
Datum: 05.06.2009
Gericht: Berufsgericht für Heilberufe Köln
Spruchkörper: 35. Kammer des Berufsgerichts für Heilberufe
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 35 K 563/09.T
ECLI: ECLI:DE:BGHK:2009:0605.35K563.09T.00

Tenor:

Es wird festgestellt, dass eine Verletzung der Berufspflichten nicht vorliegt.

Die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen der Beschuldigten fallen der Staatskasse zur Last.

Gründe: 1

I. 2

Die Beschuldigten zu 1) und 2) sind als Fachärzte für Innere Medizin mit dem Schwerpunkt "Hämatologie und Onkologie" niedergelassen und zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassen. 3

Zudem sind die Beschuldigten an der N. B. -GmbH, K. -straße 00, 00000 N1. (im Folgenden: N2.) beteiligt. Insgesamt sind an dieser Gesellschaft 8 Ärzte und 5 Apotheker beteiligt. 4

Nach § 2 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages ist Gegenstand des Unternehmens die Herstellung und der Vertrieb von Arzneimitteln sowie der Handel mit Arzneimitteln. Die N2. verfügt über eine Genehmigung nach § 13 AMG zur Herstellung von Zystostatikazubereitungen. 5

Nach § 3 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages beträgt das Stammkapital der Gesellschaft 1.150.000,00 Euro. Die Beschuldigten zu 1) und 2) halten jeweils Geschäftsanteile in Höhe von 55.000,00 Euro. 6

§ 8 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages sieht vor, dass die Gesellschafterversammlung über die Verwendung des im Jahresabschluss ausgewiesenen Reingewinns beschließt. Sie könne die Einstellung in eine Rücklage oder den Vortrag auf neue Rechnung beschließen. Im Übrigen sei der Gewinn an die Gesellschafter im Verhältnis der Nennbeträge ihrer Geschäftsanteile auszuschütten; eine Ausschüttung abweichend von dem Verhältnis der Nennbeträge der Geschäftsanteile zueinander sei nicht zulässig.

Unter dem 19.06.2007 wandte sich die Rechtsanwältin Frau Dr. Q. in Vertretung eines Inhabers einer Zytostatika herstellenden Apotheke beschwerdeführend an die Antragstellerin und machte geltend, die Beteiligung der Beschuldigten zu 1) und 2) verstoße gegen §§ 31, 34 Abs. 1 der Berufsordnung (BO). Einige der an der N2. beteiligten Onkologen hätten vor Publikum geäußert, dass sie Einkünfte aus der Beteiligung an der Gesellschaft in Höhe von bis zu 140.000,00 Euro im Jahr 2006 bezogen hätten. 8

Die Antragstellerin gab den Beschuldigten darauf unter dem 28.06.2007 Gelegenheit zur Stellungnahme. Die Beschuldigten traten dem Vorwurf eines Verstoßes gegen Berufspflichten unter dem 13.07.2007 und 06.08.2007 entgegen. Dabei beriefen sie sich im Wesentlichen auf Rechtsgutachten der Rechtsanwälte T. und Partner vom 06.02.2004 sowie des Rechtsanwaltes Dr. L. vom 09.02.2005, die sie der Antragstellerin auch zugänglich machten. Ferner teilten sie der Kammer mit, dass sie ihren jetzigen Prozessbevollmächtigten zusätzlich mit der Prüfung beauftragt hätten, ob neuere gesetzliche Bestimmungen der Beteiligung von Ärzten an der N2. entgegenstünden. 9

Unter dem 06.09.2007 teilte die Antragstellerin den Beschuldigten mit, dass nach Aktenlage ein Verstoß gegen das ärztliche Berufsrecht nicht festgestellt werden könne. Gleichzeitig übermittelte die Antragstellerin den Beschuldigten ein Schreiben an Frau Dr. Q. vom gleichen Tage, in dem es ebenfalls hieß, dass man die Beteiligung von onkologisch tätigen Ärzten an der N2. auf mögliche Verstöße gegen das ärztliche Berufsrecht überprüft habe. Nach Aktenlage könne derzeit ein Verstoß gegen das ärztliche Berufsrecht nicht festgestellt werden. Der ermittelte Sachverhalt sei nicht ausreichend, um einen Verstoß gegen die §§ 31, 34 Abs. 1, 5 BO festzustellen. Ein Verstoß gegen die Berufsordnung läge unter anderem vor, wenn eine direkte Empfehlung des Arztes ohne Wahlmöglichkeit der Patienten an die an der Gesellschaft beteiligten Apotheker vorläge. Dies habe man jedoch nicht feststellen können. 10

