

6t A 1816/09.T
35 K 563/09.T Köln

IM NAMEN DES VOLKES

U R T E I L

In dem berufsgerichtlichen Verfahren

g e g e n

hat der 1. Senat des Landesberufsgerichts für Heilberufe
beim
OBERVERWALTUNGSGERICHT FÜR DAS LAND NORDRHEIN-WESTFALEN

auf die Hauptverhandlung
vom 6. Juli 2011,

an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Oberverwaltungsgericht [REDACTED],

Richterin am Oberverwaltungsgericht [REDACTED],

Richter am Oberverwaltungsgericht [REDACTED],

Chefarzt [REDACTED],

Facharzt für Allgemeinmedizin [REDACTED],

auf die Berufungen der Antragstellerin und der Beschuldigten gegen das Urteil des
Berufsgerichts für Heilberufe bei dem Verwaltungsgericht Köln vom 5. Juni 2009

für Recht erkannt:

Die Berufung der Beschuldigten wird verworfen; die Berufung der Antragstellerin wird zurückgewiesen.

Die Beschuldigten tragen die Hälfte der Kosten des Berufungsverfahrens und ihrer notwendigen Auslagen; im Übrigen werden diese Kosten sowie die Auslagen der Beschuldigten der Staatskasse auferlegt.

G r ü n d e :

I.

Die Beschuldigten sind als Fachärzte für Innere Medizin mit dem Schwerpunkt „Hämatologie und Onkologie“ niedergelassen und zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassen. Sie waren vom 14. April 2005 bis zum Jahr 2009 an der n. B. -GmbH, K.----straße 22, N. (im Folgenden: n.) als Gesellschafter beteiligt. Zeitweilig bestand diese Gesellschaft aus acht Ärzten und fünf Apothekern. Nach § 2 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages (GV) ist Gegenstand des im März 2004 gegründeten Unternehmens die Herstellung und der Vertrieb von Arzneimitteln sowie der Handel mit Arzneimitteln. Die n. verfügt über eine Genehmigung nach § 13 AMG zur Herstellung von Zytostatikazubereitungen. Nach § 3 Abs. 1 GV betrug das Stammkapital der Gesellschaft bis zum Jahr 2009 1.150.000,00 Euro. Die Beschuldigten hielten Gesellschaftsanteile in unterschiedlicher Höhe, zeitweilig von bis zu 55.000,00 Euro. Hiervon zahlten sie – nach eigenen Angaben in der Hauptverhandlung – jeweils 25% ein. § 8 Abs. 1 GV sieht vor, dass die Gesellschafterversammlung über die Verwendung des im Jahresabschluss ausgewiesenen Reingewinns beschließt. Sie kann die Einstellung in eine Rücklage oder den Vortrag auf neue Rechnung beschließen. Im Übrigen ist der Gewinn an die Gesellschafter im Verhältnis der Nennbeträge ihrer Geschäftsanteile auszuschütten; eine Ausschüttung abweichend von dem Verhältnis der Nennbeträge der Geschäftsanteile zueinander ist nicht zulässig. Seit der einvernehmlichen Rückgabe der Gesellschaftsanteile wenige Monate nach der berufsgerichtlichen Entscheidung im Jahr 2009 sind nach den Angaben der Beschuldigten an der n. keine praktizierenden Ärzte mehr beteiligt.

Unter dem 19. Juni 2007 wandte sich die Rechtsanwaltskanzlei E. & C., C1. , in Vertretung des Inhabers einer Zytostatika herstellenden Apotheke in E1. an die Antragstellerin und machte geltend, die Beteiligung der Beschuldigten an der n. verstoße gegen §§ 31, 34 Abs. 1 der Berufsordnung der Antragstellerin (BO). Einige der an der n. beteiligten Onkologen hätten vor Publikum geäußert, dass sie im Jahr 2006 Einkünfte aus der Beteiligung an der Gesellschaft in Höhe von bis zu 140.000,00 Euro bezogen hätten.

Die Antragstellerin gab den Beschuldigten unter dem 28. Juni 2007 Gelegenheit zur Stellungnahme. Diese traten dem Vorwurf eines Verstoßes gegen ihre Berufspflichten unter dem 13. Juli 2007 und 6. August 2007 entgegen. Dabei beriefen sie sich im Wesentlichen auf Rechtsgutachten des Rechtsanwalts C2. (Rechtsanwaltskanzlei T. und Partner, C3.) vom 6. Februar 2004 sowie des Rechtsanwaltes Dr. L. , N1. , vom 9. Februar 2005. Sie teilten der Kammer in einem weiteren Schreiben mit, dass sie ihren jetzigen Prozessbevollmächtigten zusätzlich mit der Prüfung beauftragt hätten, ob neuere gesetzliche Bestimmungen der Beteiligung von Ärzten an der n. entgegenstünden.

Unter dem 6. September 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 die C4. Rechtsanwaltskanzlei E. & C. vom selben Tag, in dem darauf hingewiesen wurde, dass der ermittelte Sachverhalt nicht ausreichend sei, um einen Verstoß gegen §§ 31, 34 Abs. 1, 5 BO festzustellen. Ein Verstoß gegen die Berufsordnung liege u. a. vor, wenn eine direkte Empfehlung des Arztes ohne Wahlmöglichkeit der Patienten an die an der Gesellschaft beteiligten Apotheker vorliege. Dies habe man jedoch nicht feststellen können.

Unter dem 25. September 2007 nahm die C4. Rechtsanwaltskanzlei – diesmal auch im Namen des Verbandes der Zytostatika herstellenden Apotheker (VZA) – 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 es direkt an die kooperierende Apotheke abzugeben, die dann wiederum den anfordernden und applizierenden Onkologen beliefere. Sinn und Zweck des § 11 Abs. 2 ApoG sei es, eine

zügige und qualitative Zytostatikaversorgung sicherzustellen und die Patienten nicht direkt mit den gefährlichen Substanzen in Berührung zu bringen. § 11 Abs. 2 ApoG sei damit als Ausnahme vom strikten Zusammenarbeitsverbot des § 11 Abs. 1 ApoG im Interesse der onkologisch erkrankten Patienten in das Gesetz eingefügt worden, nicht jedoch, um onkologisch tätigen Ärzten die Gewinnerzielung aus der Verordnung bestimmter Zytostatika neben der Vergütung der ärztlichen Leistungen zu ermöglichen.

In einer Stellungnahme vom 6. November 2007 teilten die Beschuldigten der Antragstellerin mit, dass auch nach dem Gutachten ihres jetzigen Prozessbevollmächtigten, Rechtsanwalt Dr. T1. , die Beteiligung von Ärzten an der n. 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 n. als Lohnhersteller bedienten, überzeugt seien. Gleichwohl wiesen sie ihre Patienten darauf hin, dass es ihnen überlassen bleibe, den Bezug über eine andere Apotheke sicherzustellen. Der Bezug von einer anderen, ihnen nicht bekannten Apotheke mit einem applikationsfertig zubereiteten Zytostatikum könne den Erfolg der Therapie allerdings 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 sei für den korrekten Behandlungsablauf äußerst sinnvoll.

Unter dem 12. Dezember 2007 teilte 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 Berufspflichtverstoß nicht ersichtlich.

Unter dem 15. Juli 2008 teilte die Antragstellerin den Beschuldigten mit, nach nochmaliger juristischer Prüfung, insbesondere auch unter Berücksichtigung neuerer Rechtsprechung (Urteil des OLG Stuttgart vom 10. Mai 2007 – 2 U 176/06), sei sie nunmehr unter ausdrücklicher Abkehr von ihrer früheren Rechtsauffassung zu der Auffassung gelangt, dass deren Beteiligung an der n. gegen §§ 31 und 34

Abs. 1 BO verstöße. Die Antragstellerin forderte die Beschuldigten eindringlich auf, ihre Beteiligung an der n. schnellstmöglich aufzugeben. Für den Fall der Nichtbefolgung behalte man sich ein weiteres berufsrechtliches Vorgehen vor.

Der Prozessbevollmächtigte der Beschuldigten nahm unter dem 29. August 2008 Stellung. Ziel der n. sei es unter anderem, die ambulante Versorgung mit individuellen Zytostatika-Lösungen auf möglichst hohem Niveau bei zugleich höchster Wirtschaftlichkeit sicherzustellen. Es handele sich bei n. nicht um eine GmbH, die allein als "Deckmantel zur Zuweisung" von Verschreibungen zwischen einem Arzt und einer Apotheke zum Zwecke der mittelbaren Beteiligung des Arztes an den Erträgen für das B. gegründet worden sei. Deutlich werde dies schon daran, dass n. konzeptionell nicht auf einem zweiseitigen Mitgliederverhältnis basiere, sondern eine möglichst flächendeckende Versorgung u. a. mit Zytostatika-Lösungen unter Beteiligung möglichst vieler Apotheker und Ärzte bzw. sonstiger Dritter anstrebe. Es gehe nicht darum, "Kick-Backs" für ausgestellte Verschreibungen über den Umweg einer Gesellschafterbeteiligung zu etablieren. Die bei n. beteiligten Ärzte würden die Gesellschaft durch erhebliche Einlagen wirtschaftlich fördern. Soweit also aus der Tätigkeit der n. Gewinne erwachsen, seien diese auf den erheblichen Einsatz dieses Kapitals zurückzuführen.

Die Verordnung eines Produktes sei keine unzulässige Zuweisung im Sinne des § 31 BO. Dieser untersage nur sog. Koppelungsgeschäfte, die die Höhe der Vergünstigung von der Anzahl der in Auftrag gegebenen Untersuchungen bzw. überwiesenen Patienten abhängig mache. Dass bei n. beteiligte Ärzte kein "Entgelt" dafür erhielten, dass sie die Rezepte an einen Apotheker reichten, der seinerseits die B. in der Regel von n. beziehe, folge schon daraus, dass der Gesellschaftervertrag die Vergütung des Arztes nicht an das jeweilige Rezept knüpfe. Aus dem Verordnungsverhalten des Arztes lasse sich nicht linear messbar ein wirtschaftlicher Erfolg errechnen. Im Übrigen seien die Überweisungen eines bei n. beteiligten Arztes zwar mitursächlich für den Gewinn des Unternehmens, der Gewinn verteile sich aber aufgrund der Kapitalbeteiligung verschiedener Gesellschafter entsprechend auf alle Gesellschafter. Umgekehrt sei jeder Gesellschafter auch am Verlustrisiko beteiligt.

