„Medizinische Fußpflege“ ausschließlich für Podologen

Eigener Leitsatz:

Eine Werbung mit medizinischer Fußpflege ist ausschließlich Podologen vorbehalten. Ein Masseur, der mit einem solchen Zusatz wirbt, handelt wettbewerbswidrig, wenn er keine Ausbildung als Podologe vorweisen kann. Es ist für den Laien nicht erkennbar, dass es nur um eine Qualifikation im Rahmen einer Tätigkeit als Masseur handelt, sondern dieser erwartete eine besondere Qualifikation im Bereich der Fußpflege. Eine solche Werbung stellt eine Irreführung des Patienten dar.

Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen

Beschluss vom 02.08.2011

Az.: 13 B 1659/10

Tenor:

Auf die Beschwerde der Antragsgegnerin wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Köln vom 29. Oktober 2010 geändert.

Der Antrag des Antragstellers auf Wiederher-stellung/Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage (VG Köln – 7 K 4747/10 -) gegen die Ordnungsverfügung der Antragsgegnerin vom 16. Juli 2010 wird abgelehnt.

Der Antragsteller trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Instanzen.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 2.500,00 Euro festgesetzt.

Entscheidungsgründe:

Der Senat geht davon aus, dass die Anordnung der

Antragsgegnerin an den Antragsteller in der Ordnungsverfügung vom 16. Juli 2010, "jegliche Bewerbung mit dem Begriff ‚medizinische' Fußpflege zu unterlassen", nach wie vor relevant ist und deshalb auch weiterhin ein Rechtsschutzbedürfnis für eine Entscheidung nach § 80 Abs. 5 VwGO besteht. Mit der Ordnungsverfügung, die sich auf alle Werbemaßnahmen wie beispielsweise Zeitungsanzeigen, Werbeflyer, Praxisschild, Internetdarstellung usw. bezieht, wird die Wortkombination "med. Fußpflege" oder "medizinische Fußpflege" beanstandet. Diese Wortkombination ist zwar (derzeit) z. B. nicht in der Darstellung der Praxis des Antragstellers im Internet vorhanden, war aber in anderen Werbemedien (Zeitung, Flyer) enthalten, auf die sich die Ordnungsverfügung ebenfalls bezieht. Es ist nicht ersichtlich, dass der Antragsteller sein Werbeverhalten inzwischen entsprechend der Ordnungsverfügung umgestellt hat und die beanstandete Wortkombination gar nicht mehr verwendet.

Die Beschwerde der Antragsgegnerin, über die gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO im Rahmen der von ihr dargelegten Gründe zu befinden ist, hat Erfolg. Die nach § 80 Abs. 5 VwGO gebotene Interessenabwägung fällt aus Sicht des Senats zum Nachteil der Antragstellers aus. Insbesondere ist bei der summarischen Prüfung in diesem Verfahren nicht die Annahme gerechtfertigt, dass die Ordnungsverfügung der Antragsgegnerin vom 16. Juli 2010 offensichtlich rechtswidrig ist. Dabei ist nicht von entscheidender Bedeutung, ob die Ordnungsverfügung zu Recht (auch) auf § 3 Satz 2 Nr. 3 Buchst. b) HWG gestützt wurde oder ob, weil der Beispieltatbestand dieser Norm wegen der darin bezeichneten Betroffenen (Hersteller, Erfinder usw.) den Fall des Antragstellers mit irreführenden personenbezogenen Angaben nicht erfasst, die Generalklausel des § 3 Satz 1 HWG einschlägig ist.

Vgl. Doepner, Heilmittelwerbegesetz, 2. Aufl., § 3 Rdnr. 108.

Die Kriterien einer irreführenden Werbung sind bezüglich der beanstandeten Werbemaßnahmen des Antragstellers in

Zusammenhang mit medizinischer Fußpflege erfüllt; sie rechtfertigen die in Frage stehende Unterlassungsverfügung.

Dass die Angabe "med. Fußpflege" oder "medizinische Fußpflege" des Antragstellers als Werbung anzusehen ist, kann ungeachtet dessen, dass der Begriff in § 1 HWG nicht konkret erläutert wird, bei verständiger und realistischer Betrachtungsweise keinen ernsthaften Zweifeln unterliegen. Der Hinweis dient dazu, die Aufmerksamkeit der Adressaten zu erwecken und die Erbringung einer bestimmten Leistung ("medizinische Fußpflege") zu fördern. Die Angaben auf einem Praxisschild sind dabei nicht schon deshalb von dieser Einstufung ausgenommen, weil, wie der Antragsteller geltend macht, ein solches kassenrechtlich vorgeschrieben sei. Ein Praxisschild ist unabhängig von rechtlichen Erfordernissen für seine Anbringung schon aus sich heraus eine Werbemaßnahme, weil es der Außendarstellung des Betreffenden dient und auf die Erbringung von Leistungen ausgerichtet ist.