Unter dem 25.09.2007 nahm Frau Rechtsanwältin Dr. Q. - diesmal auch im Namen des Verbandes der Zytostatika herstellenden Apotheker (VZA) zum Sachverhalt erneut Stellung. Dabei wies sie u. a. darauf hin, dass es in der Praxis üblich sei, das Zytostatika-Rezept nicht an den Patienten auszuhändigen, sondern dies direkt an die kooperierende Apotheke abzugeben, die dann wiederum den anfordernden und applizierenden Onkologen beliefere. 11

In einer Stellungnahme der Beschuldigten hierzu vom 06.11.2007 teilten diese der Antragstellerin mit, dass auch nach dem Gutachten ihres jetzigen Prozessbevollmächtigten die Beteiligung von Ärzten an der N2. grundsätzlich nicht zu beanstanden sei. Der Vorwurf der Missachtung des Patientenwahlrechts sei haltlos. Es treffe zwar zu, dass sie unter Qualitätsgesichtspunkten von der Leistung der liefernden Apotheken, welche sich der N2. als Lohnhersteller bedient hätten, überzeugt seien. Gleichwohl würden sie ihre Patienten darauf hinweisen, dass es ihnen selbstverständlich überlassen bleibe, den Bezug über eine andere Apotheke, als von ihnen vorgeschlagen, sicherzustellen. Der Bezug von einer anderen, ihnen nicht bekannten Apotheke mit einem applikationsfertig zubereiteten Zytostatikum könne den Erfolg der Therapie zum Beispiel dann gefährden, wenn die Zustellung des Arzneimittels innerhalb eines bestimmten Zeitraums nicht gewährleistet sei. Die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit der unmittelbaren Kontaktaufnahme des behandelnden Arztes mit der Apotheke 12

sei für den korrekten Behandlungsablauf äußerst sinnvoll.

Unter dem 12.12.2007 teilte daraufhin die Antragstellerin den Beschuldigten mit, ihre rein gesellschaftsrechtliche Beteiligung stelle grundsätzlich keinen Verstoß gegen das ärztliche Berufsrecht dar. Insofern liege kein im Rahmen der Berufsaufsicht zu beanstandendes berufswidriges Verhalten vor. Nach Aktenlage seien auch tatsächliche konkrete Anhaltspunkte für einen Berufspflichtenverstoß nicht ersichtlich. 13

Unter dem 15.07.2008 teilte die Antragstellerin den Beschuldigten mit, nach nochmaliger juristischer Prüfung, insbesondere auch unter Berücksichtigung neuerer Rechtsprechung, sei die Antragstellerin unter ausdrücklicher Abkehr von ihrer früheren Rechtsauffassung nunmehr zu der Auffassung gelangt, dass die Beteiligung der Beschuldigten an der N2. sowohl gegen § 31 als auch gegen § 34 Abs. 1 BO verstoße. Dies wurde näher ausgeführt, wobei die Antragstellerin sich u. a. auf das Urteil des Oberlandesgerichts (OLG) Stuttgart vom 10.05.2007 14

- 2 U 176/06 - berief, das hier entsprechend gelte. Abschließend hieß es in dem Schreiben, dass die Beschuldigten nunmehr eindringlich aufgefordert würden, ihre Beteiligung an der N2. schnellstmöglich aufzugeben. Für den Fall der Nichtbefolgung behalte man sich ein weiteres berufsrechtliches Vorgehen vor. 15

Nachdem der Prozessbevollmächtigte der Beschuldigten unter dem 29.08.2008 im Hinblick auf einen vereinbarten Gesprächstermin am 24.09.2008 erneut zur Sache Stellung genommen hatte, beschloss der Vorstand der Antragstellerin am 03.09.2008, die Eröffnung eines berufsgerichtlichen Verfahrens zu beantragen. 16

Mit Schriftsätzen vom 18.12.2008, jeweils eingegangen bei Gericht am gleichen Tage, beantragten der Beschuldigte zu 1) (Verfahren 35 K 8193/08.T) und der Beschuldigte zu 2) (Verfahren 35 K 8194/08.T), 17

sie von dem Vorwurf, durch ihre gesellschaftliche Beteiligung an der 18

N. B. GmbH gegen §§ 31, 34 der Berufsordnung verstoßen zu haben, freizusprechen. 19

Mit Schriftsatz vom 27.01.2009, bei Gericht eingegangen am 30.01.2009, hat die Antragstellerin die Eröffnung eines berufsgerichtlichen Verfahrens gegen die Beschuldigten beantragt (Verfahren 35 K 563/09.T). 20

Mit Beschluss vom 19.03.2009 hat das Berufsgerecht die Verfahren 35 K 8193/08.T, 21

