

Gliederung

Einleitung		Rz. 1
1.	Voraussetzungen und Umfang des Begriffs der Werbung	Rz. 1.1
2.	Werbemittel	Rz. 2.1 - 2.2
3.	Die rechtlichen Grundlagen für die Bewertung von Arztwerbung	Rz. 3.1 - 3.3
4.	Die Berufsordnung für die Ärzte Bayerns (BayBOÄ) als Beispiel und Hauptanknüpfungspunkt der berufsrechtlichen Bewertung der Arztwerbung	
4.1	§ 27 BayBOÄ als Regelungsgrundlage	Rz. 4.1 – 4.4
4.2	Vergegenständlichung des Verbots berufswidriger Arztwerbung	
4.2.1	Berufswidrige Arztwerbung, konkretisiert durch sonstige Bestimmungen der Berufsordnung	Rz. 4.5 - 4.6
4.2.2	Berufswidrige Arztwerbung, konkretisiert durch wiederkehrende Begründungselemente der neueren Rechtsprechung	
4.2.2.1	Darstellung der Rechtsprechung	Rz. 4.7 - 4.12
4.2.2.2	Eigene Stellungnahme	Rz. 4.13
4.2.3	Beispiele berufswidriger Werbung	Rz. 4.14 - 4.18
5.	Das Heilmittelwerbegesetz (HWG) als Grundlage der Bewertung ärztlichen Werbeverhaltens	
5.1	Der Anwendungsbereich des HWG	Rz. 5.1
5.2	Zweck des HWG	Rz. 5.2
5.3	Fallbeispiele	Rz. 5.3 - 5.4
6.	Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) als Grundlage der Bewertung ärztlichen Werbeverhaltens	
6.1	Rechtsbruch	Rz. 6.1
6.2	Sonstiges Wettbewerbsrecht	

6.2.1	Das Irreführungsverbot gemäß den §§ 3, 5 UWG und das Verbot unzulässiger vergleichender Werbung gemäß den §§ 3, 6 UWG	Rz. 6.2 - 6.3
6.2.2	Sonstige unlautere Wettbewerbshandlungen	Rz. 6.4
6.3	Fallbeispiel	Rz. 6.5
7.	Der Arzt als Klinikbetreiber	
7.1	Die Rechtslage im Allgemeinen	Rz. 7.1 – 7.4
7.2	Fallbeispiel	Rz. 7.5
8.	Der Arzt als Dulder berufswidriger Arztwerbung	
8.1	Die Rechtslage im Allgemeinen	Rz. 8.1
8.2	Fallbeispiel	Rz. 8.2
9.	Rechtliche Grenzen des Verbots berufswidriger Arztwerbung	Rz. 9.1
9.1	Verbotene Arztwerbung als Verstoß gegen Grundrechte	
9.1.1	Allgemeines zur Anwendung der Grundrechte im Einzelfall	Rz. 9.2 – 9.4
9.1.2	Die für ein ärztliches Werbeverhalten maßgeblichen Grundrechte: Werbeverbote freiberuflich Tätiger sind am Maßstab der Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 GG) und der Meinungsäußerungsfreiheit (Art. 5 GG) zu messen	
9.1.2.1	Das ärztliche Werbeverbot und die Berufsausübungsfreiheit gemäß Art. 12 GG	Rz. 9.6 – 9.11
9.1.2.2	Das ärztliche Werbeverbot und die Meinungsäußerungsfreiheit gemäß Art. 5 GG	Rz. 9.12 – 9.16
9.1.3	Eigene Stellungnahme zur verfassungsgerichtlichen Bewertung von ärztlichen Werbeverboten	Rz. 9.17 - 9.20
9.2	Verbotene Arztwerbung als Verstoß gegen Europäisches Kartellrecht	
9.2.1	Der Standpunkt des EuGH	Rz. 9.21
9.2.2	Eigene Stellungnahme	Rz. 9.22
9.3	Verbotene Arztwerbung als Verstoß gegen Art. 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)	Rz. 9.23 – 9.24

