

Persönliche PDF-Datei für C. Sauerbier

Mit den besten Grüßen vom Georg Thieme Verlag

www.thieme.de

Werberecht für Ärzte – Die rechtlichen Grenzen

DOI 10.1055/s-0034-1371863

Handchir Mikrochir Plast Chir 2014; 46: 125–131

Nur für den persönlichen Gebrauch bestimmt.
Keine kommerzielle Nutzung, keine Einstellung
in Repositorien.

Verlag und Copyright:

© 2014 by
Georg Thieme Verlag KG
Rüdigerstraße 14
70469 Stuttgart
ISSN 0722-1819

Nachdruck nur
mit Genehmigung
des Verlags



Werberecht für Ärzte – Die rechtlichen Grenzen

Advertising Rights for Doctors – The Legal Borders

Autor

C. Sauerbier

Institut

Lyck & Pätzold, Medizinanwälte, Bad Homburg

Schlüsselwörter

- berufswidrige Werbung
- Werberecht
- Werbeverbot
- Imagewerbung
- Vorher/Nachher Bilder

Key words

- unprofessional advertising
- advertising rights
- forbidden advertising
- image advertising
- before and after photos

eingereicht 22.01.2014
akzeptiert 03.03.2014

Bibliografie

DOI <http://dx.doi.org/10.1055/s-0034-1371863>
Handchir Mikrochir Plast Chir
2014; 46: 125–131
© Georg Thieme Verlag KG
Stuttgart · New York
ISSN 0722-1819

Korrespondenzadresse

**Cornelia Sauerbier,
Rechtsanwältin**
Lyck & Pätzold Medizinanwälte
Nehringstraße 2
61352 Bad Homburg
www.medizinanwaelte.de
kanzlei@medizinanwaelte.de

Zusammenfassung

Hintergrund: Die zunehmende Liberalisierung des Werberechts für Ärzte.

Fragestellung: Welche neuen Werbeformen eröffnen sich für Ärzte und wo liegen die Grenzen des Werberechts.

Material: Auswertung von Rechtsprechung und Beratungspraxis.

Ergebnis: Nur berufswidrige Werbung ist unzulässig. Werbemaßnahmen die der Überprüfung anhand der jeweiligen Berufsordnungen der Länder, der Musterberufsordnung, dem HWG und dem UWG standhält ist zulässig.

Schlussfolgerung: Die Werbung für Ärzte erfährt in der Zukunft neue Wege und Möglichkeiten. Die einzelnen Kammern und Gerichte haben bisher jedoch noch keine einheitliche Linie entwickelt, sodass im Zweifel fachkundige Hilfe anzuraten ist.

Seit Jahren lockert sich das Verständnis für das ärztliche Werberecht bei den Kammern und den Gerichten zunehmend. Durch zahlreiche Urteile wurde der sehr restriktiven Auslegung der Gesetze durch die Kammern Einhalt geboten. Und doch haben sich eine Fülle von unterschiedlichen Entscheidungen herausgebildet, die große Verwirrung nicht nur bei den Ärzten stiften.

Immer mehr Ärzte im Bereich Ästhetische Chirurgie verschiedener Fachgebiete und auch Plastische Chirurgen mit meist ausschließlicher Tätigkeit im Bereich Ästhetischer Chirurgie, werben zunehmend mit allen ihnen zur Verfügung stehenden Mitteln. Insbesondere das Internet erfreut sich zunehmender Akzeptanz bei den Marketingmaßnahmen. Auch bei den Patienten ist das Internet ein beliebtes Medium um sich Informationen zu beschaffen. Insbesondere Arztbewertungsportale kann man als absoluten Trend im Gesundheitsmarkt bezeichnen. Eine aktuelle

Abstract

Background: The increasing liberalisation of the advertising rights for physicians.

Objectives: Which new advertising forms present themselves for doctors and where are the limits of the advertising right.

Methods: Evaluation of case law and consulting practice.

Results: Only advertisement which is contrarious to professional standards is inadmissible. As long as the preferred advertising is in the range of the Musterberufsordnung, Berufsordnungen der Länder, HWG and UWG it is permitted.

Conclusion: The advertisement for physicians will find out new ways and possibilities in the future. The individual chambers and courts, however, have not yet developed uniform line, so that in case of doubt professional help is advised.

Befragung des Instituts für betriebswirtschaftliche Analysen, Beratung und Strategie-Entwicklung (IFABS) kommt zu dem Ergebnis, dass **nur 5%** der Ärzte schon einmal Arztbewertungsportale nach der eigenen Praxis durchsucht haben. Von den Patienten haben jedoch mit **87%** die weit überwiegende Mehrheit schon mindestens einmal ein Bewertungsportal genutzt [1]. Doch wissen Ärzte wirklich, was sie in Sachen Werbung dürfen und was nicht? Kennen diese die rechtlichen Grenzen und schöpfen die Möglichkeiten, die diese Ihnen bieten, auch aus? Gibt es eventuell Ärzte, die hier zu progressiv vorgehen und die Grenzen über die Maße ausdehnen? Exemplarisch und kürzlich in einem Online Coupon Portal als Angebot erhältlich, war ein „Wertgutschein in Höhe von Euro 399,00 für die Behandlung mit Botulinum für einen Preis von Euro 99,00“ zu erwerben.

Laut Anzeige handele es sich bei der Botulinum Behandlung um eine „Moderne Anti-Aging-Methode bei Augen-, Zornes- oder Stirnfalten“. Weiterhin hieß es: „Der Gutschein-Wert deckt in der Regel die gesamten Behandlungskosten ab. Es handelt sich um eine individuelle medizinische Leistung; bei Feststellung von Kontraindikationen im Rahmen der Voruntersuchung (Behandlung nicht möglich) wird der Gutschein-Preis zurückerstattet. Der Wirkstoff wird dabei mittels Injektion an den entsprechenden Zonen in die Haut eingeschleust. Die Behandlung dauert nur wenige Minuten. Die Verwendung von Botulinum gehört heute zu den beliebtesten und am häufigsten angewendeten Faltenbehandlungen. Diese Anti-Aging-Methode ist bei Augen-, Zornes- oder Stirnfalten nutzbar. Die zu behandelnde Gesichtszone kann mit dem aktuellen Coupon individuell gewählt werden.“

Das es sich hierbei nicht um erlaubte Werbung handeln kann, da durch ein solches **Pauschalangebot** bereits Grundsätze der ärztlichen Abrechnung nach der GOÄ massiv verletzt werden, sei nur kurz vorangestellt. Zu diesem und anderen Aspekten sollen die folgenden Ausführungen Aufschluss geben.

Vom Werbeverbot zum Werberecht

Fakt ist, dass sich im Laufe der Jahre das allgemein geltende WerbeVERBOT zu einem WerbeRECHT gewandelt hat. Man hat verstanden, dass das Werbeverbot nicht dazu geführt hat, dass Werbung nicht stattfindet, sondern es vielmehr zu einem „Wettbewerb zur Kreation von Umgehungstatbeständen“ angeregt hat.

Bereits im 19. Jahrhundert waren bspw. Einladungen der Ärzte an die örtlichen Hebammen für luxuriöse Abendessen an der Tagesordnung. Hier wurden dann unter dem Kuchenteller größere Geldscheine platziert, die von den Damen diskret in die Handtasche auf ihrem Schoß gezogen und dann mit der Zuweisung von Patientinnen an den Meistbietenden erwidert wurden.

Ausgangspunkt dieser Entwicklung vom Werbeverbot zum Werberecht war die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Zulässigkeit der Apothekenwerbung [2]. Zahlreiche weitere Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte [3] und des Bundesverfassungsgerichts [4] haben das verfassungsrechtlich geschützte Werberecht des Arztes verfestigt. Heute kann bereits von einer ständigen Rechtsprechung gesprochen werden, die das Werberecht der Ärzte liberalisiert hat. Was demnach als zulässige Werbung betrachtet werden kann, beurteilt sich nach der Ansicht der Gerichte nicht mehr „nach dem Empfinden der möglicherweise allzu konservativen Standeskreise, sondern nach der Auffassung der Allgemeinheit als eigentlichem Adressaten“. Infolgedessen ist es einem Arzt unbenommen, in angemessener Weise auf seine Leistungen hinzuweisen und ein vorhandenes, an ihn herangetragen Informationsinteresse zu befriedigen. Nur die berufswidrige Werbung kann hiernach unzulässig sein. „Es ist insbesondere unzulässig, von neuartigen Werbeträgern automatisch auf die Gefährdung schutzwürdiger Gemeinwohlbelange und damit auf die Unzulässigkeit der Werbung insgesamt zu schließen [5].“

Doch was bedeutet dies im Einzelnen?

Ärztliche Werbemaßnahmen müssen der Überprüfung anhand der jeweiligen Berufsordnungen der Landesärztekammern in den einzelnen Bundesländern, welche wiederum an die Muster-

berufsordnung der Bundesärztekammer (MBO) angelehnt sind, Stand halten. Weiterhin müssen sie das Heilmittelwerbegesetz (HWG) und das Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) beachten.

Berufsrechtliche Vorgaben

Berufsrechtliche Vorgaben geben die Berufsordnungen der Landesärztekammern der einzelnen Bundesländer, welche sich an der Musterberufsordnung der Bundesärztekammer orientieren. Der 105. Deutsche Ärztetag 2002 hat eine Neufassung der §§ 27 ff. (Muster-) Berufsordnung zur beruflichen Kommunikation von Ärzten (Verbot berufswidriger Werbung) verabschiedet. Hierzu haben die Berufsordnungsgremien der Bundesärztekammer 2002 Auslegungsgrundsätze beschlossen. Diese Auslegungsgrundsätze sind durch die Berufsordnungsgremien 2003 überarbeitet und ergänzt worden. Sie erläutern dem Arzt die ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten der Information, sie sollen aber auch diejenigen, die darüber hinaus mit der Anwendung der Vorschriften befasst sind, bei ihrer Arbeit unterstützen. Die starre Standesordnung wurde versucht zu kippen und durch eine Novellierung der §§ 27, 28 Musterberufsordnung (MBO) das Werbeverbot zu entschärfen. In § 27 Abs. 1 MBO ist heute festgelegt, dass durch die Vorschrift ein Patientenschutz durch sachgerechte und angemessene Information gewährleistet und eine Kommerzialisierung des Arztberufes vermieden werden soll. Auf dieser Grundlage sind Ärzten sachliche berufsbezogene Informationen gestattet (§ 27 Abs. 2 MBO), hingegen berufswidrige Werbung untersagt (§ 27 Abs. 3S. 1 MBO).

Nur die berufswidrige Werbung ist verboten

Früher wurde zum Teil bereits allein aufgrund des vom Arzt gewählten Werbeträgers angenommen, dass eine berufswidrige Werbung vorliegt. Dies ist heute so nicht mehr haltbar: Das Bundesverfassungsgericht [6] hat ausgeführt: „Aus dem Werbeträger unmittelbar auf eine Gefährdung eines Gemeinwohlbelangs wie der Gesundheit der Bevölkerung oder mittelbar auf einen Schwund des Vertrauens der Öffentlichkeit in die berufliche Integrität des Arztes [...] zu schließen, ist schwer möglich, solange sich die Werbemittel im Rahmen des Üblichen bewegen. Nur übertriebene oder marktschreierische Werbung, die auf eine Vernachlässigung der Pflichten hindeuten könnte, soll vermieden werden.“

Denkbare Werbeträger sind damit auch: Werbeplakate, Flyer, Zeitschriften, Litfaßsäulen, U-Bahnen, Straßenbahnen oder Busse. Selbst ein Einkaufswagen ist hiernach ein zulässiger Werbeträger [7], denn eine Berufswidrigkeit lässt sich nicht allein aus dem Umstand begründen, dass ein an sich zulässiger Werbeträger in dem „kommerziellen Raum“ eines Supermarktes eingesetzt wird.

