die Bundesrepublik die Million Therapieeinheiten Paxlovid nicht erworben hat, um damit einen Vermögenswert zu haben oder mit ihnen gewinnbringend Handel zu treiben, sondern, weil sie in einer weltweiten Notlage für die eigene Bevölkerung Vorsorge treffen und ihr ein wirksames Therapeutikum gegen Covid-19 allein nach Bedarf zur Verfügung stellen wollte. Es sollte alsbald gratis an die Bedürftigen ausgegeben werden. Diese Zwecksetzung der öffentlichen Daseinsvorsorge ergibt sich für die Kammer aus der Strafanzeige des BMG vom 20. Januar 2023, aus dessen weiterem Schreiben vom 2. Oktober 2023, aus den beiden Allgemeinverfügungen vom 11. November 2022 und vom 18. Januar 2023 (dort insbesondere aus den Präambeln und den Regelungen unter den jeweiligen Ziff. 2) und aus der Zwecksetzung der Ermächtigungsgrundlage für die Beschaffung des Paxlovid durch den Bund. § 2 Abs. 1 MedBVSV nimmt – zu dem in § 1 Absatz 1 genannten Zweck – insoweit Bezug auf § 1 Abs. 1 MedBVSV. Dort heißt es:

17

Diese Verordnung dient der Sicherstellung der Versorgung der Bevölkerung mit Produkten des medizinischen Bedarfs während der vom Deutschen Bundestag am 28. März 2020 festgestellten epidemischen Lage von nationaler Tragweite.

18

Was für das BMG also zählte, war die Erreichung dieses Zwecks, wobei von Anfang an klar war, dass die Anschaffungskosten des Paxlovid zuzüglich der Vertriebsumlagen im Bundeshaushalt als Ausgaben ohne pekuniäre Gegenleistung verbucht würden. Das maßgebliche Paradigma ist mithin das der Zweckverfehlung. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, dass im zweckwidrigen Einsatz öffentlicher Mittel ein Nachteil liegen kann, weil zweckgebundene Mittel verringert werden, ohne dass der Zweck erreicht wird (BGH, Urteil vom 4. November 1997 – 1 StR 273/97, juris Rn. 18 [zur Haushaltsuntreue]). Die Kammer hält diese Wertung auf eine Konstellation wie die hiesige grundsätzlich für übertragbar.

19

Käme die Kammer nach Abschluss der Beweisaufnahme zu dem Ergebnis, dass sich die Angeklagte der Untreue schuldig gemacht habe, wäre der Nachteil nach den Grundsätzen der Zweckverfehlung zu bewerten. Die Kammer zöge also den Einkaufspreis von 665 € pro Therapieeinheit heran, weil das der Betrag wäre, den die Bundesrepublik mindestens investiert hätte, um den oben beschriebenen Zweck zu verfolgen, der allerdings verfehlt worden wäre. Die Angeklagte hat den objektiven Geschehensablauf der entgeltlichen Abgabe des Paxlovid an Zwischenhändler eingeräumt, die eingestandenermaßen und durch einige der abgespielten Audiodateien belegt, teilweise aus dem Ausland kamen. Eine Bewertung des Paxlovid nach dem Ergebnis der systematisch vorrangigen Regelungen des öffentlichen Gesundheitsrechts (oben 3.a) schied aus, weil die Bundesrepublik Deutschland nicht den dortigen, sondern mit 665 € pro

Therapieeinheit einen günstigeren Preis vereinbart und bezahlt hat und damit auch keinen darüber hinaus gehenden Vermögensnachteil erlitten haben kann.

20

d) Aus den genannten (weitgehend rechtlich unterlegten) tatsächlichen Gründen will die Kammer – sollte es zu einer Verurteilung wegen Untreue kommen – aus den unter Beweis gestellten Tatsachen, die hier anzusehen sind, als seien sie erwiesen (Schmitt/Köhler, StPO, 68. Aufl., § 244 Rn. 56a mwN), nicht den Schluss ziehen, dass diese sich zugunsten der Angeklagten auf die Bewertung des Vermögensnachteils der Bundesrepublik Deutschland ausgewirkt haben könnten, d.h. dass sie den Wert auf unter 665 € pro Therapieeinheit senken könnten.

21

4. Die unter Beweis gestellten Tatsachen sind schließlich für die Rechtsfolgefrage unerheblich. Käme die Kammer nach vollständig durchgeführter Beweisaufnahme zu dem Ergebnis, dass sich die Angeklagte der Untreue schuldig gemacht hat, wäre die Bewertung des Nachteils, d.h. dessen Höhe, für die Strafzumessung relevant. Das gilt neben dem tatbestandlichen Vermögensnachteil auch für den nach denselben Kriterien zu bemessenden Vermögensverlust großen Ausmaßes im Regelbeispiel nach § 266 Abs. 2 mit § 263 Abs. 3 Nr. 2 StGB. Allerdings wirken sich die unter Beweis gestellten Tatsachen nicht auf die Bewertung des Nachteils bzw. des Vermögensverlustes aus. Insoweit wird auf oben 3 verwiesen ...