

RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT

Interessante Entscheidungen zum Werberecht und zum Zulassungsrecht für die Beratung von Apothekern und Ärzten

von RA Philip Christmann, FAMedR, Berlin/Heidelberg, www.christmann-law.de

| Der Beitrag geht auf vier jüngere Entscheidungen von Zivil- und Sozialgerichten ein. Zwei davon befassen sich mit der berufsrechtlichen Zulässigkeit von Werbemaßnahmen, zwei betreffen das Zulassungsverfahren bei Ärzten. |

1. Diskreter Beratungsbereich einer Apotheke

Eine Apotheke darf damit werben, dass Kunden sich in einem separaten Raum beraten lassen und dort Rezepte einlösen können (LG Wuppertal 6.10.15, 1 O 51/15). Es stellt also keine (verbotene) Werbung mit einer Selbstverständlichkeit i. S. des § 3 Abs. 3 i.V. mit Nr. 10 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG dar, wenn eine Apotheke damit wirbt, dass Kunden sich in einem separaten Raum beraten lassen und dort Rezepte einlösen können. Denn die Apothekenbetriebsordnung verlangt zwar ein Mindestmaß an Diskretion, nicht aber die Einrichtung eines separaten Raums für bestimmte Rezepteinlösungen oder Beratungen.

Die Beklagte ist Inhaberin der D-Apotheke in V. Sie warb auf einem Plakat im Schaufenster der Apotheke und einem Werbeaufsteller auf dem Gehweg mit den Worten „Rezepteinlösung und Beratung in unserem diskreten Beratungsbereich“. Die Apotheke der Beklagten verfügt über einen Beratungsraum, der durch zwei Wände und zwei Türen vollständig vom sonstigen, der Öffentlichkeit zugänglichen Verkaufsbereich abgetrennt ist. Der Kläger ist der Auffassung, die Beklagte werbe mit einer gesetzlich vorgeschriebenen Selbstverständlichkeit und vermittele den Eindruck, ihre Mitbewerber böten keine diskrete Beratungsmöglichkeit. Mit Nichtwissen bestreitet er, dass in dem Beratungsraum geführte Gespräche nicht von Dritten mitgehört werden könnten.

Ein Unterlassungsanspruch aus § 8 Abs. 1 S. 1 UWG liegt mangels Verstoß gegen die §§ 3, 5 UWG nicht vor. Die Beklagte wirbt nämlich nicht mit einer Selbstverständlichkeit. Der von ihr angebotene „diskrete Beratungsbereich“ stellt einen Vorzug der D-Apotheke gegenüber ihren Mitbewerbern dar. Dem steht auch nicht entgegen, dass jede Apotheke so ausgestaltet ist, dass die Vertraulichkeit der Beratung weitestgehend gewahrt wird, vgl. § 4 Abs. 2a ApoBetrO. Das Angebot der Beklagten geht über diesen Mindeststandard hinaus. An dieser Einordnung ändert sich auch nichts dadurch, dass der Beratungsraum unter anderem mit einem Kopiergerät und Wandregalen eingerichtet ist. Die Beklagte erweckt mit der Werbung auch nicht den Eindruck, eine diskrete Beratung sei nur bei ihr, nicht aber in anderen Apotheken möglich. Insbesondere wird von der Beklagten nicht in Abrede gestellt, dass in allen Apotheken im normalen Verkaufsbereich das gesetzlich vorgeschriebene Maß an Vertraulichkeit eingehalten wird.

Separater Raum
für vertrauliche
Beratung

Keine Werbung
mit einer Selbst-
verständlichkeit

2. Werbung mit Vorher-Nachher-Bildern

Eine Schönheitschirurgische Klinik darf für von ihr angebotene Schönheitsoperationen auf einer Internetseite nicht mit Fotos werben, die Patientinnen im Rahmen einer vergleichenden Darstellung vor und nach einem plastisch-chirurgischen Eingriff zeigen. Dies gilt auch dann, wenn diese Bilder nur sichtbar werden, sobald sich ein Besucher der Seite auf dieser Seite registriert hat (OLG Koblenz 8.6.16, 9 U 1362/15).

Während Vorher-Nachher-Bilder im europäischen Ausland erlaubt sind und auch gerne und mit Erfolg zur Kundengewinnung eingesetzt werden, sind solche Bilder hierzulande strikt verboten, weil – so die Sicht des Gesetzgebers – jede Werbung mit Erfolgen den Patienten unsachlich beeinflussen könnte. Das OLG Koblenz hat nun klargestellt, dass dieses Verbot strikt gilt. Auch gewisse Zugangshindernisse zu den Bildern machen die Werbung mit diesen Bildern nicht legal.

Nach Auffassung des OLG Koblenz ist in der Präsentation der Bilder ein Verstoß gegen § 11 Abs. 1 S. 3 HWG zu sehen. Nach dieser Bestimmung dürfe für medizinische Behandlungen wie etwa Schönheitsoperationen nicht mit einer vergleichenden Darstellung des Körperzustands oder des Aussehens vor und nach der Behandlung geworben werden.

An der Unzulässigkeit der Bilddarstellung ändere sich auch nichts dadurch, dass die Bilder auf der Internetseite erst nach einer Registrierung aufgerufen werden könnten und im Übrigen darauf hingewiesen werde, dass das Bildmaterial nur den Patienten zugänglich gemacht werden solle, die sich schon eingehend informiert hätten; denn der Gesetzgeber habe die Werbung mit Vorher-Nachher-Bildern gänzlich verboten.

