OBERLANDESGERICHT MÜNCHEN
Bayerisches Landesberufsgericht für Heilberufe

Aktenzeichen: LBG-Ap 002/12
Berufsgericht bei dem Landgericht München ! BG-Ap 15/10

Landesberufsgericht für die Heilberufe

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

Das Bayerische Landesberufsgericht für die Heilberufe hat in dem berufsgerichtlichen Verfahren gegen

…

wegen Verletzung berufsrechtlicher Pflichten

aufgrund der Hauptverhandlung in der öffentlichen Sitzung vom 12. Dezember 2012, an der teilgenommen haben:

1. als Richter der Vorsitzende Richter am Oberlandesgericht …, die Richterin am Oberlandesgericht …, der Richter am Oberlandesgericht … sowie die ehrenamtlichen Richter … und …
2. die Beschuldigte …
3. ihrem Verteidiger Rechtsanwalt

4. für die Antragsteller …, die Bayerische Landesapothekerkammer,

5. als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle Justizangestellten...

für Recht erkannt:

I. Auf die Berufung der Beschuldigten wird das Urteil des Berufsgerichts für die Heilberufe bei dem Landgericht München I vom 21. März 2012 aufgehoben.

II. Das Verfahren wird eingestellt.

III. Die Kosten des Verfahrens beider Rechtszüge sowie die der Beschuldigten insoweit erwachsenen notwendigen Auslagen trägt die Antragstellerin.

Gründe:

I.

1. Mit Schreiben vom 3. November 2010 hat die Antragstellern, die Bayerische Landesapothekerkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, bei dem Berufsgericht für die Heilberufe bei dem Landgericht München I die Einleitung eines berufsgerichtlichen Verfahrens gegen die Beschuldigte beantragt und ihr hierbei folgendes zur Last gelegt:

   Die Beschuldigte betreibe als Geschäftsführerin eine Firma, die Vertretungsdienstleistungen für Apotheken anbiete. Die Beschuldigte habe auf der Internet-Seite ... …….. dafür geworben, dass sie diese Leistung auf selbstständiger Basis erbringe. Eine selbstständige Tätigkeit zeichne sich dadurch aus, dass der freie Mitarbeiter an Weisungen des Apothekenbetreibers hinsichtlich Arbeitszeit und Gestaltung der Tätigkeit nicht gebunden sei und den Arbeitsauftrag jederzeit niederlegen könne. Dies verstoße jedoch gegen apothekenrechtliche Vorgaben, wonach zu vermeiden sei, dass eine Apotheke nicht ordnungsgemäß besetzt ist. Das Angebot der Beschuldigten sei insbesondere auch nicht mit der eigenverantwortlichen und persönlichen Leistungsverpflichtung des Apothekenbetriebs durch den Apothekenleiter gem. § 7 Apothekengesetz (ApoG) vereinbar. Die Beschuldigte habe dadurch gegen § 1 der Berufsordnung der Bayerischen Landesapothekenkammer (im Folgenden: BO) verstoßen.

   Der Antragsschrift hat die Antragstellerin als Beweismittel „die Akten der Bayerischen Landesapothekerkammer bezüglich des o.g. Vorganges" beigefügt. Aus den schriftlichen Unterlagen ergibt sich u.a. der zwischen ihr und der Beschuldigten in dieser Angelegenheit geführte Schriftwechsel, aus dem sich ersehen lässt, dass die Beschuldigte die von der Antragstellern vertretene Rechtsauffassung nicht teilte. Außerdem befindet sich bei den Anlagen u.a. ein auf der Homepage der Beschuldigten am 17.08.2010 dargestellter Buchungskalender.

2. Nach Anhörung der Beschuldigten, aber ohne Durchführung eines förmlichen Untersuchungsverfahrens nach Art, 80 Abs. 2 Bayerisches Heilberufe-Kammergesetzes (im Folgenden: HKaG), hat das Berufsgericht bei dem Landgericht München I am 29. Februar 2012 beschlossen, das berufsgerichtliche Verfahren gegen die Beschuldigte zu eröffnen.