10.	Rechtsverfolgungsmaßnahmen gegen Werbeverstöße	
10.1	Berufsrechtliche Maßnahmen	Rz. 10.1
10.2	Wettbewerbsrechtliche Maßnahmen	Rz. 10.2 – 10.8
11.	Ausblick	Rz. 11

www.arztwerbung-bernreuther.de (B)		
<p>www.recht-bernreuther.de www.agbrecht-bernreuther.de www.arztwerbung-bernreuther.de www.bestimmtheit-bernreuther.de www.domainrecht-bernreuther.de www.handwerksrecht-bernreuther.de Kurzfassung meiner Veröffentlichungen www.linuxrecht-bernreuther.de Liste meiner Veröffentlichungen www.markenrecht-bernreuther.de www.markenpiraterie-bernreuther.de www.musikungesetzesinterpretation-bernreuther.de www.ordnungsgeld-bernreuther.de www.vertragsstrafe-bernreuther.de www.vertriebsbindung-bernreuther.de wissenschaftliche Beiträge zu meiner Person Impressum</p>	<p>Einleitung</p> <p>Die Werbemöglichkeiten im Bereich der freien Berufe wurden um das Jahr 2000 herum durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) und des Bundesgerichtshofs (BGH) stark erweitert. Hauptschauplatz insoweit war die Arztwerbung, an zweiter Stelle stand und steht die Werbung von Rechtsanwälten, es folgen die Steuerberater und Apotheker. Ingenieure, Architekten und andere haben sich wenig gewehrt oder wurden nicht eingeschränkt. Vor diesem Hintergrund ist es interessant, die neu festgelegten Grenzen der Werbung für freie Berufe kennen zu lernen und zu erfahren, ob die Ausweitung der Werbemöglichkeiten beendet ist oder zunimmt.</p> <p>1. Voraussetzungen und Umfang des Begriffs der Werbung</p> <p><i>"Werbung ist ein Verhalten, das darauf angelegt ist, andere dafür zu gewinnen, die Leistung desjenigen in Anspruch zu nehmen, für den geworben wird"</i>, so der BGH.</p> <p>2. Werbemittel</p> <p>Als Werbemittel kommen insbesondere das Praxisschild, Druckerzeugnisse, das Internet, das sich selbst anpreisende Wort des Anbieters (als die ungeeignetste Art zu werben), das anpreisende Wort eines unmittelbaren Waren- oder Dienstleistungsempfängers bzw. eines solchen Empfängers vom Hörensagen über den Anbieter (als die beste Art der Werbung) und die Abgabe von Waren oder das Erbringen von Dienstleistungen außerhalb notwendiger ärztlicher Therapie in Betracht.</p> <p>3. Die rechtlichen Grundlagen für die Bewertung von Arztwerbung</p> <p>An erster Stelle steht das ärztliche Berufsrecht.</p> <p>Zweitens ist wichtig das Heilmittelwerbegesetz</p>	<p>Rz. 1 A:1 C:1 D:1</p> <p>Rz. 1.1 A:1.1 C:1.1 D:1.1-1.4</p> <p>Rz. 2.1 A:2.1 C:2.1 D:2.1</p> <p>Rz. 2.2 A:2.2 C:2.2-2.3 D:2.2-2.4</p> <p>Rz. 3.1 A:3.1 C:3.1 D:3.1-3.3 Rz. 3.2 A:3.2 C:3.2 D:3.4</p>

