AKTENEINSICHT

HEILMITTELWERBEGESETZ

Schönheit wird abgemahnt

Schönheitsoperationen sind gefragt, aber teuer. Sie werden von privaten und gesetzlichen Krankenkassen in der Regel nicht übernommen. Daher sorgt es für Aufsehen, wenn man ohne eine Bezahlung an eine solche Operation gelangen kann. Die Richter des Berliner Kammergerichts haben zu diesem Sachverhalt ein wichtiges Urteil gefällt.

Die Richter des Berliner Kammergerichts (Oberlandesgericht im Land Berlin) haben beschlossen, dass dies das Heilmittelwerberecht verletzt. Sie gaben damit einer Abmahnung der Wettbewerbszentrale statt (Beschluss vom 22. Mai 2017, Aktenzeichen: 5 W 94/17).

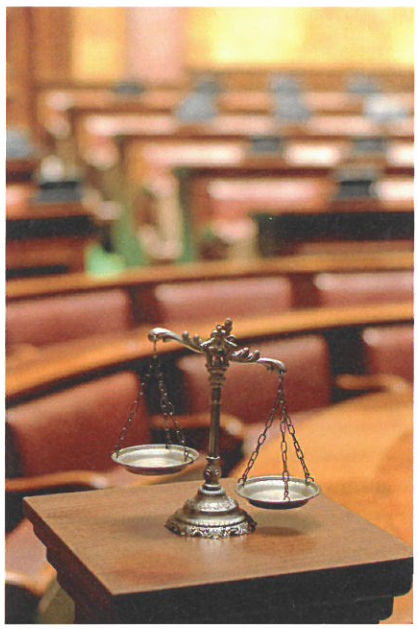
DER SACHVERHALT

Ein Radiosender und ein ästhetischer Chirurg hatten sich eine besondere Idee, um Schönheitsoperationen zu vermarkten. Unter dem Motto „Arno zahlt Deine Schönheitsoperation!" konnten sich Radiohörerinnen mit einem Foto ihrer „Problemzone" für eine Schönheits-OP bewerben. Werde dann der Name der Bewerberin zu einem bestimmten Zeitpunkt in der Radiosendung genannt, so zahle der Sender die Schönheits-OP.

DIE ENTSCHEIDUNG

Die Wettbewerbszentrale ist der Auffassung, dass derartige Aktionen gegen das Heilmittelwerbegesetz (HWG) verstoßen. Das Kammergericht untersagte auf deren Antrag die weitere Durchführung der Aktion im einstweiligen Rechtsschutz. Begründung: Die Aktion verstoße gegen das sogenannte heilmittelwerberechtliche Zuwendungsverbot.

Das HWG könne im vorliegenden Fall angewendet werden, da es sich um eine sogenannte Produkt- und Absatzwerbung handele, die ein einzelnes Produkt oder eine Mehr- und Vielzahl von Produkten umfasse. Nicht anwendbar wäre es gewesen, wenn es sich um eine reine Firmenwerbung, also Unternehmens- bzw. Imagewerbung, gehandelt hätte. Maßgeblich für umstrittene Abgrenzung sei das Gesamterscheinungsbild.



Radiosender zahlt Brust-OP: Mit dieser Aktion sorgte ein Berliner Radiosender für Aufregung und rief damit die Richter des Berliner Kammergerichts auf den Plan.

Diesen Produktbezug bejahte das Kammergericht hinsichtlich der operativ-plastischen chirurgischen Eingriffe.

Umstritten sei, ob ein Verbot der Maßnahme schon aufgrund von § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 13 HWG besteht:
(1) „Außerhalb der Fachkreise darf für Arzneimittel, Verfahren, Behandlungen, Gegenstände oder andere Mittel nicht geworben werden, (...) 13. mit Preisausschreiben, Verlosungen oder anderen Verfahren, deren Ergebnis vom Zufall abhängig ist, sofern diese Maßnahmen oder Verfahren einer unzweckmäßigen oder übermäßigen Verwendung von Arzneimitteln Vorschub leisten, (...)."

Nach der Gesetzesbegründung zählten auch Schönheitsoperationen grundsätzlich zum Anwendungsbereich des § 11 HWG (Bundestag Drucksache 15/5316, S. 46; Bundestag Drucksache 17/9341, S. 71). Allerdings habe der Gesetzgeber im Rahmen der HWG-Reform im Jahr 2012 das Verbot der Nr. 11 dahingehend eingeschränkt, dass diesem nur noch Maßnahmen unterfallen, die einer unzweckmäßigen oder übermäßigen Verwendung von Arzneimittel Vorschub leisten. Das Kammergericht weist jedoch ausdrücklich darauf hin, dass in der Literatur bedenkenswerte Überlegungen angestellt werden, dass ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers vorliege. Gleichwohl müsse diese Frage im vorliegenden Sachverhalt nicht entschieden werden. Es liege nämlich ohnehin ein Verstoß gegen § 7 Abs. 1 S. 1 HWG vor. Dieser lautet: „Es ist unzulässig, Zuwendungen und sonstige Werbegaben (Waren oder Leistungen) anzubieten, anzukündigen oder

„Es ist unzulässig, Zuwendungen und sonstige Werbegaben (Waren oder Leistungen) anzubieten, anzukündigen oder zu gewähren oder als Angehöriger der Fachkreise anzunehmen, (...)."
§ 7 ABS. 1 S. 1 HWG

zu gewähren oder als Angehöriger der Fachkreise anzunehmen, (...)." Die Sondervorschrift des § 11, die sich nur auf Werbung außerhalb der Fachkreise bezieht, sperre nämlich keineswegs die Anwendung der allgemeinen Vorschriften des HWG (vgl. BGH, Urteil vom 12. Dezember 2013, Aktenzeichen: I ZR 83/12).

Eine Werbegabe im Sinne von § 7 HWG liegt dann vor, „wenn ihr Anbieten, Ankündigen oder Gewähren zumindest die abstrakte Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung des Werbeadressaten begründet."

„Vor jedem Gewinnspiel ist dringend anzuraten, juristischen Rat einzuholen."
LIC. IUR. CAN. URS FABIAN FRIGGER

Diese Gefahr macht das Kammergericht allerdings noch nicht bei der reinen Möglichkeit zur Teilnahme an dem Gewinnspiel an sich aus. Die Grenze sei aber dann überschritten, wenn der ausgelobte Gewinn aus der Teilnahme resultiere.

Hierfür sei folgende Überlegung entscheidend: Der ohnehin vorhandene Reiz, an einem Gewinnspiel teilzunehmen, werde durch die Verfolgung eines Radioprogramms, die schnelle Reaktion bei Nennung des eigenen Namens und des Anrufens beim Sender gesteigert. Dies treffe mit der Freude der Teilnehmer über einen unwahrscheinlichen Glücksfall zusammen. Dadurch steigere für die Teilnehmer die Gefahr unüberlegter und vorher unbedachter Entscheidungen. Operationsrisiken würden dabei nicht mehr beachtet. Die Gefahr vergrößere sich noch durch die Verbreitung des Gespräches über das Radio.

FAZIT UND AUSBLICK

Gewinnspiele für medizinische Leistungen sind grundsätzlich immer problematisch. Das Kammergericht macht im vorliegenden Fall deutlich, dass neben § 11 HWG auch § 7 HWG immer in den Blick genommen werden muss. Nicht entscheiden musste das Gericht die in der Praxis immer wieder vorkommende Frage, wann im Rahmen des § 7 HWG eine ausreichende Gegenleistung vorliegen könnte und wann das Gewinnspiel eine reine Imagewerbung darstelle. Vor jedem Gewinnspiel ist daher dringend anzuraten, juristischen Rat einzuholen. Das Abmahnrisiko ist hier hoch. Zudem können Gewinnspiele für Fachkreise auch Relevanz nach den Strafvorschriften des Antikorruptionsgesetzes erhalten, wenn Bezug und Verordnung von Produkten unmittelbar mit dem Gewinnspiel verknüpft sind.

LIC. IUR. CAN. URS FABIAN FRIGGER

Rechtsanwalt, Lyck+Pätzold. healthcare . recht,
Kontakt: kanzlei@medizinanwaelte.de

Foto: Corgarashu (stock.adobe.com)

RECHT KOMMENTIERT

Abrechnungsfalle Vertretung

Es liegt auf der Hand, dass ein niedergelassener Arzt keine 365 Tage im Jahr in seiner Praxis oder einem Medizinischen Versorgungszentrum (MVZ) arbeiten kann. Ärzte verreisen, werden Eltern oder bilden sich fort. Insbesondere die Vertretung angestellter Ärzte ist in der Praxis alltäglich. Kündigungen, Schwangerschaften, Beschäftigungsverbote oder Elternzeiten stellen die Praxisorganisation vor Herausforderungen. Da das Patientenaufkommen hoch bleibt, muss der Anstellende eine Lücke vorübergehend schließen können, ohne dabei den Verlust der Arztstelle befürchten zu müssen. Die Lösung heißt Vertretung.

Eigentlich nichts Ungewöhnliches. Aber genau hier beginnt die Herausforderung. Die Vertretung stellt eine Ausnahme von dem im Vertragsarztrecht herrschenden Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung dar. Damit unterliegt sie engen gesetzlichen Voraussetzungen. Werden diese nicht beachtet, drohen v.a. zwei Dinge: Abrechnungsprobleme und Honorareinbußen. Denn eine unwirksame Vertretung bedeutet, dass Leistungen nicht abgerechnet werden können bzw. die Kassenärztliche Vereinigung (KV) bereits abgerechnetes Honorar für bis zu vier Jahre rückwirkend zurückfordert. So wurde in einem Fall wegen einer anonymen Anzeige und Reisedokumentation im Internet bekannt, dass sich ein Arzt rund 100 Tage im Jahr auf Fernreisen befand, demzufolge in der Praxis abwesend war. Er hatte dies der KV jedoch nicht vollumfänglich gemeldet. Deshalb forderte diese für mehrere Quartale gezahlte Honorare zurück.

Betreibt man nun Praxen oder MVZ in mehreren KV-Bezirken, steckt man im Dschungel der Vertretung, da die gesetzlichen Vorgaben von KV zu KV unterschiedlich ausgelegt und gehandhabt werden. Was bei der einen KV richtig ist, wird von einer anderen als unwirksam betrachtet. Wer soll hier den Durchblick behalten? Die Schwierigkeit besteht darin, zwischen der zwar anzeigepflichtigen, aber genehmigungsfreien und der genehmigungspflichtigen Vertretung zu differenzieren. Im Grundsatz ist die Vertretung bis zu einer Dauer von drei Monaten lediglich anzeigepflichtig. Die Leistungen des Vertreters werden dem Vertretenen zugerechnet, d.h., dass dessen Lebenslange Arztnummer (LANR) zur Abrechnung genutzt wird. Wird aber ein aus dem Arbeitsverhältnis Ausgeschiedener vertreten, nehmen mache KVen entgegen der gesetzlichen Regelung eine Genehmigungspflicht an und wollen die Leistung unter der LANR des Vertreters abgerechnet sehen.

Ohne Kenntnis der lokalen Gepflogenheiten ist der Abrechnende einem wirtschaftlichen Risiko von Honorarrückforderungen ausgesetzt. Eine bundesweit einheitliche Auslegung der gesetzlichen Vorgaben wäre daher wünschenswert.

Karolina Lange, LL.M. (Medizinrecht), Rechtsanwältin bei der Sozietät Taylor Wessing Partnerschaftsgesellschaft mbB in Düsseldorf, Kontakt: k.lange@taylorwessing.com. Die Autorin dankt Jana Hammesfahr für die Unterstützung beim Verfassen des Beitrags.