   Im Eröffnungsbeschluss nahm das Berufsgericht zunächst Bezug auf die Antragsschrift und deren Begründung. Die Antragstellerin lege der Beschuldigten zur Last, als Geschäftsführerin einer Firma unter der Internet-Adresse ... auf selbstständiger Basis beworben und angeboten zu haben. Eine nähere Konkretisierung erfolgte nicht. Anschließend fasste der Eröffnungsbeschluss die Rechtsmeinung der Beschuldigten zusammen. Zur Begründung der Verfahrenseröffnung enthielt der Eröffnungsbeschluss Ausführungen zu den in der Praxis möglichen bzw. erwartbaren Schwierigkeiten einer selbstständigen Apothekervertretung.

   Eine weitere Schilderung der der Beschuldigten zur Last gelegten berufsrechtlichen Verfehlungen enthielt der Eröffnungsbeschluss nicht.

3. Am 21. März 2012 hat gegen die Beschuldigte die Hauptverhandlung stattgefunden, aufgrund deren das Berufsgericht sie einer Berufspflichtverletzung schuldig gesprochen und sie hierwegen zu einer Geldbuße von 3.000 EUR verurteilt hat. Der Urteilsbegründung ist zu entnehmen, dass das Berufsgericht wegen des im Eröffnungsbeschluss genannten Verhaltens der Beschuldigten einen Verstoß gegen § 7 ApoG sieht.

   Gegen dieses, der Beschuldigten am 19.04.2012 und ihrem Verteidiger am 20.04 2012 zugestellte Urteil hat die Beschuldigte mit Schriftsatz ihres Verteidigers vom 21.05.2012, eingegangen bei Gericht am Montag, den 21.05.2012, Berufung eingelegt.

II.

1. Zu den persönlichen Verhältnisse der Beschuldigten hat das Landesberufsgericht folgendes Festgestellt: ...

2. Die gemäß Art. 90 Abs. 1 HKaG statthafte, im Übrigen gemäß Art. 90 Abs. 2 HKaG auch zulässige Berufung hat in der Sache Erfolg und führt gemäß Art. 92 Abs. 4 Satz 1 HKaG i. V. m. Art. 98 HKaG, §§ 260 Abs. 3; 206a StPO zur Aufhebung des angegriffenen Urteils und zur Einstellung des Verfahrens.

   Es besteht ein Verfahrenshindernis, weil ein den gesetzlichen Vorgaben entsprechender Eröffnungsbeschluss fehlt.

   a) Das Landesberufsgericht hat entsprechend Art. 98 HKaG i.V.m. §§ 312 ff. StPO von Amts wegen nicht nur die Statthaftigkeit und Zuiässigkeit der Berufung im berufsgerichtlichen Verfahren zu prüfen. Ihm obliegt von Amts wegen auch die Prüfung, ob der Durchführung des berufsgerichtlichen Verfahrens das Fehlen von Prozessvoraussetzungen oder Verfahrenshindernisse entgegenstehen. Ein

Verfahrenshindernis liegt unter anderem dann vor, wenn zwar ein Eröffnungsbeschluss vorliegt, dieser jedoch an derart schwerwiegenden Mängeln leidet, dass er unwirksam ist (vgl. BGH, Urteil vom 15.11.1983, Az. 5 StR 657/83, Rn 4, zitiert nach juris; Schneider in KK, StPO, 6. Auflage, § 207 Rnrn, 27 und 31, zitiert nach beck-oniine; Meyer-Goßner, StPO, 53. Auflage, § 207 Rn. 11). Ob die Mängel in der Hauptverhandtung heilbar gewesen wären, kann dahinstehen, weil die Mängel auch in der Hauptverhandlung nicht beseitigt wurden.

b) Maßgeblich für die Feststellung von Gegenstand und Umfang der gerichtlichen Untersuchung ist der Eröffnungsbeschluss. In diesem sind gem. Art. 83 Abs. 1 HKaG die Verfehlungen der Beschuldigten anzuführen. Weitere Anforderungen insbesondere an den Inhalt eines solchen Beschlusses enthält das HKaG nicht. Die weiteren Anforderungen richten sich nach den Regelungen der Strafprozessordnung (vgl. ausführlich Bayerisches Landesberufsgericht für die Heilberufe, Urteil vom 30.03.2011, Az. IBG-Ä 002/10, BeckRs 2012, 21512). Danach perpetuiert sich im Eröffnungsbeschluss die Informations- und Umgrenzungsfunktion des Anklagesatzes (bzw. im berufsgerichtlichen Verfahren: der Antragsschrift). Mängel des Eröffnungsbeschlusses, die seine vom Gesetz vorgesehene Funktion innerhalb des Strafverfahrens betreffen, machen ihn unwirksam und führen zu einem gerichtlichen Befassungsverbot.

