



HARTMANN

RECHTSANWÄLTE

Kurzgutachterliche Stellungnahme zur Zulässigkeit von Venenmessungen im Sanitätsfachhandel

Eine Information der Hartmann Rechtsanwälte

März 2012

I. Fragestellung

Das Landgericht Stade hatte mit einer Entscheidung im Sommer 2011 (Az 8 C 23/11, bestätigt durch einen Hinweisbeschluss des Oberlandesgerichts Celle im Dezember 2011, Az 13 U 167/11) dahingehend eine Entscheidung getroffen, dass die Durchführung kostenloser Venenmessungen unzulässig sei. Aufgrund dessen stellt sich nunmehr beim Fachhandel die Frage, ob kostenlose Venenmessungen weiterhin zulässig sind oder ob diese grundsätzlich sich als unzulässig darstellen.

II. Rechtliche Würdigung

1. Hintergrund der gerichtlichen Entscheidungen

Auf Veranlassung der Wettbewerbszentrale wurde beim Landgericht Stade ein Verfahren gegen die Werbung einer Klinik durchgeführt, die kostenlos Venenmessungen nebst ärztlicher Beratung angeboten hatte. In seinem Urteil hatte das Landgericht Stade diese Werbung als unzulässig erachtet. Hiergegen war Berufung eingelegt worden. Nachdem das OLG Celle mit einem sogenannten Hinweisbeschluss deutlich machte, dass es die Entscheidung des Landgerichts Stade für richtig erachte, wurde die Berufung zurückgenommen und damit die Entscheidung des LG Stade rechtskräftig.

In der Entscheidung selbst wurde die Unzulässigkeit der Werbung der Klinik mit kostenloser Venenmessung nebst ärztlicher Beratung als Verstoß gegen wettbewerbsrechtliche Regelungen angesehen, da insbesondere die Grenzen des Heilmittelwerbegesetzes (HWG) nicht beachtet wurden.

Kliniken und Ärzte sind grundsätzlich mit dem Angebot ihrer Leistungen der ärztlichen Berufsordnung, den ärztlichen Gebühren- und Vergütungsregelungen sowie dem HWG unterlegen. Das Angebot kostenloser Venenmessungen in Verbindung mit einer ärztlichen Beratung stellte eine wettbewerbswidrige Leistung dar. Denn Ärzte dürfen ihre Leistungen nur ausnahmsweise kostenlos anbieten. Hierzu gehört z. B. die Versorgung von Verwandten, Kollegen oder deren Angehörigen und mittellosen Patienten. In diesen Fällen könnte ein vollständiger oder teilweiser Erlass einer ärztlichen Honorarforderung in Betracht kommen.

Im Fall der Werbung der Klinik sollte die Venenmessung nebst ärztlicher Beratung jedoch vollständig kostenlos angeboten werden, und zwar unabhängig davon, wer die Leistung in Anspruch nimmt.

Damit hat das LG Stade einen Verstoß gegen § 7 HWG angenommen. Denn bei der kostenlosen Venenmessung nebst ärztlicher Beratung handelt es sich um eine unzulässige Zuwendung oder sonstige Werbegabe. Diese Leistung

sei auch nicht geringwertig, so dass sich daraus die Unzulässigkeit ergeben habe.

2. Konsequenzen für den Fachhandel

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass für den Fachhandel andere Maßstäbe gelten. Das genannte ärztliche Berufsrecht, das das Angebot kostenloser Leistungen untersagt, gilt für die Leistungserbringer nicht. Trotzdem sind vom Fachhandel für eine zulässige Durchführung von Venenmessungen Grenzen zu beachten.

a) Feststellungen von Krankheiten, Leiden, Körperschäden

Die Durchführung von Venenmessungen darf nicht dazu führen, dass eine Deutung der Messergebnisse durch den Fachhandel dahingehend vorgenommen wird, dass Diagnosen oder entsprechende Handlungen getroffen werden, die anderen Berufsgruppen vorbehalten sind. Hintergrund hierfür ist die Regelung in § 1 Abs. 2 des sogenannten Heilpraktikergesetzes. Danach ist Ausübung der Heilkunde jede berufs- oder gewerbsmäßig vorgenommene Tätigkeit zur Feststellung, Heilung oder Linderung von Krankheiten, Leiden oder Körperschäden bei Menschen.