	<p>(HWG) und bedeutsam ist drittens – wegen der schnellen und wirkungsvollen Durchsetzungschance der rechtlichen Ansprüche – das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG).</p> <p>4. Die Berufsordnung für die Ärzte Bayerns (BayBOÄ) als Beispiel und Hauptanknüpfungspunkt der berufsrechtlichen Bewertung der Arztwerbung</p> <p>4.1 § 27 BayBOÄ als Regelungsgrundlage</p> <p>Hauptanknüpfungspunkte der berufsrechtlichen Regelungen sind § 27 Abs. 2 BayBOÄ, wonach der Arzt berechtigt ist, sachlich berufsbezogen zu informieren. § 27 Abs. 3 BayBOÄ, wo es wie folgt heißt:</p> <p><i>"Berufswidrige Werbung ist dem Arzt untersagt. Berufswidrig ist insbesondere eine nach Inhalt oder Form anpreisende, irreführende oder vergleichende Werbung".</i> Will man aufgrund dieser Formulierungen den besonderen Inhalt eine berufswidrige Werbung erfahren, ist deshalb wenig geholfen, weil unklar ist, was eine – unzulässige – anpreisende Werbung ist. Im übrigen ist auf Begriffe verwiesen (Irreführung; vergleichend), deren Inhalt durch das Wettbewerbsrecht geprägt wird.</p> <p>4.2 Vergegenständlichung des Verbots berufswidriger Arztwerbung</p> <p>4.2.1 Berufswidrige Arztwerbung, konkretisiert durch sonstige Bestimmungen der Berufsordnung</p> <p>Weder die in der Berufsordnung geregelten Einzelbeispiele (z.B. im Hinblick auf Praxisschilder gemäß § 17 Abs. 3 und § 18 Abs. 3 BayBOÄ), noch die in § 27 Abs. 1 BayBOÄ geregelte Zweckangabe ergeben jeweils oder in einer Zusammenschau eine allgemeine Regel, anhand derer die Berufswidrigkeit einer Werbung, insbesondere ihr übertriebenes Wirken, erkennbar würde.</p> <p>4.2.2 Berufswidrige Arztwerbung, konkretisiert</p>	<p>Rz. 3.3 A:3.3 C:3.3 D:3.5</p> <p>Rz. 4.1 A:4.1 C:4.1 D:4.1 Rz. 4.2 A:4.2 C:4.2 D:4.7</p> <p>Rz. 4.3 C:4.3</p> <p>Rz. 4.4 C:4.4-4.5 D:4.8-4.9</p> <p>Rz. 4.5 A:4.3 C:4.6 D:4.12-4.14 Rz. 4.6 A:4.4 C:4.7 D:4.15-4.17</p>
--	---	--

	<p>durch wiederkehrende Begründungselemente der neueren Rechtssprechung</p> <p>4.2.2.1 Darstellung der Rechtssprechung</p> <p>Was die Voraussetzungen einer nach Inhalt oder Form anpreisenden Werbung anbelangt, so ist als erstes zu beachten, dass die Bejahung dieser Voraussetzungen zeitbedingten Veränderungen unterliegt. Augenblicklich kann gesagt werden, dass eine Werbung mit eigenen Leistungen ebenso zulässig ist wie die Werbung mit einem bestimmten Bild in der Öffentlichkeit, welches von diesem Arzt außerhalb seines beruflichen Leistungsbereichs vorhanden ist, welches aber auch allgemein in der Öffentlichkeit existiert.</p> <p>Sowohl hinsichtlich der Leistungs- als auch der Imagewerbung ist ein sensationelles sich Herausstellen unzulässig.</p> <p>Immer unzulässig – bislang – ist die Bewerbung eines fremden Produkts und – außerhalb der Anerkennung einer fremden wissenschaftlichen Leistung – die Werbung für fremde Leistungen. Nicht jede fehlende Bezugnahme auf die eigene Leistung oder ein Image ist aber unzulässig. Sachliche Unterrichtung und Selbsthinweis als Hauptmerkmale einer zulässigen Arztwerbung müssen nicht immer zusammen gegeben sein, um von einem fehlenden Verstoß ausgehen zu können. Fehlt die sachliche Unterrichtung, kann bei Zurückhaltung in der Aussage die Werbung gleichwohl zulässig sein.</p> <p>4.2.2.2 Eigene Stellungnahme</p> <p>Der Schwachpunkt der vorstehend aufgeführten, überwiegend sehr einleuchtenden Begründungsweisen liegt in der Unschärfe des Merkmals des "sensationellen Sichherausstellens". Nach meiner Auffassung kann nicht vernünftig angegeben werden, wann eine Anpreisung übertrieben wirkt. Finden sich in besonderen Regelungen wie dem in § 7 HWG bestimmten Zugabeverbot Vergegenständlichungen der übertriebenen Wirkung von Werbehandlungen (das Zugabeverbot macht die enge Verknüpfung des übertriebenen Anlockens mit einer Zugabe deutlich), bekommen die Voraussetzungen eines übertriebenen sich Herausstellens einen für den geregelten Bereich</p>	<p>Rz. 4.7 A:4.5 C:4.12 D:4.22</p> <p>Rz. 4.8 A:4.6 C:4.9 D:4.19 Rz. 4.9 C:4.10 D:4.20</p> <p>Rz. 4.10 A:4.8 C:4.13 D:4.23</p> <p>Rz. 4.11 A:4.9 C:4.11 D:4.21</p> <p>Rz. 4.12 C:4.22;4.28 D:4.52;4.57</p> <p>Rz. 4.13 A:4.10 C:4.14-4.15 D:4.25-4.31</p>
--	--	---