35 K 8194/08.T und 35 K 563/09.T verbunden und fortan unter dem Aktenzeichen 22

35 K 563/09.T als einheitliches Verfahren fortgeführt. Gleichzeitig hat es das berufsgerichtliche Verfahren eröffnet und den Beschuldigten zur Last gelegt, 23

ihre Berufspflichten dadurch verletzt zu haben, dass sie die ihnen obliegende Verpflichtung für die Zuweisung von Patientinnen und Patienten oder Untersuchungsmaterial ein Entgelt oder andere Vorteile sich nicht versprechen oder gewähren zu lassen oder selbst zu versprechen oder zu gewähren sowie für die Verordnung von Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln 24

oder Medizinprodukten eine Vergütung außerhalb der Gebührenordnung für Ärztinnen und Ärzte (GOÄ) oder andere Vorteile für sich oder Dritte zu fordern, sich oder Dritten versprechen zu lassen oder anzunehmen 25

als Gesellschafter **seit 14.04.2005** mit einer Stammeinlage in Höhe von jeweils EUR 27 55.000,-- an der N. B. GmbH mit Sitz, K. -straße 00, 00000 N1., beteiligt sind und durch ihr Ordnungsverhalten den Gewinn der Gesellschaft messbar steigern und zugleich ihren eigenen Gewinn erhöhen.

Verstoß gegen §§ 31, 34 Abs. 1 der Berufsordnung für die Nordrheinischen Ärztinnen und Ärzte vom 14.11.1998 in den Fassungen vom 22.11.2003, in Kraft getreten am 03.04.2004, und 17.03.2007, in Kraft getreten am 14.07.2007, in Verbindung mit §§ 29 Abs. 1 Heilberufsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen vom 09.05.2000 (GV NRW Seite 4/SGV NRW 2122).

II. 29

Die Beschuldigten haben sich zu den gegen sie erhobenen Vorwürfen schriftsätzlich und in der mündlichen Verhandlung vom 05.06.2009 im Wesentlichen wie folgt geäußert: 30

Es sei falsch, dass sie ein System der Zusammenarbeit mit den an der medicari beteiligten Apotheken erschlossen hätten, dass ihnen die Möglichkeit eröffnet habe, durch ihr Ordnungsverhalten den Gewinn der N2. messbar zu steigern und damit zugleich ihren eigenen Gewinn zu erhöhen. Wirtschaftliche Vorteile resultierten für sie ausschließlich aus der rechtlich zulässigen Beteiligung an der medicari, ohne dass dies in irgendeiner Weise Auswirkungen auf ihr Ordnungsverhalten gehabt hätte. Weder liege ein Verstoß gegen § 31 BO noch gegen § 34 BO vor. 31

Die Herstellung der Zytostatika durch die N2. als Lohnhersteller biete den Vorteil höherer Qualitätsstandards, als sie bei einer Herstellung in einer Apotheke vorhanden seien. Sie sei zudem kostengünstiger. § 31 und 34 BO seien schon von ihrem Wortlaut her nicht verwirklicht. § 31 BO untersage nur Kopplungsgeschäfte, wo die Höhe der Vergünstigung von der Anzahl der in Auftrag gegebenen Untersuchungen o. ä. abhängig sei. Sie bekämen aber kein Entgelt dafür, dass sie ein Rezept einer Apotheke gäben, die die Zytostatika von der N2. beziehe. Die N2. sei auch nicht auf ein bilaterales Verhältnis ausgelegt, sondern lebe von der Vielzahl der Gesellschafter. Die von ihnen, den Beschuldigten, erhaltenen Vorteile folgten nicht aus einer Zuweisung im Sinne des § 31 BO, sondern nur aus der Kapitalbeteiligung. Ein nach der Berufsordnung missbilligter Vorteil der bei der N2. beteiligten Onkologen bestehe auch nicht deshalb, weil sie wegen § 11 Abs. 2 Apothekengesetz (ApoG) die hergestellten Zytostatika von einer bestimmten Apotheke beziehen könnten und diese Apotheke wiederum die Zytostatikazubereitungen über den Herstellungsbetrieb anfordere. Es sei keinesfalls so, dass zwischen der Verordnung des Arztes und dem wachsenden Gewinnanteil ein unmittelbarer oder gar zwangsläufiger Zusammenhang bestünde. Es sei durchaus denkbar, dass ein Onkologe - aus welchen Gründen auch immer - eine andere Apotheke für die Anfertigung der Rezeptur beauftrage. Ferner könne auch der vom Arzt beauftragte Apotheker - sei er nun Gesellschafter der N2. oder nicht - seine Rezeptur entweder selbst oder bei einem beteiligten Lohnherstellerbetrieb, so auch bei der N2., im Lohnauftrag herstellen. Verantwortlich für das Inverkehrbringen der Zytostatikazubereitungen sei allein der Apotheker. Dem beziehenden Arzt sei noch nicht einmal ohne weiteres erkennbar, ob ein beauftragter Apotheker die Zubereitung selbst hergestellt oder ob er sich eines Lohnherstellers bedient habe. Es gebe auch nicht den geringsten Anhaltspunkt dafür, dass sie die Zuweisung einer Verschreibung an den Apotheker davon abhängig machen würden, dass dieser sodann die Herstellung des Rezepturarzneimittels durch die N2. veranlassen würde. Im Rahmen des § 31 BO sei aber eine rechtliche Kopplung zwischen der Zuwendung 32

und der Leistung notwendig in dem Sinne, dass die Leistung von der Zuwendung abhängig gemacht werden müsse.

