
Gesundheitshandwerk / Medizinprodukte

Peter Brammen, Büro Hamburg

Bekämpfung von Korruptionsrisiken

Unterschiedlichste Kooperationsformen in der Gesundheitswirtschaft haben auch im Jahre 2015 dazu geführt, dass die Wettbewerbszentrale sich mit den damit latent verknüpften Korruptionsrisiken beschäftigen musste. Nachdem der Bundesgerichtshof (BGH) im Vorjahr mit seinem Urteil vom 24.07.2014, Az. IZR 68/13 – Hörgeräteversorgung III (HH 1 0428/11) in einem Prozess der Wettbewerbszentrale seine strengen Grundsätze zum Zuweisungsverbot des § 31 Abs. 2 der Berufsordnung für Ärzte mit gewissen Abstrichen bei der Zusammenarbeit im Wege des verkürzten Versorgungsweges in seiner nunmehr 5. Entscheidung zu diesem Fragenkomplex in jüngster Zeit bestätigt hatte, musste die Wettbewerbszentrale allerdings in der Folgezeit abermals mehrfach gerichtlich tätig werden, um Ärztinnen und Ärzte davon abzuhalten, in berufswidriger wie auch wettbewerbswidriger Weise mit Leistungserbringern wie insbesondere Hörgeräteakustikern zu kooperieren und Patienten zuzuweisen. Auch wenn es im Kern um ähnliche Verstöße ging, gab es hier doch noch einmal wichtige Klarstellungen.

So folgt aus dem Urteil des Landgerichts Landau vom 03.06.2015, Az. HK O 44/14 (HH 1 0085/14), dass das berufsrechtliche Verbot, Patienten an bestimmte Leistungserbringer zu verweisen, auch dann bereits

verletzt ist, wenn dieser Leistungserbringer zwar nicht namentlich benannt, aber aus den Umständen heraus eindeutig bestimmbar ist. Dass dem so war, hatte sich in diesem Rechtsstreit im Zuge der Vernehmung mehrerer Patienten in einer umfangreichen Beweisaufnahme herausgestellt.

Das Landgericht Verden hatte in einem Urteil vom 21.09.2015, Az. 9 O 18/14 (HH 1 0454/13), das Verbot des § 31 Abs. 2 Berufsordnung als verletzt angesehen, wenn insoweit auch nur eine Empfehlung dergestalt gegeben wird, dass in der Praxis der beklagten HNO-Ärztin für Patienten zugängliches Werbematerial mit dem Stempel eines bestimmten Hörgeräteakustikers auslag.

Diese gerichtlich entschiedenen Sachverhalte wie auch noch weitere außergerichtlich erfolgreich beanstandete Fälle zeigen, dass hier nach wie vor von einer Reihe von Fachärzten ohne ausgeprägtes Unrechtsbewusstsein agiert wird. Es bleibt zu hoffen, dass dies im kommenden Jahr nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen mit den neuen Straftatbeständen des § 299a und § 299b StGB zur Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen eine Veränderung erfährt. Immerhin könnte sich das Risiko einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren oder einer empfindlichen Geldstrafe bei entsprechenden Verhaltensweisen realisieren, soweit Angehörigen eines Heilberufs, also insbesondere Ärzten, ein Vorteil für die Zuführung von Patienten gewährt wird und dabei insbesondere die berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit verletzt wird.

Die Wettbewerbszentrale hat in den vergangenen Jahren durch mehrere notwendig gewordene Rechtsstreitigkeiten vor dem Hintergrund der Verletzung des berufsrechtlichen Zuweisungsverbot für Ärzte dafür gesorgt, dass eine ganze Reihe von unbestimmten Rechtsbegriffen mittlerweile eine Präzisierung erfahren haben. Diese schafft für die betroffenen Berufsgruppen (Fachärzte wie sonstige gesundheitliche Leistungserbringer) doch eine gewisse Vorhersehbarkeit für die Risiken zukünftiger strafrechtlicher Verfolgung im Rahmen des neuen Korruptionsstrafrechts im Gesundheitswesen. Die Wettbewerbszentrale geht im Übrigen von erhöhtem Beratungsbedarf im Zusammenhang mit den neuen Tatbeständen aus.

Verkaufsförderung beim Absatz von Medizinprodukten

Ein fortwährender Anlass zur Beschwerdeführung wie auch für zahllose Beratungsanfragen bietet das Zuwendungsverbot des § 7 Heilmittelwerbegesetz (HWG), wonach es grundsätzlich nicht zulässig ist, im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Heilmitteln, zu denen eben auch die Medizinprodukte gehören, nicht berechnete Zuwendungen oder sonstige Werbegaben anzubieten, anzukündigen oder zu gewähren. Nimmt man hinzu, dass es Angehörigen der Fachkreise nach dieser Vorschrift untersagt ist, solche Vorteile anzunehmen, wird deutlich, dass an sich auch dieses Verbot bereits in den hier angesprochenen Korruptionsbekämpfungszusammenhang gehört. Allerdings gibt es enorme Abgrenzungsschwierigkeiten, was zum einen den Anwendungsbereich dieser Vorschrift betrifft, zum anderen hinsichtlich der Frage, wann eine eigenständige und damit verbotene Zugabe zur Hauptleistung (z.B. Sehhilfe oder Hörgerät) gegeben ist oder aber die Verkaufsförderungsmaßnahme eher auf eine günstige Gesamtleistung abhebt, was dann im Ergebnis zulässig wäre.