c) Der Eröffnungsbeschluss des Berufsgerichts vom 29. Februar 2012 erfüllt die von ihm erwartete Informations- und Umgrenzungsfunktion nicht.

Der Eröffnungsbeschluss enthält unter Hinweis auf die Internet-Veröffentlichung der Beschuldigten lediglich die pauschale Behauptung, die Beschuldigte habe nach Auffassung der Antragstellerin Vertretungsdienstleistungen für Apotheken angeboten. Eine weitere, für den Tatvorwurf wesentliche Beschreibung des dem Berufsgericht zur Würdigung unterbreiteten Sachverhalts enthält der Eröffnungsbeschluss nicht.

In der mündlichen Verhandlung vom 21.03.2012 wurde im Rahmen des Berichts über den bisherigen Gang des Verfahrens der Eröffnungsbeschluss auszugsweise verlesen. Eine Konkretisierung oder Ergänzung des Beschlusses ist jedoch dem Protokoll nicht zu entnehmen.

d) Die dargestellten Mängel des Eröffnungsbeschlusses sind auch nicht durch den Verweis auf die Antragsschrifi vom 03.11.2010 geheilt. Denn diese leidet selbst an erheblichen Mängeln. Aus Art. 77 Abs. 2 Satz 1 HKaG i.V.m. Art. 98 HKaG, § 200 Abs. 1 StPO folgt, dass die Beschreibung der dem Beschuldigten zur Last gelegten berufsrechtlichen Verfehlung hinreichend bestimmt sein muss. Es gilt das zur informations- und Umgrenzungsfunktion des Eröffnungsbeschlusses Ausgeführte entsprechend (vgl. ausführlich Bayerisches Landesberufsgericht für die Heilberufe, Urteil vom 30.03.2011, Az. LBG-Ä 002/10, BeckRs 2012, 21512 sowie Urteil vom 21,11.2012, LBG-Ä 2/12 Rn. 30 f, zitiert nach juris).

aa. Dem Einleitungsantrag der Antragstellerin ist zu entnehmen, dass der Beschuldigten ein Verstoß gegen § 7 ApoG zur Last gelegt wird. Die genannte Vorschrift knüpft die Erlaubnis des Apothekenbetreibers an die persönliche Leitung der Apotheke in eigener Verantwortung. Hiergegen soll die Beschuldigte dadurch verstoßen haben, dass sie als Geschäftsführerin einer Firma unter der Internet-Adresse ... Vertretungsdienstleistungen für Apotheken auf selbstständiger Basis anbot. Dem Einleitungsantrag ist jedoch nicht zu entnehmen, in welchem Zeitraum die für standeswidrig gehaltene Tätigkeit der Beschuldigten durchgeführt wurde. Es sind weder Anfangs- noch Endzeitpunkt genannt. Der Datierung des Antrags auf Einleitung eines berufsgerichtlichen Verfahrens und der sprachlichen Fassung ("...unter der Internet-Adresse... warb sie...") lässt sich nur entnehmen, dass die der Beschuldigten vorgeworfene Werbetätigkeit in der Vergangenheit geschah. Eine nähere zeitliche Eingrenzung ist indes nicht möglich. Damit lässt sich jedoch weder prüfen, ob inzwischen Verfolgungsverjährung eingetreten ist (vgl. Art. 66 Abs. 2 HKaG), noch ließe sich gegebenenfalls feststellen, ob einem erneuten berufsgerichtlichen Verfahren der Gesichtspunkt des berufsgerichtlichen Klageverbrauchs ent-