Berufswidrig, was ist das?

Was als berufswidrig zu verstehen ist, regelt nunmehr insbesondere § 27 Abs. 3S. 2 ff. MBO. Hier heißt es: „Berufswidrig ist insbesondere eine anpreisende, irreführende oder vergleichende Werbung.“

Unter anpreisender Werbung ist eine gesteigerte Form der Werbung zu sehen, insbesondere eine solche mit reißerischen und marktschreierischen Mitteln. Diese kann schon dann vorliegen, wenn die Informationen für den Patienten als Adressaten inhaltlich überhaupt nichts aussagen oder jedenfalls keinen objektiv nachprüfbareren Inhalt haben. Aber auch Informationen, deren Inhalt ganz oder teilweise objektiv nachprüfbar ist, können aufgrund ihrer reklamehaften Übertreibung anpreisend sein [8]. Nach § 6 UWG ist vergleichende Werbung jede Werbung, die unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber oder die von einem Mitbewerber angebotenen Waren oder Dienstleistungen erkennbar macht. Nach § 6 Abs. 2 UWG ist zwar nur die unlautere vergleichende Werbung wettbewerbswidrig. Das ärztliche Berufsrecht verbietet den Ärzten hingegen jegliche vergleichende Werbung § 27 Abs. 3 MBO.

Das Verbot von irreführender Werbung gilt nach den Vorschriften des UWG ohnehin und wäre somit als höherrangiges Recht von Ärzten zu beachten. Es findet aber darüberhinaus auch in den standesrechtlichen Vorschriften eine Verankerung und konkretisiert hier den Begriff der „Berufswidrigkeit“ entsprechend. Eine irreführende Werbung liegt hiernach vor, wenn unwahre oder zur Täuschung geeignete Angaben über die Person, Vorbildung, Befähigung oder Erfolge gemacht werden. Unter Angaben sind dabei objektiv richtige und nachprüfbarere Aussagen des Werbenden zu verstehen. Täuschung bedeutet das Hervorrufen einer falschen, der Wirklichkeit nicht entsprechenden Vorstellung. Ausreichend ist, wenn die Angabe über die geschäftlichen Verhältnisse geeignet ist, die Umworbenen in die Irre zu führen. Ein tatsächliches Eintreten einer Täuschung der Verkehrskreise ist nicht notwendig.

Die Aufzählung in § 27 MBO ist nicht abschließend, was durch den Begriff „insbesondere“ zum Ausdruck kommt, weshalb es noch weitere, von der Rechtsprechung entwickelte Kategorien unlauterer Werbung in diesem Zusammenhang gibt. Dazu zählen z. B. die unzumutbare Belästigung (vgl. § 7 UWG) oder die getarnte Werbung (bspw. Trennung von redaktionellem Beitrag und Anzeige) und die gefühlsbetonte Werbung.

Fremdwerbung

Insbesondere im Bereich der Fremdwerbung, welche nach § 27 Abs. 3 Satz per definitionem für fremde gewerbliche Tätigkeiten oder Produkte im Zusammenhang mit der ärztlichen Tätigkeit unzulässig ist, kommt es häufig zu Unklarheiten und Auslegungsschwierigkeiten.

Der böse Schein genügt bereits

Das Bundesverfassungsgericht hat hierzu im Juni 2011 [9] im Zusammenhang mit einer Zahnarztwerbung in welcher die Herstellerfirma eines vom Zahnarzt eingesetzten Tomografen genannt wurde, folgendes entschieden: „Eine solche Einschränkung des Werbeverhaltens ist gerechtfertigt, denn Fremdwerbung vermittelt den Anschein, der Zahnarzt werbe für die andere Firma, weil er hiervon finanzielle Vorteile habe. Auf diese Weise kann der Eindruck erweckt werden, die Gesundheitsinteressen der Patienten seien für den Arzt nur von zweitrangiger Bedeutung, was auch geeignet ist, langfristig das Vertrauen in den Arztberuf zu untergraben [...]. Dass die Angabe des Herstellers einen eigenen Informationswert für mögliche Patienten

haben und die Nennung insofern rechtfertigen könnte, ist weder ersichtlich noch vom Beschwerdeführer nachvollziehbar dargelegt worden.“

Den Bundesverfassungsrichtern genügt also bereits der „böse Schein“, um Zweifel an der ärztlichen Integrität zu wecken. Zum Anderen halten sie im Hinblick auf andere Zahnärzte und Ärzte, die die Werbung in Augenschein nehmen könnten, einen Werbeeffect durchaus für denkbar, der von Arzt und Hersteller insofern einkalkuliert sein könne.

Wartezimmer TV

Unzulässige Fremdwerbung im Sinne des § 27 Abs. 3 S. 4 MBO ist jedenfalls gegeben, wenn der Arzt bspw. über allgemeine Gesundheits- und Patienteninformationen hinaus, in seinem Wartezimmer mittels eines TV, Werbespots für umliegende Gewerbetreibende schaltet. Dies wird damit begründet, dass die Patienten davon ausgehen, dass der Arzt diesen Hersteller bevorzuge und ihm diesbezüglich vertrauen. Dadurch entsteht, nach Meinung der Gerichte, ein unzulässiger Werbeeffect [10].

