

Zuweisermarketing ohne Compliance-Verstöße

Rechtliche Grenzen und Möglichkeiten



Niedergelassene Ärzte sind für Krankenhäuser Einweiser und Bindeglied zum Patienten und daher Partner bzw. Kunden auf lange Sicht. Eine Kooperation zwischen Krankenhaus und Zuweiser ist für beide Seiten sinnvoll und kann den Behandlungserfolg verbessern. Das Thema Zuweisermarketing und die Einhaltung der entsprechenden Compliance-Vorschriften sollten demnach für alle Kliniken im Fokus stehen.

Bei sämtlichen Maßnahmen muss das Patientenwohl über allem stehen und die Wahrung der ärztlichen Unabhängigkeit gesichert bleiben. Hierzu ist es entscheidend, dass Leistung und Gegenleistung immer in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen.

„Zuwendungen dürfen nicht abhängig vom Zuweisungsverhalten des Arztes sein.“

Um sich keinen rechtlichen Vorwürfen auszusetzen und jederzeit eine ordnungsgemäß vollzogene Geschäftsverbindung belegen zu können, ist eine vollständige schriftliche Dokumentation sinnvoll.

Zuweiserpauschalen

Zuweisungen gegen Entgelt sind rechtlich unzulässig. Niedergelassene Ärzte, die entsprechende entgeltliche Zuwendungen annehmen, verstoßen gegen berufsrechtliche Vorschriften (§ 31 MBO) und können strafrechtlich nach § 73 Abs. 7 SGB V sowie §§ 331 ff. StGB geahndet werden. Angestellte Ärzte im Krankenhaus haben sowohl den § 31 MBO als auch das Zuwendungsverbot des § 128 Abs. 2 und Abs. 6 SGB V zu beachten. In Nordrhein-Westfalen und Bremen existieren entsprechende landesgesetzliche Regelungen auch für Krankenhäuser und ihre Träger (§ 31a KHGG NRW, § 33 Bremisches KHG). In den restlichen Ländern fehlt bislang eine solche Regelung.

Gesetzliche Grundlagen

Die Zulässigkeit der Maßnahmen ist vor allem anhand von drei Gesetzen zu überprüfen: dem Heilmittelwerbegesetz (HWG), dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) und der

Musterberufsordnung für Ärzte (MBO) bzw. der in den einzelnen Bundesländern an die MBO angelehnten einzelnen Landesberufsordnungen.

Heilmittelgesetz (HWG)

Insbesondere das HWG ist im Rahmen des Zuweisermarketings entscheidend, zumal ein Verstoß gegen Vorschriften des HWG immer zugleich einen gegen das Verbot der berufswidrigen Werbung nach § 27 Abs. 3 MBO darstellt.

„Die Werbeverbote des HWG gelten nicht nur für Ärzte, sondern für sämtliche Werbung treibende Personen, also auch für die Institution Krankenhaus, soweit es sich um Produktwerbung, also z. B. die Anpreisung bestimmter Behandlungsmethoden, und nicht um Imagewerbung handelt.“

Wichtig sind hier §§ 3, 3a und 6 HWG:

- § 3 HWG verbietet insbesondere die irreführende Werbung. Die liegt vor, wenn z. B. Verfahren, Behandlungen oder anderen Mitteln therapeutische Wirkungen zugeschrieben werden, die sie nicht haben, wenn fälschlich der Eindruck erweckt wird, dass ein Erfolg sicher ist, bei bestimmungsgemäßem oder längerem Gebrauch keine schädlichen Wirkungen eintreten oder dass die Werbung nicht zu Zwecken des Wettbewerbs veranstaltet wird. Es ist auch unzulässig, unwahre oder zur Täuschung geeignete Angaben zu machen, z. B. über Arzneimittel oder andere Mittel, über Verfahren und Behandlungen oder über Personen (z. B. zu Vorbildung, Befähigung oder Erfolgen).
- Unzulässig ist eine Marketingmaßnahme über zulassungspflichtige Arzneimittel nach § 3a HWG, wenn diese nicht nach den arzneimittelrechtlichen Vorschriften zugelassen sind oder als zugelassen gelten.
- Nach § 6 HWG ist es unzulässig, für Marketingmaßnahmen Gutachten oder Zeugnisse zu verwenden, die nicht von wissenschaftlich oder fachlich hierzu berufenen Personen er-