Werden die Ergebnisse der Messung ausgewertet und dem Kunden im Detail erläutert, z. B. eine Diagnose gestellt, ist von einer Ausübung der Heilkunde auszugehen. Die Ausübung der Heilkunde ist aber nach der vorstehenden gesetzlichen Regelung ausschließlich Ärzten oder Personen vorbehalten, die über eine Erlaubnis im Sinne des Heilpraktikergesetzes verfügen. Über eine solche Erlaubnis verfügen jedoch regelmäßig nur Heilpraktiker. Der Sanitätsfachhandel dürfte regelmäßig über eine solche Erlaubnis nicht verfügen. Die durchgeführte Venenmessung darf also nicht der Feststellung einer Erkrankung oder eines Körperschadens dienen, sondern lediglich die Erläuterung der Venenfunktionen oder des Venensystems unterstützen. Wann die Grenzen zwischen erlaubter Erläuterung und verbotener Feststellung einer Krankheit oder eines Körperschadens überschritten ist, lässt sich nur in der Gesamtbetrachtung aller Umstände beurteilen. Wird lediglich der Hinweis gegeben, dass vielleicht eine ärztliche Untersuchung in Betracht gezogen werden sollte, dürfte diese Grenze noch nicht überschritten sein.

Beim Verbraucher darf jedenfalls nicht der Eindruck erweckt werden, dass die Beratung durch den Fachhandel eine ärztliche Beratung oder Untersuchung durch Ärzte ersetzen würde, z. B. der Kauf eines Kompressionsstrumpfes die Behandlungslösung darstellen würde.

Ein Verhalten des Sanitätsfachhandels, das dagegen verstoßen würde, wäre wettbewerbswidrig und könnte auch zur Abmahnung und Unterlassungserklärungen führen.

b) Anwendung des Heilmittelwerbegesetzes

In der oben genannten Entscheidung des LG Stade wurde ein Verstoß gegen § 7 HWG gesehen, um die genannte Vorgehensweise als unzulässig gelten zu lassen. Das Heilmittelwerbegesetz gilt jedoch nicht grundsätzlich für alle Tätigkeiten eines Sanitätshauses oder sonstiger Leistungserbringer. Insbesondere für das heilmittelrechtliche Werbegabenverbot im Sinne des § 7 HWG ist Grundvoraussetzung der Produktbezug. Dagegen hat die bloße Werbung für das Unternehmen (Imagewerbung) heilmittelwerberechtlich keine Relevanz. Werbegaben ohne Produktbezug sind daher von § 7 HWG nicht erfasst. Soweit die Werbung des Fachhandels jedoch auf konkrete Produkte abzielt, wären die Grenzen des § 7 HWG maßgeblich.

Wird z. B. die kostenlose Venenmessung gezielt Kunden angeboten, die z. B. bereits Interesse an Kompressionsstrümpfen bekundet haben, oder werden in der Werbung für die kostenlose Venenmessung Kompressionsstrümpfe als entsprechendes Hilfsmittel erwähnt, ist ein Produktbezug herzustellen. Das HWG fände Anwendung.

Ob alleine die Durchführung der Venenmessung in einem Sanitätshaus, in dem auch Produkte zur Kompressionstherapie angeboten und beworben werden, für die Herstellung eines Produktbezuges ausreicht, kann jedoch bezweifelt werden. Hierbei ist immer auf die Gesamtdarstellung in der konkreten Situation abzustellen. Wir werden weiter unten unter der Überschrift der Empfehlungen hierzu noch einmal Beispiele aufführen.

Maßgeblich für die gesetzlichen Grenzen ist also immer die Frage, ob es sich um Unternehmenswerbung oder Werbung mit Produktbezug handelt.

c) Zuwendungen im Sinne des § 7 HWG

Wie oben zum Urteil des LG Stade ausgeführt, sind Zuwendungen oder andere Werbegaben gem. § 7 HWG grundsätzlich unzulässig. Eine Ausnahme liegt jedoch dann vor, wenn es sich um Zuwendungen handelt, die als geringwertig zu betrachten sind. Da Venenmessungen als ärztliche Leistung dem Grunde nach vergütungsfähig sind, handelt es sich hierbei zumindest um eine geldwerte Leistung. Zu Bedenken ist jedoch, dass für den Sanitätsfachhandel eine vergleichbare Gebührenordnung nicht besteht und Venenmessungen auch regelmäßig nicht Teil der Leistungsbeschreibungen in den Rahmenverträgen gem. § 127 SGB V sind. Eine allgemein übliche Berechnung ist nach diesseitiger Kenntnis nicht festzustellen.