	<p>rechtlich fassbaren Inhalt. Finden sich keine besonderen Ausprägungen, sollte dieses Begründungsmuster als Grundlage eines Verbots mangels ausreichender Tragfähigkeit entfallen. Denn niemand weiß allgemein und daher genau, wann etwas übertrieben wirkt und wann dies nicht der Fall ist.</p> <p>4.2.3 Beispiele berufswidriger Werbung</p> <p>(1) Kommt es zu einer Bildberichterstattung über einen Arzt im Rahmen eines redaktionellen Beitrags und wird dieser Arzt bildlich und textlich herausgestellt, kann dies – in Übereinstimmung mit dem am 07.05.1997, allerdings durch Nichtannahme, Beschluss des BVerfG's zurückgewiesenen Verfassungsbeschwerde – zulässig sein, wenn das betreffende Thema von allgemeinem medizinischen Interesse und der Zeitungsbericht im großen und ganzen ausgewogen war. Der für Arzt und Praxis vorhandene Werbeeffect war vorhanden, jedoch gemessen am Hauptinhalt des Artikels zweitrangig. Die verhängte Geldbuße verstieß somit nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte gegen das Grundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit gemäß Art. 10 EGMR. Das Bundesverfassungsgericht hat sich – nach zunächst erfolgter Nichtannahme der Verfassungsbeschwerde am 07.05.1997 (s.o.) – ausdrücklich der Entscheidung des EGMR zwischenzeitlich angeschlossen.</p> <p>(2) Heißt es: "<i>Implantologie</i>", werden zusätzlich Auslandsaufenthalte, das Beherrschen des örtlichen Dialekts und Hobbys genannt, gilt:</p> <p>Berufsfeldangaben, die wie "<i>Implantologie</i>" einen wertvollen Suchhinweis bilden, können vor dem Hintergrund der Berufsausübungsfreiheit gemäß Art. 12 GG durch einfach gesetzliche Regelungen nicht verboten werden. Auslandsaufenthalte, Angaben zum Dialekt und den Hobbys dürfen getätigt werden, man versteht heute überhaupt nicht mehr, weshalb solches unzulässig gewesen sein soll.</p> <p>(3) Heißt es: "<i>Wir fertigen – wenn Sie dies wünschen – für Sie einen Ohrabdruck an und übersenden diesen an den Hörgeräteakustiker A</i>", ist ein Entgelt für diese Handlung, erstattet</p>	<p>Rz. 4.14 A:4.11 C:4.16 D:4.32</p> <p>Rz. 4.15 A:4.12 C:4.16 D:4.36</p> <p>Rz. 4.16 A:4.13 C:4.18 D:4.41</p> <p>Rz. 4.17 C:4.20 D:4.48</p>
--	---	--

	<p>durch den Hörgeräteakustiker, zulässig (s.u. Rz. 6.5). Unzulässig ist – als Zugabeverstoß gemäß § 7 HWG – die Zahlung einer Gebühr für eine sog. Patientennachversorgung, wenn der Geldempfänger kein Erbringer von ärztlichen Leistungen ist.</p> <p>(4) Heißt es: "<i>Spezialist</i>", und ist der Betreffende ein "<i>Spezialist</i>", darf er sich "<i>Spezialist</i>" nennen.</p> <p>(5) Bietet ein Unternehmen Nahrungsergänzungsmittel und diätetische Lebensmittel an, wobei als Ernährungsberater Ärzte innerhalb der eigenen Praxis außerhalb der Sprechzeiten und nach entsprechender Umgestaltung der Praxisräume (was immer das heißen mag) tätig sind, so soll nach Auffassung eines Oberlandesgerichts das Gebot der Trennung von Gewerbe und Heiltätigkeit verletzt sein.</p> <p>Nach meiner Auffassung ist der Sachverhalt näher zu klären und zwar dahingehend, ob der Kunde nicht als gewerblicher Kunde sondern als Patient behandelt wurde, ferner, ob der Arzt nicht als Verkäufer, sondern – auch – als Arzt auftrat.</p> <p>5. Das Heilmittelwerbegesetz (HWG) als Grundlage der Bewertung ärztlichen Werbeverhaltens</p> <p>5.1 Der Anwendungsbereich des HWG</p> <p>Das HWG regelt nicht die Bewertung ärztlicher Verhaltensweisen. Gemäß § 1 HWG geht es um die Werbung für Arzneimittel i.S.d. Arzneimittelgesetzes (AMG), für Medizinprodukte i.S.d. Medizinproduktegesetzes (MPG) und andere Mittel, Verfahren, Behandlungen und Gegenstände (s.c.: als Gegenstände und Verfahren als solche, mithin nicht als Folge des Leistungsvermögens des Arztes, soweit sich die Werbeaussage auf die Erkennung, Beseitigung oder Linderung von Krankheiten, Leiden, Körperschäden oder krankhafte Beschwerden bei Mensch oder Tier bezieht. Adressat des HWG kann also jede Person sein vorausgesetzt, die genannten Gegenstände und Verfahren werden beworben.</p>	<p>Rz. 4.18 A:4.14 C:4.24 D:4.55</p> <p>Rz. 5.1 A:5.1 C:5.1 D:5.1</p> <p>Rz. 5.2 A:5.2 C:5.2 D:5.3</p>
--	--	--

	<p>5.2 Zweck des HWG</p> <p>Mit dem HWG wird bezweckt, einem Verleiten zur Selbstbehandlung entgegenzuwirken unabhängig davon, ob sich hierdurch die grundsätzlich gegebene Gefahr einer Fehlbehandlung verwirklicht. Darüber hinaus soll verhindert werden, dass Kranke oder besonders ältere Menschen zu Fehlentscheidungen beim Arzneimittelgebrauch oder bei der Verwendung anderer Mittel zur Beseitigung von Krankheiten oder Körperschäden durch marktschreierische Werbung verleitet werden.</p> <p>Nach meiner Auffassung lässt sich auch der zweite hier dargestellte Zweck durchaus hören, auch wenn mir nicht ganz klar ist, auf welche Weise Patienten, welche nur mittels einer ärztlichen Verschreibung an ein Arzneimittel gelangen können, möglicherweise durch "<i>marktschreierische</i>" Werbung verleitet sind. Sollte der Arzt "<i>marktschreierisch</i>" insoweit auftreten, benötigt man kein HWG:</p> <p>5.3 Fallbeispiele</p> <p>(1) Legt ein Arzt in seinen Praxisräumen Gutscheine aus, auf denen es heißt: "<i>Beim Kauf eines verschreibungspflichtigen Arzneimittels bekommen Sie diesen Gutschein im Wert von € 3,00 auf den Kauf von Hansaplast angerechnet</i>", liegt - entgegen dem in der Domstadt am Rhein ansässigen OLG - keine Zuwendung auf verschreibungspflichtige Arzneimittel vor und zwar selbst dann nicht, wenn es heißen würde: "<i>Beim Kauf von Viagra bekommen Sie bei Vorlage dieses Gutscheins einen Nachlass von € 3,00 auf den zusätzlichen Erwerb von Hansaplast</i>".</p> <p>Zwar wird zusammen mit dem Erwerb eines oder des verschreibungspflichtigen Arzneimittels eine Zuwendung getätigt. Diese Zuwendung ist allerdings im Hinblick auf die oder das verschreibungspflichtige Arzneimittel nichts wert mit der Folge, dass die Zuwendung gem. § 7 Abs. 1 S. 1 Ziff. 1 HWG zulässig in diesem Zeitpunkt ist. Sobald die Zuwendung einen wirtschaftlich bedeutsamen Wert erlangt (Rabatt auf verschreibungsfreie Ware), ist das HWG nicht anwendbar. Soweit das erwähnte OLG ausführt: "<i>Vor diesem Hintergrund kann nach Ansicht des Senats aber kein vernünftiger Zweifel daran bestehen, dass sich die Gewährung eines</i></p>	<p>Rz. 5.3 C:5.5 D:5.7</p> <p>Rz. 5.4 A:5.3 C:5.7 D:5.9</p>
--	--	---

	<p><i>Gutscheis über € 3,00 auf freiverkäufliche Apothekenartikel anlässlich der Einlösung eines Rezepts über ein der AMPPreisV unterliegendes Arzneimittel bereits als Nachlass auf diesen Preis darstellt", halte ich aus den dargelegten Erwägungen meine Auffassung für ebenso richtig, wie das OLG die seine Auffassung für richtig hält (s. ferner u. Rz. 6.8).</i></p> <p>(2) Heißt es: <i>"Was wir für Sie tun können, hängt ab von dem, was Sie haben"</i>, so ist nach Auffassung des BVerfG's die Beanstandung dieser Aussage durch den BGH <i>"nicht nachvollziehbar"</i>. Werden im Rahmen dieses Internetauftritts ferner die Begriffe <i>"Krampfadern"</i>, <i>"Besenreiser"</i>, <i>"Durchblutungsstörungen"</i>, <i>"ein offenes Bein"</i> sowie <i>"Thrombose"</i> verwendet und öffnet sich nach dem Anklicken eines der genannten Begriffe die dazu gehörende Internetseite, auf der das Krankheitsbild beschrieben sowie dargestellt wird, wie und wie oft die betreffende Krankheit behandelt wurde, liegt keine Werbung für Verfahren und Behandlungen, sondern lediglich Information vor.</p> <p>(3) Heißt es: <i>"Haartransplantation – Informationen"</i>, scheidet eine Anwendbarkeit des HWG aus, da der anlagebedingte Haarausfall keine Krankheit ist und auch kein Körperschaden vorliegt.</p> <p>6. Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) als Grundlage der Bewertung ärztlichen Werbeverhaltens</p> <p>6.1. Rechtsbruch</p> <p>Die Regelung des § 4 Ziff. 11 UWG setzt das Zuwiderhandeln gegen eine <i>"gesetzliche Vorschrift"</i> voraus, <i>"die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln"</i>.</p> <p>Gesetzliche Vorschrift im Sinne dieser Bestimmung enthalten Berufsordnungen wie die BayBOÄ, diese weisen darüber hinaus in manchen Bestimmungen den vorausgesetzten Mitbewerberbezug auf.</p>	<p>Rz. 5.5 A:5.4 C:5.8 D:5.11</p> <p>Rz. 6.1 A:6.1 C:6.1-6.5 D:6.1-6.5</p> <p>Rz. 6.2 A:6.2 C:6.6 D:6.7</p> <p>Rz. 6.3 A:6.3 C:6.7 D:6.8</p>
--	---	--