Auch gegen § 34 Abs. 1 BO sei nicht verstoßen worden. Es sei anerkannt, dass sich auch Ärzte an einer Kapitalgesellschaft - auch in der Pharmaindustrie - beteiligen dürften. Soweit es allein um die marktgerechte Vergütung der Kapitalbeteiligung gehe, könne die persönliche Unabhängigkeit des Arztes von Dritten nicht ernsthaft in Frage stehen. Insoweit möge sich möglicherweise das Ordnungsverhalten eines Onkologen vorliegend auch auf den später zu berechnenden Gewinn auswirken. Jedoch geschehe dies nicht unmittelbar auf Grund der Verordnung, jedenfalls dann nicht, wenn - wie vorliegend der Fall - die Gewinnverteilungsregelung nach dem Gesellschaftsvertrag keinen Zusammenhang zwischen dem Ordnungsverhalten und der Gewinnbeteiligung herstelle. 33

Schließlich fehle es auch an einem Verschulden. Die Antragstellerin habe die Beteiligung an der N2. selbst noch bis Ende 2007 für rechtmäßig gehalten. Auch nach dem Schreiben der Antragstellerin vom 15.07.2008 hätten sie, die Beschuldigten, sich durch ihren Rechtsbeistand beraten lassen und es habe Gesprächskontakte mit der Antragstellerin gegeben, die letztlich dazu geführt hätten, dass man eine gerichtliche Klärung der Streitfrage für erforderlich gehalten haben. Aus diesem Grunde hätten sie, die Beschuldigten, auch die sogenannten Selbstreinigungsverfahren eingeleitet. Von einer Beendigung der Beteiligung an der N2. habe man mit Rücksicht darauf zunächst abgesehen. 34

III. 35

Auf Grund des Ergebnisses der Hauptverhandlung, in der das Vorbringen der Beschuldigten, soweit es sich auf Tatsachen bezieht, unstreitig geblieben und lediglich in einigen Punkten ergänzend erläutert worden ist, liegt ein - **schuldhafter** - Verstoß gegen § 31, 34 Abs. 1 BO, 29 Abs. 1 HeilBerG nicht vor. 36

Die Ahndung eines berufsrechtlichen Verstoßes nach § 60 HeilBerG setzt nicht nur einen objektiven Pflichtenverstoß voraus, sondern auch ein Verschulden - zumindest in Form der Fahrlässigkeit. Das gilt nicht nur im Hinblick auf das von der Antragstellerin eingeleitete berufsgerichtliche Verfahren, sondern auch im Hinblick auf die von den Beschuldigten eingeleiteten sogenannten Selbstreinigungsverfahren gemäß § 71 Abs. 2 HeilBerG, die auf Grund des Eröffnungs- und Verbindungsbeschlusses vom 19.03.2009 mit Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind. Das folgt daraus, dass das Heilberufsgesetz nur ein einheitliches Verfahren zur Sanktionierung berufsrechtlicher Verstöße kennt, das lediglich von verschiedenen Seiten (vgl. § 71 HeilBerG) eingeleitet werden kann. Eine bloß objektiv-rechtliche Abklärung von Pflichtenverstößen ähnlich einer verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage ist daher im berufsgerichtlichen Verfahren nicht möglich. Eine Tenorierung im Sinne des § 92 Abs. 2 a) HeilBerG kommt somit auch in Betracht, wenn zwar in objektiver Hinsicht gegen berufsrechtliche Vorschriften verstoßen worden ist, aber ein Verschulden nicht vorliegt. 37

So liegt der Fall hier. Die Beteiligung der Beschuldigten zu 1) und 2) an der N2. verstößt zwar gegen §§ 31, 34 Abs. 1 BO, 29 Abs. 1 HeilBerG (1.), auf Grund der Besonderheiten des Falles trifft sie jedoch kein Verschuldensvorwurf (2.). 38

Zur Vermeidung von Missverständnissen wird daher noch einmal darauf hingewiesen, dass der Tenor des vorliegenden Urteils letztlich nur bedeutet, dass den Beschuldigten zu 1) und 2) kein **schuldhafter** Verstoß gegen berufsrechtliche Pflichten zur Last fällt. 39

Was die objektive Pflichtwidrigkeit angeht, so folgt das Gericht der - zwischenzeitlich gewonnen - Rechtsauffassung der Antragstellerin, wonach die Beteiligung der Beschuldigten zu 1) und 2) an der N2. gegen § 31, 34 Abs. 1 BO, 29 Abs. 1 HeilBerG verstößt. 41

