
Gesundheitshandwerk / Medizinprodukte

Peter Brammen, Büro Hamburg

Eindeutiger Schwerpunkt der Tätigkeit der Wettbewerbszentrale im Bereich Gesundheitshandwerke/ Medizinprodukte war die unangemessene Beeinflussung von Verbrauchern sowie von Fachkreisen, mit dem Ziel der Förderung des Absatzes von Arzneimitteln, von Heil- und Hilfsmitteln und Zahnersatz. Die GKV-Aufwendungen hierfür im Jahre 2015 lagen bei 51,88 Milliarden Euro, sodass es wenig verwundert, wenn die einschlägigen Akteure im Gesundheitsmarkt einen harten Kampf um Anteile an diesem gewaltigen „Kuchen“ führen. Die Wettbewerbszentrale steht hier vor der Aufgabe, zugewendete wirtschaftliche Vorteile, die noch im Rahmen sozialer Adäquanz liegen, abzugrenzen von zivilrechtlich als auch strafrechtlich nicht mehr hinnehmbaren Zuwendungen. Dies gilt sowohl für das Verhältnis B2C, als auch in der B2B-Beziehung. Ein kritischer Blick ist hierbei natürlich auf die klassischen „Gatekeeper“ zu werfen, vornehmlich also die verordnenden Ärzte, aber auch die Vertreter des Heilgewerbes, soweit diese die Erzeugnisse der Medizinprodukteindustrie an den Letztverbraucher vertreiben. Dass vor diesem Hintergrund die Wettbewerbszentrale auch in 2016 sowohl als Berater der Mitglieder, als auch in der Rechtsverfolgung in erheblichem Umfang gefordert war, versteht sich von selbst. Die insgesamt bearbeiteten 375 Vorgänge verteilten sich im Verhältnis von 60% (Rechtsverfolgung) zu 40% (Beratungen mit schriftlicher Stellungnahme), nicht eingerechnet zahllose telefonische Kontakte und Gespräche bei besonderen Anlässen wie etwa Fachmessen und Kongressen (z.B. OPTI und EUHA).

Die besondere Herausforderung lag in 2016 insbesondere darin, zum einen die Weiterentwicklung der

Rechtsprechung des BGH zur Werteklamme ebenso zu berücksichtigen wie aus rechtspolitischer Sicht das Inkrafttreten der neuen Tatbestände zum Korruptionsstrafrecht im Gesundheitswesen in den §§ 299a und 299b StGB.

Kooperation zwischen Fachärztinnen, Fachärzten und gesundheitlichen Leistungserbringern

Was die Weiterentwicklung der Rechtsprechung betrifft, ist ein Urteil des BGH vom 16.06.2016 (Az. I ZR 46/15 – Sporthopaedicum) zu beachten, weil es hier um wichtige Grenzziehungen zur Kooperation zwischen Fachärzten und Leistungserbringern in den Räumlichkeiten der Arztpraxis geht. So hat der BGH dazu festgestellt, dass in dem Überlassen des Raumes durch den Arzt und der Duldung von Schildern, die den Weg zu diesem Raum weisen, eine unzulässige Empfehlung i. S. d. § 31 Abs. 2 der Berufsordnung für die Ärzte Bayerns liege. Nach dieser Vorschrift dürfen mit dem Ziel der Wahrung der ärztlichen Unabhängigkeit bei der Zusammenarbeit mit Dritten Ärztinnen und Ärzte den Patienten nicht ohne hinreichenden Grund bestimmte Heil- und Hilfsmittelerbringer oder sonstige Anbieter gesundheitlicher Leistungen empfehlen oder gar an diese verweisen.

Weiterhin hat der BGH in der Entscheidung klargestellt, dass die Raumnutzung in der Arztpraxis kein Nebenbetrieb i.S.d. § 3 Abs. 1 Handwerksordnung (HwO) darstellt, der bei einem nur unerheblichen Umfang der handwerklichen Tätigkeit vom Gebot der Meisterpräsenz befreit wäre. Der Grundsatz der Meisterpräsenz gilt also auch bei derartigen Konstellationen zumindest dann, wenn dort wesentliche Tätigkeiten eines Gesundheitshandwerks erbracht werden. Im Ergebnis hat der BGH also die Kooperation von Facharzt und fachgebietsbezogener Tätigkeit recht deutlich begrenzt.

Zumindest nicht auszuschließen ist es, dass der Senat mit dieser strengen Entscheidung auch darauf hinwirken wollte, latente Gefahrenzonen für die Verwirklichung der neuen Straftatbestände zum Korruptionsstrafrecht im Gesundheitswesen von vornherein zu begrenzen.