Werbung mit fachlichen Veröffentlichungen

Hingegen dürfen Ärzte in sämtlichen Medien an aufklärenden Beiträgen mitwirken. Fachliche Darstellungen gelten nicht als Werbemaßnahmen, selbst dann nicht, wenn diese sich objektiv auf den Wettbewerb auswirken. Dabei ist es grundsätzlich unerheblich, ob die Veröffentlichung in einer Fachzeitschrift oder auch in für medizinische Laien zugänglichen Zeitungen o.ä. mit breiter Öffentlichkeit erfolgt. Auch Artikel in „Stern“ und „Bild der Frau“ sind grundsätzlich nicht zu beanstanden [11].

Irreführende Praxisbezeichnung

Im Bereich der Irreführung kommt es häufig zu Entscheidungen, die sich mit der Praxisbezeichnung des Arztes beschäftigen. Das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, hat mit Beschluss vom 14.07.2010 entschieden, dass die Bezeichnung Zahnklinik irreführend ist, da sie bei potentiell Interessierten suggeriert, dass hier eine vollstationäre Behandlung geboten wird, wie sie auch in Universitäts-Kliniken oder Krankenhäusern mit einer Abteilung für Mund-, Kiefer- und Gesichtschirurgie angeboten wird. Da in dem zu entscheidenden Fall die betriebene „Zahnklinik B.“ keine stationäre Behandlung anbot, erweist sich nach der Auffassung des Gerichts die Werbung aus der Sicht der angesprochenen Verkehrskreise als irreführend, da der Verkehrskreis den Begriff der „Klinik“ gleichbedeutend mit dem des Krankenhauses verwendet [12].

Verbotstatbestände des Heilmittelwerbegesetzes (HWG)

Aus § 27 Abs. 3 S. 3 MBO ergibt sich ein Hinweis auf die Verbote des HWG. Das HWG geht als Bundesgesetz dem berufsrechtlichen Satzungsrecht der Landesärztekammern vor. Ein Verstoß gegen Vorschriften des HWG stellt daher immer zugleich auch einen Verstoß gegen das Verbot der berufswidrigen Werbung dar. Die Werbeverbote des HWG gelten, anders als die berufs-

rechtlichen Vorschriften der Berufsordnungen, nicht nur für Ärztinnen und Ärzte, oder einen anderen näher bestimmbar Kreis an Gewerbetreibenden, sondern für sämtliche Werbung treibende Personen.

Das HWG findet nach § 1 Abs. 1 HWG zunächst einmal auf die Werbung für Arzneimittel und Medizinprodukte Anwendung, aber u.a. auch auf Mittel, Verfahren und Behandlungen, soweit sich die Werbeaussage auf die Erkennung, Beseitigung oder Linderung von Krankheiten, Leiden, Körperschäden und krankhaften Beschwerden bei Menschen bezieht.

Unter Krankheit ist dabei jede, also auch nur eine unerhebliche oder vorübergehende Störung der normalen Beschaffenheit oder der normalen Tätigkeit des Körpers, die geheilt werden kann, zu verstehen. Leiden werden definiert als langdauernde Krankheiten und nicht heilbare Störungen. Unter Körperschäden sind angeborene oder erworbene, typischerweise nicht behbbare Veränderungen des Körpers zu verstehen.

Heilmittelwerbung, die sich auf andere Mittel, Verfahren, Behandlungen bezieht, insbesondere kosmetische Mittel, ist nicht stets aufgrund des HWG verboten. Das Verbot setzt vielmehr voraus, dass sich die Werbeaussage auch hier auf die Erkennung, Beseitigung oder Linderung von u.a. Körperschäden oder krankhaften Beschwerden bezieht.

Auch Ästhetische Operationen fallen unter das HWG

Im Hinblick auf den Anwendungsbereich des HWG hat das Landgericht Frankfurt Oder [13] im Zusammenhang mit Ästhetischen Operationen und Botulinumtoxin-Injektionen ausgeführt, dass von einer gesundheits- bzw. krankheitsbezogenen Werbung auch auszugehen sei, soweit es bspw. um die Absaugung unerwünschter Fettpolster oder chirurgische Veränderung der Brust gehe, da die Gesundheit und körperliche Unversehrtheit gleichermaßen bei medizinisch indizierten Eingriffen, wie bei Ästhetischen Operationen beeinträchtigt werden könnten. Unter Körperschäden und Leiden sind deshalb sowohl objektive Abweichungen von der normalen körperlichen Beschaffenheit zu verstehen als auch lediglich subjektiv empfundene Abweichungen, die mit einem körperlichen Eingriff bzw. körperlich wirkenden Verfahren behandelt/korrigiert werden sollen. Dass auch rein ästhetische Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit und damit unter den Schutzzweck des HWG fallen, bestätigt auch der Verweis in § 1 Abs. 2 HWG auf § 4 und § 5 Abs. 1 Nr. 4 des Lebensmittel- und Bedarfsgegenstandsgesetzes (LMBG). Das HWG findet danach u.a. auch Anwendung auf kosmetische Mittel, die äußerlich am Menschen zur Beeinflussung des Aussehens angewendet werden, sowie auf Gegenstände, die zur Körperpflege bestimmt sind.

Art der Werbung und Adressat entscheidend

Dies allerdings nur soweit es um sog. Produktwerbung, also bspw. die Anpreisung bestimmter Medikamente und bestimmter Behandlungsmethoden geht. Nicht einschlägig ist das HWG bei der bloßen sog. Unternehmenswerbung, bei der die Imagepflege und die Darstellung der Arztpraxis im Vordergrund stehen. Zur Begründung eines solchen angreifbaren Produktbezuges bedarf es vielmehr konkreter Hinweise auf spezifische Produkte, die so gewichtig sind, dass im Rahmen einer wertenden

Gesamtbetrachtung jedenfalls ein Schwerpunkt der Werbung auch die Bewerbung des konkreten Produkts darstellt.

Hinsichtlich der Zulässigkeit von Werbemaßnahmen unterscheidet das HWG ferner zwischen der Werbung innerhalb und außerhalb der Fachkreise (sog. Publikumswerbung). Letztere unterliegt strengeren Beschränkungen. Außerhalb der Fachkreise darf für verschreibungspflichtige Arzneimittel bspw. überhaupt nicht geworben werden, § 10 Abs. 1 HWG.

Besondere Relevanz erlangte diese Vorschrift im Hinblick auf Ärzte, die zum Zwecke der Faltenglättung, Faltenunterspritzungen mit Botulinum-Toxin vorgenommen und hierfür in Praxisbroschüren, Homepages usw. geworben hatten.

So hatte das Bundesverfassungsgericht [14] über folgenden Fall zu urteilen: Ein niedergelassener Arzt stellte im Internet auf seiner Homepage das von ihm durchgeführte „biologische Facelifting“ mit dem Präparat „Botox“ vor und wurde von der Zentrale gegen unlauteren Wettbewerb aufgefordert dies zu unterlassen. Der Arzt änderte daraufhin seine Homepage insoweit ab, als er nicht mehr auf das Präparat „Botox“ als Mittel zur Faltenglättung verwies, sondern auf den Wirkstoff Botulinum-Toxin. Daraufhin wurde er vom OLG München [15] zur Unterlassung verurteilt: Das Präparat „Botox“, wie auch der Wirkstoff Botulinum-Toxin sei ein verschreibungspflichtiges Arzneimittel mit möglicherweise erheblichen Nebenwirkungen; die Werbung für das Facelifting unter Nennung von „Botox“ verstoße gegen § 10 HWG, da hiernach für verschreibungspflichtige Medikamente nur gegenüber Ärzten geworben werden dürfe. Dies gelte auch für die auf den Begriff „Botulinum-Toxin“ geänderte Textfassung, da Substanznamen bei Monopräparaten nach dem Verständnis der angesprochenen Verkehrskreise regelmäßig auf ein bestimmtes Arzneimittel hindeuteten. Dies aber sei hier der Fall, da Botulinum-Toxin der einzige Wirkstoff des Arzneimittels Botox sei. Das Gericht stellte weiterhin fest, dass der Internetauftritt des Arztes zudem erheblich über das hinausgehe, was den Tatbestand der heilmittelrechtlich relevanten Absatzwerbung erfülle. Der Inhalt der Selbstdarstellung beschränke sich nicht auf sachliche Informationen, sondern benutze darüber hinaus Sprache und Stilmittel der Werbung.

Gegen diese Entscheidung legte der betroffene Arzt Verfassungsbeschwerde ein, welche nicht zur Entscheidung angenommen wurde, allerdings hielt das BVerfG in seinem Beschluss folgendes fest: *„Es ist schon zweifelhaft, ob die Vorschriften des Heilmittelwerberechts auf die Selbstdarstellung eines Arztes, der über Behandlungen mit einem bestimmten Medikament informiert, Anwendung finden können, solange der Arzt nicht den Erwerb bestimmter Mittel empfiehlt. Nur bei einem Einfluss auf das Kaufverhalten der Patienten könnte der Verkehr von Arzneimitteln betroffen sein. [...] Der Arzt bringt das Arzneimittel nicht in den Verkehr, sondern wendet es beim Patienten an.“*

Des Weiteren führten die Richter aus, das BVerfG habe wiederholt entschieden, dass Ärzten nur berufswidrige Werbung verboten sei. Sachliche Informationen, die die Patienten nicht verunsichern, dürften hingegen angekündigt werden. Dabei müsse dem Arzt auch gestattet sein, über eine Behandlung unter Nennung eines Medikamentes zu informieren, wenn diese Behandlung gerade durch das verwendete Arzneimittel geprägt sei.

Ein Arzt, der auf die Vornahme solcher Behandlungen hinweisen will, muss den Wirkstoff erwähnen dürfen. Verbietet man die Werbung mit dem Wirkstoff, könne der Arzt die von ihm angebotene Behandlung nicht mehr sinnvoll darstellen, zumindest solange es keine Nachahmerpräparate gäbe. Im Übrigen würden

Botulinum-Toxine im Gesicht injiziert, sodass auch keine Gefahr der Selbstmedikation der Patienten bestehe. Die Regelung des § 10 HWG, die dieser Gefahr vorbeugen soll, sei damit nicht berührt. Im Ergebnis sei die Internetpräsenz des Arztes daher nicht zu beanstanden.