stellt worden sind, oder wenn die vorgeschriebenen Angaben über Verfasser und Ausstellungszeitpunkt fehlen. Es ist auch verboten, auf Veröffentlichungen ohne die vorgeschriebenen Angaben zu Verfasser, Veröffentlichungszeitpunkt und Quelle Bezug zu nehmen oder ohne deutlich darzustellen, ob die Veröffentlichung sich auf das beworbene Verfahren bzw. die beworbene Behandlung selbst bezieht. Des Weiteren ist es unerlaubt, aus der Fachliteratur entnommene Zitate oder sonstige Darstellungen nicht wortgetreu zu übernehmen.

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)

Nach § 3 UWG sind Wettbewerbshandlungen unzulässig, die geeignet sind, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber oder sonstiger Marktteilnehmer nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen. Im Rahmen des Zuweisermarketings sind hier besonders die Vorschriften über die irreführende Werbung (§ 5 UWG), die vergleichende Werbung (§ 6 UWG) und die unzumutbare Belästigung (§ 7 UWG) zu beachten.

Werbemaßnahmen bewegen sich recht häufig im Bereich der Irreführung. So ist beispielsweise Werbung für Ärzte mit Hinweis darauf, diese nähmen eine Spitzenstellung in der deutschen Ärzteschaft ein, irreführend nach § 5 UWG und daher unzulässig, wenn die vorgestellten Mediziner nicht tatsächlich einen deutlichen und nachhaltigen Qualitätsvorsprung gegenüber dem Durchschnitt der auf dem jeweiligen Gebiet tätigen Fachärzte aufweisen. Zur Beurteilung der ärztlichen Fähigkeit sind

- die Häufigkeit bestimmter Eingriffe durch einen Operateur,
- die Anzahl der Fachpublikationen,
- akademische Titel, Forschungsauszeichnungen und die Zugehörigkeit zu wissenschaftlichen Gesellschaften sowie
- die Reputation eines Arztes bei Fachkollegen¹

ungeeignet. Diese Merkmale belegen weder eine herausragende Qualifikation des Arztes als Diagnostiker, Operateur oder Therapeut, noch lassen sie Schlüsse auf den Erfolg einer Heilbehandlung zu.

[1] BGH GRUR 1997, 914 – Die Besten II

Vergleichende Werbung liegt dann vor, wenn mindestens ein Mitbewerber erkennbar ist, auch ohne namentliche Nennung. Sie ist für Kliniken gestattet, wenn § 6 UWG berücksichtigt wird. Nach diesem handelt unlauter, wer mit einem Vergleich wirbt, der z. B.

- sich nicht auf Dienstleistungen für dieselbe Zweckbestimmung oder
- sich nicht objektiv auf relevante, nachprüfbar und typische Eigenschaften oder den Preis dieser Dienstleistungen bezieht,
- im geschäftlichen Verkehr zu einer Gefahr von Verwechslungen zwischen dem Werbenden und einem Mitbewerber bzw. ihren angebotenen Dienstleistungen führt,
- den Ruf des von einem Mitbewerber verwendeten Kennzeichens in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt,
- die Dienstleistungen, Tätigkeiten oder persönlichen oder geschäftlichen Verhältnisse eines Mitbewerbers herabsetzt oder verunglimpft oder
- eine Dienstleistung als Nachahmung einer unter einem geschützten Kennzeichen vertriebenen Dienstleistung darstellt.

Unzulässig sind nach § 6 UWG zum Beispiel die Slogans „Bei uns werden Doppeluntersuchungen vermieden“ und „Wir fangen an, wo andere aufhören“.