gegenstünde. Denn was anderweitig anhängig war, abgeurteilt oder freigesprochen worden ist, kann nicht mehr Grundlage erneuten berufsgerichtlichen Vorgehens gegen die Beschuldigte sein. Dies gilt im berufsgerichtlichen Verfahren in besonderem Maße, weil der Grundsatz der Einheitlichkeit der Pflichtverletzung in weiterem Umfang als im Strafrecht zu einem „Strafklage"verbrauch führt (vgl. BGH, Urteil vom 14.08.2012, Az. WpSt (R) 1/12 (KG), Leitsatz 2, NJW 2012, 3251). Insoweit verlangt die formale Rechtskraft, dass die Beschuldigte sich auf den Bestand einer rechtskräftig gegen sie ergangenen berufsgerichtlichen Entscheidung verlassen kann. Gleichermaßen wäre die Frage der Rechtshängigkeit nicht zu beantworten. Auch im berufsgerichtlichen Verfahren gilt der Grundsatz, dass sich ein Beschuldigter nicht wegen derselben Verfehlung vor mehreren Gerichten oder in mehreren Verfahren verteidigen muss. Die Beschuldigte hat mangels ausreichender Umgrenzung der den Gegenstand des berufsgerichtlichen Verfahrens bildenden Tat und mangels näherer Information hierzu auch keine Möglichkeit, sich sachgerecht zu verteidigen. Daran ändert nichts die Tatsache, dass die Beschuldigte von einem Verteidiger vertreten wird, weil der Tatvorwurf auch für diesen erkennbar sein muss.

bb. Der Mangel des Einleitungsantrags (und darauf aufbauend des Eröffnungsbeschlusses) wird nicht dadurch geheilt, dass sich aus den dem Einleitungsantrag beigefügten Anlagen, nämlich dem Schriftwechsel der Antragstellerin mit der Beschuldigten, durch Inbezugnahme des im Internet bereitgehaltenen Buchungskalenders konkrete Zeiten ergaben, in welchen die Beschuldigte als Apothekervertretung tätig gewesen sein soll. Bei der Prüfung der Anforderungen an eine Anklageschrift ist zwar nicht nur auf den Anklagesatz abzustellen, sondern auch das dargestellte Ergebnis der Ermittlungen (§ 200 Abs. 2 Satz 1 StPO), das auch Art. 77 Abs. 2 Satz 2 HKaG nennt, heranzuziehen (vgl. Meyer- Goßner, StPO 53. Auflage, § 200 Rn. 26 m.w.N.; Karlsruher Kommentar zur StPO, 6. Auflage 2008, § 200 Rn. 30, zitiert nach beck-online). Damit hat es jedoch sein Bewenden. Denn der Akteninhalt, also Schriftstücke außerhalb der Antragsschrift, kann nicht zur Verdeutlichung und ergänzenden Auslegung eines Einleitungsantrags herangezogen werden (BGH NJW 2000, 3293 für den straf-

prozessualen Anklagesatz), Die gegenteilige Rechtsprechung des Bayerischen Landesberufsgerichts für die Heilberufe (LBG-Ä 8/02 Rn.9 f, zitiert nach juris) hat das Landesberufsgericht ausdrücklich aufgegeben (Urteil vom 21.11.2012, LBG-Ä 2/12). An den dargestellten Erfordernissen ändert nichts die Tatsache, dass die von der Antragsschrift in Bezug genommenen Anlagen Beweismittel sind. Denn dasselbe gilt für Beweismittel, unabhängig davon, ob sich diese bei den Akten befinden oder nicht. Auch Beweismittel haben bei der Bestimmung der den Gegenstand des Verfahrens bildenden Tatvorwürfe außer Betracht zu bleiben. Denn aus Beweismitteln, gerade wenn es sich um umfangreiche Schriftstücke handelt, lassen sich im Einzelfall u.U. Tatvorwürfe entnehmen, die nicht von der Anklageschrift bzw. von der Antragsschrift erfasst werden oder bei denen dies zweifelhaft ist. Es ist im Übrigen nicht Aufgabe des Gerichts, die Beweismittel zu durchforsten, um ihnen Tatzeit und Tatumstände entnehmen zu können.