Allerdings hat das OLG Frankfurt am Main [16] mit Urteil vom 31.08.2006 dies widersprüchlich entschieden. Hier ging es um eine Anzeige, die mit „Faltenbehandlung mit Collagen, Botox [...]“ warb. Das Gericht war dabei der Auffassung, dass Bezugspunkt der Werbung dabei zwar nicht der Absatz des Arzneimittels Botox sei, sondern vielmehr die in Form der Faltenbehandlung bestehende Dienstleistung mit eben diesem Arzneimittel. Das OLG ging jedoch trotzdem davon aus, dass mit dieser Werbung jedenfalls der Verbrauch des Arzneimittels Botox [17] aber auch dessen Verkauf gefördert werde, da ohne den Erwerb dieses Arzneimittels die Faltenbehandlung auch nicht durchgeführt werden könne. Des Weiteren läge auch eine werbliche Einflussnahme auf die Entschließung des Patienten vor, da der Arzt die Anwendung von Botox für die durch ihn vorgenommene Faltenbehandlung empfehle, was sich unmittelbar auf den Verkehr von Arzneimitteln auswirke. Das OLG sah daher den Tatbestand des § 10 Abs. 1 HWG verletzt, da er hier nicht die Kompetenz des werbenden Arztes im Vordergrund dieser Werbung sah, sondern die des beworbenen Produktes. Erschwerend kam hinzu, dass die Anzeige nicht nur die Darstellung einer Behandlungsmethode unter Zuhilfenahme eines bestimmten Wirkstoffes (Botulinum-Toxin) enthielt, sondern sich ausdrücklich auf ein bestimmtes Präparat, nämlich „Botox“ bezog. Da die Anzeige der Ärztin abgesehen von der reinen Aufzählung verschiedenster Behandlungsformen eine Selbstdarstellung der Person der Ärztin nicht enthielt, überwiegt das Recht auf Selbstdarstellung den Gesetzeszweck des § 10 Abs. 1 HWG nicht. Dieser ist nicht nur darauf gerichtet, der Gefahr einer Selbstmedikation zu begegnen, sondern will auch erreichen, dass im Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient ein Konflikt durch von der Werbung getragene Patientenwünsche vermieden wird. Damit hat das Gericht die Werbung als wettbewerbswidrig und damit als berufswidrig eingestuft.

Weitere Änderungen der Arzneimittelgesetz (AMG) Novelle

Schließlich wurde im Rahmen des im Herbst 2012 in Kraft getretenen Zweiten Gesetzes zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften [18], welches der Umsetzung europarechtlicher Vorgaben diente, auch zahlreiche Vorschriften des HWG geändert und gelockert.

Vorher/Nachher Bilder

So wurde das Verbot der Werbung in Berufskleidung aufgehoben. Weiterhin wurde das früher bestehende Verbot bestimmter bildlicher Darstellungen welches § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 5a, b und c HWG normierte, gelockert und in einen Verbotstatbestand (§ 11 Abs. 1 S.1 Nr. 5 n.F.) zusammengefasst. Eine „bildliche Darstellung, die Veränderungen des menschlichen Körpers aufgrund von Krankheiten oder Schädigungen oder die Wirkung eines Arzneimittels im menschlichen Körper oder in Körperteilen verwendet“ ist nur noch dann verboten, wenn sie „in missbräuchlicher, abstoßender oder irreführender Weise“ geschieht. Für die

Praxis bedeutet dies, dass nach dieser Maßgabe nun ausdrücklich mit Vorher-Nachher-Bildern geworben werden darf. Ausgenommen hiervon sind allerdings operative plastisch-chirurgische Eingriffe, für die § 11 Abs. 1 S. 3 HWG gilt, welcher eine Werbung mit der Wirkung eines operativ plastisch-chirurgischen Eingriffs durch vergleichende Darstellung des Körperzustandes, oder des Aussehens, vor und nach dem Eingriff verbietet.

Werbung mit bekannten Namen

Auch in Sachen empfehlende Werbung wurde das HWG gelockert. Die Novellierung des § 11 Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 HWG begrenzt zwar nach wie vor das Werben mit anderen, bekannten Namen. Durch die Neufassung des Heilmittelwerbegesetzes soll jedoch nur noch die Irreführungsgefahr durch die wissenschaftlichen Autoritäten bzw. andere als Experten angesehenen Personen und die hiermit verbundene mögliche Aufwertung des Produktes oder der Leistung untersagt sein.

Darstellung von Krankengeschichten

Gelockert wurde auch die Darstellung von Krankengeschichten. Sie bleibt nur dann verboten, wenn diese in missbräuchlicher, abstoßender oder irreführender Weise erfolgt oder durch eine ausführliche Beschreibung oder Darstellung zu einer falschen Selbstdiagnose verleiten kann.

Spannungsfeld Werbung und Berufsrecht

Trotz des Wohlwollens der Gerichte und der fortschreitenden Liberalisierung des Werberechts, kommt es in Einzelfällen dennoch zu Beanstandung von Werbemaßnahmen durch die zuständige Ärztekammer. Unter Umständen haben diese eine etwas andere Auffassung betreffend Werbemaßnahmen als die Gerichte. Dies liegt insbesondere darin begründet, dass das von der Bundesärztekammer am 10.09.2002 herausgegebene Hinweis- und Erläuterungspapier zu den §§ 27 ff. Musterberufsordnung, fortgeschrieben am 12.08.2003 mit dem Titel Arzt – Werbung – Öffentlichkeit immer noch als Entscheidungsgrundlage bei den jeweiligen Landesärztekammern herangezogen wird, um die Berufswidrigkeit einer Werbemaßnahme zu beurteilen. Hier ist auch zu berücksichtigen, dass die Ärztekammern hauptsächlich mit Ärzten und nicht mit Juristen besetzt sind, sodass die Gefahr besteht, dass Teile der Liberalisierung des Werberechts bei den Ärztekammern bisher nicht angekommen sind. Weiterhin kommen Beanstandungen häufig erst als Reaktion der Kammern auf Anzeigen von Kollegen zustande, welche die Berufswidrigkeit der Werbemaßnahme unter Umständen gerügt haben.