§ 31 BO untersagt es u. a. Ärzten, für die Zuweisung von Patienten sich Vorteile gewähren zu lassen. Bei der Formulierung "Zuweisung von Patienten" mag zwar in erster Linie daran gedacht worden sein, dass ein Arzt einen Patienten einem anderen Arzt überweist. Der Wortlaut der Vorschrift beschränkt sich jedoch hierauf nicht. Soweit nach § 34 Abs. 5 BO es Ärzten ausnahmsweise gestattet ist, Patienten an bestimmte Apotheken zu verweisen oder aber gemäß § 11 Abs. 2 ApoG es ihnen gestattet ist, die Rezepte an einer bestimmten Apotheke zu geben und anwendungsfertige Zytostatikazubereitungen unmittelbar von dort in die Praxis zu beziehen, so ist dieser Tatbestand bei einer an Sinn und Zweck der Vorschrift ausgerichteten Auslegung ohne weiteres von der genannten Formulierung mit erfasst. Dies wird auch in einer Zusammenschau mit § 34 Abs. 1 BO deutlich. Danach ist es Ärzten u.a. nicht gestattet, für die Verordnung von Arzneimitteln eine Vergütung außerhalb der GOÄ anzunehmen. Auch diese Vorschrift ist hier einschlägig, weil die Entgegennahme der finanziellen Vorteile der Beschuldigten, die aus der Beteiligung an der N2. fließt, im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Ordnungsverhalten steht. Beiden Vorschriften - sowohl dem § 31 BO als auch dem § 34 Abs. 1 BO - liegt der gleiche Grundgedanke zu Grunde. Die Ärzte sollen für ihre Tätigkeit ausschließlich durch die GOÄ entlohnt werden, nicht aber durch an dem Handel mit den von ihnen verordneten Arzneimitteln mitverdienen. Diese Zielrichtung ist den genannten Vorschriften durch Auslegung hinreichend sicher zu entnehmen, so dass das Berufsgericht im Hinblick auf die Bestimmtheit dieser Vorschriften keine durchgreifenden Bedenken hat. Bei der Auslegung ist auch zu berücksichtigen, dass §§ 31 und 34 BO in dem Abschnitt stehen der mit "Wahrung der ärztlichen Unabhängigkeit bei der Zusammenarbeit mit Dritten" überschrieben ist. Diese Vorschriften bezwecken somit, "den bösen Schein zu vermeiden", der Arzt könne sich bei seinen Zuweisungs-/Ordnungsverhalten u.a. von anderen Motiven - nämlich seinem Gewinnstreben - leiten lassen als von medizinisch indizierten und am Wohl des Patienten orientierten Gründen. Selbst wenn man den Wortlaut der §§ 31 und 34 Abs. 1 BO insoweit für zu eng hielte, wäre zu berücksichtigen, dass diese Vorschriften lediglich Ausformungen der Generalklausel des § 29 Abs. 1 HeilBerG sind. Danach haben die Kammerangehörigen ihren Beruf gewissenhaft auszuüben und dem ihnen im Zusammenhang mit dem Beruf entgegengebrachtem Vertrauen zu entsprechen. Auch aus dieser Vorschrift ist eindeutig ableitbar, dass sich Ärzte im Zusammenhang mit ihrem Zuweisungs-/Ordnungsverhalten keine Vorteile gewähren lassen dürfen. 42

Dabei ist es unerheblich, ob sich die Ärzte im Hinblick auf eine Vorteilsgewährung konkret zu einer pflichtwidrigen, nicht ausschließlich an medizinischen Gesichtspunkten orientierten Entscheidung bestimmen lassen. Dafür hat das Gericht im Hinblick auf die Beschuldigten zu 1) und 2) auch keinerlei Anhaltspunkte - und dies ist auch nicht der Vorwurf, um den es im vorliegenden Verfahren geht. Vermieden werden soll vielmehr allein schon der "böse Schein", der entsteht, wenn Ärzte am Handel der von ihnen verordneten Medikamente mitverdienen. Insoweit ist die Intention der Vorschriften ähnlich wie bei § 331 StGB, der für den Bereich der Amtsträger die Entgegennahme von Vorteilen verbietet, selbst wenn diese für eine pflichtgemäße Handlung gewährt werden. 43

Völlig eindeutig läge der Fall, wenn für das Zuweisungs-/Ordnungsverhalten im Rahmen von § 11 Abs. 2 ApoG direkte Provisionszahlungen von der Apotheke bezogen würden, die in 44

den Genuss der Einlösung der Zytostatika-Rezepte kommt.