Ein nach der Berufsordnung missbilligter Vorteil der bei n. beteiligten Onkolo-

gen bestehe auch nicht deshalb, weil sie wegen § 11 Abs. 2 ApoG die hergestellten Zytostatika von einer bestimmten Apotheke beziehen könnten und diese Apotheke wiederum die Zytostatika-Zubereitungen über den Herstellungsbetrieb anfordere. Zwischen der Verordnung des Arztes und dem wachsenden Gewinnanteil bestehe kein unmittelbarer oder gar zwangsläufiger Zusammenhang. § 11 Abs. 2 ApoG hebe die Apothekenwahlfreiheit des Patienten nicht auf. Es sei denkbar, dass durch den Arzt eine andere Apotheke für die Anfertigung der Rezeptur beauftragt werde. Auch der vom Arzt beauftragte Apotheker - sei er nun Gesellschafter der n. oder nicht – sei nicht dazu verpflichtet, seine Rezeptur bei n. im Lohnauftrag herstellen zu lassen. Es bleibe dem Apotheker in eigener Verantwortung überlassen, ob er - sofern er die räumlichen und sächlichen Voraussetzungen erfülle - das B. selbst herstelle oder ob er einen anderen Herstellerbetrieb als n. beauftrage. Wenn auch möglicherweise der vom Arzt gewählte Apotheker das Zytostatikum häufig bei n. herstellen lasse, so stelle dieser Bestellvorgang keine Zwangsläufigkeit dar.

Der Arzt mache die Weitergabe seiner Verschreibung an den Apotheker seiner Wahl nicht davon abhängig, dass dieser Apotheker sodann die Herstellung des Rezepturarzneimittels durch die n. veranlasse. Insoweit sei auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 21. April 2005 (I ZR 201/02) zur Quersubventionierung von Laborgemeinschaften zu verweisen. Der Bundesgerichtshof weise ausdrücklich darauf hin, dass nach § 31 BO eine rechtliche Koppelung zwischen Zuwendung und Leistung notwendig sei, der Arzt also seine Leistung entsprechend von der Zuwendung abhängig machen müsse, um gegen die Berufsordnung zu verstößen. Diesbezüglich gebe es vorliegend keine Anhaltspunkte.

Der Gesellschafterstatus der beteiligten Onkologen sei mit § 34 Abs. 1 BO vereinbar. Ein Verstoß gegen § 34 Abs. 1 BO liege nicht vor, wenn sich ein Arzt mit seinem Kapital an einer Kapitalgesellschaft auch in die Pharmaindustrie einbringe. Zwar sei jede Art von Provisionsvereinbarung für die Verordnung eines Arzneimittels unzulässig. Auch wäre eine Verordnung unter einer solchen Motivation unärztlich, da sich die Verordnung allein nach sachlichen, den Interessen der Gesundheit des Patienten dienenden Maßstäben bestimmen müsse. Damit ziele § 34 BO auf die Unabhängigkeit des Arztes, damit sich dieser allein am Patienteninteresse orientiere. Dem stehe jedoch das legitime Interesse des Arztes gegenüber, Unternehmen und Unterneh-

mensbeteiligungsgesellschaften beizutreten, auch wenn sie einen beruflichen Bezug aufwiesen wie etwa der Kauf von Aktien eines Pharmaunternehmens.

In diesem Spannungsfeld sei dem Umstand der marktgerechten Vergütung einer Kapitalbeteiligung Rechnung zu tragen. Nach dem Gesellschaftsvertrag lasse sich kein Zusammenhang zwischen Verordnungsverhalten und Gewinnbeteiligung herstellen. Dieses Ergebnis bestätige auch das Urteil des Oberlandesgerichts Köln vom 4. November 2005 (6 U 64/05). Die dort behandelte Beteiligung reiche noch wesentlich weiter als das hier praktizierte Modell, weil der Arzt durch seine Leistungen im verkürzten Versorgungsweg unmittelbar Einfluss auf seine Gewinnbeteiligung bei den Aktienunternehmen nehme. Demgegenüber sei ein gewinnerhöhender Effekt im hier maßgeblichen Modell auch davon abhängig, dass ein Dritter, nämlich der Apotheker, seinen Auftrag an die n. weitergebe. Im vorliegenden Fall komme hinzu, dass der Arzt gar nicht entscheide, auf welchem Weg das B. hergestellt werde. Ob es zur Beauftragung der n. komme, entscheide vielmehr eine andere Person in freier Verantwortung, nämlich der Apotheker.

Der Bundesgerichtshof habe im Übrigen in seiner Entscheidung zur Quersubventionierung von Laborgemeinschaften ausgeführt, dass selbst dann, wenn ein "Kooperationsmodell" die Zuweisung von Patienten naheliegend erscheinen lasse, eine solche Folgerung nicht mehr als eine Vermutung sei, die, um rechtlich relevant zu sein, durch entsprechende Tatsachen belegt werden müsse. Ebenfalls denkbar sei es in einer solchen Situation nämlich, dass die niedergelassenen Ärzte die Entscheidung über die Überweisung von Patienten unabhängig davon träfen, mit welchem Laborarzt sie in einer Laborgemeinschaft zusammenarbeiteten. Ebenso könne auch vorliegend einem Onkologen nicht ohne Weiteres unterstellt werden, er würde das Rezept nur deshalb entgegen § 34 Abs. 5 BO einem bestimmten Apotheker zuleiten, weil er aus monetären Gesichtspunkten erwarte, dass dieser sodann n. mit der Herstellung beauftrage. Hier wäre also in jedem Einzelfall zu untersuchen, ob der beteiligte Onkologe sich tatsächlich von sachlichen Gründen leiten lasse oder ob er finanzielle Gesichtspunkte in den Vordergrund stelle.

Für die Zuweisung des Rezepts an den Apotheker sprächen also sachliche Gründe, und es könne nicht unterstellt werden, dass der jeweilige Onkologe unter Missachtung dieser sachlichen Gründe seine Entscheidung an monetären Aspekten ausge-

richtet habe. Gemäß § 11 Abs. 2 ApoG sei die Absprache zwischen Arzt und Apotheker bei Zytostatika-Zubereitungen, die im üblichen Apothekenbetrieb hergestellt würden, möglich. Des Weiteren verspreche eine Herstellung bei n. die Einhaltung von Qualitätsstandards, welche eine herkömmliche zytostatikaherstellende Apotheke nicht ohne Weiteres erfüllen könne. Nach der Rechtsprechung könnten auch Aspekte der Wirtschaftlichkeit einen hinreichenden Grund für die Zuweisung von Rezepten an Apotheken nach § 34 Abs. 5 BO begründen. Dies sei vorliegend schon deshalb so, weil die bei der n. zusammengeschlossenen Apotheker ernsthaft versuchen würden, durch entsprechende Vereinbarungen mit den Krankenkassen Einsparungen für das öffentliche Gesundheitssystem herbeizuführen. Entsprechend sei es auch nach einem Beschluss der Berufsordnungsgremien der Bundesärztekammer nicht als Verstoß gegen § 34 Abs. 5 BO zu werten, wenn die Verweisung eines Patienten an eine bestimmte Apotheke eine im Interesse des beitragszahllenden Patienten liegende wirtschaftliche Arzneimittelverordnung darstelle.

Der Vorstand der Antragstellerin beschloss am 3. September 2008, die Eröffnung eines berufsgerichtlichen Verfahrens zu beantragen.

Mit am 18. Dezember 2008 bei dem Berufsgericht eingegangenen Schriftsätzen desselben Tages haben der Beschuldigte zu 1.) (Verfahren 35 K 8193/08.T) und der Beschuldigte zu 2.) (Verfahren 35 K 8194/08.T) beantragt,

sie von dem Vorwurf, durch ihre gesellschaftsrechtliche Beteiligung an der n. gegen §§ 31, 34 der Berufsordnung verstoßen zu haben, freizusprechen.

Mit Schriftsatz vom 27. Januar 2009, bei dem Berufsgericht eingegangen am 30. Januar 2009, hat die Antragstellerin die Eröffnung eines berufsgerichtlichen Verfahrens gegen die Beschuldigten beantragt (Verfahren 35 K 563/09.T).

Mit Beschluss vom 19. März 2009 hat das Berufsgericht die Verfahren 35 K 8193/08.T, 35 K 8194/08.T und 35 K 563/09.T verbunden und unter dem Aktenzeichen 35 K 563/09.T fortgeführt. Gleichzeitig hat es das berufsgerichtliche Verfahren eröffnet und den Beschuldigten zur Last gelegt,

ihrer Berufspflichten dadurch verletzt zu haben, dass sie die ihnen obliegende Verpflichtung nicht erfüllt haben, 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 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, indem sie als Gesellschafter seit dem 14. April 2005 mit einer Stammeinlage in Höhe von jeweils 55.000,00 Euro an der n. B. GmbH mit Sitz K----straße 22, N. , beteiligt sind und durch ihr Verordnungsverhalten 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. November 1998 in den Fassungen vom 22. November 2003, in Kraft getreten am 3. April 2004, und 17. März 2007, in Kraft getreten am 14. Juli 2007, in Verbindung mit §§ 29 Abs. 1 Heilberufsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen vom 9. Mai 2000 (GV NRW Seite 4/SGV NRW 2122).

Die Beschuldigten haben sich zu den gegen sie erhobenen Vorwürfen schriftsätzlich und in der Hauptverhandlung vom 5. Juni 2009 vor dem Berufsgericht im Wesentlichen wie folgt geäußert:

Sie hätten kein System der Zusammenarbeit mit den an der n. beteiligten Apothekern erschlossen, das ihnen die Möglichkeit eröffne, durch ihr Verordnungsverhalten den Gewinn der n. messbar zu steigern und damit zugleich ihren eigenen Gewinn zu erhöhen. §§ 31, 34 BO seien schon von ihrem Wortlaut her nicht einschlägig. § 31 BO untersage nur Koppelungsgeschäfte, bei welchen die Höhe der Vergütung 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, welche die Zytostatika von der n. beziehe. Die von ihnen, den Beschuldigten, erzielten 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 n. beteiligten Onkologen bestehe auch nicht deshalb, weil sie wegen

§ 11 Abs. 2 ApoG die hergestellten Zytostatika von einer bestimmten Apotheke beziehen könnten und diese Apotheke wiederum die Zytostatikazubereitungen über den Herstellungsbetrieb anfordere. Zwischen der Verordnung des Arztes und dem wachsenden Gewinnanteil bestehe kein unmittelbarer oder gar zwangsläufiger Zusammenhang. Verantwortlich für das Inverkehrbringen der Zytostatikazubereitungen sei allein der Apotheker.

Gegen § 34 Abs. 1 BO sei nicht verstoßen worden. Es sei anerkannt, dass sich Ärzte an einer Kapitalgesellschaft – auch in der Pharmaindustrie – beteiligen dürften. So weit 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 Verordnungsverhalten eines Onkologen 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 Verordnungsverhalten und der Gewinnbeteiligung herstelle.