Das Heilmittelwerbegesetz ist nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 HWG auch grundsätzlich in Bezug auf die Werbung des Antragstellers anwendbar, denn bei medizinischer Fußpflege handelt es sich um eine Behandlung, die unter Anwendung heilkundlicher Kenntnisse am Menschen der Erkennung, Beseitigung oder Linderung von Krankheiten, Leiden, Körperschäden oder krankhaften Beschwerden dient.

Vgl. OLG S.-A., Urteil vom 4. März 2004 – 7 U (Hs) 58/03 -, juris.

Hinsichtlich der – in der Rechtsprechung unterschiedlich beurteilten – Frage, ob mit dem Hinweis auf "medizinische Fußpflege" zur Täuschung geeignete Angaben i. S. d. § 3 HWG gemacht werden und damit irreführende Werbung, also eine Werbung erfolgt, bei der die angesprochenen Verkehrskreise sich auf Grund der Werbeaussage eine bestimmte Vorstellung machen, die nicht der Wirklichkeit entspricht und deshalb täuschen kann, schließt sich der Senat nunmehr der

Einschätzung im rechtskräftigen Urteil des OLG Hamm vom 3. Februar 2011 (I-4 160/10 -, juris) an. Dies hat in Auseinandersetzung mit anderen Gerichtsentscheidungen (z. B. OLG S.-A., Urteil vom 4. März 2004 – 7 U (Hs) 58/03 -, a. a. O.) Folgendes ausgeführt:

" b. Angesprochene Verkehrskreise sind Personen, die sich im weitesten Sinne einer Fußpflege-Behandlung unterziehen wollen oder müssen. Deren Vorstellung kann der Senat aufgrund eigener Sachkunde oder jedenfalls der Lebenserfahrung selbst beurteilen.

c. Ein nicht unerheblicher Teil dieser Personen weiß jedenfalls heute, dass es auf dem Gebiet der Fußpflege erhebliche Unterschiede gibt und dass mit dem "Podologen" / "medizinischen Fußpfleger" ein Ausbildungsberuf geschaffen wurde, der sich einer qualifizierten medizinischen Fußpflege widmen soll. Insoweit hat er nämlich von den auf dem Markt kursierenden unterschiedlichen Bezeichnungen "Podologe", "medizinischer Fußpfleger", "kosmetischer Fußpfleger" oder schlicht "Fußpfleger" Kenntnis erlangt. Dafür haben die seit Jahren erfolgten Hinweise der Berufsverbände der Fußpfleger, der Gesundheitsämter und der Interessenvertreter der vielen Diabeteserkrankten inzwischen gesorgt. Der Schutz der Berufsbezeichnungen "Podologe" und "Medizinischer Fußpfleger" besteht seit Anfang 2003 und immer mehr Fußpfleger haben eine Übergangszeit für eine staatliche Ergänzungsprüfung bis Ende 2006 genutzt, sich durch eine Anschlussausbildung zum Podologen weiterbilden zu lassen. Gerade weil den Betroffenen zur Zeit der Verabschiedung des PodG Ende 2001 nicht ersichtlich war, wer sich mit welcher Ausbildung hinter einem "Medizinischen Fußpfleger" verbarg, sollte der Schutz der Bezeichnungen "Podologe" und "Medizinischer Fußpfleger" erfolgen. Die geschützten Bezeichnungen und ihre Bedeutung sollten gerade durch die Zusammenarbeit der Gesundheitspolitiker, der Verbände und interessierter Ärzte so bald wie möglich etabliert werden, wie die Gesetzesbegründung