Der vorliegende Fall ist zwar diffiziler gelagert. Aber auch hier kommt es auf Grund des Zusammenschlusses der beteiligten Ärzte und Apotheker in der N2. und auf Grund des aus wirtschaftlichen Gründen vorgeprägten Verhaltens der Beteiligten dazu, dass das Zuweisungs-/Verordnungsverhalten des betreffenden Arztes sich messbar auf die Höhe seiner Gewinnbeteiligung auswirkt. In der N2. sind 8 Ärzte und 5 Apotheker zusammengeschlossen. Bei den Ärzten handelt es sich sämtlich um Onkologen, wie der Beschuldigte zu 1) in der Hauptverhandlung eingeräumt hat, wobei allerdings Prof. M. inzwischen in der pharmazeutischen Industrie tätig ist. Die Onkologen verfügen über das Einflusspotential aus § 11 Abs. 2 ApoG und § 34 Abs. 5 BO, wonach sie faktisch - wenn auch mit Einverständnis des Patienten - bestimmen können, von welchen Apotheken sie die Zytostatikazubereitungen beziehen. Den Apothekern obliegt zwar der Vertrieb der Zytostatikazubereitungen, sie sind jedoch auf das Aufkommen an Rezepten von den Onkologen angewiesen. Durch den Zusammenschluss der beiden Berufsgruppen in der N2. entsteht eine wirtschaftliche Zweckgemeinschaft, mit der auf Seiten der Ärzte deren Machtposition aus § 11 Abs. 2 ApoG und § 34 Abs. 5 BO kommerzialisiert wird. Die Beschuldigten haben in der Hauptverhandlung eingeräumt, dass sie ihre Zytostatika-Rezepte - zumindest wenn nichts anderes gewünscht wird - ganz regelmäßig an die B1. -Apotheke des Herrn L1. geben, der ebenfalls Mitgesellschafter der N2. ist. Die N2. liefert sodann als Lohnhersteller die Zytostatikazubereitungen. In ähnlicher Weise wird von den anderen in der N2. zusammengeschlossenen Onkologen und Apothekern verfahren. Dass ein an der N2. beteiligter Apotheker die Zubereitungen bei einem anderen Lohnhersteller bezieht, wird kaum vorkommen, da er an der N2. gewinnbeteiligt ist und es einer der Zwecke der an der N2. beteiligten Apotheker ist, sich die aufwändige Herstellung der Zytostatika in eigenen Labors zu ersparen und diese vielmehr gemeinsam in einem Großlabor wahrnehmen zu lassen. Dass dieses Modell, wie die Beschuldigten vorgetragen haben, den Vorzug höherer Qualitätsstandards und günstigerer Kosten hat, mag durchaus sein. Dies rechtfertigt jedoch nicht die Einbeziehung der Ärzte in ein solches Modell und damit die Aufgabe der sauberen Trennung zwischen dem Tätigkeitsbereich der Ärzte und Apotheker sowie deren jeweiliger Verdienstmöglichkeiten.

Die Beschuldigten können auch nicht mit Erfolg darauf verweisen, dass anerkannt sei, dass Ihnen als Ärzten eine Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft - und zwar auch im Pharmabereich - erlaubt sei. Dies ist vom Grundsatz her richtig. Ob ein Verstoß gegen berufsrechtliche Pflichten vorliegt, ist jedoch jeweils anhand der Umstände des Einzelfalles zu prüfen. Die Beteiligung an einer großen Aktiengesellschaft im Wege des Aktienbesitzes mag durchaus zulässig sein, weil selbst dann, wenn der Arzt Produkte dieser Gesellschaft verordnet, dieses Verordnungsverhalten nicht messbar ins Gewicht fällt und die Wertentwicklung der Aktien von einer Vielzahl von Faktoren abhängt. Im vorliegenden Fall geht es jedoch um eine kleine, vor allem homogen strukturierte Kapitalgesellschaft, in der das Verordnungs-/Zuweisungs-verhalten der Ärzte, wenn auch nicht im Verhältnis 1:1, so doch messbar durchschlägt auf den Gewinnanteil. Das gilt auch dann, wenn - wie hier - die Gewinnausschüttungen nicht an dem Umfang der Verordnungen orientiert sind, sondern nach Gesellschaftsanteilen erfolgen. Das lässt auch die Höhe der von den Beschuldigten durchschnittlich in den Jahren 2005 bis 2008 erhaltenen Gewinnausschüttungen (vor Steuern) von rund 48.000 Euro pro Beschuldigtem bei einem Gesellschaftsanteil von je 55.000 Euro deutlich erkennen.

Insoweit ist durchaus ein Abhängigkeitsverhältnis von Verordnungs-/Zuweisungs-verhalten und empfangenen Vorteilen, wie sie §§ 31, 34 Abs. 1 BO sowie 29 Abs. 1 HeilBerG

unterbinden wollen, vorhanden.