Die § 7 Abs. 2 und 3 UWG über unzumutbare Belästigungen sind besonders im Rahmen des Direktmarketings zu beachten. So ist das Versenden von E-Mails mit unerbetener Werbung eine nicht unerhebliche Belästigung nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG und damit rechtswidrig, wenn der Empfänger der Zusendung solcher Hinweise nicht zugestimmt hat. Das gilt laut BGH nach § 7 Abs. 2 und 3 UWG auch für Weiterempfehlungsfunktionen auf Internetseiten, durch die Dritten unverlangt eine E-Mail geschickt wird.² In dem entschiedenen Fall hatte ein Unternehmen auf seiner Internetseite den Button „Einem Freund empfehlen“ installiert, über den ein Nutzer die E-Mail-Adresse eines Dritten

eingeben konnte, der dann eine automatisch generierte E-Mail mit Hinweisen auf die Website des Unternehmens erhielt. Auch wenn der Versand der Empfehlung letztlich auf die Eingabe der E-Mail-Adresse des Klägers durch einen Dritten zurückgeht, haftet das beklagte Unternehmen als Täter für die Zusendung der E-Mail, da es maßgeblicher Zweck der Weiterempfehlungsfunktion ist, Dritten einen Hinweis auf den beworbenen Internetauftritt zu übermitteln.

Musterberufsordnung für Ärzte (MBO)

Wird das Zuweisermarketing durch die einzelnen Chefärzte der Fachabteilungen vorgenommen, so ist auch die MBO in ihrer jeweiligen Landesfassung zu beachten. Zwar gilt für Kliniken ein Werbeprivileg, da die Gruppe ärztlicher Inhaber von Kliniken durch einen höheren sachlichen und personellen Aufwand und durch laufende Betriebskosten von Werbebeschränkungen stärker belastet werden, als niedergelassene Ärzte.³ Wirbt die Klinik nicht nur mit Unterbringungs- und Verpflegungsleistungen, sondern namentlich mit der Person des Arztes, so schlägt dann wieder die Berufsordnung durch, da der einzelne Arzt im Vordergrund steht und für diesen die Berufsordnung uneingeschränkte Gültigkeit erlangt.⁴ Ob die Berufsordnung im Einzelfall letztendlich anwendbar ist oder nicht, ist eine Frage des Einzelfalls, und richtet sich danach, ob eine bestimmte Werbung den (Beleg-)Ärzten oder aber der Klinik als Institution zuzuordnen ist.⁵ Praktisch hat dies jedoch kaum Relevanz, da § 27 Abs. 3 MBO die irreführende, anpreisende und vergleichende Werbung nur als spezialgesetzliche Regelung verbietet. Soweit die MBO nicht anwendbar ist, gelten die allgemeinen rechtlichen Vorschriften des Werberechts. Die irreführende Werbung wird damit ebenfalls über §§ 3 und 5 HWG verboten.

Printmedien

Anzeigenschaltungen sind mittlerweile grundsätzlich als zulässiges Marketingtool anerkannt, sofern die Anzeige nicht irreführend, anpreisend oder aber in wettbewerbswidriger Weise vergleichend ist. Das Kriterium der Anpreisung ist im Zuweisermarketing jedoch meist nicht entscheidend für die Beurteilung der Unzulässigkeit. Für Presseberichte gelten dieselben Compliance-Gebote wie für Anzeigen.

Richtet sich eine Informationsbroschüre nur an Zuweiser, ist diese anhand der allgemeinen HWG- und UWG-Vorschriften zu überprüfen. Sie kann mit Grafiken und Fotos der Kliniken und der dort anwesenden Ärzte werben, sofern diese ihre Einwilligung hierzu erteilt haben (§ 22 KunstUrhG). Sind Gutachten und andere wissenschaftliche Veröffentlichungen Inhalt der Werbung, ist § 6 HWG zu beachten.