3. Zulassungsverfahren: Alter des Arztes

Das Alter eines Arztes darf nicht alleiniges Entscheidungskriterium für Zulassung eines Arztes sein. Bei gleicher fachlicher Qualifikation zweier Bewerber darf der ältere Bewerber nicht allein aufgrund seines Alters abgelehnt werden. Dies wäre diskriminierend (SG Mainz 11.5.16, S 16 KA 211/14).

Auf einen Vertragsarztsitz im Fachgebiet Augenheilkunde bewarben sich ein 64-jähriger und ein 74-jähriger Arzt. Der für die Zulassung eines Augenarztes zuständige Ausschuss ging von einer gleichen Qualifikation der Bewerber aus. Da der ältere Bewerber jedoch länger in die Warteliste aufgenommen sei, wurde dieser zunächst zugelassen. Hiermit gab sich der unterlegene 64-jährige Arzt nicht zufrieden und legte erfolgreich Widerspruch gegen die Entscheidung des Zulassungsausschusses ein.

Die Entscheidung weist – soweit aus der verkürzten Darstellung der Pressemitteilung ersichtlich – zwei Denkfehler auf. Alters-Diskriminierungsgesichtspunkte sind für die Auswahlentscheidung irrelevant, weil die Zulassungsverordnung das Alter des Arztes ja gerade als ein Entscheidungsmerkmal definiert hat. Der Verordnungsgeber hat sich also bewusst dafür entschieden,

Im europäischen
Ausland erlaubt

In Deutschland
weiter ein Verstoß

Alter darf nicht
alleiniges Entschei-
dungskriterium sein

(auch) nach dem Alter zu differenzieren. Solche Differenzierungen bringen es notwendigerweise mit sich, dass ein älterer Bewerber unterliegt. Das Gericht wirft dem Berufungsausschuss vor, allein auf das Alter abgestellt zu haben. Dies ist unrichtig, weil der Berufungsausschuss auch auf die berufliche Qualifikation abstellte bzw. diese in die Gesamtabwägung einbezog, letztlich aber dem Gesichtspunkt der Kontinuität der Patientenversorgung den Vorzug gab.

Nach Auffassung des Sozialgerichts ist es zwar grundsätzlich nicht zu beanstanden, bei der Zulassungsentscheidung auf den Altersunterschied abzustellen, allein ausschlaggebend dürfe dieser Aspekt schon aus Diskriminierungsgesichtspunkten jedoch nicht sein. Ein bloßes Abstellen auf den Altersunterschied würde etwa bei einem 35-jährigen und einem 45-jährigen Bewerber zu einer grundsätzlichen Benachteiligung des älteren Bewerbers führen und dabei vernachlässigen, dass der jüngere Bewerber seine Praxis nach einigen Jahren aus persönlichen Gründen einfach verlegen könne. Nur aufgrund eines Altersunterschieds könne daher nicht ohne Weiteres auf eine bessere oder schlechtere Versorgungskontinuität geschlossen werden.

4. Zulassungsverfahren: Sonderbedarfzulassung

Legt eine Krankenkasse gegen eine Sonderbedarfzulassung Widerspruch ein, so ist die Zulassung bis zur Entscheidung des Gerichts nicht wirksam (Suspensiveffekt). Ausnahmsweise kann der Arzt die sofortige Vollziehbarkeit der Sonderbedarfzulassung beantragen. Voraussetzung dafür ist, dass ohne die (sofortige) Zulassung die Versorgung der Versicherten nicht sichergestellt erscheint oder der betroffene Vertragsarzt in seiner beruflichen Existenz aus einem Grund gefährdet ist, der nicht in seinen Verantwortungsbereich fällt. Diese Gründe müssen dabei über dasjenige hinausgehen, was zur Begründung der Sonderbedarfzulassung herangezogen wurde (LSG Berlin-Brandenburg 19.5.16, L 7 KA 51/15 B ER, Beschluss).

Der Zulassungsausschuss Berlin erteilte der Antrag stellenden Ärztin eine Sonderbedarfzulassung als Fachärztin für Innere Medizin mit der Schwerpunktbezeichnung Rheumatologie. Die niedergelassene Ärztin ist bereits Inhaberin einer halben Zulassung im Fachbereich Innere Medizin. Die beigeladene Krankenkasse legte Widerspruch gegen die Erteilung der Sonderbedarfzulassung ein. Wegen des allgemeinen Suspensiveffekts kann die Ärztin nun bis zur Entscheidung der Hauptsache nicht auf Grundlage der Sonderbedarfzulassung tätig sein. Daher beantragte sie die sofortige Vollziehbarkeit der Sonderbedarfzulassung. Dies lehnte das Sozialgericht Berlin ab, weshalb die Ärztin die Frage dem Landessozialgericht zur Entscheidung vorlegte.

Wer die Anordnung der sofortigen Vollziehung begehrt, muss besonders umfangreich den Versorgungsbedarf ermitteln und Versorgungslücken vortragen sowie darlegen, warum auch Kliniken diese Lücken nicht schließen können. Ersatzweise kann er vortragen, dass ansonsten seine berufliche Existenz gefährdet ist – auch hierzu ist aber im Einzelnen vorzutragen, pauschales Vortragen ist nicht ausreichend. Zwar kann man diesen Vortrag noch im Gerichtsverfahren nachreichen – es empfiehlt sich aber, die Ermittlungen früh zu beginnen, so dass man bereits im Verwaltungsverfahren Argumente und Fakten vorbringen kann.

Krankenkasse legt
Widerspruch ein

Versorgungsbedarf
darlegen und
Versorgungslücke
darstellen