Schließlich fehle es an einem Verschulden. Selbst die Antragstellerin habe die Beteiligung an der n. noch bis Ende 2007 für rechtmäßig gehalten. Nach dem Schreiben der Antragstellerin vom 15. Juli 2008 hätten sie, die Beschuldigten, sich durch ihren Rechtsbeistand beraten lassen, und es habe Gesprächskontakte mit der Antragstellerin gegeben. Diese hätten letztlich dazu geführt, dass man eine gerichtliche Klärung der Streitfrage für erforderlich gehalten habe. Aus diesem Grunde hätten sie auch die Selbsterreinigungsverfahren eingeleitet. Von einer Beendigung der Beteiligung an der n. habe man mit Rücksicht darauf zunächst abgesehen.

Das Berufsgericht hat mit Urteil vom 5. Juni 2009 festgestellt, dass eine Verletzung der Berufspflichten nicht vorliege. Zur Begründung hat es ausgeführt, auf Grund des Ergebnisses der Hauptverhandlung liege ein schuldhafter Verstoß gegen §§ 31, 34 Abs. 1 BO, § 29 Abs. 1 HeilBerG NRW nicht vor. Die Ahndung eines berufsrechtlichen Verstoßes setze nicht nur einen objektiven Pflichtenverstoß voraus, sondern auch ein Verschulden – zumindest in Form der Fahrlässigkeit. Das gelte nicht nur im Hinblick auf das von der Antragstellerin eingeleitete berufsgerichtliche Verfahren,

sondern auch im Hinblick auf die von den Beschuldigten eingeleiteten Selbstreinigungsverfahren. Das folge daraus, dass das Heilberufsgesetz nur ein einheitliches Verfahren zur Sanktionierung berufsrechtlicher Verstöße kenne, das von verschiedenen Seiten (vgl. § 71 HeilBerG NRW) eingeleitet werden könne. Eine bloß objektiv-rechtliche Klärung von Pflichtenverstößen ähnlich einer verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage sei im berufsgerichtlichen Verfahren nicht möglich. Eine Tenorierung im Sinne des § 92 Abs. 2a) HeilBerG NRW komme somit auch in Betracht, wenn zwar in objektiver Hinsicht gegen berufsrechtliche Vorschriften verstößen worden sei, aber ein Verschulden nicht vorliege.

Die Beteiligung der Beschuldigten an der n. verstoße zwar gegen §§ 31, 34 Abs. 1 BO, § 29 Abs. 1 HeilBerG NRW. Auf Grund der Besonderheiten des Falles treffe die Beschuldigten jedoch kein Verschuldensvorwurf. § 31 BO untersage es Ärzten, sich für die Zuweisung von Patienten Vorteile gewähren zu lassen. Bei der Formulierung „Zuweisung von Patienten“ möge zwar in erster Linie daran gedacht worden sein, dass ein Arzt einen Patienten einem anderen Arzt überweise. Der Wortlaut der Vorschrift beschränke sich hierauf jedoch nicht. Soweit es nach § 34 Abs. 5 BO Ärzten ausnahmsweise gestattet sei, Patienten an bestimmte Apotheken zu verweisen oder aber es ihnen gemäß § 11 Abs. 2 ApoG gestattet sei, die Rezepte an eine bestimmte Apotheke zu geben und anwendungsfertige Zytostatikazubereitungen unmittelbar von dort in die Praxis zu beziehen, sei dieser Tatbestand bei einer an Sinn und Zweck der Vorschrift ausgerichteten Auslegung ohne Weiteres von der genannten Formulierung mit erfasst. Auch § 34 Abs. 1 BO sei einschlägig, weil die Entgegennahme der finanziellen Vorteile der Beschuldigten, die aus der Beteiligung an der n. flössen, im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Verordnungsverhalten stehe. §§ 31 und 34 Abs. 1 BO liege derselbe Gedanke zu Grunde. Die Ärzte sollten für ihre Tätigkeit ausschließlich durch die GOÄ entlohnt werden, nicht aber durch Teilnahme an dem Handel mit den von ihnen verordneten Arzneimitteln mitverdienen.

Dabei sei es unerheblich, ob sich Ärzte im Hinblick auf eine Vorteilsgewährung konkret zu einer pflichtwidrigen, nicht ausschließlich an medizinischen Gesichtspunkten orientierten Entscheidung bestimmen ließen. Vermieden werden solle der „böse Schein“, der entstehe, wenn Ärzte am Handel mit den von ihnen verordneten Medi-

kamente mitverdienten. Durch den Zusammenschluss der Berufsgruppen der Onkologen und Apotheker in der n. entstehe eine wirtschaftliche Zweckgemeinschaft, mit der auf Seiten der Ärzte deren Machtposition aus § 11 Abs. 2 ApoG und § 34 Abs. 5 BO kommerzialisiert werde. Die Beschuldigten hätten in der Hauptverhandlung eingeräumt, dass sie ihre Zytostatika-Rezepte – zumindest wenn nichts anderes gewünscht werde – ganz regelmäßig an die B1. -Apotheke des Herrn L1. gäben, der Mitgesellschafter der n. sei. Die n. liefere sodann als Lohnhersteller die Zytostatikazubereitungen. In ähnlicher Weise werde von den anderen in der n. zusammengeschlossenen Onkologen und Apothekern verfahren. Dass ein an der n. beteiligter Apotheker die Zubereitungen bei einem anderen Lohnhersteller beziehe, werde kaum vorkommen, da er an der n. gewinnbeteiligt und es einer der Zwecke der an der n. beteiligten Apotheker sei, sich die aufwändige Herstellung der Zytostatika in eigenen Labors zu ersparen.

Die Beschuldigten könnten auch nicht mit Erfolg darauf verweisen, es sei anerkannt, dass ihnen als Ärzten eine Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft – und zwar auch im Pharmabereich – erlaubt sei. Die Beteiligung an einer großen Aktiengesellschaft im Wege des Aktienbesitzes möge zulässig sein, weil selbst dann, wenn der Arzt Produkte dieser Gesellschaft verordne, dieses Verordnungsverhalten nicht messbar ins Gewicht falle und die Wertentwicklung der Aktien von einer Vielzahl von Faktoren abhänge. Im vorliegenden Fall gehe es jedoch um eine kleine, homogen strukturierte Gesellschaft, in der das Verordnungs-/Zuweisungsverhalten der Ärzte, wenn auch nicht im Verhältnis 1:1, so doch messbar auf den Gewinnanteil durchschlage. Das gelte auch dann, wenn – wie hier – die Gewinnausschüttungen nicht am Umfang der Verordnungen orientiert seien, sondern nach Gesellschaftsanteilen erfolgten.

Die Beschuldigten hätten gegen die berufsrechtlichen Pflichten jedoch nicht schuldhaft verstoßen. Zwar sei grundsätzlich davon auszugehen, dass ein Angehöriger der Heilberufe die ihn betreffenden berufsrechtlichen Vorschriften kennen müsse und daher bei einem Verstoß hiergegen zumindest fahrlässig handele. Hier sei jedoch auf Grund der Besonderheiten des Falles davon auszugehen, dass die Beschuldigten im Hinblick auf die Frage, ob die gesellschaftsrechtliche Beteiligung an der n. einen Verstoß gegen Berufspflichten beinhalte, einem unvermeidbaren Verbotsirrtum unterlegen seien, der die Schuld ausschließe (vgl. § 17 Satz 1 StGB). Die an der

Gründung der n. Beteiligten hätten unter dem 6. Februar 2004 zunächst ein Rechtsgutachten der Anwaltskanzlei T. eingeholt, das zu dem Ergebnis komme, die Beteiligung von Onkologen an der Herstellungsgesellschaft sei rechtlich zulässig. Darüber hinaus hätten die Beschuldigten vor ihrem Beitritt zur n. unabhängig von den dort zusammengeschlossenen Apothekern ein weiteres – im Ergebnis gleichlautendes – Rechtsgutachten des Rechtsanwalts Dr. L. eingeholt. Auf die Auskunft eines Rechtsanwaltes könne sich ein Rechtskundiger regelmäßig verlassen, auch wenn die Auskunft unzutreffend sei, es sei denn, der Anfragende könne dies erkennen. Letzteres werde man annehmen müssen, wenn das Gutachten nur eine Art „Feigenblattfunktion“ habe. Im vorliegenden Falle möge zweifelhaft sein, ob die eingeholten Rechtsgutachten allein dazu führen können, dass den Beschuldigten ein unvermeidbarer Verbotsirrtum zugebilligt werden könne, da die Gutachten die Verquickung zwischen dem Zuweisungs-/Verordnungsverhalten der Onkologen und dem damit in Verbindung stehenden Erhalt von finanziellen Vorteilen nur unzureichend problematisierten. Letztlich könne dies aber offen bleiben. Denn auch wenn man diese Gutachten allein nicht für verlässlich halte, könne man den Beschuldigten allenfalls noch vorhalten, dass sie in dieser Phase nicht die Antragstellerin um Rechtsauskunft gebeten hätten. Eine solche Anfrage hätte aber letztlich zu keinem anderen Ergebnis geführt.

Eine Änderung der Sachlage sei dadurch eingetreten, dass die Antragstellerin nach vorheriger Anhörung mit Schreiben vom 15. Juli 2008 den Beschuldigten gegenüber eine geänderte Rechtsauffassung vertreten habe. Das Berufsgericht habe deshalb erwogen, ob die nach Erhalt dieses Schreibens bis zur Hauptverhandlung beibehaltene Beteiligung an der n. als fahrlässig zu qualifizieren sei. Die Schreiben vom 15. Juli 2008 hätten eine qualifizierte Auseinandersetzung mit der streitgegenständlichen Problematik der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung enthalten und mit der Aufforderung geschlossen, die Beteiligung an der n. schnellstmöglich aufzugeben. Ansonsten behalte man sich ein weiteres berufsrechtliches Vorgehen ausdrücklich vor. Nach Auffassung des Berufsgerichts könne auch für diese Phase der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung kein Fahrlässigkeitsvorwurf erhoben werden. Die Beschuldigten seien auch in dieser Phase anwaltlich beraten gewesen und hätten der Antragstellerin unter dem 29. August 2008 gutachterliche Ausführungen ihres derzeitigen Prozessbevollmächtigten zukommen lassen, mit denen sie ihren Rechts-

standpunkt zu stützen gesucht hätten. Es sei zu Gesprächskontakten zwischen dem Prozessbevollmächtigten der Beschuldigten und der Antragstellerin gekommen. Diese hätten, wie der Vertreter der Antragstellerin in der Hauptverhandlung bestätigt habe, den Tenor gehabt, dass kontroverse Rechtsauffassungen vorlägen und man diese in einem berufsgerichtlichen Verfahren klären wolle. Es sei der Antragstellerin weniger um Bestrafung der Beschuldigten als um eine Klärung der streitigen Rechtsfrage gegangen. Für den 24. September 2008 sei ein gemeinsamer Gesprächstermin zwischen der Antragstellerin und den Beschuldigten vorgesehen gewesen. Zwischenzeitlich seien die Beschuldigten davon unterrichtet worden, dass der Vorstand der Antragstellerin am 3. September 2008 beschlossen habe, ein berufsgerichtliches Verfahren einzuleiten. Nachdem die Einleitung dieses Verfahrens seitens der Antragstellerin auf sich habe warten lassen, hätten die Beschuldigten sodann am 18. Dezember 2008 jeweils Selbstreinigungsverfahren eingeleitet. Vor dem Hintergrund dieser Entwicklung könne es nicht als fahrlässig angesehen werden, wenn die Beschuldigten nicht sogleich nach Erhalt des Schreibens vom 15. Juli 2008 ihre Rechtsauffassung aufgegeben und Schritte zur Beendigung der Beteiligung an der n. eingeleitet hätten.