cc) Außerdem lässt sich dem im Eröffnungsantrag dargestellten Sachverhalt nicht entnehmen, ob und wenn ja in welchen Fällen die Werbetätigkeit der Beschuldigten zu Aufträgen führte und ob diese von der Beschuldigten auch durchgeführt wurden. Der Hinweis der Antragstellerin im Berufungsverfahren auf den im Internet veröffentlichten Buchungskalender kann nicht nur in zeitlicher Hinsicht den Mangel der Antragsschrift nicht mehr heilen, sondern ist auch in der Sache unzureichend: Der Buchungskalender ist ein Indiz für eine tatsächliche Tätigkeit, mehr allerdings nicht. Gerade weil er zum jeweiligen Zeitpunkt in die Zukunft reicht, müsste in der Antragsschrift mitgeteilt werden, welche Aufträge tatsächlich durchgeführt wurden.

dd) Darüber hinaus enthält die Antragsschrift keine Angaben darüber, ob und ggf. in welcher Höhe die Tätigkeit der Beschuldigten Einkünfte generierte und welcher Art die von ihr angebotenen Vertretungstätigkeiten waren. Insbesondere bleibt offen, ob die von der Beschuldigten angebotene Vertretung nur (einfaches) Apotheken personal betraf oder den jeweiligen Leiter der Apotheke. Schließlich hält der Eröffnungsbeschluss durch seinen Verweis auf den Antrag

der Antragstellerin vom 03.11.2010 die in der dort gewählten Wortwahl begründete Unklarheit aufrecht, wonach nicht einmal ersichtlich ist, ob die Beschuldigte „als Geschäftsführerin einer Firma" die angebotenen Vertretungsdienstleistungen nur höchstpersönlich anbot, oder ob die von ihr betriebene Firma hierfür weiteres Personal bereithielt. Damit lässt sich nicht feststellen, ob und in welchem Maß die Vertretungstätigkeit der Beschuldigten der ratio legis des von der Antragstellerin ihrem Antrag zugrunde gelegten Gesetzes widerspricht.

ee) Die dargestellten Mängel werden nicht dadurch unerheblich, dass, wie die Antragstellerin vorträgt, die Beschuldigte Kenntnis von den ihr konkret vorgeworfenen Verfehlungen hatte, so dass sie in ihrer Verteidigung nicht unzulässig eingeschränkt gewesen sei. Denn die strafprozessualen Verfahrensvoraussetzungen stehen nicht zur Disposition, weder der Beschuldigten noch des Gerichts.

insgesamt können damit der Antragsschrift zureichende Anhaltspunkte sowohl für die Feststellung eines berufsrechtlichen Verstoßes (Schuldspruch) als auch für die Bemessung der berufsrechtlichen Ahndung (Strafzumessung) nicht entnommen werden.

Damit erfüllt der vorliegende Eröffnungsbeschluss, beruhend auf einer unzureichenden Antragsschrift, nicht die vom Gesetz an ihn gestellten Anforderungen, so dass das angefochtene Urteil aufzuheben und das Verfahren gemäß Art. 98 HKaG i, V. m. § 260 Abs. 3 StPO durch (Prozess-) Urteil des Landesberufsgerichts für Heilberufe einzustellen war.

3. Auch wenn es nach dem bisher Ausgeführten nicht mehr darauf ankommt, ergreift das Landesberufsgericht die Gelegenheit, im Hinblick auf weitere zu erwartende Verfahren im Zusammenhang mit der Apothekervertretung darauf hinzuweisen, dass das angefochtene Urteil des Berufsgerichts auch in materiell-rechtlicher Hinsicht erheblichen Bedenken unterliegt:

a) Die Antragstellerin beruft sich zur Rechtfertigung ihres Antrags auf Einleitung eines berufsgerichtlichen Verfahrens auf § 1 Abs. 3 der Berufsordnung für Apothekerinnen und Apotheker (BO) in der (derzeit noch geltenden) Fassung vom 21.05.2006 in Verbindung mit § 7 ApoG. Nach § 1 Abs. 3 BO ist der Apotheker gehalten, „sich über die für seine Berufsausübung geltenden Rechtsvorschriften und damit auch über das Satzungsrecht der Kammer zu informieren" und „diese Bestimmungen zu beachten und darauf gegründete Anordnungen und Richtlinien zu befolgen". § 7 ApoG lautet in der seit 01.01.2004 unveränderten Fassung wie folgt;

„Die Erlaubnis verpflichtet zur persönlichen Leitung der Apotheke in eigener Verantwortung. Im Falle des § 2 Abs. 4 obliegen dem vom Betreiber nach § 2 Abs. 5 Nr. 2 benannten Apotheker die Pflichten entsprechend Satz 1; die Verpflichtungen des Betreibers bleiben unberührt. Die persönliche Leitung einer Krankenhausapotheke obliegt dem angestellten Apotheker."