	<p>6.2 Sonstiges Wettbewerbsrecht</p> <p>6.2.1 Das Irreführungsverbot gemäß den §§ 3, 5 UWG und das Verbot unzulässiger vergleichender Werbung gemäß den §§ 3, 6 UWG</p> <p>Das Irreführungsverbot gemäß den §§ 3, 5 UWG ist Gegenstand des Lauterkeitsrechts schlechthin. Irreführende Werbung wird, solange es Menschen gibt, existieren und verboten bleiben, so dass dessen gesonderte Erwähnung im Berufsrecht überflüssig ist.</p> <p>Das Verbot unzulässiger vergleichender Werbung gemäß den §§ 3, 6 UWG ist als Umsetzung der Richtlinie über vergleichende Werbung ebenfalls im UWG geregelt. Dessen gesonderte Erwähnung im Berufsrecht ist – wie dies bereits für das Irreführungsverbot gilt – nicht nur überflüssig, sondern für den Fall unrichtig, als die berufsrechtlichen Voraussetzungen von den gemeinschaftsrechtlich geregelten Vorgaben abweichen.</p> <p>6.2.2 Sonstige unlautere Wettbewerbshandlungen</p> <p>Der umfassende Schutzzweck des UWG, nicht geregelt aber aufgeführt in § 1 UWG selbst, ermöglicht es, jedes Markt bedeutsame Verhalten einer Bewertung zu unterziehen.</p> <p>So kann es unlauter sein, den Patienten in einer ausweglosen Lage (z.B. auf dem Behandlungsstuhl) weitere Behandlungsangebote zu machen, denen auszuweichen so gut wie nicht möglich ist, als Beispiel dient der der Entscheidung mit dem Stichwort "Erstcoloration" zugrunde liegende Sachverhalt.</p> <p>6.3 Fallbeispiel</p> <p>Heißt es: <i>"Wir fertigen – wenn Ihnen dies recht ist für Sie einen Ohrabdruck an und übersenden diesen an den Hörgeräteakustiker A"</i>, ist ein Entgelt für diese Handlung, erstattet durch den entsprechenden Hörgeräteakustiker, nicht unzulässig unter dem Gesichtspunkt der Ausnutzung von Vertrauen oder von Autorität. Denn der Arzt gibt keine Empfehlung in seiner überlegenen Eigenschaft als Arzt, sondern lediglich eine Erläuterung zu einer wahlweise</p>	<p>Rz. 6.4 A:6.4 C:6.8 D:6.9</p> <p>Rz. 6.5 A:6.5 C:6.10 D:6.13</p> <p>Rz. 7.1 A:7.1 C:7.1 D:7.1</p>
--	---	--

	<p>gegebenen Handlungsmöglichkeit (s.o. Rz. 4.16).</p> <p>7. Der Arzt als Klinikbetreiber</p> <p>7.1 Die Rechtslage im Allgemeinen</p> <p>Betreibt ein Arzt als natürliche Person oder als (Mit-)Inhaber einer juristischen Person eine Klinik, unterliegt er wegen des vermehrten betriebswirtschaftlichen Einsatzes für Mittel, die den stationären Aufenthalt erst möglich machen, nicht den berufsrechtlichen Werbebeschränkungen wie als ambulant tätiger Arzt. Darüber hinaus ist der Verkehr an eine Werbetätigkeit von Kliniken gewöhnt. Gerade diese Begründung macht allerdings deutlich, dass künftig ein ambulant tätiger Arzt in dem Umfang vermehrt anpreisend werben darf, in welchem der Verkehr an diese vermehrte Werbetätigkeit gewöhnt ist.</p> <p>Wirbt allerdings ein angestellter Arzt unter Verletzung ärztlichen Berufsrechts, haftet der Klinikbetreiber, sofern die Voraussetzungen der – stark in Bewegung geratenen – wettbewerbsrechtlichen Störerhaftung erfüllt sind. Es fragt sich allerdings, welchen Inhalt diese aus der Vergangenheit stammende und immer wiederholte Erkenntnis heute noch hat. Denn wenn die wettbewerbsrechtliche Störerhaftung nur noch bei Täterschaft und Teilnahme in Betracht kommt, das ärztliche Berufsrecht das Verhalten des Klinikbetreibers aber nicht regeln kann, fehlt es an einer für den Betreiber als Anknüpfungspunkt bedeutsamen Haupttat, vgl. www.domainrecht-bernreuther.de B 6.2 C 6.2 D 6.2 E 6.2.</p> <p>Auch diese Überlegung spricht nach meiner Auffassung dafür, außerhalb der allgemeinen Grundsätze des Wettbewerbsrechts keine Sonderbewertungen wie <i>"übertriebene Anpreisung"</i> oder <i>"Störerhaftung eines nicht vom Berufsrecht erfassten Klinikbetreibers für Berufsverstöße"</i> zuzulassen.</p> <p>Von daher ist es inhaltlich verständlich, dass das Bundesverfassungsgericht bei kleineren Kliniken die Störerhaftung gänzlich verneinen will.</p> <p>7.2 Fallbeispiel</p>	<p>Rz. 7.2 A:7.2 C:7.2 D:7.2</p> <p>Rz. 7.3 A:7.3 C:7.3 D:7.3</p> <p>Rz. 7.4 C:7.4 D:7.5</p> <p>Rz. 7.5 A:7.5 C:7.5 D:7.10</p>
--	--	--