Die Antragstellerin trägt zur Begründung ihrer rechtzeitig eingelegten Berufung vor, das Berufsgericht habe zu Recht betont, dass ein Angehöriger der Heilberufe die ihn betreffenden berufsrechtlichen Vorschriften kennen müsse und daher bei einem Verstoß gegen diese grundsätzlich zumindest fahrlässig handele. Zwar könne er einem unvermeidbaren Verbotsirrtum unterliegen. Sog. Gefälligkeitsgutachten von Rechtsanwälten und Rechtslehrern würden als Grundlage für einen Verbotsirrtum allerdings ausscheiden. Werde ein Rechtsrat allein zum Zwecke der Gesetzesumgehung eingeholt oder erteilt, sei ein darauf beruhender Irrtum vermeidbar. So liege der Sachverhalt hier. Die Beschuldigten hätten ihrerseits offensichtlich begründete Zweifel an der Vereinbarkeit ihres Geschäftsmodells mit der Berufsordnung gehabt und deshalb Rechtsgutachten eingeholt, die nicht auf die objektive Begutachtung der Fragestellung gezielt hätten, sondern von vornherein darauf ausgerichtet gewesen seien, ihr Vorhaben abzusegnen. Aus diesem Grund hielten sich die Gutachten bei der entscheidenden Frage, ob eine Beteiligung an der n. gegen §§ 31 und 34 BO verstoße, äußerst knapp und befassten sich vorwiegend mit unproblematischen Rechtsfragen. Insbesondere seien die Gutachten auch nicht auf die Besonderheit,

dass die verordneten Zytostatika wegen ihrer kurzen Haltbarkeit direkt vom behandelnden Arzt bei einer Apotheke bestellt würden und somit nicht wie sonst der Patient entscheide, bei welcher Apotheke er sein Rezept einlöse, und auf die dadurch möglichen stabilen Lieferbeziehungen zwischen Arzt und Apotheker eingegangen.

Das Berufsgericht habe die Bejahung eines unvermeidbaren Verbotsirrtums maßgeblich auf die Annahme gestützt, dass auch eine Anfrage bei ihr, der Antragstellerin, vor Gründung bzw. Beteiligung an der n. nicht zu der Auskunft geführt hätte, dass eine solche gegen die Berufsordnung verstöße. Hierbei sei das Berufsgericht jedoch von falschen Voraussetzungen ausgegangen. Zwar entspreche es den Tatsachen, dass die Antragstellerin erst im Jahr 2008 von einer Verletzung der Berufspflichten durch die Beschuldigten ausgegangen sei. Die Folgerung des Berufsgerichts, es sei davon auszugehen, dass die Beschuldigten im Falle einer Anfrage bei ihr die Auskunft bekommen hätten, ihr Plan verstöße nicht gegen die Berufsordnung, sei allerdings fehlerhaft. Hätten die Beschuldigten ihre geplante Beteiligung unter Offenlegung aller Details mitgeteilt, so wäre sie zweifellos zu dem Ergebnis gekommen, dass eine Beteiligung an der n. gegen die Berufspflichten verstöße. Bei Offenbarung des gesamten Geschäftsmodells wäre schnell klar geworden, dass es sich bei der Gründung und Beteiligung um ein "Selbstbelohnungssystem" bzw. um eine Konstruktion zur Verschleierung von "Kick back-Zahlungen" zu Gunsten der beteiligten Ärzte handele. Im Ergebnis würden die Beschuldigten erheblich von jeder Verschreibung eines über die n. zu beziehenden Medikaments profitieren. Die beteiligten Apotheker hätten auf diese Weise ein Instrument gefunden, um sich die Loyalität der Ärzte zu sichern, also dafür zu sorgen, dass diese die besonders gewinnträchtigen Medikamentenbestellungen in ihrer Apotheke tätigen würden. Es gebe für die an der n. beteiligten Apotheker keine sonstige Motivation, die beteiligten Ärzte am profitablen Geschäft mit Zytostatika partizipieren zu lassen, als diese an sich zu binden. Auch diese Tatsache sei den Beschuldigten bewusst gewesen. Insbesondere das Missverhältnis zwischen der Höhe der gehaltenen Geschäftsanteile und der Bruttogewinnausschüttung an jeden beteiligten Arzt zeige deutlich, dass es sich bei der Beteiligung an der n. keinesfalls um eine "reguläre Geldanlage" handele und dass sie sich deutlich von einer Kapitalbeteiligung an einem deutschlandweit oder weltweit agierenden Pharmaunternehmen unterscheide. Wären ihr diese Details bekannt gewesen, so hätte sich ein Verstoß gegen §§ 31

und 34 BO geradezu aufgedrängt. Von einem unvermeidbaren Verbotsirrtum könne im vorliegenden Fall also nicht die Rede sein.

Die Antragstellerin beantragt,

1. unter Aufhebung des angefochtenen Urteils den Beschuldigten gegenüber wegen Verletzung ihrer Berufspflicht auf eine in das Ermessen des Gerichts gestellte Maßnahme zu erkennen,
2. die Berufung der Beschuldigten zurückzuweisen.

Die Beschuldigten haben ebenfalls Berufung eingelegt und beantragen,

1. unter Abänderung des angefochtenen Urteils festzustellen, dass eine objektive Verletzung der Berufspflicht nicht vorliegt,
2. die Berufung der Antragstellerin zurückzuweisen.

Sie tragen vor, sie seien durch das Urteil des Berufsgerichts beschwert, weil es den Vorwurf einer berufsrechtlichen Pflichtverletzung enthalte. Dies stehe dem Berufungsgrund des § 99 Abs. 1 HeilBerG NRW gleich. Das Berufsgericht habe zwar festgestellt, dass sie nicht gegen ihre berufsrechtlichen Pflichten verstoßen hätten. Gleichwohl seien sie aber beschwert, weil das Berufsgericht sie allein deshalb vom Vorwurf einer Berufspflichtverletzung freigesprochen habe, weil ihnen aufgrund eines unvermeidbaren Verbotsirrtums kein Verschuldensvorwurf gemacht werden könne. In objektiver Hinsicht habe das Berufsgericht einen Verstoß gegen §§ 31, 34 BO angenommen. Gegen den damit erhobenen Vorwurf würden sie sich wehren.

Zugleich habe das Berufsgericht über den Selbsterreinigungsantrag gemäß § 71 Abs. 2 HeilBerG NRW nicht vollständig entschieden. Er sei darauf gerichtet, Kammerangehörige von jeglichem Verdacht eines berufsrechtlichen Verstoßes freizusprechen. Durch den Selbsterreinigungsantrag solle das Verhalten des Kammermitglieds berufsrechtlich bewertet werden, um verbindlich zu klären, ob sein Verhalten erlaubt gewesen sei und ob ihm ein Verstoß gegen berufsrechtliche Normen vorgeworfen werden könne. Diesem Antrag sei das Berufsgericht nicht vollständig nachgekommen, denn es habe keine Aussage dazu getroffen, dass auch objektiv kein Verstoß gegeben sei.

Ein Verstoß gegen §§ 31 und 34 BO liege nicht vor. § 31 BO diene dem Patientenschutz durch Wahrung der ärztlichen Unabhängigkeit gegenüber Dritten. § 31 BO werde indes durch ihre Beteiligung an der n. nicht verletzt. Eine Verletzung scheitere schon daran, dass es an einer "Zuweisung von Patienten" fehle. Mit dem Begriff "Zuweisung von Patienten" meine § 31 BO allein den Fall, dass der Arzt seinen Patienten einem anderen Arzt zur (weiteren oder ergänzenden) Behandlung zuweise. Gehe es dagegen um die Ausführung einer ärztlichen Verordnung durch eine Apotheke, spreche die Berufsordnung nicht von Zuweisung, sondern von Verweisung. Die Verwendung des Wortes "Patienten" passe des Weiteren nicht auf Personen, die Leistungen einer Apotheke in Anspruch nähmen. Das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen habe schon in seinem Beschluss vom 2. September 1999 – 13 A 3323/97 – dargelegt, dass die Bezeichnung "Patienten" für Apothekenkunden unüblich sei. Bei einer an Art. 12 GG orientierten Auslegung dürfe dieser unterschiedliche Wortlaut der Berufsordnung nicht unberücksichtigt bleiben.

Auch § 11 Abs. 1 ApoG, der den Apothekern Rechtsgeschäfte mit Ärzten, welche die Zuführung von Patienten oder die Zuweisung von Verschreibungen zum Gegenstand hätten, grundsätzlich verbiete, unterscheide zwischen der Zuführung von Patienten und der Zuweisung von Verschreibungen. Wenn also in § 31 BO von der Zuweisung "von Patienten" (und nicht "von Verschreibungen") die Rede sei, spreche dies dafür, dass § 31 BO die Zuweisung von Verschreibungen nicht erfasse.

Eine Verletzung von § 31 BO scheitere auch daran, dass es bei dieser Vorschrift anders als bei § 32 BO nicht darauf ankomme, ob durch die gewährte Zuwendung der "Eindruck" einer Beeinflussung der ärztlichen Unabhängigkeit entstehe. Maßgebend sei allein, ob sich der Arzt "für die Zuweisung" ein Entgelt oder einen anderen Vorteil "versprechen oder gewähren" lasse. Für die Bejahung eines Verstoßes gegen § 31 BO komme es nicht auf den äußeren Eindruck, d. h. die in der Vorstellung eines objektiven Beobachters entstandenen Zweifel im Hinblick auf die Wahrung der Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidung an. Entscheidend sei allein, ob die Zuweisung unmittelbar mit dem Versprechen oder Gewähren eines Vorteils verknüpft sei: Zuweisung und Vorteil müssten – wie bei einem entgeltlichen Vertrag – in einem Unmit-

telbarkeitszusammenhang stehen. An einem solchen Zusammenhang fehle es jedoch im vorliegenden Fall.