Die Vorschrift ist Teil des ersten Abschnitts des Gesetzes, der den Titel „Die Erlaubnis" trägt. Die § 7 ApoG vorangehenden Vorschriften haben im Wesentlichen folgenden Regelungsgehalt: § 1 konstituiert die Erlaubnispflicht für das Betreiben einer Apotheke. § 2 nennt die an einen Betreiber zu stellenden persönlichen Anforderungen als Voraussetzung für die Erteilung einer Erlaubnis. § 3 zählt in Bezug auf die Erlaubnis Erlöschenstatbestände auf. § 4 regelt Rücknahme und Widerruf der Erlaubnis. § 5 regelt, dass die zuständige Behörde eine ohne Erlaubnis betriebene Apotheke zu schließen hat. Nach § 6 darf eine Apotheke erst nach Abnahme durch die zuständige Behörde eröffnet werden.

Aus dem Wortlaut der Vorschrift und diesem Gesetzeskontext ergibt sich, dass Adressat von § 7 ApoG (nur) der Betreiber einer Apotheke ist. im Falle seiner Vertretung haben sich die Berufsgerichte gegebenenfalls mit seiner, des Betreibers, Berufspflichtwidrigkeit zu befassen.

Die Beschuldigte kann also nur Adressatin von § 7 ApoG sein, wenn und soweit sie Betreiberin einer Apotheke ist. Da die Antragstellerin der Beschuldigten nicht zur

Last legt, als Betreiberin einer Apotheke gegen ihre aus § 7 ApoG resultierenden Pflichten verstoßen zu haben, kann sie ihren Antrag nicht auf § 7 ApoG stützen.

Damit ist keine Entscheidung darüber verbunden, ob und in welcher Weise sich der Inhaber einer Erlaubnis nach § 7 ApoG berufspflichtwidrig verhält, wenn er sich in einer von der Beschuldigten angebotenen Weise vertreten lässt.

b) Auch andere Rechtsnormen scheiden aus. Soweit auf der Grundlage von § 21 Abs. 2 Ziffer 5 ApoG die Apothekenbetriebsordnung (ApBetrO) Vorschriften über die Vertretung des Apothekenbetreibers enthält (§ 2 Abs. 5-7} richten auch diese sich nur an den Apothekenbetreiber.

aa. Insoweit (hinsichtlich eines Verstoßes gegen § 2 Abs. 5 - 7 ApoBetrO) enthält das angefochtene Urteil - und vorausgehend der Eröffnungsbeschluss - auch keine ausreichenden Feststellungen.

bb. Zum einen fehlen Angaben dazu, ob die Beschuldigte (auch) die Vertretung des jeweiligen Apothekenleiters angeboten/durchgeführt hat. Angesichts der allgemein bekannten Tatsache, dass Apotheken - jedenfalls weit überwiegend - unter Zuhilfenahme mehrerer Mitarbeiter betrieben werden, ist es zwanglos vorstellbar, dass das Vertretungsangebot der Beschuldigten sich auch auf die Vertretung dieses Personals bezog, und nicht stets und nur auf den jeweiligen Betreiber. Denn zum Apothekenpersonal gehören auch Apotheker (§ 3 Abs. 3 Ziff 1 ApoBetrO). Dass die tageweise Vertretung von Apothekenpersonal nur durch Angestellte des Betreibers erfolgen dürfte, ergibt sich nicht aus dem Gesetz.