Trotzdem sollte auf jeden Fall beachtet werden, dass geringwertig im Sinne des § 7 HWG nur Leistungen sein können, die einen Wert von weniger als 5,00 Euro haben. Im Einzelfall müsste also gut begründet werden können, warum der Wert der Venenmessung möglichst deutlich unter 5,00 Euro liegt. Da nach unserer Kenntnis die Preise für Venenmessungen nicht gesetzlich oder z. B. durch die Krankenkassen vorgegeben sind, andererseits sich in einem Spektrum zwischen kostenlos und durchaus mal bis zu 12,00 Euro

bewegen, ist das Risiko nicht von der Hand zu weisen, dass es sich hierbei um keine geringwertige Leistung handelt.

Ein weiteres Argument als Ausnahme könnte sein, wenn es sich bei der kostenlosen Venenmessung um eine sogenannte handelsübliche Nebenleistung handeln würde. Gegen eine handelsübliche Nebenleistung würde sprechen, wenn solche Angebote tendenziell eher als „Sonderaktion“ durchgeführt werden und nicht typischerweise im Fachhandel angeboten werden. Hierbei wäre auch ggf. zu berücksichtigen, ob sich ein solches Angebot der kostenlosen Venenmessung nicht auf Dauer als handelsübliche Nebenleistung durchsetzen würde.

Als weiterer Ausnahmetatbestand käme noch die Qualifikation der kostenlosen Venenmessung als Auskunft oder Ratschlag in Betracht. Anders als bei dem im Fall des LG Stade entschiedenen Falles einer Klinik gehört im Sanitätsfachhandel die Venenmessung nicht zu der Hauptleistung des Verkaufs von Medizinprodukten und Hilfsmitteln. Das Durchführen einer Messung geht jedoch über einen Rat oder eine Auskunft hinaus, da erst eine zusätzliche Leistung erbracht wird, die dann zu einem Rat oder einer Auskunft führen kann.

Im Ergebnis wäre es also nicht auszuschließen, dass hier ein Verstoß gegen § 7 HWG vorliegen kann. Von besonderer Bedeutung ist, dass man die kostenlosen Venenmessungen als geringwertige Leistung darstellen kann, so dass der Wert dieser Leistung unter 5,00 Euro liegt.

d) Hervorrufen oder Ausnutzen von Angstgefühlen

Unzulässig wäre eine Werbung im Zusammenhang mit der kostenlosen Venenmessung, wenn diese Angstgefühle der Kunden hervorruft oder ausnützen würde (§ 11 Nr. 7 HWG).

Ein solcher Fall würde vorliegen, wenn die Darstellung der Folgen der unterbliebenen Venenmessung oder einer daran sich anschließenden Kompressionsversorgung in den schillerndsten Farben geschildert würden, so dass dann z. B. schwerste gesundheitliche Beeinträchtigungen drohen würden. Als unzulässig würden Formulierungen bisher bewertet wie z. B. „schwere Folgeschäden bis hin zum Herzinfarkt“.

e) Image- oder produktbezogene Werbung?

Das HWG findet ausschließlich dann Anwendung, wenn mit der Werbeaktion für Produkte (Arzneimittel, Behandlungen) geworben wird. Im Umkehrschluss gilt das HWG dann nicht, wenn mit einer Werbung lediglich das Gesamtunternehmen im Rahmen der sogenannten Imagewerbung dargestellt wird.

Wird die kostenlose Venenmessung gezielt Kunden angeboten, die z. B. bereits Interesse an Kompressionsstrümpfen bekundet haben, oder werden

in der Werbung für die kostenlose Venenmessung Kompressionsstrümpfe erwähnt, ist ein Produktbezug herzustellen.

Ob alleine die Durchführung der Messung in einem Sanitätshaus, in dem auch Produkte zur Kompressionstherapie angeboten und beworben werden, für die Herstellung eines Produktbezuges ausreicht, kann jedoch bezweifelt werden. Hierbei ist immer auf die Gesamtdarstellung im konkreten Ladenlokal abzustellen.

Sobald die Gesamtdarstellung der Werbeaktion alleine der Imagewerbung des Unternehmens dient, wären das HWG und die vorstehend genannten Grenzen nicht anwendbar. Wenn jedoch der Produktbezug hergestellt werden kann, finden die oben genannten Grenzen Anwendung.

3. Empfehlungen für den Fachhandel

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass im Zusammenhang mit kostenlosen Venenmessungen als Werbeaktionen wettbewerbsrechtliche Risiken entstehen können. Ganz wesentlich dabei ist, dass die Venenmessung im Rahmen der sogenannten Unternehmenswerbung ohne Produktbezug eingesetzt wird. Daher wollen wir zur Verdeutlichung nachstehend einige Beispiele nennen.

Was Sie dürfen:

- Sie bieten einen Gesundheitstag mit dem Schwerpunkt Beingesundheit an, bei dem z. B. ein Venentraining durchgeführt wird, in dessen Rahmen auch eine Venenmessung stattfindet. Im Rahmen dieses Gesundheitstages stellen Sie ihre gesamte Leistungsfähigkeit als Unternehmen dar.
- Sie zeigen Trainingsmöglichkeiten für das Venensystem auf und bieten in diesem Zusammenhang auch die Venenmessung an.
- Das Venensystem wird erläutert mit Funktionalität, Vorsorge oder Möglichkeiten der Beinpflege.
- Die Ergebnisse der Venenmessung dürfen mitgegeben werden, jedoch sollte jede mündliche oder schriftliche medizinische Interpretation oder Besprechung unterbleiben, allenfalls kann ein Vergleich vor dem Training und nach dem Training durchgeführt werden.
- Sollte sich eine Normabweichung feststellen, sollte ein Arztbesuch angeregt, jedoch keine eigenen Diagnosen gestellt werden.

Was Sie nicht tun dürfen/sollten:

- Die kostenlose Venenmessung in den Vordergrund stellen, da diese für sich genommen als eine ärztliche Leistung gewertet werden könnte.
- Therapieempfehlungen geben, Diagnosen vornehmen, medizinische Ratschläge geben.
- Feststellungen von Erkrankungen oder anderen regelwidrigen körperlichen Zuständen.
- Erläuterungen und Beschreibungen des Venenmessergebnisses aus medizinischer Sicht.
- Schüren von Ängsten, wie z. B. dringende Aufforderung zum Arztbesuch.
- Konkrete Produktwerbung im Zusammenhang mit dem Beintraining oder der Venenmessung.
- Keine herausgehobene Produktpräsentation unmittelbar neben der Venenmessung.

Vorstehend handelt es sich um Beispiele, um Hilfestellungen zu geben. Trotzdem muss bei jeder Durchführung eine Einzelfallbewertung vorgenommen werden. Maßgeblich sind immer die Gesamtschau und damit der Gesamteindruck.

III. Fazit

Grundsätzlich kann der Fachhandel mit kostenlosen Venenmessungen unter Berücksichtigung der wettbewerbsrechtlichen Risiken werben.

Dabei sind jedoch die oben genannten Grenzen deutlich zur Risikominimierung zu beachten. Bei der kostenlosen Venenmessung sollte auf jeden Fall die sogenannte Imagewerbung im Vordergrund stehen, so dass ein konkreter Produktbezug nicht hergestellt werden kann. In diesem Falle findet das HWG mit seinen strengen Vorgaben keine Anwendung.

Da die Grenze zwischen image- und produktbezogener Werbung jedoch nicht eindeutig zu ziehen ist, sollte auf jeden Fall auch immer dargestellt werden können, dass es sich hierbei um eine geringwertige Leistung handelt, deren Wert somit deutlich unter 5,00 Euro liegen sollte.

Des Weiteren sollten Diagnosen oder ähnliche Ratschläge, die typischerweise Ärzten vorbehalten sind, auf jeden Fall unterbleiben.

Lünen, den 19. März 2012



Jörg Hackstein, Rechtsanwalt