Es gebe auch keinen Anhaltspunkt dafür, dass sie die Zuweisung einer Verschreibung an den Apotheker ihrer Wahl davon abhängig machen würden, dass dieser Apotheker sodann die Herstellung des Arzneimittels durch die n. veranlasse. Der Bundesgerichtshof habe mit Urteil vom 21. April 2005 – I ZR 201/02 – darauf hingewiesen, dass nach § 31 BO eine rechtliche Koppelung zwischen Zuwendung und Leistung notwendig sei. Durch ihre Beteiligung an der n. werde ihr Verordnungsverhalten aber nicht beeinflusst. Die von ihnen angeordneten Arzneimitteltherapien seien für die Patienten dringend notwendig und stünden nicht zu ihrer Disposition. Es sei auch nicht so, dass sie durch ihre Mitgliedschaft bei der n. einen Vorteil im Gegenzug für ein bestimmtes verordnetes B. erhielten. Die Zubereitungen würden mit Fertigarzneimitteln hergestellt, welche n. nicht vertreibe. Diese B. seien als Ausgangsstoffe von den jeweiligen pharmazeutischen Unternehmern zu beziehen. Ein Vorteil aus der Verwendung dieser B. entstehe daher für sie nicht. N. kaufe vielmehr die von ihr verarbeiteten Fertigarzneimittel über den Großhandel bzw. unmittelbar vom pharmazeutischen Unternehmer ein, um sodann im Auftrag des gegenüber dem Patienten verantwortlichen Apothekers einen letzten Herstellungsvorgang zur Anpassung an die individuellen Bedürfnisse des Patienten vorzunehmen. Aus dem Bezug des Arzneimittels könnten folglich keine Vorteile entstehen. Es entstünden aber Vorteile für die Kostenträger aufgrund der hohen Anforderungen, die bei n. an die Herstellung der Rezepturen gestellt würden. Diese lägen insbesondere darin begründet, dass n. nahezu keinen Verfall von eingekauften Fertigarzneimitteln zu verzeichnen habe.

Die Rechtslage sei daher keine andere, als wenn ein Arzt Aktien eines Pharmaunternehmens halte. Allein der hieraus resultierende Anschein, der Arzt könne versucht sein, bevorzugt Medikamente dieses Pharmaunternehmens zu verordnen, begründe keine Berufspflichtverletzung.

Das Berufsgericht werte im Ergebnis §§ 31, 34 BO als abstrakte Gefährdungsdelikte. Die Intention der Vorschrift sei in der Lesart des Berufsgerichts mit derjenigen des § 331 StGB vergleichbar. Der Wortlaut des § 31 BO trage eine solche Auslegung

nicht. Der Vergleich mit der Formulierung des § 32 BO mache deutlich, dass der Satzungsgeber dort, wo er einen "bösen Schein" aufgrund "abstrakter Gefährdung" vermeiden wolle, dies auch unmissverständlich so formuliere. § 31 BO beschränke sich daher auf die Untersagung des nach Ansicht des Satzungsgebers konkret das Ansehen des ärztlichen Berufs gefährdenden Verhaltens, dass der Arzt die Höhe der Vergünstigung von der Anzahl der in Auftrag gegebenen Untersuchungen bzw. überwiesenen Patienten abhängig mache. Nur solche konkreten Koppelungsgeschäfte seien demnach untersagt. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die eine Abhängigkeit der ärztlichen Leistung von der Zuwendung fordere, bestätige dies. Auch das Landesberufsgericht für Heilberufe für das Land Nordrhein-Westfalen (Urteil vom 18. Februar 2009 – 6t A 1456/05.T –) habe in §§ 31, 34 BO bislang keine solchen Gefährdungstatbestände erblicken können.

Für § 34 Abs. 1 BO gelte dasselbe wie für § 31 BO: Zwischen der Verordnung und dem Vorteil müsse ein Unmittelbarkeitszusammenhang bestehen. Im Übrigen treffe die Annahme des Berufsgerichts, ihr Verordnungsverhalten werde dadurch beeinflusst, dass sich dieses auf die Höhe ihrer Gewinnbeteiligung auswirke, nicht zu. Diese Annahme wäre nur gerechtfertigt, wenn sie Zytostatika verordnen würden, die allein von der n. hergestellt werden könnten. Dies sei nicht der Fall.

Des Weiteren sei zu berücksichtigen, dass es § 34 Abs. 5 BO gestatte, bei hinreichendem Grund Patienten an bestimmte Apotheken zu verweisen. Ein solcher Grund sei nicht nur dann anzunehmen, wenn der Verweisung unmittelbar auf dem Gebiet der Medizin liegende Vorteile zu Grunde lägen. Vielmehr könnten den Arzt auch andere sachliche Gründe (z. B. die Qualität der Versorgung, die Vermeidung von zusätzlichen Wegen bei gehbehinderten Patienten) und insbesondere das wirtschaftlich bessere Angebot zu Verweisungen an bestimmte Leistungserbringer berechtigen. Insoweit sei der Arzt sogar verpflichtet, bei seiner Abwägung auch die Wirtschaftlichkeit der Versorgung mit zu berücksichtigen. Die Verweisung der Patienten an eine mit der n. kooperierende Apotheke habe den Vorteil, dass einerseits der Qualitätsstandard der hergestellten Zytostatika hoch sei, während andererseits die Kosten geringer seien als bei Nichteinschaltung eines auf die Zytostatikaherstellung spezialisierten Lohnherstellers.

Die Beschuldigten tragen gegen die Berufung der Antragstellerin vor, dass es an einem objektiven Pflichtenverstoß gegen berufsrechtliche Normen fehle. Erstmals im Berufungsverfahren unterstelle diese den beauftragten Rechtsanwälten, bloße Gefälligkeitsgutachten angefertigt zu haben, ohne dass hierfür Anhaltspunkte erkennbar seien. Sie unterstelle weiter, dass sie, die Beschuldigten, solche Gefälligkeitsgutachten gewünscht oder zumindest um die angeblich mangelnde Ernsthaftigkeit der Rechtsausführungen gewusst hätten. Ihnen als rechtlich unkundigen Beschuldigten könne aber nicht zum Vorwurf gereichen, dass sie sich in den komplexen Fragen einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung vertrauensvoll anwaltlich hätten beraten lassen. Der Antragstellerin sei hinreichend bekannt gewesen, dass sie Gesellschafter bei n. seien. Ihr sei auch nicht verborgen geblieben, dass Gesellschafter allgemein an den Gewinnen (und Verlusten) ihrer Gesellschaft beteiligt seien. Des Weiteren habe die Antragstellerin gewusst, dass sie als Onkologen niedergelassen seien. Das Schreiben der Rechtsanwaltskanzlei E. & C. vom 19. Juni 2007 habe schließlich sämtliche Aspekte dargelegt, auf welche sich eine angebliche Berufspflichtverletzung hätte stützen können.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird Bezug genommen auf den zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemachten Inhalt des Verwaltungsvorgangs der Antragstellerin (Beiakte 1), der Gerichtsakten des Berufsgerichts für Heilberufe beim Verwaltungsgericht Köln 35 K 8193/08.T und 35 K 8194/08.T (Beiakten 3 und 4) und der vom Beistand der Beschuldigten vorgelegten Unterlagen (Beiakte 2).

II.

Die Berufung der Beschuldigten ist unzulässig (1.), die Berufung der Antragstellerin ist zulässig, aber unbegründet (2.).

1. Die Berufung der Beschuldigten ist unzulässig, weil sie durch die angefochtene Entscheidung des Berufsgerichts nicht beschwert sind. Eine Beschwer ist allgemeine Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Rechtsmittels. Eine solche ergibt sich zunächst nicht aus dem Umstand, dass die Beschuldigten die Eröffnung des berufsge-

richtlichen Verfahrens gegen sich beantragt haben, um sich von dem Verdacht eines Berufsvergehens zu reinigen (§ 71 Abs. 2 HeilBerG NRW), denn diesem Antrag hat das Berufsgericht mit Beschluss vom 19. März 2009 entsprochen.

Eine Beschwer ergibt sich entgegen der Auffassung der Beschuldigten auch nicht aus dem Umstand, dass das Berufsgericht seine Feststellung, dass eine Verletzung der Berufspflichten nicht vorliegt (§ 92 Abs. 2a) HeilBerG NRW), allein aufgrund der Annahme eines Verbotsirrtums getroffen hat. Der Ausspruch nach § 92 Abs. 2a) HeilBerG NRW berechtigt einen Beschuldigten grundsätzlich nicht zur Einlegung einer Berufung.

Der Beschuldigte kann nach dem Heilberufsgesetz NRW nicht nur dann Berufung einlegen, wenn gegen ihn auf eine Maßnahme im Sinne vom § 60 Abs. 1 HeilBerG NRW erkannt worden ist. Vielmehr ist seine Berufung nach § 99 Abs. 1 HeilBerG NRW auch dann zulässig, wenn das Gericht festgestellt hat, dass eine Verletzung der Berufspflichten "nicht erwiesen" ist (vgl. zu dieser Tenorierungsmöglichkeit § 92 Abs. 2b). Dies rechtfertigt sich durch die mit dem Berufsgerichtsprozess zugleich angestrebte eventuelle Rehabilitation des Beschuldigten. In diesem Zusammenhang steht auch das Selbstreinigungsrecht nach § 71 Abs. 2 HeilBerG NRW.

Vgl. Willems, Das Verfahren vor den Heilberufsgerichten, 2009, S. 257 f.

Damit weicht das Heilberufsgesetz NRW von den Regelungen zum Strafprozess, bei dem es nur um die Verwirklichung des staatlichen Strafantrags geht, ab. Nach der Strafprozessordnung ist ein Rechtsbehelf des Angeklagten gegen einen Freispruch selbst dann ausgeschlossen, wenn der Freispruch mangels Beweises erfolgt.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 8. Oktober 1956 –
1 BvR 205/56 –, BVerfGE 6, 7; Meyer-Goßner,
StPO, 47. Aufl. 2004, vor § 296 Rn. 13.

Ein Rechtsmittel gegen einen „Freispruch“ nach § 92 Abs. 2a) HeilBerG NRW ist damit nach der eindeutigen Regelung des § 99 Abs. 1 HeilBerG NRW nicht vorgesehen. Dies gilt auch dann, wenn er – wie hier – (nur) wegen des Fehlens der subjektiven Tatbestandskomponente erfolgt.

Im Übrigen wäre der von den Beschuldigten gestellte Feststellungsantrag im berufsgerichtlichen Prozess nicht statthaft. Einen solchen kennt zwar das Verwaltungsprozessrecht (§ 43 Abs. 1 VwGO). Dem Berufsgerichtsverfahren ist ein solcher jedoch fremd; es dient ausschließlich der Feststellung konkret begangener Berufspflichtverletzungen (vgl. § 92 HeilBerG NRW).