vorsah. Es spricht nichts dagegen, dass die Etablierung nach so langen Jahren jedenfalls soweit gelungen ist, dass ein maßgeblicher Teil der möglichen Pflegebedürftigen die Bezeichnungen und ihre Bedeutung kennt. Die faktischen Auswirkungen des Bezeichnungsverbots haben insoweit maßgeblich dazu beigetragen. Das gilt unabhängig davon, ob nicht durch die Kombination von Bezeichnungsschutz und korrespondierender Berufsausübung sogar rechtliche Tatsachen geschaffen worden sein könnten (vgl. BVerfG NJW 2003, 41 -Altenpflegegesetz - Rdn. 253 ff. bei juris), die den nunmehr faktischen Tatsachen entsprechen. Dafür spricht auch, dass der bedeutende Verband A, der heute -anders als im Jahre 2003- mehrheitlich Podologen, aber auch noch Fußpfleger als Mitglieder hat, heute die Meinung vertritt, dass sich die neuen Berufsbezeichnungen auch bei den Behandlungsbedürftigen durchgesetzt haben. Wer sich im Internet über "Medizinische Fußpflege" informiert, wird gleichfalls auf die Podologen und deren geschützte Berufsbezeichnung hingewiesen. Diese Einschätzung zum heutigen Verbraucherverständnis, auf das es für den Senat ankommt, besagt nichts darüber, ob das OLG Naumburg nicht zum Zeitpunkt der Entscheidung im Februar 2004 und das OLG Frankfurt im Juni 2005 zu Recht eine andere Einschätzung vorgenommen haben. Diese trifft aus Sicht des Senats jedenfalls heute nicht mehr zu.

d. Die maßgeblichen Verkehrskreise, die das Berufsbild und die Aufgaben der Podologen und medizinischen Fußpfleger kennen, nehmen in einem erheblichen Anteil an, dass die von der Beklagten in ihrer Praxisbezeichnung ausschließlich und ohne Einschränkung erwähnte "medizinische Fußpflege" auch von einem "medizinischen Fußpfleger" der bekannten Art ausgeübt wird.

e. Diese Vorstellung ist aber unrichtig. Die Beklagte ist keine Podologin und hat auch die Zusatzausbildung nicht durchgeführt. Sie darf sich nicht "medizinische Fußpflegerin" nennen. Ob sie Zusatzausbildungen in Form von Kursen auch für den Umgang mit Diabetespatienten gemacht hat, ist dabei nicht

entscheidend.

f. Eine solche Fehlvorstellung ist auch wettbewerbsrechtlich relevant. Sie kann dazu führen, dass an einer Fußpflege interessierte Personen die Dienste der Beklagten in Anspruch nehmen, weil sie mit der medizinischen Fußpflege durch einen Podologen eine besondere Qualitätsvorstellung in Bezug auf die Dienstleistung erwarten. Das reicht aus. Ob im Einzelfall besonders erfahrene langjährige Fußpfleger Leistungen derselben oder sogar einer besseren Qualität erbringen könnten, ist nicht entscheidend. Durch die Einführung des geschützten Heilberufs wollte der Gesetzgeber im Sinne des verbesserten Schutzes der Gesundheit der Bevölkerung einen Mindeststandard setzen, der allgemein nur von ausgebildeten Podologen erreicht wird. Dieser wird nicht zwingend erreicht, wenn sich der Verkehr in Praxen begibt, in denen Fußpfleger ohne die podologische Ausbildung tätig sind, die auch die für langjährig tätige Fußpfleger ermöglichte Zusatzausbildung nicht genutzt haben. Die Tatsache, dass heilbehandlungsbedürftige Patienten, insbesondere Diabetiker vom Arzt ohnehin an Podologen verwiesen werden, weil nur deren Behandlung von den Kassen bezahlt wird, steht der Relevanz nicht entgegen. Denn es ist nicht zwangsläufig so, dass behandlungsbedürftige Personen sich zunächst an einen Arzt wenden. Sie könnten auch zunächst zum Fußpfleger kommen. Dann ist es besonders wichtig und nach der Gesetzesbegründung gerade Zweck der speziellen Ausbildung der Podologen, die Behandlungsbedürftigkeit zu erkennen und den Patienten zum Zwecke der Grundlagenbehandlung zum Arzt zu schicken. Auch die Tatsache, dass bestimmte Tätigkeiten der vorsorgenden medizinischen Fußpflege auch von der Beklagten ausgeübt werden dürfen, steht der Relevanz gleichfalls nicht entgegen, weil sie andere heilkundliche Tätigkeiten aus dem Bereich der medizinischen Fußpflege gerade nicht ausüben darf. Die Fehlvorstellung geht aber gerade dahin, dass der entsprechende Praxisbetreiber sämtliche Tätigkeiten im Bereich der medizinischen Fußpflege ausüben darf."