Internet

Bei einer Facebook- oder Internetpräsenz als Marketingmittel sind zusätzlich zu den oben bereits vorgestellten rechtlichen Rahmenbedingungen noch die Facebook-Nutzungsbedingungen und das Telemediengesetz zu beachten. Nach § 5 Telemediengesetz (TMG) besteht für das Facebook-Profil ebenso wie für die eigene Internetseite eine Impressumspflicht. Dies wurde nun auch durch das Landgericht Aschaffenburg entschieden.⁶ Dabei reicht es allerdings aus, wenn Sie auf das Impressum Ihrer Website verlinken. Es ist jedoch ist zu beachten, dass das Impressum auch bei Facebook einfach zu erkennen und ohne langes Suchen zu finden sein muss. Ein Link mit der Bezeichnung «Info» erfüllt diese Voraussetzung nicht.

Veranstaltungen

Auch im Rahmen von Zuweisermarketing durch Informationsveranstaltungen, Tagungen oder Kongresse sind hauptsächlich die Vorschriften des UWG und des HWG sowie für den Arzt § 32 MBO zu beachten.

Wird die Fortbildung durch die Industrie gesponsert, sind noch die Industriekodizes, wie etwa der Kodex „Medizinprodukte“, der FSA-Kodex Fachkreise oder der AKG-Kodex sowie der Gemeinsame Standpunkt der Verbände zur strafrechtlichen Bewertung der Zusammenarbeit zwischen Industrie, medizinischen Einrichtungen und deren Mitarbeitern zu beachten. Hiernach ist es Ärzten insbesondere nicht gestattet, Geschenke oder andere Vorteile zu fordern, sich versprechen zu lassen oder anzunehmen, wenn hierdurch der Eindruck erweckt wird, dass die Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidung beeinflusst wird. Eine Beeinflussung ist dann nicht berufswidrig, wenn sie einer wirtschaftlichen Behandlungs- oder Ordnungsweise auf sozial-

rechtlicher Grundlage dient und dem Arzt die Möglichkeit erhalten bleibt, aus medizinischen Gründen eine andere als die mit finanziellen Anreizen verbundene Entscheidung zu treffen.

„ **Die Annahme von geldwerten Vorteilen in angemessener Höhe ist nicht berufswidrig, sofern diese ausschließlich für berufsbezogene Fortbildung verwendet werden.**

Der für die Teilnahme an einer wissenschaftlichen Fortbildungsveranstaltung gewährte Vorteil ist unangemessen, wenn er über die notwendigen Reisekosten (Economy-Class, Taxifahrten) und Tagungsgebühren hinausgeht. Unzulässig sind z. B. Übernachtungskosten für Verlängerungstage, Kosten von Luxushotels oder für das Rahmenprogramm, die Abgabe von Fachbüchern an der Fortbildungsveranstaltung (mit der Ausnahme, dass sich das Fachbuch ausschließlich mit der Veranstaltung beschäftigt) sowie Fortbildungsveranstaltungen mit attraktivem Freizeitwert.

Nach § 7 Abs. 2 HWG sind Zuwendungen erlaubt, die im Rahmen ausschließlich berufsbezogener wissenschaftlicher Veranstaltungen von untergeordneter Bedeutung sind und die sich nur auf im Gesundheitswesen tätige Personen erstrecken; hier ist jedoch festzustellen, was der eigentliche Zweck des Besuchs ist.

„ **Die Folgen treffen nicht nur den annehmenden Arzt, sondern über § 7 Abs. 1 HWG auch das zuwendende Krankenhaus.**

Darüber hinaus besteht die Gefahr der strafrechtlichen Verantwortlichkeit nach §§ 331 StGB für den Annehmenden bzw. § 333 StGB für den Vorteil Gewährenden.