2. Die zulässige Berufung der Antragstellerin ist unbegründet. Die Beschuldigten haben zwar objektiv ihre Berufspflichten dadurch verletzt, dass sie als Gesellschafter seit dem 14. April 2005 – bis zum Zeitpunkt der berufsgerichtlichen Anschuldigung, dem 30. Januar 2009 – mit einer Stammeinlage in Höhe von (zumindest zeitweise) jeweils 55.000,00 Euro an der n. beteiligt gewesen sind und durch ihr Verordnungsverhalten den Gewinn der Gesellschaft messbar gesteigert und zugleich den eigenen Gewinn erhöht haben (§§ 31, 34 Abs. 1 der Berufsordnung für die nordrheinischen Ärztinnen und Ärzte vom 14. November 1998 (MBI. NRW. 1999 S. 350), zuletzt geändert am 18. November 2006 (MBI. NRW. 2007 S. 161), – BO –) (hierzu unter a). Es fehlt jedoch im relevanten, von der Anschuldigungsschrift und dem Eröffnungsbeschluss erfassten Zeitraum an der Vorwerfbarkeit dieses Verhaltens (hierzu unter b).

a) Gemäß § 31 BO ist es Ärzten u. a. nicht gestattet, für die Zuweisung von Patienten ein Entgelt oder andere Vorteile sich versprechen oder gewähren zu lassen. Nach § 34 Abs. 1 BO ist es Ärzten u. a. nicht gestattet, für die Verordnung von Arzneimitteln 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. Nach § 34 Abs. 5 BO ist es ihnen nicht gestattet, Patienten ohne hinreichenden Grund an bestimmte Apotheken, Geschäfte oder Anbieter von gesundheitlichen Leistungen zu verweisen.

aa) In der vorliegenden Konstellation werden die Patienten der Beschuldigten den an der n. beteiligten Apothekern im Sinne des § 31 BO i. V. m. § 34 Abs. 5 BO zugewiesen. Das Verbot des § 31 BO gilt nach seinem Sinn und Zweck nicht nur, wenn ein Arzt einem anderen Arzt Patienten überweist, sondern auch für Patientenzuführungen an die in § 34 Abs. 5 BO genannten Apotheken, Geschäfte oder Anbie-

ter gesundheitlicher Leistungen. Die Anwendbarkeit von § 31 BO kann nicht mit der Erwägung ausgeschlossen werden, anders als bei der Zuweisung an einen konkreten Leistungserbringer bleibe den Patienten vorliegend die Entscheidung überlassen, ob sie entsprechend der Empfehlung der Beschuldigten eine Beauftragung eines bestimmten Apothekers, der die Zytostatika über n. bezieht, wünschen. Die Vorschriften der §§ 31, 34 BO finden sich gleichermaßen in dem Abschnitt der Berufsordnung, der der Wahrung der ärztlichen Unabhängigkeit bei der Zusammenarbeit mit Dritten dient. Der Patient soll sich darauf verlassen können, dass der Arzt die gesamte Behandlung einschließlich etwaiger Empfehlungen anderer Leistungserbringer allein an medizinischen Erwägungen im Interesse des Patienten ausrichtet. Im Hinblick auf diesen auf das Patienteninteresse abstellenden Schutzzweck umfasst der Begriff der Zuweisung in § 31 BO alle Fälle der Überweisung, Verweisung und Empfehlung von Patienten an bestimmte andere Ärzte, an Apotheken, Geschäfte oder Anbieter von gesundheitlichen Leistungen. Entscheidend ist insoweit allein, dass der Arzt für eine erfolgreiche Patientenzuführung an einen anderen Leistungserbringer einen Vorteil erhält oder sich versprechen lässt.

Vgl. BGH, Urteil vom 13. Januar 2011 – I ZR 111/08
-, juris, zu den gleichlautenden §§ 31, 34 NdsBOÄ.

Die Beschuldigten erhalten durch die in diesem Sinne verstandene Zuweisung an die an der n. beteiligten Apotheker ein Entgelt oder andere Vorteile (hier: aus der Beteiligung an der n.). Vorteil im Sinne der §§ 31, 34 BO ist jede entgeltliche Leistung materieller oder immaterieller Art, welche die wirtschaftliche, rechtliche oder persönliche Lage des Empfängers objektiv verbessert.

Vgl. Ratzel/Lippert, (Muster-)Berufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte, 5. Aufl. 2010, Vorbemerkungen vor §§ 30 ff. Rn. 3.

Vorteile im Sinne von § 31 BO können auch Gewinne oder sonstige Einnahmen aus einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung sein. Ob ein gesellschaftsrechtlich an einem Hilfsmittellieferanten beteiligter Arzt gegen § 31 BO verstößt, wenn er Patienten an diesen Anbieter verweist, bestimmt sich danach, ob die Verweisung kausal für einen dem Arzt zufließenden Vorteil ist. Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn die Gewinnbeteiligung oder sonstige Vorteile des Arztes unmittelbar von der Zahl seiner

Verweisungen oder dem damit erzielten Umsatz abhängen. Differenzierter zu beurteilen sind Fälle, in denen der Arzt nur mittelbar, insbesondere über allgemeine Gewinnausschüttungen, am Erfolg eines Unternehmens beteiligt ist. § 31 BO wird einer Beteiligung des Arztes etwa an einem größeren pharmazeutischen Unternehmen nicht entgegenstehen, wenn bei objektiver Betrachtung ein spürbarer Einfluss der Patientenzuführungen durch den einzelnen Arzt auf seinen Ertrag aus der Beteiligung ausgeschlossen erscheint. Ob dies der Fall ist, hängt grundsätzlich vom Gesamtumsatz des Unternehmens, dem Anteil der Verweisungen des Arztes an dieses und der Höhe seiner Beteiligung ab. Die Unzulässigkeit der Beteiligung wird sich aber auch schon aus der Gesamthöhe der dem Arzt aus ihr zufließenden Vorteile ergeben können, sofern diese in spürbarer Weise von seinem eigenen Verweisungsverhalten beeinflusst wird.

Vgl. BGH, Urteil vom 13. Januar 2011 – I ZR 111/08 –, a. a. O.; Hohmann, Ratgeber zur (Muster)-Berufsordnung, S. 202, mit dem Hinweis auf ein „Empfehlungsverbot“; ebenso Dahm, Ärztliche Kooperationsgemeinschaften und Beteiligungsmodelle, MedR 1998, 70 und 74.

Vorliegend erfährt diese vom Bundesgerichtshof behandelte Konstellation eine weitere Besonderheit dadurch, dass nicht die Beschuldigten, sondern diejenigen an der n. gesellschaftsrechtlich beteiligten Apotheker, denen die Patienten von den Beschuldigten zugewiesen worden sind, in eigenverantwortlicher Entscheidung die Zytostatikazubereitungen bei der n. beziehen. Diese Konstellation wird jedoch ebenfalls sowohl vom Wortlaut als auch vom Sinn und Zweck des § 31 BO miterfasst. Verboten ist es, dass der Arzt aus der Zuweisung von Patienten Vorteile erfährt. Da das Geschäftsmodell der n. – jedenfalls auch – auf eine gewinnbringende Nutzung der Handlungsmöglichkeiten abzielt, die dem verordnenden (Onkologen) und beziehenden Gesellschaftern (Apotheker) zur Verfügung stehen, ist der Zusammenhang zwischen Zuweisung von Patienten und Vorteilserzielung unmittelbar gegeben. Dass es den an der n. beteiligten Apothekern rechtlich freisteht, die Zytostatika bei einem anderen Unternehmen zu beziehen, ist zwar zutreffend, nach dem gewinnorientierten Geschäftsmodell der n. , dem sich die Beschuldigten und die an der n. gesellschaftsrechtlich beteiligten Apotheker durch den Abschluss des Gesellschaftsvertrags unterworfen haben, aber lebensfremd.

Der Senat schließt sich mit dieser Bewertung den Erwägungen des Oberlandesgerichts Stuttgart an, das zu einer vergleichbaren Konstruktion der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung an Laborunternehmen ausgeführt hat, dass der beitretende Arzt, soll sich die Beteiligung für ihn auszahlen, in seinem ureigenen Interesse handele, wenn er nicht andere gleich- oder möglicherweise besserwertige Laborunternehmen als Adressaten seines Untersuchungsauftrages ins Kalkül ziehe, sondern ausschließlich die Gesellschaft beauftrage, an der er solchermaßen beteiligt sei. Der zuweisende Arzt könne sicher sein, dass seine intensive Zuweisung, wenn auch nicht 1 : 1, so doch in jedem Fall mit einer Erhöhung auch seiner Gewinnausschüttung abgebildet werde. Von einer Vergabe an ein anderes Laborunternehmen, an welchem er nicht beteiligt sei, habe er nichts, nur bei der Vergabe an dieses stelle sich für ihn ein geldwerter Vorteil ein. Sei beim Erwerb von börsennotierten Aktien eines Pharmaunternehmens und der gezielten Verordnung gerade von Medikamenten aus diesem Hause die Selbstbelohnung äußerst mittelbar, weil die Börsenbewertung des Unternehmens von vielfältigen anderen Faktoren abhänge, welche der Arzt nicht beeinflussen könne, sei die Ausrichtung des Zuweisungsverhaltens auf die Gesellschaft, an der der Arzt beteiligt sei, unmittelbar werthaltig und, wenn alle Unterbeteiligten das Geschäftsmodell verinnerlicht hätten und danach handelten, annähernd linear zum Zuweisungsgrad lukrativ.

OLG Stuttgart, Urteil vom 10. Mai 2007 – 2 U 176/06
-, GesR 2007, 320 = juris Rn. 51. Vgl. auch BGH, Urteil vom 21. April 2005 – I ZR 201/02 -, NJW 2005, 3718 = juris Rn. 23 zu § 4 Nr. 1 UWG: "Ein unangemessener unsachlicher Einfluss kann vielmehr schon dann zu bejahen sein, wenn die niedergelassenen Ärzte... sich auch ohne rechtliche Koppelung veranlasst sehen, dieser Laborpraxis Patienten zu überweisen..." Vertiefend zum Unterschied zur bloßen aktienrechtlichen Beteiligung vgl. OLG Köln, Urteil vom 4. November 2005 – 6 U 46/05 -, GRUR 2006, 600.

Das hier in Rede stehende Gesellschaftsmodell bestätigt in seiner praktischen Umsetzung diese Annahmen. Die Beschuldigten haben im gesamten berufsgerichtlichen Verfahren einschließlich der Hauptverhandlung vor dem Senat nichts dafür aufgezeigt, dass die von ihnen in die Versorgung ihrer Patienten einbezogenen Apotheker,

die zugleich Gesellschafter der n. sind, von einem anderen Unternehmen als
n. Zytostatika beziehen würden.