Wegen der Gleichartigkeit der Begriffe ("Irreführung") gilt die dargelegte Beurteilung der "medizinischen Fußpflege" durch den verständigen Patienten/Kunden, auf den insoweit abzustellen ist, auch in Bezug auf § 3 HWG. Dabei ist wegen des Zusatzes "med." oder "medizinische" davon auszugehen, dass bei verständiger Würdigung zu diesem Begriff nicht nur der Bereich der kosmetischen/pflegerischen Fußbehandlung, sondern auch der bedeutende Teil der Behandlung eines kranken Fußes, die durch einen Podologen erfolgen soll, gezählt wird.

Der Antragsteller kann dem nicht mit Erfolg entgegenhalten, er sei ausgebildeter und geprüfter Masseur und Medizinischer Bademeister, habe im Rahmen der Ausbildung im März 1976 die "Prüfung in der Med. Fußpflege" abgelegt und sei deshalb weiterhin zur Angabe dieser Tätigkeit berechtigt. Das dargelegte derzeit anzunehmende Verständnis der Tätigkeiten verschiedener Anbieter im Bereich der Fußpflege durch den Großteil der Patienten/Kunden, dass mit dem Begriff der medizinischen Fuß-pflege auch eine entsprechende Ausbildung des Behandlers assoziiert wird und die qualifizierte Fußpflege grundsätzlich durch Podologen erfolgen soll, steht einer Einschätzung des Berufsbildes des Masseurs und medizinischen Bademeisters mit einer Zuordnung der medizinischen Fußpflege zu dessen Tätigkeitsbereich entgegen. Es mag sein, dass in der Vergangenheit, als es noch keine besondere Bezeichnung für diejenigen Behandler gab, denen eine Tätigkeit am kranken Fuß erlaubt war, die Behandlung dem Masseur und medizinischen Bademeister zugeordnet wurde; diese Einschätzung hat sich, wie dargelegt, nach Ansicht des Senats nach der Anwendung des Podologengesetzes ab Anfang 2003 und der Einführung neuer Berufsbezeichnungen in diesem Bereich inzwischen aber entscheidend verändert. Es spricht bei realistischer Betrachtungsweise schon einiges dafür, dass bereits derzeit der Masse der Patienten/Kunden nicht (mehr) bekannt ist, dass der Bereich der medizinischen Fußpflege dem Tätigkeitsbereich des Masseurs und medizinischen Bademeisters zugeschrieben war. Jedenfalls steht, wie dargelegt, nunmehr im Vordergrund der

Patienteneinschätzung vor allem das Verständnis eines mit der Einführung des Podologengesetzes angestrebten und nach dem Zweck des Gesetzes gewollten höheren Qualitätsstandards durch Podologen, verbunden mit der Vorstellung des verständigen Patienten/Kunden einer entsprechend intensiven Ausbildung des Behandlers. (Nur) in diesem Sinne wird deshalb der Patient auch die entsprechende Werbung mit "medizinischer Fußpflege" verstehen. Diesem Patientenverständnis wird eine Werbung für eine entsprechende Tätigkeit, die sich aus einer alten, dem Gesetzeszweck des Podologengesetzes nicht mehr entsprechenden Berechtigung ableitet, nicht (mehr) gerecht. Dies gilt um so mehr, als bei dem verständigen Patienten/Kunden inzwischen auch eine Kenntnis dahin angenommen werden kann, dass im Podologengesetz Übergangsbestimmungen und -zeiten enthalten sind (vgl. hier § 10 Abs. 4 PodG), nach denen über die mögliche Ablegung einer staatlichen Ergänzungsprüfung die mit dem Gesetz verfolgte höherwertige Qualifizierung erreicht werden konnte. Wegen des dargelegten Verständnisses der mit dem Podologengesetz bezweckten höherwertigen Behandlungsqualität geht damit auch die Vorstellung einher, dass jemand, der wie bisher im Bereich der medizinischen Fußpflege tätig sein will und für diese Tätigkeit wirbt, auch ein hochwertiges Behandlungsniveau bietet. Da dies eine entsprechende Ausbildung nach den Kriterien der Ausbildungs- und Prüfungsverordnung für Podologinnen und Podologen voraussetzt,

vgl. OVG NRW, Beschluss vom 21. März 2003 – 13 B 290/03 -, juris,

wird der verständige Patient getäuscht, wenn – wie das beim Antragsteller der Fall ist – der Tätigkeitsbereich der medizinischen Fußpflege weiterhin beworben wird, obwohl Übergangsbestimmungen vom Behandler nicht genutzt wurden und der höhere Behandlungsstandard objektiv nicht nachgewiesen wurde.