cc. Warum der Betrieb einer Apotheke eine selbstständige Vertretung von Personal unter dem Gesichtspunkt der Arbeitszeit nicht zulassen soll (so die Antragstellerin B, 56 d. A,), leuchtet nicht ein. Auch bei einem „Vertretungsvertrag" können für den Vertreter Arbeitszeiten vereinbart werden, die den Bedürfnissen der jeweiligen Apotheke gerecht werden. Das gilt unabhängig davon, ob (nur) Apothekenpersonal vertreten werden soll oder der Leiter/Betreiber der Apotheke. Auch unter dem Gesichtspunkt des § 7 ApoG begegnet die Vertretung keinen Bedenken, weil - entsprechende vertragliche Gestaltung vorausgesetzt - auch im Rahmen eines solchen Vertretungsverhältnisses der Apothekenleiter seine Wei-

sungsbefugnis hinsichtlich aller übertragenen Betriebsabläufe ausüben kann. Ob eine solche Tätigkeit eines Apothekenvertreters vom zuständigen Finanzamt als selbstständige oder nichtselbstständige Tätigkeit qualifiziert wird, hat mit der berufsrechtlichen Zulässigkeit nichts zu tun.

dd. Da die Beschuldigte approbierte Apothekerin ist, erfüllt sie auch die von der genannten Vorschrift geforderte fachliche Qualifikation, so dass auch insoweit ein berufsrechtlicher Verstoß nicht ersichtlich ist. Dass der Vertreter nach § 2 Abs. 5 - 7 ApBetrO nicht selbstständig tätig werden darf, ergibt sich aus dem Gesetz nicht.

ee. Auch ein Verstoß gegen § 20 Abs. 2 Nr, 3 BO scheidet unter diesen Vorgaben aus. Nach dieser Vorschrift ist die Werbung für gesetzwidrige Leistungen unzulässig, Wie dargestellt ist die von der Beschuldigten angebotene Vertretung jedoch weder für sie noch für den Apothekenleiter gesetzeswidrig.

ff. Dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 24.06.2010 (Az. 3 C 30/09) kann insoweit nichts Entgegenstehendes entnommen werden. Dem Urteil liegt der Verkauf von Arzneimitteln durch Automaten außerhalb der Geschäftszeiten einer Apotheke ohne persönliche Anwesenheit von Apothekenpersonal zugrunde, ein dem vorliegenden Fall nicht vergleichbarer Sachverhalt.

gg. Auch das Urteil des Bundesfinanzhofs vom 20.02.1979 (Az. Vi Ii R 52/77) rechtfertigt ein anderes Ergebnis nicht. Dort war alleine die Frage zu beantworten, ob der Vertreter eines Apothekenleiters Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit bezieht oder solche aus freiberuflicher / gewerblicher Tätigkeit. Aussagen zur apothekenrechtlichen Zulässigkeit der Vertretung hat der BFH nicht getroffen, im Ergebnis nichts anderes gilt für die von der Antragstellern vorgelegten Entscheidungen des FG München vom 23.07.2002 (Az. 2 K 3177/01), des LAG Hamm vom 07.02.2011 (Az. 2 Ta 505/10) und des LAG Thüringen vom 29.04.2010 (Az. 1 Ta 29/10).

c) Der Beschuldigten kann auch nicht mit Erfolg die Mitwirkung an einem Verstoß des jeweiligen Apothekenbetreibers vorgeworfen werden. Da dem einschlägigen Berufsrecht eine entsprechende Verweisungsnorm fehlt, können die materiellen Normen des allgemeinen Strafrechts, also des allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs

(StGB), mit Ausnahme der gemäß § 66 Abs. 2 Satz 2 HKaG anwendbaren Vorschriften über Beginn, Unterbrechung und Ruhen der Verjährung nicht ohne weiteres angewendet werden. Das ergibt sich aus dem Grundsatz „keine Strafe ohne Gesetz", der auch für das berufsgerichtliche Verfahren gilt. Damit sind auch die Vorschriften zur Teilnahme (§§ 26 und 27 StGB) nicht, jedenfalls nicht unmittelbar, anwendbar.

d) Selbst wenn man zu dem Ergebnis gelänge, die berufsrechtlichen Regelungen untersagen die „Beihilfe", würde es - den Antrag der Antragstellerin zugrunde gelegt - an einem hinreichend konkreten Sachverhalt fehlen.

Sowohl hinsichtlich eines behaupteten Verstoßes gegen § 7 Satz 1 ApoG als auch gegen § 2 Abs. 5 - 7 ApoBetrO fehlt es wie bereits dargelegt - an einzelnen, nach Zeit, Ort und Umständen konkretisierten Verstößen.