Mit den neuen Strafvorschriften, die seit dem 04.07.2016 in Kraft getreten sind, zielt der Gesetzgeber darauf ab, ergänzend zu den bestehenden heilmittelwerblichen, sozialversicherungsrechtlichen und berufsrechtlichen Vorschriften einer Schutzgütertrias folgend, den Vorrang der medizinischen Entscheidung ebenso strafbewehrt sicherzustellen wie die Wahlfreiheit der Patienten und die Vermeidung ungerechtfertigter Wettbewerbsvorteile gegenüber ärztlichen Berufskollegen. Es ist kein Zufall, dass diese Schutzgütertrias den Schutzzwecken des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb praktisch deckungsgleich entsprechen (Schutz der Allgemeinheit, der Verbraucher und der Wettbewerber). Immerhin befindet sich das neue Korruptionsstrafrecht im 26. Abschnitt des StGB mit der Überschrift „Straftaten gegen den Wettbewerb“. Diese Überschneidung von Schutzgütern und Schutzzwecken im Strafrecht wie im Lauterkeitsrecht macht deutlich, weshalb die Wettbewerbszentrale sich an dieser Stelle auch mit den Strafnormen beschäftigen muss. In einem ersten Schritt wurde bei verschiedenen Anlässen (z.B. beim 7. Gesundheitsrechtstag der Wettbewerbszentrale und bei der 4. Gesundheitskonferenz der Handwerkskammer Ulm) über die neuen Strafvorschriften informiert.

Beratungspraxis zum neuen Korruptionsstrafrecht

In einem weiteren Schritt hat die Wettbewerbszentrale auch im Berichtsjahr durch Beratung ihrer Mitglieder präventiv darauf hingewirkt, strafbares Verhalten nach den §§ 299 a, 299 b StGB zu verhindern. So hat sie auf Anfrage bereits Stellung zu der umstrittenen Frage der Strafbarkeit des Partnerfactorings in der Zusammenarbeit zwischen Zahnärzten und selbständigen Dentallaboren bezogen und dies als bedenklich eingestuft, da der Zufluss der hieraus dem Zahnarzt zufließenden Vorteile in aller Regel nur dem einen Zweck dient, diesen in einer Kooperation mit einem bestimmten Labor zu halten (HH 1 0234/16).

Noch schwieriger waren Anfragen zu der für die Strafbarkeit nach §§ 299 a, 299 b StGB vorausgesetzten „Unrechtsvereinbarung“ zu beantworten (HH 1 0350/16). Geht es beispielsweise bei der schlichten Einräumung von Vorzugspreisen für den Zahnarzt um einen Vorteil als Gegenleistung für eine zumindest intendierte unlautere Bevorzugung im Wettbewerb? Die Wettbewerbszentrale hat dies verneint, weil die Grenze zur beabsichtigten unlauteren Bevorzugung im Wettbewerb noch nicht überschritten sein kann, wenn es lediglich darum geht, ein mehr oder weniger unspezifisches „Wohlwollen“ des Begünstigten zu erreichen (Ramb, Healthcare Compliance CCZ, Corporate Compliance Zeitschrift 2015, 262, 263 sowie BT-Drucksache 18/6446, S. 17).

Das heilmittelwerbliche Zuwendungsverbot

Das Risiko, sich zugleich i.S.d. Korruptionsstrafrechts unkorrekt zu verhalten, lässt sich jedoch am ehesten dadurch reduzieren, dass man als Anbieter gesundheitlicher Leistungen der Beachtung berufsrechtlicher und heilmittelwerblicher Bestimmungen zum Schutz vor unangemessener Einflussnahme auf ge-

schäftliche Entscheidungen sowohl der Verbraucher als auch von gewerblichen Abnehmern im Verhältnis B2B größte Aufmerksamkeit widmet. In diesem Bereich des „Vorfeldschutzes“ bleiben eine Reihe interessanter Einzelfälle aus der Rechtsverfolgungspraxis erwähnenswert, die auch aktuelle thematische Tendenzen der Werbepaxis offenlegen.

So wurde die Bereitschaft der Kunden zum Aufsuchen von Hörgeräteakustikbetrieben zur Durchführung eines Hörtests mit Sachzuwendungen honoriert, die deutlich jenseits der Geringwertigkeitsgrenze des § 7 Abs. 1 Nr. 1 HWG liegen, beispielsweise mit der Ankündigung „Jetzt kostenlosen Hörtest machen & Gehörschutz gratis“. Auch wenn der Kauf eines Hörgeräts erfahrungsgemäß dem Hörtest erst folgt, muss doch berücksichtigt werden, dass es sich bereits bei diesem Testverfahren zur Erkennung eines Hörverlusts als krankhafte Beschwerde beim Menschen um eine Leistung des Hörgeräteakustikers handelt, auf die die Vorschriften des Heilmittelwerberechts unmittelbar anwendbar sind (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 HWG).

Soweit nach erfolgreicher Beanstandung durch die Wettbewerbszentrale erkannt wurde, dass dies kein heilmittelwerberechtlich gangbarer Weg ist, wurde von dem selben Anbieter die Teilnahme an einer „Hörstudie“ vorgeschaltet, bei der ein durch die Kunden einfach und schnell zu beantwortender Fragebogen der Teilnahme am Hörtest den Charakter einer unentgeltlichen Zuwendung nehmen sollte. Ein echtes Äquivalent konnte in dieser mit geringem Aufwand zu erledigenden Aufgabe allerdings nicht gesehen werden, weshalb auch diese Variante außergerichtlich im Wege der Abmahnung und Abgabe einer Unterlassungsverpflichtungserklärung unterbunden werden konnte (HH 1 0004/16 und HH 1 0181/16).