[2] BGH-Urteil vom 12.09.2013, Az. I ZR 208/12
 [3] vgl. BVerfG 71, 183 194 ff.; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats, NJW 2000, S. 2734 2735, BVerfG vom 17. Juli 2003, 1 BvR 2115/02
 [4] BVerfG vom 17. Juli 2003, 1 BvR 2115/02
 [5] BVerfG vom 13.07.2005, 1 BvR 191/05
 [6] Landgericht Aschaffenburg Urteil vom 19.08.2011 Az.: 2 HK O 54/11, BeckRS 2011, 24110

Medizinische Portale

Zuweiser bemängeln an der Zusammenarbeit mit Krankenhäusern vor allem schwer erreichbare ärztliche Ansprechpartner, fehlende Besuche von Chefärzten in der Praxis, Schwierigkeiten bei der Terminvereinbarung und hapernde Informationen über neue Geräte oder OP-Techniken.

” *Umfragen zufolge misst manch zuweisender Arzt einem schnell verfügbaren Entlassungsbrief einen höheren Stellenwert bei, als dem medizinischen Sachverstand seiner Kollegen in der Klinik.*⁷

Daher gilt die Verknüpfung zwischen niedergelassenem Arzt und Klinik durch Teleportale heute als optimale, effektive Maßnahme der Zuweiserbindung. Diese ermöglichen Einweisern den Anschluss an das Kliniknetzwerk und eröffnen neue Dimensionen der Zusammenarbeit sowie den digitalen Austausch medizinischer Informationen und Unterlagen in Höchstgeschwindigkeit.

Ein derartiges Pilotprojekt „Telemedizinportal“ wurde am Evangelischen Krankenhaus in Düsseldorf im Jahr 2007 gestartet.⁸ Rund um die Uhr kann der Niedergelassene online Aufnahme-terminen buchen, die elektronische Krankenakte seiner stationär liegenden Patienten einsehen und Befunde sogar in seine Praxisakten einfließen lassen. Röntgenbilder, OP-Berichte, EKG-Befunde und ein schnellerer, umfassender Arztbrief können ihm die Nachbehandlung erleichtern. Die Klinik kann das Portal als Serviceplattform und Medium nutzen, um den Arzt mit Informationen zu versorgen: mit einer Einladung zum Tag der offenen Tür für Niedergelassene, einem Video vom neuen Zentral-OP oder mit Fachartikeln, die – passend zur Diagnose – vollautomatisch in medizinischen Datenbanken recherchiert und als Anlage zur Patientenakte aufgeschaltet werden.

Eine technisch weniger aufwändige Form der Kommunikation ist ein Informationsportal für die Fachöffentlichkeit, das registrierten Nutzern als Log-in-Bereich exklusiv zur Verfügung steht. Um dabei die Einhaltung datenschutzrechtlicher Bestim-

mungen zu gewährleisten, dürfen nur zugelassene und authentifizierte Ärzte bzw. Behandler Zugang zum geschlossenen Bereich erhalten und muss die Verbindung zwischen Krankenhaus und Arztpraxis gesichert erfolgen.

Hinsichtlich der Portalinhalte sind o. a. Compliance-Regeln zu beachten. Dabei empfiehlt sich die Einbindung eines Fachanwalts für Medizinrecht, um Regelverstößen vorzubeugen und die Einhaltung datenschutzrechtlicher Bestimmungen sicherzustellen.

[7] Vgl. http://www.klinikum.uni-heidelberg.de/fileadmin/pressestelle/PM_neu/Zuweiser-Marketing.pdf
[8] <https://www.online-zfa.de/article/zuweisermarketing-von-kliniken/originalarbeit-original-papers/y/m/2>



Rechtsanwalt Jens Pätzold, Fachanwalt für Medizinrecht und Gründungspartner Lyck & Pätzold Medizinanwälte, Schwerpunkt im ärztlichen Werbe- und Berufsrecht sowie Vertragsrecht, Betreuung von Ärzten und Healthcare-Unternehmen bei der Praxis-/Unternehmensoptimierung



Rechtsanwältin Cornelia Sauerbier, Beratung und Vertretung von Healthcare-Unternehmen in wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten, Schwerpunkt Krankenhaus-, Chefarzt- und Arzthaftungsrecht sowie Compliance-Management

Lyck & Pätzold Medizinanwälte
kanzlei@medizinanwaelte.de
www.medizinanwaelte.de