Bei objektiver Betrachtung besteht bei diesem einvernehmlichen Geschäftsverhalten der Gesellschafter der n. kein Zweifel an einem spürbaren Einfluss der Patientenzuführungen durch die Beschuldigten auf die Höhe ihres Gewinns aus ihrer Beteiligung. Es ist Ziel und Zweck der gesellschaftsrechtlichen Verbindung, diesen Gewinn unter Ausnutzung der durch § 11 Abs. 2 ApoG eröffneten Bezugsmöglichkeiten zu realisieren. Zwar ist nach dem Gesellschaftsvertrag keine Gewinnverteilung nach dem Zuweisungsvolumen der beteiligten Ärzte vorgesehen, sondern eine Gewinnausschüttung nach dem jeweils geleisteten Kapitalanteil, sodass keine unmittelbare Koppelung von Zuweisungsgrad und Gewinnanteil besteht. Die wirtschaftliche Verknüpfung bleibt jedoch offenkundig, da diese dem Beteiligungsmodell immanent ist und die alleinige wirtschaftliche Rechtfertigung für einen Beitritt darstellt. Gewinne können nämlich aus der bloßen Innehabung des Kapitalanteils selbst nicht erwirtschaftet werden.

Vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 10. Mai 2007 – 2 U
176/06 -, a. a. O.

Der Gewinnzufluss an die Gesellschafter speist sich aus dem wirtschaftlichen Erfolg der n. Hieran ändert sich nichts dadurch, dass ggf. eine Haftung mit dem Eigenkapitalanteil droht. Eine solche wirtschaftliche Entwicklung ist zwar nicht ausgeschlossen; damit würde die im Modell verankerte Gewinnerwartung, welche durch eigenes Zuweisungsverhalten steuerbar ist, nur durch ein Risiko überlagert, das nicht modellspezifisch, sondern dem Wirtschaftssystem schlechthin immanent ist. Dieses Verlustrisiko ändert am Geschäftsmodell und seinem auf Vorteilsgewährung ausgerichteten Versprechen für den Fall einer Beteiligung nichts.

Vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 10. Mai 2007 – 2 U
176/06 –, a. a. O.

Die Grenze zur zulässigen Kapitalbeteiligung wird im vorliegenden Fall überschritten, indem n. eine Konstruktion anbietet, die dem Arzt Vorteile verschafft, deren Annahme ihm bei Direktbezug untersagt wäre. Die Konstruktion ist rechtlich unan-

nehmbar, weil der Arzt als Zuweiser oder Verordner direkt und unmittelbar den Wert seines Kapitalanteils steuert und diese damit einen Provisionscharakter erhält.

Vgl. Lippert/Ratzel, Arzt und Industrie nach den Beschlüssen des 106. Deutschen Ärztetags 2003, NJW 2003, 3301/3304.

Dass diese Grenze durch die Beteiligung der Beschuldigten an der n. überschritten wird, lässt sich bereits dem Umstand entnehmen, dass im hier interessierenden Zeitraum zwischen 2005 und 2009 an der n. – abgesehen von einem in der Pharmaindustrie tätigen Onkologen – ausschließlich praktizierende Onkologen und Apotheker im regionalen Einzugsbereich der n. beteiligt gewesen sind. Die Beteiligung anderer Personen, wie z. B. eines Allgemein- oder Zahnarztes, an dieser Gesellschaft hätte nach dem ihr zugrunde liegenden Geschäftsmodell auch keinen Sinn gemacht; möglicherweise wäre sie bei einem entsprechenden Begehr einer solchen Person von der Gesellschaft sogar abgelehnt worden. Diese ist darauf angelegt und angewiesen, dass die beteiligten Gesellschafter durch ihr aktives Verweisungsverhalten zum wirtschaftlichen Erfolg der n. beitragen. Da die Beschuldigten nach dem Gesellschaftsvertrag unmittelbar vom wirtschaftlichen Erfolg profitieren, liegt der Provisionscharakter des ausgeschütteten Gewinns auf der Hand. Die Beschuldigten werden für ihre ärztliche Tätigkeit „Verordnung eines Medikaments“ zweimal entlohnt: zunächst durch die Abrechnung ihrer ärztlichen Leistung gegenüber den Patienten bzw. der kassenärztlichen Vereinigung, sodann durch die Gewinnausschüttung durch n. .

Die Verknüpfung zwischen wirtschaftlichem Erfolg der n. und dem Verweisungsverhalten der Gesellschafter der n. lässt sich auch deren Ertragszahlen entnehmen. Sie belegen, dass es sich um ein Kapitalertragsmodell handelt, das sich mit sonstigen realistischerweise zu erwartenden oder marktüblichen Ertragsmöglichkeiten für eingesetztes Kapital nicht im Ansatz vergleichen lässt. Die Kapitalbereitstellung belief sich für die Beschuldigten zum 22. September 2005 auf gezeichnetes Kapital in Höhe von je 23.000 Euro, zum 7. Februar 2006 in Höhe von je 18.600 Euro, zum 10. August 2006 von je 25.000 Euro, zum 1. Dezember 2006 von je 28.000 Euro, zum 19. Juni 2007, 10. September 2007, 29. November 2007, 7. März 2008 und 19. Juni 2008 von je 55.000 Euro, zum 27. Oktober 2008 und 29. Dezember

2008 von je 50.000 Euro. Für diese in der bloßen Kapitalbereitstellung ohne Kapitalverzehr liegende Leistung erhielten die Beschuldigten nach Maßgabe von § 8 des Gesellschaftsvertrags eine Vergütung in Form der Gewinnausschüttung. Zu den jeweiligen Stichtagen erfolgten nach Steuern Ausschüttungen an die Beschuldigten in Höhe von je 13.360,73 Euro, 10.804,76 Euro, 14.522,53 Euro, 16.265,24 Euro, 15.974,78 Euro, 15.974,78 Euro, 15.835,87 Euro, 6.941,77 Euro, 19.047,56 Euro, 11.449,79 Euro und 11.449,79 Euro. Dies bedeutet – selbst abgestellt auf den höchsten Beteiligungswert – bei einer einmaligen Investition von 55.000 Euro für den Zeitraum von knapp über drei Jahren für jeden Beschuldigten Ausschüttungen in Höhe von insgesamt 151.627,60 Euro; dies ergibt – vor den persönlichen Steuern – einen jährlichen Ertrag von rund 90% des eingesetzten Kapitals. Berücksichtigt man, dass die Beschuldigten nach eigenen Angaben lediglich 25% der von ihnen gezeichneten Beträge eingezahlt haben, ergibt dies sogar einen Kapitalertrag von jährlich rund 360%.

bb) Ein rechtfertigender Grund nach § 34 Abs. 5 BO bestand nicht. Hiernach ist die Verweisung von Patienten an bestimmte Apotheken, Geschäfte oder Anbieter von gesundheitlichen Leistungen zulässig, wenn ein hinreichender Grund vorliegt.

aaa) Der Begriff der Verweisung in § 34 Abs. 5 BO ist nicht auf den Fall einer den Patienten bindenden Überweisung zu beschränken. Schon nach Wortlaut und Überschrift erfasst die Norm grundsätzlich auch Empfehlungen. § 34 Abs. 5 BO soll nach seinem Zweck die unbeeinflusste Wahlfreiheit des Patienten in Bezug auf Apotheken, Geschäfte und Anbieter gesundheitlicher Leistungen gewährleisten. Diese Wahlfreiheit ist schon dann beeinträchtigt, wenn der Arzt von sich aus einen bestimmten Erbringer gesundheitlicher Leistungen nahelegt oder auch nur empfiehlt.

Vgl. BGH, Urteil vom 13. Januar 2011 – I ZR 111/08
-, a. a. O.

Dass die Beschuldigten den Bezug der Zytostatika bei den an der n. beteiligten Apothekern nahelegen bzw. empfehlen, liegt nach den Einlassungen der Beschuldigten in der Hauptverhandlung auf der Hand. Diese haben angegeben, dass jeder Patient den ihm unterbreiteten Vorschlag annimmt und die Zytostatika über die von den Beschuldigten benannten, an der n. beteiligten Apotheker beziehen

lässt; lediglich wegen – im vorliegenden Zusammenhang nicht relevanter – ergänzender Verordnungen wie z. B. Antibiotika würden Patienten in Einzelfällen andere Apotheker aufsuchen. Diese Empfehlung verliert ihren Charakter als eine solche nicht dadurch, dass die Beschuldigten nach ihren Einlassungen ihre Patienten darüber aufklären, es stehe ihnen frei, auch eine andere Apotheke als die von ihnen vorgeschlagene mit der Zytostatikabeschaffung zu beauftragen. Überdies haftet der Aufklärung der Mangel an, dass den Patienten nicht bewusst gemacht wird, dass die Verweisung an die vorgeschlagene Apotheke für die Beschuldigten über deren gesellschaftsrechtliche Beteiligung an der n. mit finanziellen Vorteilen verbunden ist.

bbb) Ein hinreichender Grund für dieses Verhalten besteht nicht. Das Verbot in § 34 Abs. 5 BO steht einer Verweisung nur dann nicht entgegen, wenn entweder unmittelbar auf dem Gebiet der Medizin liegende Vorteile bestehen oder andere sachliche Gründe wie etwa die Qualität der Versorgung, die Vermeidung von Wegen bei gehbehinderten Patienten oder schlechte Erfahrungen mit anderen Anbietern den Arzt zu Verweisungen an bestimmte Leistungserbringer berechtigen.

Vgl. BGH, Urteil vom 28. September 2000 – I ZR 141/98 -, NJW-RR 2001, 407 = juris Rn. 26; OLG Celle, Urteil vom 21. Dezember 2006 – 13 U 118/06 –, MedR 2007, 435 = juris Rn. 16; Landesberufsgericht für Heilberufe bei dem OVG NRW, Urteil vom 18. Februar 2009 – 6t A 1456/05.T -, MedR 2009, 632 = juris Rn. 54.

Der Arzt ist in diesem Zusammenhang nicht gehindert, sondern sogar verpflichtet, auch die Wirtschaftlichkeit der Versorgung mit zu berücksichtigen (für Kassenpatienten vgl. §§ 12 Abs. 1, 70 Abs. 1 Satz 2 SGB V).

Vgl. BGH, Urteil vom 29. Juni 2000 – I ZR 59/98 -, NJW 2000, 2745 = juris Rn. 49 (verkürzter Versorgungsweg); Urteil vom 28. September 2000 – I ZR 141/98 -, a. a. O.