Zuwendungen B2B

Verletzungen des Zuwendungsverbot nach § 7 HWG sind allerdings nicht nur in der endverbraucherbezogenen Werbung von Gesundheitshandwerkern zu beobachten. Auch im Verhältnis B2B blieben Verlockungen zu Verkaufsförderungszwecken im Berichtsjahr nicht

aus. Die gegenüber Augenoptikbetrieben ausgesprochene Aufforderung, Lieferscheinbarcodes von Zusatzbrillen zu scannen, um damit die Chance zu vergrößern, 14-tägig 250 Euro für das Geschäft zu gewinnen, verstieß ebenso gegen § 7 HWG wie die von der optischen Industrie an Augenoptiker ausgesprochene Aufforderung, im Rahmen einer TV-Kampagne 2016 pro Monat 20 Marken-Zusatzglaspaare abzusetzen und dafür jeden einzelnen Monat eine Flasche hochwertigen Geldermann-Sekt pro Geschäft zu erhalten. Beide Fälle konnten von der Wettbewerbszentrale jeweils durch Anerkenntnisurteil des LG Freiburg i.Br. vom 19.05.2016 zum Az. 1 O 123/16 (HH 1 0342/15) bzw. vom 11.07.2016 zum Az. 12 O 54/16 (HH 1 0062/16) abgeschlossen werden.

Abwehr von Gesundheitsgefahren

Im Mittelpunkt des Absatzinteresses bei Sehhilfen stehen, nicht zuletzt wegen des demografischen Faktors, seit geraumer Zeit Mehrstärkenbrillen in der komfortableren Gleitsichtausstattung. Umstritten ist insoweit, ob ohne Einschaltung von hierzu ausgebildeten Augenoptikbetrieben, insbesondere ohne fachliche Anpassung, solche Gleitsichtbrillen auf anderen Vertriebskanälen abgegeben werden können. So hat die Wettbewerbszentrale Kenntnis von einem Sachverhalt erlangt, in dem ein französisches Unternehmen über Baumärkte sogenannte „Arbeitsschutz-Gleitsichtbrillen“ ohne jede Anpassung anbietet.

Gestützt durch ein Gutachten der Höheren Fachschule für Augenoptik in Köln geht die Wettbewerbszentrale davon aus, dass ein solches Angebot bedenklich ist, insbesondere weil es i. S. d. § 4 Medizinproduktegesetz (MPG) als gesundheitsgefährdend eingestuft werden muss. Zu berücksichtigen ist nämlich entsprechend der Zweckbestimmung des Herstellers der gefahrenträchtige Einsatzbereich gerade einer solchen Schutzbrille beim Einsatz beispielsweise zum Bohren, Fräsen oder Sägen. Die Wettbewerbszentrale erstrebt insoweit ein Vertriebsverbot und hat entsprechende Klage beim LG Düsseldorf eingereicht (dortiges Az. 38 O 54/16). Mit diesem Verfahren soll insbeson-

dere geklärt werden, welcher Grad an Gefährdung für ein entsprechendes Vertriebsverbot zu fordern ist. Insoweit stellt sich die Frage, ob hier „erst etwas passiert“ sein muss oder ob eine wissenschaftlich seriös abgesicherte abstrakte Gefährdungslage aus den Umständen des konkreten Sachverhalts heraus genügt, um ein Vertriebsverbot durchzusetzen. Dieses interessante Verfahren wird die Wettbewerbszentrale auch über das Ende des Berichtsjahrs 2016 hinaus noch intensiv beschäftigen. Die Klärung der hier angeschnittenen grundsätzlichen Frage ist für alle Beteiligten von erheblicher Bedeutung für zukünftige Vertriebspraktiken von Gleitsichtbrillen (HH 1 0036/16).

Ausblick

Zu den wichtigsten Aufgaben der Wettbewerbszentrale für das Jahr 2017 und die Folgejahre wird es gehören, die Strafverfolgungspraxis zu den neuen Korruptionstatbeständen der §§ 299 a, 299 b StGB genau zu beobachten, um weiterhin präventiv zur Vermeidung von Straftaten auf die Mitglieder einwirken zu können, aber auch durch Fachbeiträge dazu beizutragen, dass die stets im Spannungsfeld zwischen wettbewerblichen Notwendigkeiten und dem Risiko strafrechtlicher Verfolgung stehenden Marktakteure durch eine zu kleinliche Rechtspraxis nicht überfordert werden.

Quelle: Auszug aus dem Jahresbericht der Wettbewerbszentrale 2016, im Volltext abzurufen unter www.wettbewerbszentrale.de