Der Antragsteller bewirbt zudem die "medizinische Fußpflege"

in seiner Praxis nicht so, dass eindeutig erkennbar ist, dass dieser Tätigkeitsbereich sich allein aus dem Zusammenhang mit seiner Qualifikation als Masseur und medizinischer Bademeister ableitet und nur in diesem beruflichen Rahmen erfolgt. Die in den Akten enthaltenen Werbeträger lassen vielmehr eine unterschiedliche Bewerbung der medizinischen Fußpflege erkennen. Auf der vorliegenden Visitenkarte und in der Zeitungsanzeige wird beispielsweise in unterschiedlichen Aufmachungen und Darstellungen für eine "Praxis für Krankengymnastik, Massage (und med.) Fußpflege" geworben. Auch wenn unter dem Namen des Antragstellers "Masseur" steht, erweckt diese Werbung mit der Auflistung verschiedener Tätigkeitsbereiche bei objektiv sachgerechtem Verständnis nicht den Eindruck, dass es sich bei der (med.) Fußpflege um einen Bereich im Rahmen seiner Tätigkeit als Masseur und medizinischer Bademeister handelt, sondern den eines eigenständigen Behandlungsbereichs. Der Vorstellung des verständigen Patienten/Kunden, der damit, wie dargelegt, auch eine entsprechend hohe Behandlungsqualität verbindet, wird somit nicht entsprochen. Gleiches gilt bezüglich der Darstellung der Praxis des Antragstellers im Internet. Die dort vorhandene Angabe, dass "die professionelle Fußpflege bei akuten Problemen, wie auch die profilaktische Fußpflege, zum Leistungsspektrum" gehöre, enthält keinen beschränkenden Hinweis auf die Art und den Umfang der Fußpflege und lässt nicht erkennen, dass sich die Berechtigung dazu aus der Tätigkeit als Masseur und medizinischer Bademeister ableitet.

Der in den Verwaltungsvorgängen enthaltene Werbeflyer "medical Wellness & Cosmetic" führt unter Cosmetic-Angebot u. a. "Medizinische Fußpflege 30 min." an. Auch dies deutet auf einen eigenständigen Behandlungsbereich der medizinischen Fußpflege in allen Ausprägungen, also sowohl im pflegerischen Bereich als auch im Heilbehandlungsbereich hin und lässt nicht eindeutig erkennen, dass die Tätigkeit in Zusammenhang mit der Ausbildung und Qualifikation des Antragstellers als Masseur und medizinischer Bademeister erfolgt. Dies gilt auch deshalb,

weil gerade bei einer Fußpflege-Tätigkeit auf ärztliche Verordnung der entsprechende Zeitaufwand nicht vorherbestimmt werden kann und deshalb insoweit die Angabe einer nach Minuten bestimmten Behandlungszeit keinen Sinn macht. Vor dem dargelegten Hintergrund, dass ein Großteil der Patienten/Kunden nach dem Inkrafttreten des Podologengesetzes die Berechtigung zu medizinischer Fußpflege nicht mehr aus der Ausbildung und der Tätigkeit als Masseur und medizinischer Bademeister ableitet und einen entsprechenden Zusammenhang nicht mehr annimmt, kommt auch dem Praxisschild des Antragstellers mit seiner Namensangabe und den Hinweisen "Massage- u. Bäderpraxis, Masseur u. med. Bademeister, Sportphysiotherapeut" keine Bedeutung im Hinblick auf die Berechtigung zur Durchführung medizinischer Fußpflege zu. Dass vom Antragsteller fußpflegerische Tätigkeiten angeboten werden, ist aus dem Praxisschild gar nicht erkennbar.

Die Notwendigkeit der sofortigen Vollziehung der Ordnungsverfügung vom 16. Juli 2010 hat die Antragsgegnerin unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit mit dem Hinweis auf den gebotenen umfassenden Patientenschutz, der bei einer irreführenden Werbung im Bereich medizinischer Maßnahmen nicht gewährleistet ist, hinreichend dargelegt. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung der Verfügung hat auch angesichts des seit dem Erlass der Verfügung vergangenen Zeitraums ihre Berechtigung nicht verloren.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 47 Abs. 1, 52 Abs. 1, 53 Abs. 2 Nr. 2 GKG.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar.