

GEWERBLICHER RECHTSSCHUTZ

Werberecht für Ärzte

von Dr. Christopher Lieb, LL.M.Eur.

Rechtsanwalt

FA für Gewerblichen Rechtsschutz

LIEB.Rechtsanwälte, Erlangen

von Dr. Maximilian Immig

Rechtsanwalt

LIEB.Rechtsanwälte, Erlangen

Stand: 01.10.2016

Inhalt

Werberecht für Ärzte 3

I. Ausgangssituation 4

II. Die rechtlichen Grundlagen 5

 1. Berufsrechtliche Vorschriften 5

 2. Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) und dessen Verhältnis zum
 Berufsrecht 7

 3. Heilmittelwerbegesetz (HWG) 8

 a) Der Regelungsgehalt des HWG 8

 b) Verhältnis des HWG zum UWG 9

 4. Markenrecht 9

 5. Kartellrecht 10

III. Möglichkeiten und Beschränkungen der ärztlicher Werbung 11

 1. Der Werbebegriff 11

 2. Irreführende Werbung 12

 3. Anpreisende Werbung 13

 4. Vergleichende Werbung 14

 5. Einfluss der Rechtsprechung zu anderen freien Berufen auf das ärztliche
 Werberecht 15

 6. Zwischenfazit 15

IV. Einzelfälle – Beispiele aus der Rechtsprechung 15

 1. Werben mit besonderer Expertise 16

 2. Werbung mit Titeln 17

 3. Werbung mit Qualifikationen 17

 4. Fremdwerbung 18

 5. Weitere Fälle 19

V. Folgen ärztlicher Werbeverstöße 21

 1. Wettbewerbsrechtliche Folgen 21

 2. Berufsrechtliche Konsequenzen 22

 3. Strafrechtliche Folgen 23

VI. Fazit 24

Gewerblicher Rechtsschutz

Werberecht für Ärzte

I. Ausgangssituation

Wie das gesamte Medizinrecht, so hat auch das ärztliche Werberecht in den letzten Jahren eine erhebliche thematische Ausweitung erfahren.

Dies ist nicht zuletzt der von der Rechtsprechung und vom Gesetzgeber initiierten, rasant fortschreitenden Liberalisierung in diesem Bereich geschuldet. Abgesehen von wenigen Ausnahmen in einigen Spezialbereichen galt bis in das Jahr 2000 für die Ärzteschaft grundsätzlich ein striktes Werbeverbot. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹ und schließlich auch des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte bewirkten jedoch einen grundlegenden Wandel. In einer wegweisenden Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht klargestellt, dass es nur schwer möglich sei, unmittelbar aus dem Werbeträger 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, solange sich das Werbemittel im Rahmen des Üblichen bewegt. „Nur übertriebene oder marktschreierische Werbung, die auf eine Vernachlässigung der Pflichten hindeuten könnte, soll vermieden werden.“² Vor diesem Hintergrund konstatierte der 105. deutsche Ärztetag im Jahr 2002, dass „sich das ehemalige Werbeverbot zu einem verfassungsrechtlich geschützten Werberecht des Arztes entwickelt“³ habe. Trotz aller Liberalisierungstendenzen gilt jedoch wegen des hohen Schutzgutes der Gesundheit im Bereich gesundheitsbezogener Werbung grundsätzlich weiterhin ein besonderes „Strengeprinzip“⁴, weswegen vor allem die Zivilrechtsprechung im Bereich der ärztlichen Werbung stets kritisch zu hinterfragen ist.

Angesichts der Veränderungen im Bereich des ärztlichen Werberechts kommt man als Arztpraxis, Krankenhaus oder sonstige Einrichtung im Gesundheitswesen nicht umhin, sich mit den damit einhergehenden Chancen und Risiken auseinanderzusetzen.

Dieses Skript soll dazu dienen, anhand einer Darstellung der wesentlichen Zusammenhänge und Hintergründe einen ersten Überblick über das ärztliche Werberecht zu geben und außerdem Gefahren, aber auch Möglichkeiten für die praktische Handhabung aufzudecken.

¹ Siehe etwa BVerfG, Beschluss v. 10.11.1999 - Az.: 2 BvR 2861/93.

² BVerfG, Beschluss v. 18.02.2002 - Az.: 1 BvR 1644/01.

³ Quaas in: Quaas/Zuck, Medizinrecht, 3. Aufl., § 13 Rn. 73.

⁴ Siehe etwa Feddersen, GRUR 2013, S. 127 (130).

II. Die rechtlichen Grundlagen

1. Berufsrechtliche Vorschriften

Die Landesärztekammern und Landes Zahnärztekammern der jeweiligen Bundesländer haben von ihrer Rechtsetzungsbefugnis, Vorschriften über die Werbetätigkeit ihrer Mitglieder in ihre Berufsordnungen zu integrieren, Gebrauch gemacht. Diese Vorschriften sind an die Musterberufsordnung für Ärzte (MBO-Ä) der Bundesärztekammer bzw. an die Musterberufsordnung für Zahnärzte (MBO-ZÄ) der Bundeszahnärztekammer angelehnt; dort heißt es:

§ 27 MBO-Ä – Erlaubte Information und berufswidrige Werbung⁵

(1) Zweck der nachstehenden Vorschriften der Berufsordnung ist die Gewährleistung des Patientenschutzes durch sachgerechte und angemessene Information und die Vermeidung einer dem Selbstverständnis der Ärztin oder des Arztes zuwiderlaufenden Kommerzialisierung des Arztberufs.

(2) Auf dieser Grundlage sind Ärztinnen und Ärzten sachliche berufsbezogene Informationen gestattet.

(3) ¹Berufswidrige Werbung ist Ärztinnen und Ärzten untersagt. ²Berufswidrig ist insbesondere eine anpreisende, irreführende oder vergleichende Werbung. ³Ärztinnen und Ärzte dürfen eine solche Werbung durch andere weder veranlassen noch dulden. ⁴Eine Werbung für eigene oder fremde gewerbliche Tätigkeiten oder Produkte im Zusammenhang mit der ärztlichen Tätigkeit ist unzulässig. ⁵Werbeverbote auf Grund anderer gesetzlicher Bestimmungen bleiben unberührt.

(4) ¹Ärztinnen und Ärzte können

1. nach der Weiterbildungsordnung erworbene Bezeichnungen,
 2. nach sonstigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften erworbene Qualifikationen,
 3. als solche gekennzeichnete Tätigkeitsschwerpunkte und
 4. organisatorische Hinweise
- ankündigen.

²Die nach Nr. 1 erworbenen Bezeichnungen dürfen nur in der nach der Weiterbildungsordnung zulässigen Form geführt werden. ³Ein Hinweis auf die verleihende Ärztekammer ist zulässig. ⁴Andere Qualifikationen und Tätigkeitsschwerpunkte dürfen

⁵ MBO-Ä 1997 - in der Fassung des Beschlusses des 118. Deutschen Ärztetages 2015 in Frankfurt am Main.

nur angekündigt werden, wenn diese Angaben nicht mit solchen nach geregelter Weiterbildung erworbenen Qualifikationen verwechselt werden können.

(5) Die Angaben nach Absatz 4 Nr. 1 bis 3 sind nur zulässig, wenn die Ärztin oder der Arzt die umfassten Tätigkeiten nicht nur gelegentlich ausübt.

(6) ¹Ärztinnen und Ärzte haben der Ärztekammer auf deren Verlangen die zur Prüfung der Voraussetzungen der Ankündigung erforderlichen Unterlagen vorzulegen.

²Die Ärztekammer ist befugt, ergänzende Auskünfte zu verlangen.

§ 21 MBO-ZÄ – Erlaubte Information und berufswidrige Werbung⁶

(1) Dem Zahnarzt sind sachangemessene Informationen über seine Berufstätigkeit gestattet. Berufsrechtswidrige Werbung ist dem Zahnarzt untersagt. Berufsrechtswidrig ist insbesondere eine anpreisende, irreführende, herabsetzende oder vergleichende Werbung. Der Zahnarzt darf eine berufsrechtswidrige Werbung durch Dritte weder veranlassen noch dulden und hat dem entgegen zu wirken.

(2) Der Zahnarzt darf auf besondere, personenbezogene Kenntnisse und Fertigkeiten in der Zahn-, Mund- und Kieferheilkunde hinweisen. Hinweise nach Satz 1 sind unzulässig, soweit sie die Gefahr einer Verwechslung mit Fachgebietsbezeichnungen begründen oder sonst irreführend sind.

(3) Der Zahnarzt, der eine nicht nur vorübergehende belegzahnärztliche oder konsiliarische Tätigkeit ausübt, darf auf diese Tätigkeit hinweisen.

(4) Es ist dem Zahnarzt untersagt, seine zahnärztliche Berufsbezeichnung für gewerbliche Zwecke zu verwenden oder ihre Verwendung für gewerbliche Zwecke zu gestatten.

(5) Eine Einzelpraxis sowie eine Berufsausübungsgemeinschaft darf nicht als Akademie, Institut, Poliklinik, Ärztehaus oder als ein Unternehmen mit Bezug zu einem gewerblichen Betrieb bezeichnet werden.

Letztlich maßgebend sind die jeweiligen als Satzungen erlassenen Berufsordnungen der Landesärztekammern, welche auf der Grundlage der Heilberufes-Kammergesetze erlassen werden. Die Landesärztekammer Bayern beispielsweise hat gerade im Hinblick auf die Berechtigung zum Führen von Tätigkeitsschwerpunkten

⁶ MBO-ZÄ, Stand 07.11.2014.

und akademischer Titel Konkretisierungen und Ergänzungen in ihrer Berufsordnung vorgenommen, welche im Einzelfall durchaus relevant werden können.

2. Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) und dessen Verhältnis zum Berufsrecht

Neben dem Schutz von Mitbewerbern dient das UWG insbesondere auch dem Verbraucherschutz und dem Schutz sonstiger Marktteilnehmer.

Nach ständiger Rechtsprechung stellen die Wettbewerbsbeschränkungen in den Berufsordnungen der freien Berufe Marktverhaltensregeln im Sinne des § 3a UWG⁷ dar⁸.

Außerdem gehen Rechtsprechung und Literatur bei einer Verletzung von Standesrecht, welches den Wettbewerb von Standesgenossen unmittelbar regelt, oder im Falle eines Verstoßes gegen Vorschriften, die dem Gesundheitsschutz dienen, grundsätzlich von einer Überschreitung der sogenannten Spürbarkeitsschwelle, welche nunmehr in § 3 a UWG geregelt ist, aus.

Verstößt ein (Zahn-)Arzt gegen die werbungsbezogenen Vorschriften der (zahn-) ärztlichen Berufsordnungen, so wird in den meisten Fällen der Bereich der Irreführung betroffen sein, weshalb in der Regel sowohl ein Verstoß gegen Berufsrecht als auch gegen den Rechtsbruchtatbestand des § 3 a UWG bzw. gegen §§ 5, 5 a UWG vorliegt.

Es stellt sich somit die Frage, welche eigenständige Funktion den berufsrechtlichen, wettbewerbsbezogenen Vorschriften überhaupt zukommt. In diesem Zusammenhang ist festzustellen, dass das (zahn-)ärztliche Berufsrecht insbesondere im Bereich der anpreisenden Werbung strenger ist. Während zum Beispiel im Lauterkeitsrecht des UWG nichtssagende Werbung grundsätzlich erlaubt ist, gilt dies für (Zahn-) Ärzte nicht. So verurteilte das Verwaltungsgericht Münster einen Zahnarzt zu einer Geldbuße in Höhe von 2.000 €, weil dieser in einem gewöhnlichen Telefonbuch auf etwa jeder vierten Seite Werbeanzeigen für seine Zahnarztpraxis platzierte. Zur Begründung führte das Gericht an, dass „die Grenze zur interessengerechten und sachangemessenen Information der Öffentlichkeit und möglicher Patienten überschritten“ sei, „weil

⁷ Vorschrift eingefügt durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 02.12.2015 (BGBl. I S. 2158) m.W.v. 10.12.2015; § 4 Nr. 11 UWG dafür entfallen.

⁸ Siehe etwa BGH, NJW 2005, 1644 f.; GRUR 2009, S. 883 ff..

die Anzahl der Anzeigen einer gesundheitspolitisch unerwünschten Kommerzialisierung des Zahnarztes Vorschub“⁹ leiste.

In einigen Bereichen hat das (zahn-) ärztliche Berufsrecht für die Werbefreiheit demnach durchaus Bedeutung. Dies ist nicht zuletzt der Tatsache geschuldet, dass Adressat der ärztlichen Werbung nicht der normale Verbraucher, sondern der Patient ist, welcher nach richtiger Ansicht in einigen Bereichen besonders schutzwürdig ist.

3. Heilmittelwerbeengesetz (HWG)

a) Der Regelungsgehalt des HWG

Der Anwendungsbereich des HWG erstreckt sich nach § 1 HWG neben Arzneimitteln und Medizinprodukten auch auf andere Mittel, Verfahren, Behandlungen und Gegenstände, soweit sich die Werbeaussage auf die Erkennung, Beseitigung oder Linderung von Krankheiten, Leiden, Körperschäden oder krankhaften Beschwerden bei Mensch oder Tier bezieht, sowie operative plastisch-chirurgische Eingriffe, soweit sich die Werbeaussage auf die Veränderung des menschlichen Körpers ohne medizinische Notwendigkeit bezieht.

Ziel des Gesetzes ist laut BGH, das Publikum vor unrichtiger und unsachlicher Beeinflussung gerade im heiklen Bereich der Heilmittelwerbung zu bewahren und damit die öffentliche Gesundheit der Menschen in Deutschland, aber auch die von Tieren zu schützen¹⁰. Das HWG verfolgt dabei insbesondere den Schutz der Gesundheitsinteressen des Einzelnen und der Allgemeinheit vor den besonderen Gefahren der Heilmittelwerbung.

Grundsätzlich ist innerhalb des HWG danach zu differenzieren, ob sich die Werbung an Fachkreise oder das allgemeine Publikum richtet. Für den Bereich der Publikumswerbung trägt das HWG dem Umstand Rechnung, dass der Adressatenkreis meist aus kranken Verbrauchern besteht, welche die Werbemaßnahmen in der Regel nicht fachgerecht beurteilen können oder vielleicht sogar aufgrund ihrer Erkrankung psychisch wie kognitiv beeinträchtigt sein können, weshalb diese besonders schutzbedürftig erscheinen.

Auch das Heilmittelwerberecht hat vor allem mit der 16. AMG-Novelle eine Liberalisierung erfahren. So wurden aus dem Katalog des § 11 HWG (Öffentlichkeitswerbung) einige Verbote gestrichen, wie etwa sich bei der „Arbeit am Patienten“ oder

⁹ VG Münster, Urteil vom 31.05.2006, Az.: 19 K 1581/05.T.

¹⁰ BGHZ 140, 134 (139).

in Berufskleidung abbilden zu lassen. Einige Tatbestände wurden dahingehend eingeschränkt, dass ein Verbot nur noch dann vorliegt, wenn in „missbräuchlicher, abstoßender oder irreführender Weise“ geworben wird.

b) Verhältnis des HWG zum UWG

Das UWG kommt neben den Spezialnormen des HWG zur Anwendung und ergänzt diese. Bei gleichzeitigen Verstößen sowohl gegen das HWG als auch das UWG drohen demzufolge neben den Sanktionen der §§ 14 ff. HWG auch wettbewerbsrechtliche Beseitigungs-, Unterlassungs- und gegebenenfalls auch Schadensersatzansprüche nach dem UWG. Die Vorschriften des HWG stellen sogenannte Marktverhaltensregeln nach § 3 a UWG dar, weshalb ein Verstoß gegen das HWG in der Regel auch gleichzeitig einen Verstoß gegen das UWG begründet.

Die Anwendbarkeit der Normen des HWG schließt die Anwendung der Vorschriften des UWG nicht aus. Dies wird von § 17 HWG ausdrücklich klargestellt. Die allgemeineren Regelungen des UWG ergänzen somit den durch die spezielleren Normen des HWG gewährten Schutz. In der Rechtsprechung ist zudem festzustellen, dass die Tatbestände des UWG häufig im Lichte des HWG strenger ausgelegt werden.

4. Markenrecht

Das Markenrecht ist in Deutschland im Markengesetz (MarkenG) geregelt. Das MarkenG regelt den Schutz von Kennzeichen. Kennzeichen ist der Oberbegriff für die im Markengesetz geschützten Marken (§ 1 Nr. 1 MarkenG), die geschäftlichen Bezeichnungen (§ 1 Nr. 2 MarkenG) und die geographischen Herkunftsangaben (§ 1 Nr. 3 MarkenG). Das MarkenG gewährt ein formelles Schutzrecht, d.h. ein Schutzrecht, dass allein aufgrund der Eintragung beim Markenamt durchsetzungsfähig ist. Nach § 3 MarkenG können Zeichen, Wörter, Personennamen, Abbildungen, Buchstaben, Zahlen, Hörzeichen, dreidimensionale Gestaltungen, die Form einer Ware, ihre Verpackung und andere Aufmachungen mit Farben und Farbzusammenstellungen als Marke geschützt werden. Nicht schutzfähig sind allerdings Zeichen, die in oder aus einer Form bestehen, die wegen der Art der Ware selbst bedingt ist, die zur Erreichung der technischen Wirkung erforderlich ist oder der Ware den wesentlichen Wert verleiht.

In den letzten Jahren ist vermehrt zu beobachten, dass Praxisnamen gewählt werden, die – losgelöst vom Namen des jeweiligen Arztes – sich beispielsweise auf Ortsbezeichnungen, Stadtteile oder Wortneuschöpfungen beziehen. Insbesondere in

derartigen Konstellationen besteht die Gefahr, dass andere Marken verletzt werden und dadurch Ansprüche gegen den verletzenden Arzt nach §§ 14, 15 MarkenG des jeweiligen Markeninhabers bestehen.

Die Verwendung einer angemeldeten und eingetragenen Marke entbinde den Arzt selbstverständlich nicht von der Einhaltung der berufsrechtlichen Vorschriften: Zu beachten ist beispielsweise das Gebot der namentlichen Nennung der in der Arztpraxis bzw. Ärztesgesellschaft tätigen Ärzte. Nach § 18 a Abs. 1 MBO sind unbeschadet des Namens einer Partnerschaftsgesellschaft oder einer juristischen Person des Privatrechts die Namen und Arztbezeichnungen aller in der Gemeinschaft zusammengeschlossenen Ärzte, sowie die Rechtsform anzukündigen. Außerdem ist die Fortführung des Namens eines nicht mehr berufstätigen, ausgeschiedenen oder verstorbenen Partners unzulässig. Ferner darf gemäß § 23 a Abs. 2 MBO der Name einer Ärztesgesellschaft des Privatrechts nur diejenigen Namen enthalten, welche auch als ärztliche Gesellschafter in der Gesellschaft tätig sind. Unbeschadet des Namens dürfen aber auch die Namen und Arztbezeichnungen der angestellten Ärzte angezeigt werden.

5. Kartellrecht

Kartellrecht – in der Bundesrepublik Deutschland hauptsächlich im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) geregelt – ist im weiteren Sinne die Gesamtheit aller Rechtsnormen, die auf die Erhaltung eines funktionierenden, ungehinderten und möglichst vielgestaltigen Wettbewerbs gerichtet sind. Ärzte und auch andere Angehörige der Heilberufe, sowie Krankenhausträger sind Unternehmer im Sinne des GWB, ebenso des europäischen Kartellrechts, womit grundsätzlich auch deren Handeln kartellrechtlichen Beschränkungen unterliegt. Sowohl Vereinbarungen zwischen Ärzten auf gleicher Leistungsstufe bzw. gleichem Leistungsgebiet als auch Absprachen zwischen überweisenden Ärzten und Zuweisungsempfängern stellen demzufolge grundsätzlich verbotene Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne des § 1 GWB dar.

III. Möglichkeiten und Beschränkungen der ärztlicher Werbung

1. Der Werbebegriff

Bis ins Jahr 2004 wurde der Begriff „Werbung“ durch das Irreführungsverbot des UWG nicht verwendet. Im UWG 2004 wurde der Begriff „Werbung“ dann ausdrücklich genannt. Nach § 5 Abs. 1 UWG 2004 handelte demnach wettbewerbswidrig, „wer irreführend wirbt“. Mit dem UWG 2008 wurde der Begriff der Werbung als Tatbestandsvoraussetzung des Irreführungsverbots wieder gestrichen. Gefordert wurde nun eine irreführende geschäftliche Handlung, welche die irreführende Werbung umfasst. Auch in der aktuellen, ab dem 10.12.2015 geltenden Fassung des UWG ist von einer irreführenden geschäftlichen Handlung, zu der auch die irreführende Werbung gehört, die Rede. Eine Legaldefinition für den Begriff „Werbung“ war und ist dem UWG nicht zu entnehmen.

Auch im HWG wird der Begriff der Werbung nicht definiert, wird aber in § 1 Abs. 1, Abs. 3 HWG vorausgesetzt. Der heilmittelwerberechtliche Werbebegriff orientiert sich an Art. 86 RL 2001/83/EG¹¹. Somit sind unter Werbung alle informationsvermittelnden und meinungsbildenden Aussagen zu verstehen, die darauf abzielen, die Aufmerksamkeit der Adressaten zu wecken und auf deren Entschlüsse mit dem Ziel der Förderung des Absatzes von Waren oder Dienstleistungen im Sinne des § 1 HWG einzuwirken¹².

In berufsrechtlicher Hinsicht hat in Bezug auf die Grenzen der ärztlichen Werbung ein bemerkenswerter Wandel stattgefunden. Während die auf die Beschlüsse des 100. Deutschen Ärztetages von Eisenach zurückgehende MBO 1997 Werbung durch den Arzt grundsätzlich noch verbot, so ist heutzutage lediglich berufswidrige Werbung unzulässig.

Auch hinsichtlich der Wahl des Werbeträgers ist der Arzt grundsätzlich frei. Dies steht im Einklang mit der Aussage des Bundesverfassungsgerichts, wonach aus dem Werbeträger allein nicht auf die Gefährdung eines Gemeinwohlbelanges – wie etwa das der Gesundheit – oder mittelbar auf einen Verlust des Vertrauens der Öffentlichkeit in die berufliche Integrität des Arztes geschlossen werden kann, solange sich der gewählte Werbeträger im Rahmen des Üblichen bewegt¹³. So stufte etwa das Bundes-

¹¹ Fritzsche HWG in: Spickhoff, Kommentar Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 1 Rn. 3.

¹² Fritzsche HWG in: Spickhoff, Kommentar Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 1 Rn. 5.

¹³ BVerfG, Beschluss vom 26.09.2003 – Az.: 1 BvR 1608/02.

verfassungsgericht die Verteilung von Werbeblättern einer Klinik in Fitnessstudios und ähnlichen Einrichtungen als zulässig ein¹⁴.

2. Irreführende Werbung

Eine Angabe ist irreführend, wenn sie geeignet ist, den angesprochenen Adressaten einen unrichtigen Eindruck zu vermitteln. Dabei spielt es keine Rolle, ob es tatsächlich zu einer Irreführung kommt¹⁵.

Anwendungsbereich des Irreführungstatbestands sind vor allem objektiv falsche Angaben, welche insbesondere bei der Darstellung oder Angabe nicht vorhandener, positiver Leistungsmerkmale, die für die Entscheidung der angesprochenen Verkehrskreise von Bedeutung sein können, vorliegen.

Allerdings ist zu beachten – und dies stellt einen weiteren wesentlichen Anwendungsbereich des Irreführungsverbots dar –, dass auch objektiv richtige Angaben eine unzulässige Irreführung darstellen, wenn sie geeignet sind, bei den Adressaten einen unrichtigen Eindruck hervorzurufen. So hat das OLG Frankfurt beispielsweise die Aufnahme eines auf dem Gebiet der Chemie erworbenen Dokortitels in die Firmierung einer Heilpraktikerschule („Heilpraktikerschule Dr. [...]“) als irreführende Werbung eingestuft. Denn dies sei geeignet, über den Umstand zu täuschen, dass es sich bei dem Beklagten nicht um einen Doktor der Medizin, sondern um einen Doktor der Chemie handelt. Es ist davon auszugehen, dass angesichts des Zusammenhangs, in welchem die beanstandete Angabe verwendet wird, nämlich in der Werbung für eine Heilpraktikerschule, ein nicht unbeachtlicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise, also potentielle Besucher der Heilpraktikerschule, der Fehlvorstellung erliegen, bei dem Beklagten handele es sich um einen Doktor der Medizin.¹⁶

Unter das Irreführungsverbot fällt auch das Werben mit Selbstverständlichkeiten, wenn nämlich Eigenschaften hervorgehoben werden, die zum Wesen der angebotenen Leistung gehören oder gesetzlich einzuhalten sind.

¹⁴ BVerfG, Beschluss vom 08.01.2002 – Az.: 1 BvR 1147/01.

¹⁵ OLG Hamm, Urteil vom 22.06.2010 – Az.: I-4 U 28/19, 4 U 28/10.

¹⁶ OLG Frankfurt, Urteil vom 19.02.2013 – Az.: 6 U 28/12.

3. Anpreisende Werbung

Unter anpreisender Werbung oder Anpreisen versteht man allgemein eine nachdrückliche und gesteigerte Art der Werbung, welche sich insbesondere durch die Verwendung reißerischer oder marktschreierischer Mittel¹⁷ auszeichnet.

Im Jahr 2003 äußerte sich die Bundesärztekammer hinsichtlich anpreisender Werbung dahingehend, dass diese schon dann vorliegen kann, „wenn die Information für den Patienten als Adressaten inhaltlich überhaupt nichts aussagt oder jedenfalls keinen objektiv nachprüfbaren Inhalt“ hat. [...] Auch teilweise oder ganz objektiv nachprüfbare Informationen können aufgrund ihrer reklamehaften Übertreibung anpreisende Werbung darstellen¹⁸. Hinsichtlich der Wahl der Werbeträger hat – wie oben bereits dargestellt wurde – nach der wegweisenden Entscheidung des Bundesverfassungsgericht in der Rechtsprechung zwischenzeitlich eine deutliche Liberalisierung stattgefunden.

Hauptanwendungsgebiete des Verbots der anpreisenden Werbung dürften daher nach wie vor Fälle der Verwendung von Superlativen, Hinweise auf Empfehlungsschreiben oder Danksagungen sein. Zu Letzterem ist zu berichten, dass die Rechtsprechung unter Anwendung des bis zum 26.10.2012 geltenden §11 Nr. 11 HWG im Hinblick auf Danksagungen und Gästebücher auf den Homepages von Praxen eine strenge Linie vertreten hat. Mit Änderung des § 11 Nr. 11 HWG hat auch diesbezüglich ein Wandel stattgefunden. Mit Äußerungen Dritter, insbesondere mit Dank-, Anerkennungs- oder Empfehlungsschreiben, oder mit Hinweisen auf solche Äußerungen, darf nur dann nicht mehr geworben werden, wenn dies in missbräuchlicher, abstoßender oder irreführender Weise geschieht (§ 11 Nr. 11 HWG).

Bei der Frage, ob eine unzulässige anpreisende Werbung vorliegt, ist sicherlich auch die Rechtsprechung aus dem Bereich der übrigen freien Berufe zu berücksichtigen. So hat der BGH die sogenannte „Schockwerbung“ für den Bereich der Rechtsanwaltschaft als berufswidrig eingestuft. Die Grenzen zulässiger Werbung seien demnach überschritten, wenn die Werbung darauf abzielt, gerade durch ihre reißerische und/oder sexualisierende Ausgestaltung die Aufmerksamkeit des Betrachters zu erregen, mit der Folge, dass ein etwa vorhandener Informationswert in den Hintergrund gerückt wird oder gar nicht mehr erkennbar ist¹⁹. Derartige Werbemethoden sind laut

¹⁷ Siehe etwa Hinweise und Erläuterungen der BÄK zu §§ 27 ff. MBO-Ä vom 10.09.2002, fortgeschrieben am 12.08.2013, Ziffer 3.3.1.

¹⁸ Hinweise und Erläuterungen der BÄK zu §§ 27 ff. MBO-Ä vom 10.09.2002, fortgeschrieben am 12.08.2013, Ziffer 3.3.1.

¹⁹ Vgl. etwa BGH, Urteile vom 01.03.2001 – AZ.: I ZR 300/98, BGHZ 147, 71, 76 und vom 21.01.2002 – AZ.: I ZR 281/99, NJW 2002, 2642 (2644).

BGH geeignet, die Rechtsanwaltschaft als seriöse Sachwalterin der Interessen Recht-suchender zu beschädigen²⁰. Ein ähnlich strenger Maßstab dürfte sicherlich auch für den Bereich der Ärzteschaft anzusetzen sein²¹.

4. Vergleichende Werbung

Nach § 6 Abs. 1 UWG ist vergleichende Werbung jede Werbung, „die unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber oder die von einem Mitbewerber angebotenen Waren oder Dienstleistungen erkennbar macht.“. Die in § 6 Abs. 2 UWG genannten Ausnahmen vom Verbot der vergleichenden Werbung gelten im ärztlichen Werbe-recht nicht. Der § 27 Abs. 3 MBO-Ä sowie der § 21 Abs. 1 MBO-ZÄ verdrängen insofern den § 6 Abs. 2 UWG und gewähren somit praktisch keinen zulässigen Bereich der vergleichenden ärztlichen Werbung.

Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass die Teilnahme eines Zahnarztes an einem Internet-Vergleichsportal grundsätzlich zulässig ist. Eben be-nannter Entscheidung lag der Sachverhalt zugrunde, dass ein niedergelassener Zahnarzt an einem Internetportal teilgenommen hat, auf dem Patienten die Mög-lichkeit hatten, für eine beabsichtigte Zahnarztbehandlung Angebote verschiedener Zahnärzte einzusehen. Der Patient konnte in dem Portal anonym die gesuchte Be-handlung für eine bestimmte Region angeben, woraufhin die registrierten Zahnärzte die Möglichkeit hatten, unverbindliche Kostenschätzungen einzustellen. Entschied sich der Patient für einen Zahnarzt, wurden die Kontaktdaten gegenseitig ausgetauscht. Das Landesberufsgesicht für Zahnärzte sah in der Nutzung des Internetportals durch den Zahnarzt einen Fall der berufswidrigen Werbung. Nach Ansicht des Bun-desverfassungsgerichts ist dies jedoch nicht mit der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschütz-ten Berufsfreiheit zu vereinbaren, weshalb es diese Entscheidung aufhob. Die im In-ternetportal vom Zahnarzt abgegebene, unverbindliche Kostenschätzung ohne eine vorangegangene persönliche Untersuchung verstoße nicht gegen zahnärztliche Pflichten und verletze auch keine Interessen des Gemeinwohls²².

²⁰ BGH, Urteil vom 19.02.2013 – Az. 6 U 28/12.

²¹ Zur Übertragbarkeit der werberechtlichen Rechtsprechung bzgl. anderer freier Berufe auf das Gesundheits-wesen siehe unten unter 5.

²² BVerfG, Beschluss vom 08.12.2010 – Az. 1 BvR 1287/08.

5. Einfluss der Rechtsprechung zu anderen freien Berufen auf das ärztliche Werberecht

Die Frage, inwieweit sich die Rechtsprechung zur Werbetätigkeit in den anderen freien Berufen auf das ärztliche Werberecht übertragen lässt, ist nicht leicht zu beantworten. Es ist festzustellen, dass das Bundesverfassungsgericht in Bezug auf die Zulässigkeit von Werbung in den freien Berufen im Grundsatz die gleichen Maßstäbe anlegt. So beeinflussen grundsätzlich alle Entscheidungen, die zur Werbung in den freien Berufen fallen, auch die Beurteilung der Zulässigkeit von Werbemaßnahmen im Gesundheitsbereich.

Gleichzeitig müssen aber dort, wo dies zum Schutz der öffentlichen Gesundheit notwendig ist, Einschränkungen zulasten der ärztlichen Werbefreiheit gemacht werden. Wenn demnach von der jeweiligen Werbemaßnahme Gefährdungen für die Volksgesundheit ausgehen, dann ist ein Werbeverbot – obwohl dieses in den anderen freien Berufen unter Umständen nicht gelten muss – zulässig²³. Vor allem in diesem Zusammenhang ist das für Werbemaßnahmen im Gesundheitswesen weiterhin geltende „Strengeprinzip“ zu berücksichtigen.

6. Zwischenfazit

Es bleibt festzustellen, dass bei den Gerichten wie den Ärztekammern im Bereich der ärztlichen Werbung eine eindeutige und verlässliche Linie noch nicht auszumachen ist. Dies mag vor allem daran liegen, dass derzeit ein steter, schnell fortschreitender Wandel in diesem Bereich stattfindet. Umso wichtiger ist es, die eigene Werbepaxis ständig auf ihre rechtliche Zulässigkeit zu überprüfen und gegebenenfalls an die veränderte Rechtslage anzupassen.

IV. Einzelfälle – Beispiele aus der Rechtsprechung

Im Folgenden soll nun anhand einiger Entscheidungen aus dem ärztlichen Werberecht ein Überblick über die Rechtsprechung aus diesem Bereich gegeben werden. Dabei ist – wie oben schon erwähnt wurde – jedoch zu berücksichtigen, dass ältere

²³ Dazu siehe etwa Krames in: Kommentar Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008.

Entscheidungen vor allem vor dem Hintergrund der in den letzten Jahren stattgefundenen Veränderungen mit Vorsicht zu genießen sind.

1. Werben mit besonderer Expertise

Das Werben mit besonderer Expertise ist grundsätzlich zulässig, jedoch müssen dafür einige Voraussetzungen erfüllt sein.

Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts stellt beispielsweise die Werbung mit dem Begriff „Spezialist“ eine sachangemessene und interessengerechte Information dar, da ein Arzt, der besondere Erfahrungen auf einem Teilgebiet vorweisen kann, ein berechtigtes Interesse daran hat, das Publikum darüber zu informieren. Auch die Patienten haben ein legitimes Interesse zu erfahren, welche Ärzte über solche vertieften Erfahrungen z. B. auf dem Gebiet der Wirbelsäulen- und der Kniechirurgie verfügen. Allerdings muss ein Arzt, der sich als „Spezialist“ bezeichnet ein bestimmtes Behandlungsspektrum anbieten können, das zwar möglicherweise alle Kollegen seiner Fachrichtung beherrschen, „in dem er sich aber einer ihn auszeichnenden besonderen Praxis berühen kann, weil er sich diesem Teilbereich besonders intensiv gewidmet hat.“²⁴. Ein ähnlicher Maßstab dürfte bei einer Werbemaßnahme mit dem Begriff „Experte“ gelten.

Wirbt der Arzt mit dem Prädikat „international anerkannt“, so ist Voraussetzung, dass er tatsächlich mit international anerkannten Behandlungserfolgen praktizierend tätig geworden ist²⁵.

Für eine Werbetätigkeit mit dem Begriff „Spitzenmediziner“ fordert die Rechtsprechung einen deutlichen Vorsprung und eine daraus folgende Spitzengruppenstellung, welche nicht nur auf einer bloßen Momentaufnahme beruhen darf, sondern mit einer gewissen Stetigkeit bestehen muss²⁶.

Wirbt der Arzt mit eben genannten Begriffen, ist er – kommt es zum Prozess – hinsichtlich der tatsächlichen Voraussetzungen für deren Benutzung darlegungs- und gegebenenfalls beweispflichtig.

²⁴ BVerfG, Beschluss vom 08.01.2002 – Az.: 1 BvR 1147/01.

²⁵ KG Berlin, Urteil vom 14.08.2012 – Az.: 5 U 92/07.

²⁶ OLG Karlsruhe, Urteil vom 7.05.2012 - Az.: 6 U 18/11.

2. Werbung mit Titeln

Die Befugnis zum Führen und zur Werbung mit Titeln war schon mehrfach Gegenstand von Gerichtsentscheidungen. Dabei ist grundsätzlich zu trennen zwischen der öffentlich-rechtlichen und der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit zum Führen eines Titels. Denn die Benutzung eines Titels im Rahmen der ärztlichen Werbung kann trotz öffentlich-rechtlicher Erlaubnis wettbewerbs- und berufsrechtswidrig sein.

So geht die Rechtsprechung grundsätzlich davon aus, dass die Verwendung eines fachfremden Professorentitels in der ärztlichen Werbung eine Irreführung darstellt, da ein relevanter Teil der angesprochenen Verkehrskreise ohne weiteres davon ausgehe, dass der Titel aufgrund besonderer Leistungen auf dem Gebiet der Medizin erworben wurde²⁷. Dementsprechend ist auch § 27 der Berufsordnung für die Ärzte Bayerns ausgestaltet, wo es heißt:

Medizinisch-akademische Grade und ärztliche Titel dürfen angekündigt werden. Andere akademische Grade dürfen nur in Verbindung mit der Fakultätsbezeichnung genannt werden.

Hinsichtlich der Verwendung ausländischer Professorentitel in der Werbung hat der BGH in seinen Entscheidungen „Professorenbezeichnung in der Arztwerbung I-III“²⁸ die maßgeblichen Grundsätze festgelegt. Voraussetzung sei, dass eine auf Dauer ausgerichtete Eingliederung des Titelträgers in die den Titel verleihende Universität – insbesondere im Hinblick auf die Lehrtätigkeit – stattgefunden habe²⁹. Von einer Gleichwertigkeit ist auszugehen, wenn der ausländische Professorentitel unter vergleichbaren Bedingungen erlangt wurde, unter denen ein inländischer Hochschul-lehrer seine Bezeichnung erlangt³⁰. Diese Gleichwertigkeit ist auch in § 27 Abs. 6 Satz 2 der Berufsordnung für die Ärzte Bayerns festgeschrieben.

3. Werbung mit Qualifikationen

Bei Ärzten besteht eine Unterteilung in Facharzt-, Schwerpunkt- und Zusatzbezeichnungen. Diese Bezeichnungen setzen eine in strukturierter Form erfolgte Weiterbildung voraus. Die Qualifikation als Facharzt kann beispielsweise nur unter Beachtung der Weiterbildungsordnungen der jeweiligen Landesärztekammern erworben wer-

²⁷ OLG Hamburg, Urteil vom 20.02.2002 – Az.: 5 U 100/01; KG Berlin, Urteil vom 22.03.2002 – Az.: 5 U 8811/00.

²⁸ BGH, Urteil vom 16.02.1989 – Az.: I ZR 76/87; BGH Urteil vom 09.10.1997 – Az.: I ZR 92/95; BGH Urteil vom 09.10.1997 – Az.: I ZR 92/95.

²⁹ BGH, Urteil vom 09.10.1997 – Az.: I ZR 92/95.

³⁰ VG München, Urteil vom 18.06.2013 – Az.: M 16 K 11.6109.

den. Auch eine Spezialisierung in Schwerpunkten oder eine Zusatzweiterbildung ist in den jeweiligen Weiterbildungsordnungen der Landesärztekammern geregelt.

Grundsätzlich unzulässig ist die Werbung mit Begriffen oder Zusätzen, die in Bezug auf diese geregelten Qualifikationsbezeichnungen Irrtümer hervorrufen können. So wurde beispielsweise der Telefonbucheintrag eines Facharztes für Mund-, Kiefer- und Gesichtschirurgie (aber kein Facharzt für Plastische und Ästhetische Chirurgie) mit der Zusatzqualifikation „Plastische Operationen“ in der Rubrik „Plastische und Ästhetische Chirurgie“ als wettbewerbswidrig eingestuft. Der angesprochene Verkehrskreis nehme mangels klarstellenden Hinweises auf die tatsächliche Facharztbezeichnung des Arztes an, dass der Arzt tatsächlich Facharzt für Plastische und Ästhetische Chirurgie sei. Zudem fehle ein klarstellender Hinweis dahingehend, dass der Arzt nur in der Kopf-Hals-Region die plastische Chirurgie anbiete³¹.

4. Fremdwerbung

Im Hinblick auf die technische Einrichtung der Praxis ist es gestattet, berufsbezogene und sachangemessene Hinweise zu geben. So darf etwa auf die besonders geringe Strahlenbelastung eines Computertomographen, und dass dieser aufgrund dessen im weiteren Umkreis einzigartig sei, hingewiesen werden³². Unter diese Werbefreiheit fällt nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts jedoch nicht, dass der Arzt auf den Hersteller des jeweiligen Geräts aufmerksam machen darf. Ein derartiges Vorgehen würde den Eindruck vermitteln, als würde dem Arzt für diese Aussage Vorteile gewährt werden, wodurch der Eindruck entstehen könnte, dass die Gesundheitsinteressen der Patienten zweitrangige Bedeutung hätten, was geeignet sei, langfristig das Vertrauen in die Ärzteschaft zu untergraben³³.

Aufgrund der neuen Rechtslage ist bei der Annahme von Vorteilen auf Ärzteseite nun mehr Vorsicht geboten denn je. Bereits §§ 31, 32 MBO-Ä verbietet Ärzten grundsätzlich die Zuweisung von Patienten gegen Entgelt bzw. die Annahme von durch Patienten gewährte Geschenke oder anderer Vorteile.

In diesem Bereich muss der Arzt neuerdings auch mit strafrechtlichen Sanktionen rechnen. Am 04. Juni 2016 sind die auf das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen zurückgehenden §§ 299 a, 299 b StGB in Kraft getreten. In § 299 a StGB heißt es:

³¹ OLG Hamm, Urteil vom 03.06.2008 – Az.: 4 U 59/08.

³² BVerfG, Beschluss vom 01.06.2011 – Az.: 1 BvR 233/10 und 1 BvR 235/10.

³³ BVerfG, Beschluss vom 01.06.2011 – Az.: 1 BvR 233/10 und 1 BvR 235/10.

Wer als Angehöriger eines Heilberufs, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert, im Zusammenhang mit der Ausübung seines Berufs einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er

1. bei der Verordnung von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten,
2. bei dem Bezug von Arznei- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten, die jeweils zur unmittelbaren Anwendung durch den Heilberufsangehörigen oder einen seiner Berufshelfer bestimmt sind, oder
3. bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial

einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Noch ist schwer vorherzusagen, wie die neuen Tatbestände von der Rechtsprechung in Zukunft ausgelegt werden. Sicher ist in jedem Fall, dass mit den neuen §§ 299 a ff. StGB für die Ärzteschaft und auch dritte Unternehmen ein neues strafrechtliches Haftungspotenzial von nicht zu unterschätzender Bedeutung geschaffen wurde³⁴.

Ein „Klassiker“ des ärztlichen Werberechts ist auch das Ausstrahlen von TV-Bildern im Wartezimmer. Ein Fall der unzulässigen Fremdwerbung liegt dann vor, wenn der Arzt über einen Bildschirm Werbung für umliegende Gewerbetreibende zeigt. Denn dadurch entsteht bei den Patienten der Eindruck, als würde der Arzt die in der Werbung erscheinenden Gewerbetreibenden bevorzugen. Dies stelle nach Auffassung der Gerichte einen unzulässigen Werbeeffect dar³⁵.

5. Weitere Fälle

Vorsicht geboten ist bei der Verwendung von Ortsbezeichnungen (beispielsweise „Orthopädie Nürnberg“). Dies könnte nämlich einen Fall der verbotenen Alleinstellungswerbung darstellen, dadurch kann der Eindruck, dass die werbenden Mediziner die Einzigen ihrer Fachrichtung im jeweiligen Ort seien.

Alleinstellungswerbung ist nämlich stets wettbewerbswidrig, wenn die Aussage nicht den tatsächlichen Gegebenheiten entspricht. Das Gleiche gilt für die Verwendung von Superlativen (wie beispielsweise „Spitzenmedizin“, „Beste Arztpraxis“ etc.). Ohne

³⁴ Siehe dazu die Ausführungen in unserem DATEV-Skript „Kooperationen und Beteiligungsmodelle im Gesundheitswesen“ von Dr. Klaus Lieb und Jörg Steinheimer.

³⁵ BVerfG, Beschluss vom 26.06.2003, Az.: 1 BvR 1003/02; VG Münster, Urteil vom 20.05.1998 – Az.: 6K 321/97.

tatsächliche Grundlage stellen derartige Fälle stets eine unzulässige anpreisende Werbung dar³⁶.

Wird mit der Wirksamkeit von Arzneimitteln, Medizinprodukten, Verfahren, Behandlungen, Gegenständen oder anderen Mitteln, denen therapeutische Wirksamkeit oder Wirkungen beigelegt werden, geworben, sind die Werbemaßnahmen an § 3 HWG und § 5 UWG zu messen. Der BGH hat in seiner grundlegenden Entscheidung „Basisinsulin mit Gewichtsvorteil“³⁷ zu der Frage Stellung genommen, welche Anforderungen an eine Werbung für Arzneimittel zu stellen sind, in der auf wissenschaftliche Studien Bezug genommen wird. Vor dem Hintergrund des hohen Schutzgutes der Gesundheit sind nach Ansicht des BGH im Hinblick auf die „Richtigkeit, Eindeutigkeit und Klarheit der Werbeaussage“ besonders strenge Maßstäbe anzulegen. Demzufolge sind folgende Grundsätze zu beachten:

- „Grundsätzlich unzulässig ist eine Werbung mit >>fachlichen Aussagen<<, für die es keine wissenschaftlich gesicherten Erkenntnisse gibt.
- Eine fachlich umstrittene Meinung darf nicht als unstrittig dargestellt werden.
- Die Werbeaussage darf nicht auf eine Studie gestützt werden, welche die Aussage nicht trägt.
- Beruft sich die Werbung auf gesicherte wissenschaftliche Erkenntnisse, muss diesen regelmäßig eine sogenannte >>randomisierte, placebokontrollierte Doppelblindstudie<< zu Grunde liegen.
- Erfolgt eine zu Grunde liegende Studie nach anderen Methoden, so hängt der Vorwurf der Irreführung zum einen davon ab, ob die Studie wissenschaftlich seriös durchgeführt und zum anderen, ob der Adressatenkreis transparent darauf hingewiesen wurde, welche Erkenntnisquelle der Werbeaussage zu Grunde liegt.
- Der Werbende hat das Gebot der zitierten Wahrheit zu beachten.“³⁸

Wettbewerbswidrig ist auch in den Medien als Information getarnte Werbung. Eine solche liegt beispielsweise vor, wenn in sogenannten „redaktionellen Inhalten“ versteckte Werbung stattfindet. Von einem redaktionellen Inhalt spricht man, wenn nach der Auffassung eines durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und verständigen Verbrauchers seiner Gestaltung nach eine objektive neutrale Berichterstattung durch das Medienunternehmen selbst vorliegt. Entrichtet der Arzt für einen solchen Beitrag ein Entgelt, so stellt dies nach § 3 Abs. 3 UWG i.V.m.d. Anhang zu § 3 Abs. 3 eine unlautere geschäftliche Handlung dar. Allerdings ist zu

³⁶ Siehe etwa Ratzel in: Kommentar MBO-Ä, 5. Aufl. 2010, §§ 27, 28 Rn. 4.

³⁷ BGH, Urteil vom 06.02.2013, Az.: I ZR 63/11.

³⁸ Artz in: Bülow/Ring/Artz/Brixius, Kommentar zum HWG, 5. Aufl., 2016, § 3 Rn. 48.

beachten, dass derart getarnte Werbung gemäß § 5 a Abs. 6 UWG auch dann unzulässig sein kann, wenn der Arzt an das Medienunternehmen keine Gegenleistung entrichtet.

Werbegaben des Arztes müssen sich an den Voraussetzungen des § 7 HWG messen lassen. Dieser bestimmt ein grundsätzliches Verbot der Wertreklame, also der Förderung des Absatzes durch Gewährung von Vergünstigungen im Heilmittelbereich. Demnach ist es unzulässig, Zuwendungen und sonstige Werbegaben (Waren oder Leistungen) anzubieten, anzukündigen oder zu gewähren oder als Angehöriger der Fachkreise anzunehmen, es sei denn, es liegt einer der in § 7 HWG genannten Ausnahmen vor. Die Gewährung von Werbegaben kann insbesondere dann nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 HWG zulässig sein, wenn es sich um eine geringwertige Kleinigkeit handelt. Nach der Rechtsprechung stellt das Anbieten kostenlos erbrachter ärztlicher Leistungen regelmäßig einen Verstoß gegen § 7 HWG dar³⁹. Auch das Gewähren von Rabatten oder Gutscheinen für ärztliche Leistungen ist grundsätzlich als unzulässig einzustufen⁴⁰.

V. Folgen ärztlicher Werbeverstöße

1. Wettbewerbsrechtliche Folgen

Verstößt der Arzt im Rahmen seiner Werbetätigkeit gegen wettbewerbsrechtliche Vorschriften, so muss er zunächst mit einer Abmahnung eines seiner Kollegen nach § 12 Abs. 1 UWG rechnen. Diese stellt ein vorgerichtliches Mittel zur Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen dar und wird von § 12 Abs. 1 UWG zur Kostenvermeidung nahegelegt. Darin ist regelmäßig das Verlangen nach der Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung enthalten. Diese Unterlassungserklärung sollte stets genau geprüft werden. Denn die Unterlassungserklärung ist oft zu Gunsten des Abmahnenden formuliert. Es empfiehlt sich daher in vielen Fällen die Abgabe einer zugunsten des abgemahnten Arztes modifizierten Unterlassungserklärung. Bei deren Erstellung ist mit größter Sorgfalt vorzugehen. Sie sollte deshalb von einem Rechtsanwalt formuliert werden. Denn im Falle des Verstoßes gegen die Unterlassungserklärung ist die vereinbarte Vertragsstrafe zu zahlen. Ist die Abmahnung berechtigt, kann

³⁹ Siehe etwa OLG München, Urteil vom 08.10.2009 - Az.: 6U 1575/08 und Az.: 6U 2160/08; LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 02.02.2012 - Az.: 1 HKO 10043/11.

⁴⁰ Siehe etwa LG Flensburg, Beschluss vom 04.03.2009 - Az.: 6 O 30/09; LG Köln, Urteil vom 21.06.2012 - Az.: 31 O 767/11.

der Abmahnende nach § 12 Abs. Satz 1 UWG Ersatz seiner erforderlichen Anwaltskosten verlangen. Unter Umständen muss der Arzt bei unzulässiger Werbung auch mit der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen rechnen.