Nach allem liegt in objektiv-rechtlicher Hinsicht ein Verstoß gegen die genannten berufsrechtlichen Vorschriften vor, der für die Zukunft umgehend abzustellen ist. 48

Vorsorglich weist das Berufsgesicht darauf hin, dass ein solcher Verstoß, wenn er denn auch schuldhaft erfolgt wäre, schon wegen der Höhe der unter Verstoß gegen berufsrechtliche Vorschriften erzielten Einnahmen nach dem Katalog des § 60 HeilBerG mit ganz empfindlichen Sanktionen zu belegen wäre. 49

2. 50

Der Verstoß der Beschuldigten gegen die berufsrechtlichen Pflichten aus §§ 31, 34 Abs. 1 BO, 29 Abs. 1 HeilBerG ist jedoch nicht **schuldhaft** erfolgt. 51

Zwar ist grundsätzlich davon auszugehen, dass ein Angehöriger der Heilberufe die ihn betreffenden berufsrechtlichen Vorschriften kennen muss und daher bei einem Verstoß hiergegen zumindest fahrlässig handelt. 52

Hier ist jedoch auf Grund der Besonderheiten des vorliegenden Falles davon auszugehen, dass die Beschuldigten im Hinblick auf die Frage, ob die gesellschaftsrechtliche Beteiligung an der N2. einen Verstoß gegen Berufspflichten beinhaltet, einem unvermeidbaren Verbotsirrtum unterlagen, der die Schuld - und damit auch eine Fahrlässigkeit - ausschließt (vgl. § 17 S. 1 StGB). 53

Die an der Gründung der N2. Beteiligten haben unter dem 06.02.2004 zunächst ein Rechtsgutachten der Anwaltskanzlei T. eingeholt, das zu dem Ergebnis kommt, die Beteiligung von Onkologen an der Herstellungsgesellschaft sei rechtlich zulässig. Darüber hinaus haben die Beschuldigten, wie sie in der Hauptverhandlung glaubhaft bekundet haben, vor ihrem Beitritt zur N2. unabhängig von den dort zusammengeschlossenen Apothekern ein weiteres Rechtsgutachten des Rechtsanwalts Dr. L. eingeholt, das ebenfalls zu diesem Ergebnis kommt. 54

Auf die Auskunft eines Rechtsanwaltes kann sich ein Rechtsunkundiger regelmäßig verlassen, auch wenn die Auskunft unzutreffend ist, es sei denn der Anfragende kann dies erkennen. 55

Vgl. Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., 2006, § 17 Rdnr. 18 m. w. N. 56

Letzteres wird man annehmen müssen, wenn das Gutachten nur eine Art "Feigenblattfunktion" hat. 57

Im vorliegenden Falle mag zweifelhaft sein, ob die eingeholten Rechtsgutachten allein dazu hätten führen können, dass den Beschuldigten ein unvermeidbarer Verbotsirrtum zugebilligt werden kann, da sie die Verquickung zwischen dem Zuweisungs-/Verordnungsverhalten der Onkologen und dem damit in Verbindung stehenden Erhalt von finanziellen Vorteilen nur unzureichend problematisieren. Letztlich kann dies aber offen bleiben. Denn auch wenn man diese Gutachten allein nicht für verlässlich halten würde, kann man den Beschuldigten allenfalls noch vorhalten, dass sie in dieser Phase nicht die Antragstellerin als die zuständige Kammer um Rechtsauskunft gebeten haben. Auch eine solche Anfrage hätte aber - davon muss nach den Besonderheiten des vorliegenden Falles ausgegangen werden - nicht dazu geführt, dass die Beschuldigten die Auskunft erlangt hätten, ihr beabsichtigtes Vorgehen sei unzulässig. Denn als sich später Frau Rechtsanwältin Dr. Q. zuerst im Namen eines 58

konkurrierenden Apothekers und dann auch im Namen des Verbandes der Zytostatika herstellenden Apotheker an die Antragstellerin gewandt hat, hat diese auch gegenüber den Beschuldigten die Auffassung vertreten, es liege kein Verstoß gegen berufsrechtliche Vorschriften vor. Das Schreiben der Antragstellerin vom 06.09.2007 an die Beschuldigten und die beigefügte Durchschrift des Schreibens vom gleichen Tage an Frau Dr. Q. führen insoweit zwar hauptsächlich an, der ermittelte Sachverhalt sei nicht ausreichend, um einen Verstoß gegen die Berufspflichten aus §§ 31, 34 Abs. 1 und 5 BO festzustellen. Nach erneuter Intervention von Frau Dr. Q. und Prüfung der Rechtslage hat die Antragstellerin dann allerdings unter dem 12.12.2007 den Beschuldigten mitgeteilt, deren rein gesellschaftsrechtliche Beteiligung stelle grundsätzlich keinen Verstoß gegen das ärztliche Berufsrecht dar. Insofern liege kein im Rahmen der Berufsaufsicht zu beanstandendes berufswidriges Verhalten vor. Nach Aktenlage seien auch tatsächliche konkrete Anhaltspunkte für einen Berufspflichtenverstoß nicht ersichtlich.