Dies wird insbesondere deutlich, wenn man sich am Markt die Folgewirkungen der Entscheidung des BGH vom 06.11.2014, Az. I ZR 26/13 – Kostenlose Zweitbrille; HH 2 0535/10, ansieht. Der Senat hatte seinerzeit zwar die Auffassung der Wettbewerbszentrale be-

stätigt, dass die grafisch geschenkmäßig aufgemachte Ankündigung einer „kostenlosen Zweitbrille dazu“ gegen das Zuwendungsverbot des § 7 HWG verstößt. Durch die Beschränkung des Verbots auf die ganz konkrete Verletzungsform wurde jedoch schon deutlich, dass möglicherweise bereits geringfügige Abweichungen von der konkret untersagten Verletzungsform eine andere lauterkeitsrechtliche Bewertung erfahren könnten. Deutlich wurde dies in einem Verfahren der Wettbewerbszentrale gegen ein Augenoptikunternehmen, welches zunächst die Gesamtleistung Sehhilfe aufgespalten und sodann „1 Glas geschenkt!“ als „Gratis-Glas zu jeder Brille“ beworben hatte. Nachdem das Landgericht Dortmund dies noch in erster Instanz als unzulässig verboten hatte, entschied das Oberlandesgericht (OLG) Hamm im Berufungsverfahren anders und sah in Anlehnung an die eingangs zitierte BGH-Entscheidung hier einen Sachverhalt, mit dem für den Verbraucher erkennbar ein einheitliches Angebot unterbreitet werde, für das der Kunde einen Gesamtpreis zu zahlen hat. Der durchschnittliche kritische und aufmerksame Verbraucher lasse sich nicht ohne weiteres von den Angaben „gratis“ und „geschenkt“ zu der Annahme verleiten, hier werde eine unentgeltliche Vergünstigung im Sinne des Zuwendungsbegriffes des § 7 HWG gewährt. Auch dies macht deutlich, wie schwierig insoweit die Abgrenzungsfragen zu beantworten sind.

Gleichwohl ist natürlich die Werbepaxis um Lösungen bemüht. Es wundert daher nicht, dass ein erheblicher Teil der über 150 Beratungsanfragen im Jahre 2015 mit diesen Abgrenzungsfragen zu tun hatte. In dem Bemühen um weitere Rechtssicherheit hat die Wettbewerbszentrale mittlerweile gegen die Entscheidung des OLG Hamm Nichtzulassungsbeschwerde zum BGH eingelegt (Az. I ZR 203/15; HH 3 0003/14).

Heilmittelwerberechtlicher Irreführungsschutz beim Inverkehrbringen von Medizinprodukten

Im Mittelpunkt einer Reihe von Beratungsanfragen stehen nicht selten echte oder vermeintliche Innovationen aus dem Medizinproduktebereich. Insbesondere Werbeangaben zu besonderen Wirkungsweisen oder gar Erfolgsversprechen unterliegen bekanntlich einem besonderen scharfen Irreführungsschutz nach Maßgabe des §3 HWG.

So hatte die Wettbewerbszentrale beispielsweise zur sogenannten „3D-Refraktion“ gutachtlich Stellung bezogen und sich dabei zu Chancen und Risiken für die Werbung aus wettbewerbsrechtlicher Sicht geäußert (abgedruckt in DOZ 2015, 74 f.). Dabei ging es nicht um eine neuartige Sehhilfe für den Verbraucher, sondern um eine Software, die der Darbietung und Steuerung von Sehzeichen dient und zusammen mit Messbrillen und Phoroptern als App zur Erkennung von Sehschwächen und Fehlsichtigkeiten bestimmt ist. Mit anderen Worten: Es sollte hier ein neues System der Augenglasbestimmung mit besonderem Erlebniswert für den Verbraucher propagiert werden. Nach Prüfung verschiedener fachlicher Gutachten und Stellungnahmen zur Funktionsweise dieses Systems musste insoweit von Werbung mit wissenschaftlich nicht gesicherten Angaben ausgegangen werden. Der Branche wurde insoweit signalisiert, dass wegen der damit verbundenen Verlagerung der Beweis- und Darlegungslast ganz erhebliche wettbewerbsrechtliche Risiken für die Bewerbung der 3D-Refraktion bestehen. Nach der Publikation dieser gutachtlichen Stellungnahme war deutliche Zurückhaltung bei der werblichen Behandlung dieses Themas zu spüren.

Ausblick

Es ist wohl davon auszugehen, dass die hier behandelten Themenkreise auch im kommenden Jahr die Wettbewerbszentrale sowohl in der Rechtsverfolgung als auch in der Beratung beschäftigen werden. Das Inkrafttreten des neuen Korruptionsstrafrechts für das Gesundheitswesen wird ohnehin noch eine Reihe von Fragen aufwerfen, zu denen die Wettbewerbszentrale gerade gegenüber ihren zahlreichen Mitgliedern aus der Gesundheitsbranche Antworten finden müssen. Auch die Grenzen der Werteklamme beim Vertrieb von Seh- und Hörhilfen dürften weiter ausgelotet werden. Auch wird es in 2016 wieder Angebote von in ihrer Wirkungsweise zweifelhaften Gesundheitsprodukten geben, wie beispielsweise unlängst das Angebot preisgünstig anmutender sogenannter „Hörverstärker“.

Quelle: Auszug aus dem Jahresbericht der Wettbewerbszentrale 2015, im Volltext abzurufen unter www.wettbewerbszentrale.de