Die zurückhaltende Haltung der Ärztekammern und einiger Ärzte gegen neuartige Werbemittel erklärt sich aus der jahrelangen Ablehnung der Ständekreise gegenüber Werbung. Diese wurde als unethisch und nicht dem Vertrauensverhältnis zwischen Arzt/Patienten dienlich angesehen und daher per se abgelehnt. Weiterhin ist auch zu beachten, dass Medizin rechtlich wie ethisch nicht etwa eine kommerzielle Ware wie Brot oder Seife ist, sondern ein sensibles Gut im Gefüge unseres Gesundheitssystems. Der Patient vertraut darauf, dass monetäre Absichten des Arztes nachrangig sind und der Arzt in erster Linie

das Wohl des Patienten im Fokus hat. Allzu progressive Werbemaßnahmen beinhalten teilweise die Gefahr, dass dadurch das Arzt/Patient-Verhältnis zu einem rein kommerziellen verkommt. Ein Patient ist nicht in erster Linie Kunde, sondern ein Mensch, der bei einem Arzt seines Vertrauens Hilfe in welcher Form auch immer sucht. Jedoch hat bereits das Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 18.02.2002 [19], also vor mittlerweile mehr als 12 Jahren, festgestellt, dass hinsichtlich der Beurteilung der Berufswidrigkeit von Werbung nicht auf das Empfinden der möglicherweise allzu konservativen Standeskreise abgestellt werden sollte, sondern auf das Empfinden der Adressaten, also der Allgemeinheit. Um die Liberalisierung des Werberechts mithin auch weiterhin zu vollziehen, bzw. weiterhin voranzutreiben, muss zwingend auch ein Umdenken innerhalb der Standeskreise, wie der berufswidriglichen Institutionen stattfinden. Das eine solche stattfindet ist nicht zu übersehen, sind Beanstandungen doch regelmäßig nur noch bei groben, offensichtlichen Verstößen zu beobachten, was jedoch in den einzelnen Bundesländern unterschiedlich zu beurteilen ist.

Praktische Auswirkungen bei Beanstandungen

Was tun, wenn es dann doch zu einer Beanstandung kommt? Kommt es zu einer Beanstandung durch die Ärztekammer, ist dieser zunächst mit einem Hinweis auf die Rechtslage möglichst unter Bezugnahme auf einschlägige Rechtsprechung entgegenzutreten. Wird die Beanstandung aufrecht erhalten, ist in das berufswidrigliche Verfahren einzutreten. Eine Entscheidung durch die Berufsgerichte ist dann bindend für die Parteien. Sofern eine Abmahnung eines Kollegen mit strafbewehrter Unterlassungserklärung die Werbemaßnahme wettbewerbsrechtlich rügt, so ist diese Unterlassungserklärung zunächst in keinem Falle zu unterzeichnen. Ebenfalls sollte die mit der Abmahnung im Regelfall verbundene Schadenersatzforderung nicht gezahlt werden. Vielmehr sollte jede einzelne Abmahnung genau überprüft werden. Zudem ist, sofern die Abmahnung gegen mehrere Kollegen ergangen ist, aufgrund der Vielzahl der Fälle zu prüfen, ob die Abmahnungen nicht schlicht rechtsmissbräuchlich sind. Gemessen an der aktuellen Rechtsprechung zur Rechtsmissbräuchlichkeit von Abmahnungen [20] erscheint die Annahme der Rechtsmissbräuchlichkeit zumindest naheliegend, wenn diese in einer Vielzahl von Fällen ergangen ist. Hier liegt dann nämlich die Vermutung nahe, dass diese Abmahnungen in erster Linie versendet werden, um mit Gebührenerstattungsansprüchen und Vertragsstrafenversprechen erhebliche Summen zu verdienen, was gemäß § 13 Absatz 6 UWG unzulässig ist. So z. B. in der Vergangenheit bei einer Massenabmahnwelle gegen Zahnärzte wegen angeblich unzulässiger Vorher-/Nachher Bilder und einer weiteren Abmahnwelle aufgrund des Vorwurfs der unberechtigten Durchführung oder der unberechtigten Bewerbung von Faltenunterspritzungen. Insbesondere in Fällen von rechtsmissbräuchlich getätigten Abmahnungen wird der Anspruch, sofern der Abgemahnte nicht reagiert, erfahrungsgemäß nicht verfolgt. Sofern der Abgemahnte hier Rechtssicherheit möchte, kann er seinerseits zur Abwehr eine Feststellungsklage (mit dem Antrag festzustellen, dass der in der Abmahnung geltend gemachte Anspruch nicht besteht) erheben. In einem solchen Fall liefe der Abmahner selbst Gefahr, einem Kostenrisiko ausgesetzt zu sein, welches gleichermaßen jedoch auch für den Abgemahnten besteht, sollte seine Werbung dennoch wettbewerbsrechtlich zu beanstanden sein.

Zusammenfassung für die Praxis

Durch die Lockerung der berufswidriglichen, wie werberechtlichen Vorschriften ergeben sich für die Ärzteschaft mithin völlig neue Wege in Sachen Werbung. Einige Fachgruppen haben dies bereits erkannt und setzen die ihnen zur Verfügung stehenden Mittel progressiv um. Insbesondere in hart umkämpften Fachbereichen, wie der Plastischen Chirurgie wird nicht nur auf althergebrachtes Empfehlungsmarketing durch Kollegen oder wissenschaftliche Expertisen gesetzt, vielmehr wird dort die gesamte Klaviatur der Werbung gespielt. So finden sich im ästhetischen Bereich auch solche Kollegen, welche vielleicht keine herausragende Anerkennung im Kollegenkreis besitzen, sich jedoch bereits durch verstärkte Werbung hervorragen haben und so einen großen Bekanntheitsgrad erreicht haben. Um in diesen Bereichen konkurrieren zu können, ist es wichtig und erforderlich auch die sozialen Netzwerke und die unterschiedlichen Bewertungsportale in sein Marketingkonzept einzubinden, da immer mehr Patienten das Internet bei der Arztwahl zu Rate ziehen. Die Nutzung derselben ist so lange dies rechtskonform geschieht weder berufswidrig, noch ethisch aus Sicht der Autorin zu beanstanden. Vielmehr stellen die sogenannten social media eine relativ kostengünstige Werbeform dar, sofern sie regelmäßig betreut und gepflegt werden.

Im world wide web können sich Patienten einen Überblick über die Leistungen einer Praxis beschaffen. Gerade die Informationen zu den Bewertungen der Freundlichkeit des Praxisteams oder den Wartezeiten sind dem Patient besonders wichtig. Hieraus zieht er überdies auch Rückschlüsse auf die Behandlungsqualität. Das mag zwar nicht logisch sein, doch der Patient lässt sich genau durch diese Faktoren von einer Empfehlung leiten.

Werbung sollte daher wenig Fachliches wiedergeben, sondern eher die menschliche Seite betonen. Ob man sich allerdings gut beraten und aufgehoben fühlt, beeinflusst eben auch nicht unwesentlich den Heilungserfolg bzw. den Zufriedenheitsfaktor insbesondere wenn es um ästhetische Eingriffe geht.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass es viele Möglichkeiten gibt sich in den rechtlich zulässigen Grenzen des gelockerten Werberechts zu bewegen. Solange eine Werbung nicht berufswidrig erscheint, ist sie als zulässig anzusehen. Zur Beurteilung der Zulässigkeit von Werbemaßnahmen, sollte man immer im Hinterkopf haben, dass diese nicht anpreisend, irreführend und vergleichend sein dürfen. Vielfach hilft auch das Bauchgefühl bei der Bewertung. Da es sich bei den, die Berufswidrigkeit konkretisierenden Rechtsbegriffen der Anpreisung und der Irreführung jedoch um unbestimmte Rechtsbegriffe handelt, die der Auslegung der Gerichte unterworfen sind, verbleibt immer ein geringer Unsicherheitsfaktor, der durch die sich fortentwickelnde Rechtsprechung jedoch immer mehr minimiert werden wird.

Bei Zweifeln erscheint es jedoch in jedem Fall ratsam, einen Fachanwalt für Medizinrecht aufzusuchen.

In der Rechtsprechung ist in den letzten Jahren ein Wandel vom **Werbeverbot zum Werberecht** für Ärzte erkennbar. Alle Werbeträger, wie z. B. Praxisschild, Briefbogen, Rezeptvordrucke, Internetpräsentationen, Anzeigen usw. werden grundsätzlich gleich behandelt. Rundfunk- und Fernsehwerbung ist ebenfalls erlaubt.

Zudem dürfen neben den nach der Weiterbildungsordnung erworbenen Qualifikationen, auch sonstige öffentlich-rechtliche Qualifikationen, Tätigkeitsschwerpunkte und organisatorische Hinweise angegeben werden, wenn diese nicht nur gelegentlich ausgeübt werden.

Fest steht somit, dass im Lichte der neuesten Rechtsprechung und der entsprechenden Auslegung speziell der Vorschriften des HWG die Werbung für Ärzte immer weitere Möglichkeiten erfährt. Solange die einzelnen Kammern hierzu aber keine einheitliche Linie entwickeln, bleibt es bei der Notwendigkeit, sich im Falle einer Ahndung vehement und mit fachkundiger Hilfe dagegen zur Wehr zu setzen.



Cornelia Sauerbier

Zu ihren Schwerpunkten zählen die Beratung und Vertretung von Healthcare-Unternehmen (z. B. Medizinprodukte- und Medizingeräte hersteller, Hersteller von Nahrungsergänzungsmitteln oder Kosmetika) in wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten nach UWG und Fragen des Heilmittelwerberechts. Überdies berät Frau Rechtsanwältin Sauerbier im

Krankenhaus- und Chefarztrecht sowie im Arzthaftungsrecht und dem Compliance Management im Gesundheitswesen. Selbstverständlich ist die Betreuung von Arzt- und Zahnarztpraxen im Bereich der strategischen Praxisoptimierung und allen rechtlichen Fragen. Frau Rechtsanwältin Sauerbier publiziert dazu regelmäßig in Fachzeitschriften des Gesundheitswesens und referiert an der SRH Hochschule Heidelberg als auch bei Kunden und Kooperationspartnern.

Interessenkonflikt: Nein

Literatur

- 1 Quelle: IFABS, April 2012, Umfrage zu Bewertungsportalen, Nutzerverhalten und -zufriedenheit
- 2 Bundesverfassungsgericht in NJW 1996, Seite 3067
- 3 Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte in MedR 2003, Seite 290
- 4 Bundesverfassungsgericht in NJW 2002, Seite 3091; und in NJW 2003, Seite 879
- 5 Bundesgerichtshof in NJW 2001, Seite 1791
- 6 Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 18.02.2002, Az.: 1 BvR 1644/01
- 7 Verwaltungsgericht [VG] Minden, Urteil vom 14.01.2009, Az: 7K 39/08
- 8 so die Bundesärztekammer in ihren Auslegungsgrundsätzen zu §§ 27 ff MBO vom 10.09.2002
- 9 Bundesverfassungsgericht Beschluss vom 01.06.2011, 1 BvR 233/10
- 10 Verwaltungsgericht Münster Urteil vom 20.05.1998 – 6K 3821/97; Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 26.08.2003, 1 BvR1003/02
- 11 vgl. Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 11.02.1992, 1 BvR 1531/90.
- 12 Obergerverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, 14.07.2010 – 91 HB 1.08
- 13 LG Frankfurt/Oder Urteil vom 08.05.2003–32 O 43/03
- 14 Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 30.04.2004, Az.: BvR 2334/03
- 15 OLG München, 09.10.2003 – 29 U 3174/03
- 16 OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 31.08.2006, Az.: 6 U 118/05
- 17 Und damit der Tatbestand der Werbung für Arzneimittel gemäß Artikel 86 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83/EG erfüllt
- 18 16. AMG-Novelle
- 19 1 BvR 1644/01 in NJW 2002, 3091
- 20 OLG Hamm 4 U 216/08