Kommt es zu einem Gerichtsverfahren, etwa weil der werbende Arzt die Unterlassungserklärung nicht abgibt oder diese vom Abmahnenden als unzureichend eingestuft wird, kommt dem einstweiligen Verfügungsverfahren bei der Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs – wie dies auch im allgemeinen Wettbewerbsrecht der Fall ist – besondere Bedeutung zu. Grundsätzlich ist für den Erlass einer einstweiligen Verfügung Voraussetzung, dass eine Entscheidung eilig ist, weil dem Antragsteller nicht zugemutet werden kann, das Hauptsacheverfahren abzuwarten. Im Wettbewerbsrecht gilt jedoch die sogenannte Dringlichkeitsvermutung, wonach von einer Eilbedürftigkeit ausgegangen wird. Der Antragsteller kann jedoch durch sein eigenes Verhalten diese Vermutung widerlegen. Dies kann insbesondere dadurch geschehen, dass der Antragsteller trotz Kenntnis von dem Verstoß mit dem Antrag auf eine einstweilige Verfügung zu lange wartet. Die Frist hierfür kann je nach Gericht zum Teil sehr unterschiedlich ausfallen. Die Oberlandesgerichte in Bayern gehen regelmäßig von einer Frist von lediglich einem Monat aus, während das OLG Hamburg sogar Zeiträume von bis zu 6 Monaten zulässt.

Um mit einem Urteil im Hauptsacheverfahren gleichgestellt zu werden, bedarf es – da es sich bei der einstweiligen Verfügung nur um eine vorläufige Regelung handelt – einer sogenannten Abschlusserklärung des Schuldners, welcher in der Regel ein Abschlusschreiben des Gläubigers vorausgeht. In diesem Abschlusschreiben wird der Schuldner aufgefordert eine Abschlusserklärung abzugeben. Geschieht dies nicht, kommt es in der Regel zum Hauptsacheverfahren.

2. Berufsrechtliche Konsequenzen

Verstöße gegen das ärztliche Werberecht können zudem berufsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. Als Angehörige der Heilberufekammern unterliegen die Ärzte der Heilberufgerichtsbarkeit.

Der Vorstand des zuständigen ärztlichen Bezirksverbands kann ein ärztliches Mitglied, welches gegen die ihm obliegenden Berufspflichten verstoßen hat, zunächst nach Art. 38 Abs. 1 HKaG⁴¹ rügen, wenn die Schuld gering ist und der Antrag auf Einleitung

⁴¹ Gesetz über die Berufsausübung, die Berufsvertretungen und die Berufsgerichtsbarkeit der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Apotheker sowie der Psychologischen Psychotherapeuten und der Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten (Heilberufe-Kammergesetz – HKaG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 6. Februar 2002 (GVBl S. 43) BayRS 2122-3-G, zuletzt geändert durch § 1 ÄndG vom 22. 5. 2015 (GVBl S. 158).

eines berufsgerichtlichen Verfahrens nicht erforderlich erscheint. Gegen das Mitglied kann in Verbindung mit der Rüge außerdem eine Geldbuße bis 5.000 € verhängt werden, welche zugunsten einer sozialen Einrichtung der Kammer zu zahlen ist. Zu beachten ist, dass Ärzte im öffentlichen Dienst in Bezug auf ihre dienstliche Tätigkeit nicht dem Rügerecht unterliegen.

Reicht eine Rüge zur Ahndung des Verstoßes nicht aus oder setzt der Arzt nach der Rüge das beanstandete Verhalten fort, wird in der Regel ein berufsgerichtliches Verfahren eingeleitet. Dieses wird von den Berufsgerichten für Heilberufe (Berufsgericht) als erster Instanz und dem Landesberufsgericht für Heilberufe (Landesberufsgericht) als Rechtsmittelinstanz durchgeführt (Art. 68 Abs. 1 HKaG).

Im berufsgerichtlichen Verfahren stehen dem Gericht gemäß Art. 67 Abs. 1 HKaG unter anderem folgende Sanktionsmöglichkeiten zur Verfügung:

- Verweis,
- Geldbuße bis 100.000 €,
- Entziehung der Delegierteneigenschaft oder der Mitgliedschaft oder eines Amtes in Organen der Berufsvertretung,
- Entziehung der Wählbarkeit zum Delegierten oder in Organe der Berufsvertretung bis zur Dauer von fünf Jahren.

Gemäß Art. 67 Abs. 2 HKaG können diese Maßnahmen nebeneinander verhängt werden. Zudem kann das Berufsgericht der zuständigen Landeskammer die Befugnis zusprechen, die Verurteilung auf Kosten des Mitglieds zu veröffentlichen (Art. 67 Abs. 4 HKaG). Dies kann für den Arzt zudem unerwünschte Öffentlichkeitseffekte zur Folge haben.

3. Strafrechtliche Folgen

Verstößt der Arzt schuldhaft gegen das Verbot der irreführenden Werbung nach § 3 HWG, drohen neben der zivilrechtlichen Verfolgung auch strafrechtliche Sanktionen, § 14 HWG. Möglich ist eine Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder eine Geldstrafe.

Außerdem droht dem Arzt in Fällen, in denen er mit der Absicht, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, durch unwahre Angaben irreführend wirbt, eine Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahren oder eine Geldstrafe (§ 16 Abs. 1 UWG).

Schließlich ist insbesondere im Hinblick auf die am 04. Juni 2016 in Kraft getretenen §§ 299 a ff. StGB besondere Vorsicht geboten. Bei Verstößen gegen § 299 a StGB droht dem Arzt eine Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren⁴².

VI. Fazit

Der Arzt hat bei seiner Werbetätigkeit eine Vielzahl von Regelungen zu beachten und muss dabei bedenken, dass Verstöße im Werdebereich empfindliche Sanktionen zur Folge haben können. Durch die neue Gesetzeslage und vor allem durch die zunehmend liberale Haltung der Rechtsprechung haben sich für die Ärzteschaft allerdings viele neue Werbemöglichkeiten ergeben. Im Bereich der Fremdwerbung und Vorteilsgewährung ist jedoch eine gegenläufige Entwicklung zu beobachten, wie die am 04.06.2016 in Kraft getretenen §§ 299 a ff. StGB belegen.

Die Beurteilung, ob ärztliches Werbeverhalten noch zulässig ist, ist meist anhand einer komplexen Einzelfallabwägung vorzunehmen. Sicherlich gibt die Rechtsprechung einige Richtlinien und Orientierungspunkte vor, dies entbindet jedoch nicht von einer sorgfältig vorzunehmenden Prüfung des Einzelfalls.

Als Kanzlei, die sowohl im Gewerblichen Rechtsschutz als auch im Medizinrecht über eine umfangreiche Expertise verfügt, behalten wir selbstverständlich auch die aktuellsten Entwicklungen, welche sich an der Schnittstelle zwischen diesen beiden Rechtsgebieten zutragen, stets im Auge. Die rechtlichen Grenzen des Werberechts im Gesundheitswesen spielen dabei in unserem Berufsalltag eine entscheidende Rolle.

Dr. Christopher Lieb, LL.M. Eur.
Rechtsanwalt
FA für Gewerblichen Rechtsschutz

Dr. Maximilian Immig
Rechtsanwalt

⁴² Siehe oben unter IV.4.

LIEB. RECHTSANWÄLTE

■ ERLANGEN

Apothekergasse 2
91054 Erlangen
Fon +49 (0)9131 6300-73
Fax +49 (0)9131 6300-777

■ NÜRNBERG

Bucher Straße 21
90419 Nürnberg
Fon +49 (0)911 217909-0
Fax +49 (0)911 217909-99

■ WWW

info@lieb-online.com
www.lieb-online.com