Das der Beschuldigten zur Last gelegte Verhalten stellt keine Apothekervertretung dar, sondern ist lediglich auf eine solche gerichtet. Nach strafrechtlicher Dogmatik ist das Versuchsstadium bei einer Werbung im Internet, wie der Beschuldigten vorgeworfen, noch nicht erreicht. Der Eröffnungsantrag, der Eröffnungsbeschluss und das angefochtene Urteil beschreiben lediglich Vorbereitungshandlungen. Es mag sein, dass im berufsgerichtlichen Verfahren in materiell rechtlicher Hinsicht andere Maßstäbe gelten, was hier dahin stehen kann. Denn auch in einem solchen Verfahren gilt der Kerngehalt des Grundsatzes nulla poena sine lege. Die Angehörigen des Berufsstandes müssen erkennen können, welche Handlungen standeswidrig sind und wann sie mit berufsgerichtlichen Ahndungen rechnen müssen. Die der berufsgerichtlichen Sanktionierung unterliegenden Pflichtverstöße müssen daher auch dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitserfordernis nach Art 103 Abs, 2 GG genügen (vgl. zuletzt BGH, Urteil vom 14.08.2012, Az. WpSt (R) 1/12 (KG), NJW 2012, 3252 Rn. 8). Sofern auch Vorbereitungshandlungen - selbst wenn diese öffentlich erfolgen - von einem Verbot erfasst sein sollen, muss dies zweifelsfrei aus den jeweiligen Normen hervorgehen. Es ist keinesfalls ausreichend, dass die jewei-

lige Berufsvertretung unter Hinweis auf standesrechtliche Normen einen Verstoß behauptet.

e) Gegen die Annahme, das einschlägige Berufsrecht sehe auch eine Ahndung für die Beihilfe zum Verstoß des Apothekenbetreibers vor, spricht im Übrigen die Tatsache, dass ein Fall der notwendigen Teilnahme vorläge.

Von notwendiger Teilnahme spricht man, wenn die Tatbestandsverwirklichung die Mitwirkung mehrerer Personen voraussetzt (vgl. Kudlich, in: Heintschel-Heinegg, StGB, § 26 Rn.8). So liegt der Fall hier: Der Apothekenbetreiber kann durch eine unzulässige Vertretung nur gegen seine Berufspflichten verstoßen, wenn ihn tatsächlich jemand vertritt. Im Tatbestand nicht als Täter oder Teilnehmer mit Strafe bedrohte Beteiligte sind jedoch straflos (Fischer, StGB 58. Auflage, vor § 25 Rn. 7 m.w.N,).

f) Auch eine Anstiftung der von der Vertretung betroffenen Apothekenleiter durch die Beschuldigte scheidet aus. Abgesehen von der fehlenden Haupttat (s.o. bei a) und b)), der fehlenden Konkretisierung und der im Berufsrecht nicht vorgesehenen Ahndungsfähigkeit der Anstiftung fehlt es insoweit auch an einem anstiftungsfähigen Haupttäter. Wer sich als Apothekenleiter/ -Betreiber im internet auf die Suche nach einer Apothekenvertretung begibt (anders ist die Homepage der Beschuldigten kaum zu finden), ist ein omnimodo facturus, ein Täter also, der unabhängig von der Handlung des „Anstifters" zur Tat entschlossen ist. Eine Anstiftung kann in einem solchen Fall nicht einmal versucht werden (abgesehen davon, dass die versuchte Anstiftung nach allgemeinem Strafrecht nur im Falle des hier sicher nicht einschlägigen § 30 Abs. 1 StGB strafbar wäre); denn es ist zwanglos davon auszugehen, dass das Angebot der Beschuldigten sich aus ihrer Sicht nur an einen omnimodo facturus richtete, so dass der Anstiftungsvorsatz fehlt.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf Art. 95 Abs. 1, Art. 96 Abs. 1 Satz 1 HKaG.

Für den Gleichlaut der Ausfertigung mit der Urschrift
München, den 23.01.2013
Geschäftsstelle des Oberlandesgerichts München

Urkundsbeamte der Geschäftsstelle