Die Wirtschaftlichkeit und die Qualität der Versorgung durch den Bezug von Zytostatika bei der n. , wie sie von den Beschuldigten dargelegt worden ist, ist allerdings nicht geeignet, die wirtschaftliche Beteiligung der Beschuldigten an der n.

zu rechtfertigen. Denn der Bezug von dort wäre auch dann wirtschaftlicher, wenn nicht gerade die Beschuldigten Gesellschafter wären und diese aus ihrer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung aus dem Handel mit den Zytostatika resultierende Gewinne erzielten.

b) Die Berufspflichtverletzung ist den Beschuldigten jedoch nicht vorwerfbar. Einer Berufspflichtverletzung macht sich in subjektiver Hinsicht schuldig, wer vorsätzlich gegen die Berufspflichten verstößt oder die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, diese einzuhalten, außer acht lässt. Ein Schuldvorwurf in diesem Sinne kann den Beschuldigten jedoch deswegen nicht gemacht werden, weil ihnen in entsprechender Anwendung des § 17 StGB

– vgl. zur Berücksichtigung der Rechtsgrundsätze des § 17 StGB auch in anderen Rechtsbereichen BGH, Beschluss vom 27. Januar 1966 – KRB 2/65 –, BGHSt 21, 18 = juris Rn. 46 (Ordnungswidrigkeitenrecht); BVerwG, Beschluss vom 21. Februar 2008 – 2 B 1.08 –, Buchholz 235.2 LDisziplinarG Nr. 5 (Disziplinarrecht) –

bei Begehung des angeschuldigten Verhaltens die Einsicht fehlte, Unrecht zu tun und sie diesen Irrtum auch nicht vermeiden konnten. Den Beschuldigten fehlte die Unrechtseinsicht, weil sie der unzutreffenden Rechtsauffassung anhingen, ihre Beteiligung an der n. stehe mit den ärztlichen Berufspflichten in Einklang.

Zur Anwendbarkeit des § 17 StGB auf Rechtsirrtümer vgl. BGH, Urteil vom 7. März 1996 – 4 StR 742/95 –, NJW 1996, 1604; Urteil vom 18. Dezember 1985 – 2 StR 461/85 –, wistra 1986, 219.

Es kann dahinstehen, ob der Verbotsirrtum vermeidbar gewesen wäre, weil den Beschuldigten ihre geplante Beteiligung an der n. unter Berücksichtigung ihrer Fähigkeiten und Kenntnisse Anlass hätte geben müssen, über deren mögliche Rechtswidrigkeit nachzudenken oder sich bei einem als kompetent angesehenen Rechtsanwalt zu erkundigen.

Vgl. zum Maßstab der Vermeidbarkeit BGH, Beschluss vom 27. Januar 1966 – KRB 2/65 –, BGHSt

21, 18; OLG Frankfurt, Urteil vom 14. Juli 2003 – 3
Ss 114/03 –, NStZ-RR 2003, 263.

Auch die Frage, ob es sich bei den von den Beschuldigten eingeholten anwaltlichen Gutachten um sog. Gefälligkeitsgutachten handelt,

vgl. hierzu OLG Frankfurt, Urteil vom 14. Juli 2003 –
3Ss 114/03 –, a. a. O.,

wofür entgegen der pauschalen, erstmals im Berufungsverfahren vorgebrachten Behauptung der Antragstellerin nach Ansicht des Senats nichts spricht, kann offenbleiben.

Denn selbst wenn die Beschuldigten einer ihnen obliegenden Erkundigungspflicht nicht genügt hätten, hätte eine pflichtgemäße Erkundigung nicht zu einer richtigen Auskunft und nicht zu einem richtigen Ergebnis geführt.

Vgl. zu hypothetischem Alternativverhalten im Rahmen des § 17 StGB BGH, Urteil vom 7. März 1996 – 4 StR 742/95 –, a. a. O.; Urteil vom 21. Juni 1990 – 1 StR 477/89 –, BGHSt 37, 55; Fischer, Strafgesetzbuch, 55. Aufl. 2008, § 17 Rn. 9b; a. A. noch BGH, Beschluss vom 27. Januar 1966 – KRB 2/65 –, BGHSt 21, 18.

Kompetenter Ansprechpartner für die Frage, ob die Beschuldigten durch ihre Beteiligung an der n. gegen ihre Berufspflichten verstößen, wäre jedenfalls die Antragstellerin gewesen, zu deren Aufgaben es gehört, für die Erhaltung eines hochstehenden Berufsstands zu sorgen und die Erfüllung der Berufspflichten der Kammerangehörigen zu überwachen sowie die notwendigen Maßnahmen zur Beseitigung berufsrechtswidriger Zustände zu treffen (§ 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 HeilBerG NRW). Diese hat den Beschuldigten mit Schreiben vom 12. Dezember 2007 jedoch mitgeteilt, dass die rein gesellschaftsrechtliche Beteiligung an der n. grundätzlich keinen Verstoß gegen das ärztliche Berufsrecht darstelle. Insofern liege kein im Rahmen der Berufsaufsicht zu beanstandendes berufswidriges Verhalten vor. Nach Aktenlage seien auch tatsächliche konkrete Anhaltspunkte für einen Berufspflichtverstoß nicht ersichtlich. Auch bei Wahrnehmung einer etwaigen Erkundi-

gungspflicht hätte eine pflichtgemäße Erkundigung durch die Beschuldigten daher nicht zu einer richtigen Auskunft geführt.

Die rechtliche Äußerung der Antragstellerin ist nicht unter dem Aspekt unbeachtlich, dass sie von den Beschuldigten über die genauen Umstände der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung im Unklaren gelassen worden wäre. Die Antragstellerin war von den Beschuldigten hinreichend konkret unterrichtet worden; insbesondere lagen ihr der Gesellschaftsvertrag der n. ..., die ausführlichen Sachverhaltsschilderungen der Rechtsanwaltskanzlei E. ... & C. ... vom 19. Juni 2007 und 25. September 2007 und die von den Beschuldigten eingeholten anwaltlichen Gutachten vor. Hätte aus Sicht der Antragstellerin weiterer Aufklärungsbedarf bestanden, hätte es ihr obliegen, weitere Nachfragen an die Beschuldigten zu richten. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass diese, die sich im gesamten Verfahren kooperativ und verfahrensfördernd verhalten haben, einer solchen Aufforderung nicht nachgekommen wären.

Die objektive Berufspflichtverletzung der Beteiligung an der n. ... im Jahr 2005 und deren Fortführung (jedenfalls) bis zum 15. Juli 2008 ist durch den ursprünglichen unvermeidbaren Verbotsirrtum entschuldet. Der Antragstellerin hätte klar sein müssen, dass sie nicht mit Erfolg ein – wenn auch objektiv berufspflichtwidriges – Verhalten für einen zurückliegenden Zeitraum anschuldigen kann, von deren Rechtmäßigkeit sie selbst unter Verlautbarung an die Beschuldigten ausgegangen ist.

Der Irrtum war allenfalls ab dem Zeitpunkt vermeidbar, ab dem die Antragstellerin ausdrücklich von ihrer bislang vertretenen Rechtsansicht abgerückt ist und die Beschuldigten aufgefordert hat, ihre Beteiligung an der n. ... einzustellen. Dies ist erst mit Schreiben vom 15. Juli 2008 geschehen, als die Antragstellerin den Beschuldigten mitgeteilt hat, nach nochmaliger juristischer Prüfung, insbesondere auch unter Berücksichtigung neuerer Rechtsprechung, sei sie nunmehr unter ausdrücklicher Abkehr von ihrer früheren Rechtsauffassung zu der Auffassung gelangt, dass die Beteiligung gegen §§ 31 und 34 Abs. 1 BO verstößt. Die Beschuldigten würden eindringlich aufgefordert, ihre Beteiligung an der n. ... schnellstmöglich aufzugeben. Für den Fall der Nichtbefolgung behalte man sich ein weiteres berufsrechtliches Vorgehen vor.

Der berufsrechtliche Vorwurf ab diesem Zeitpunkt – bis zur Stellung des Antrags auf Eröffnung des berufsgerichtlichen Verfahrens – kann nur darin liegen, die Beteiligung an der n. nach dem 15. Juli 2008 nicht schnellstmöglich aufgegeben, sondern fortgesetzt zu haben. Es kann offen bleiben, ob die Anschuldigung, sich an der n. beteiligt zu haben, auch den Vorwurf umfasst, nach dem Wegfall des Verbotsirrtums alles rechtlich Mögliche zu unternehmen, das Gesellschaftsverhältnis zu beenden. Die von der Antragstellerin verlangte „Aufgabe“ hätte einseitig (allein) durch Kündigung des Gesellschaftsvertrags erfolgen können. Zwar ist eine berufspflichtwidrige Beteiligung grundsätzlich auch geeignet, ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB zu begründen,

vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 10. Mai 2007 – 2 U 176/06 –, a. a. O.; Ratzel/Lippert, (Muster-)Berufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte, 5. Aufl. 2010, § 31 Rn. 1; Ratzel, Zivilrechtliche Konsequenzen von Verstößen gegen die ärztliche Berufsordnung, MedR 2002, 492, 496,

sodass es nicht einmal einer Kündigungserklärung bedurft hätte. Dies setzt jedoch die Offensichtlichkeit der Verwirklichung des gesetzlichen Verbotstatbestands voraus, woran es nach den dargelegten Umständen des vorliegenden Falls fehlt.

Im Wege der Kündigung war den Beschuldigten der Austritt aus der n. nach § 4 Abs. 2 Satz 1 des Gesellschaftsvertrags erst mit einer Kündigungsfrist von zwölf Monaten zum Schluss des Kalenderjahres möglich. Dies bedeutete, dass die Beschuldigten die Aufforderung der Antragstellerin vom 15. Juli 2008 bis zum 31. Dezember 2008 durch Abgabe einer Kündigungserklärung gegenüber der n. hätten umsetzen müssen. Eine solche Kündigung wäre erst zum 31. Dezember 2009 wirksam geworden; das berufsgerichtliche Verfahren ist jedoch schon zum 30. Januar 2009 eingeleitet worden. Überdies haben die Beschuldigten im Laufe des Jahres 2009 das Gesellschaftsverhältnis ohnehin beendet.

Eine außerordentliche Kündigung wäre den Beschuldigten schon deswegen nicht zuzumuten gewesen, weil nach den Umständen des konkreten Falls nicht geklärt gewesen ist, ob ihre Beteiligung tatsächlich gegen berufsrechtliche Vorschriften verstieß und es auch der Antragstellerin im Rahmen des berufsgerichtlichen Verfahrens

im Kern um die Klärung der objektiven Rechtslage, der Zulässigkeit einer gesellschaftlichen Beteiligung an der n. , ging.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 107, 108 Abs. 3 Satz 1, 112 Satz 1 HeilBerG NRW i. V. m. § 473 Abs. 1 Satz 1 StPO.

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]