Diese Auskunft lässt erkennen, dass man im Gegensatz zu der später vertretenen Rechtsauffassung seinerzeit die abstrakte Gefährdung des Schutzgutes der Unabhängigkeit der ärztlichen Berufsausübung durch die gesellschaftsrechtliche Beteiligung nicht für ausreichend hielt, um einen berufsrechtlichen Verstoß zu bejahen. Die Grenze zu einem Pflichtenverstoß sah man offensichtlich erst dann als überschritten an, wenn der Bezug der Vorteile aus der N2. das Ordnungsverhalten der Beschuldigten konkret, d. h. im Sinne einer nicht medizinisch indizierten Ordnungsweise beeinflusst hätte.

59

Nach allem war also die unterbliebene Erkundigung bei der Antragstellerin nicht kausal und der Verbotsirrtum somit unvermeidbar.

60

Vgl. insoweit Schönke/Schröder, a.a.O., § 17 Rdnr. 22.

61

Eine Änderung der Sachlage ist allerdings dadurch eingetreten, dass die Antragstellerin nach vorheriger Anhörung mit Schreiben vom 15.07.2008 ihnen gegenüber eine geänderte Rechtsauffassung vertreten hat, die dahin ging, dass nunmehr die bloße Beteiligung an der N2. als berufsrechtlich unzulässig angesehen wurde. Die Kammer hat deshalb erwogen, ob die nach Erhalt dieses Schreibens bis zur Hauptverhandlung beibehaltene Beteiligung an der N2. als fahrlässig zu qualifizieren ist. Die Schreiben vom 15.07.2008 enthielten eine qualifizierte Auseinandersetzung mit der streitgegenständlichen Problematik der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung und schlossen mit der Aufforderung, die Beteiligung an der N2. schnellstmöglich aufzugeben. Ansonsten behalte man sich ein weiteres berufsrechtliches Vorgehen ausdrücklich vor.

62

Nach Auffassung des Gerichts kann auch für diese Phase der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung ein Fahrlässigkeitsvorwurf gegen die Beschuldigten nicht erhoben werden. Die Beschuldigten waren auch in dieser Phase anwaltlich beraten und haben der Antragstellerin alsbald unter dem 29.08.2008 gutachtliche Ausführungen ihres derzeitigen Prozessbevollmächtigten zukommen lassen, mit denen sie ihren Rechtsstandpunkt zu stützen suchten. Es kam zu Gesprächskontakten zwischen dem Prozessbevollmächtigten der Beschuldigten und der Antragstellerin. Diese hatten, wie der Vertreter der Antragstellerin in der Hauptverhandlung bestätigt hat, den Tenor, dass kontroverse Rechtsauffassungen vorlägen und man diese in einem berufsgerichtlichen Verfahren abklären wolle. Es sei der Antragstellerin weniger um Bestrafung der Beschuldigten gegangen, als um eine Klärung der streitigen Rechtsfrage. Für den 24.09.2008 war ein gemeinsamer Gesprächstermin zwischen der Antragstellerin und den Beschuldigten vorgesehen. Zwischenzeitlich sind die Beschuldigten davon unterrichtet worden, dass der Vorstand der Antragstellerin am 03.09.2008 beschlossen hatte, ein berufsgerichtliches Verfahren einzuleiten. Nachdem die

63

Einleitung dieses Verfahrens seitens der Antragstellerin eine Zeitlang auf sich warten ließ, haben die Beschuldigten sodann am 18.12.2008 jeweils sogenannte Selbstreinigungsverfahren eingeleitet.

Auf dem Hintergrund dieser Entwicklung kann es nicht als fahrlässig angesehen werden, wenn die Beschuldigten nicht sogleich nach Erhalt des Schreibens vom 15.07.2008 ihre Rechtsauffassung aufgegeben und Schritte zur Beendigung der Beteiligung an der N2. eingeleitet haben. Immerhin hatte auch die Antragstellerin in der Vergangenheit bereits einmal eine andere Rechtsauffassung zur Zulässigkeit der Beteiligung an der N2. vertreten, so dass ein legitimes Interesse der Beschuldigten bestand, die entsprechenden Fragen gerichtlich abklären zu lassen. Da der Ausstieg aus der N2. für sie und für die Gesellschaft mit weitreichenden Konsequenzen verbunden war, ist es nicht fahrlässig, wenn sie bis zur Klärung der Angelegenheit in der Hauptverhandlung an ihrem bisherigen Rechtsstandpunkt festgehalten und nichts weiter unternommen haben.

64

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 107, 108 Abs. 1 HeilBerG.

65