	<p>Heißt es in der Zeitschrift <i>"auto motor sport"</i>: <i>"Dentalästhetica.... Unser langjährig erfahrenes Ärzteteam erstellt in ruhiger Atmosphäre ein individuelles Behandlungskonzept für Sie.....Die Behandlung erfolgt in wenigen Sitzungen....."</i>, fehlt noch außerhalb jeder Prüfung der Verantwortlichkeit eines Dritten die Berufswidrigkeit der Arztwerbung selbst. Diese war zuvor noch vom BGH im Hinblick auf das gewählte Werbemittel (!; eine überregional erscheinende Autozeitschrift war bereits für sich betrachtet berufswidrig!) und auf eine – angebliche – Erfolgsszusage (<i>"wenige Sitzungen"</i>) bejaht worden, diese kaum verständliche Entscheidung, seltsamerweise aus neuerer Zeit, hat das Bundesverfassungsgericht aufgehoben.</p> <p>8. Der Arzt als Dulder berufswidriger Arztwerbung</p> <p>8.1 Die Rechtslage im Allgemeinen</p> <p>Nach § 27 Abs. 3 Satz 3 BayBOÄ darf der Arzt eine berufswidrige Werbung weder veranlassen noch dulden.</p> <p>8.2 Fallbeispiel</p> <p>Als sich ein mit seiner Privatklinik im Chiemgau ansässiger, sehr bekannter professorale Ärztekritiker in der von einem Mitarbeiter verfassten Presseinformation als international renommiertes Frischzellentherapeut loben ließ, lag nach Auffassung des BVerfG ein geduldeter Berufsverstoß vor. Ich habe Zweifel, ob diese im Jahr 1986 veröffentlichte Entscheidung heute noch Bestand hätte.</p> <p>9. Rechtliche Grenzen des Verbots berufswidriger Arztwerbung</p> <p>Verbotsaussprüche der Berufsgerichte oder der ordentlichen Gerichte verletzen nicht selten die Grundrechte, das Europäische Kartellrecht oder die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK).</p> <p>9.1 Verbotene Arztwerbung als Verstoß gegen</p>	<p>Rz. 8.1 A:8.1 C:8.1 D:8.1-8.3</p> <p>Rz. 8.2 A:8.2 C:8.2 D:8.4</p> <p>Rz. 9.1 A:9.1 C:9.1 D:9.1</p> <p>Rz. 9.2 A:9.3 C:9.2-9.4 D:9.2-9.4</p> <p>Rz. 9.3 A:9.2 C:9.6 D:9.6</p> <p>Rz. 9.4 A:9.3 C:9.7 D:9.13</p>
--	--	--

	<p style="text-align: center;">Grundrechte</p> <p>9.1.1 Allgemeines zur Anwendung der Grundrechte im Einzelfall</p> <p>Prüfungsmaßstab für die Entscheidungen des BVerfG sind nicht das Berufsrecht oder das Wettbewerbsrecht, sondern die Grundrechte der Berufsausübungsfreiheit gemäß Art. 12 GG und der Meinungsfreiheit gemäß Art. 5 GG.</p> <p>Prüfungsgegenstand sind die vom Beschwerdeführer vorgelegten und beanstandeten Entscheidungen der Berufsgerichte bzw. der ordentlichen Gerichte. Eine Verbotsentscheidung als Prüfungsgegenstand ist bereits dann mangelhaft, wenn sie eine Auseinandersetzung mit dem gegenständlich betroffenen Grundrecht des Beschwerdeführers vermissen lässt.</p> <p>Findet durch ein Fachgericht in den Entscheidungsgründen eine Auseinandersetzung mit dem betroffenen Grundrecht statt, ist die Verfassungsbeschwerde begründet, wenn das Fachgericht die Tragweite des Grundrechts nicht hinreichend berücksichtigt oder das Ergebnis zu einer unverhältnismäßigen Beschränkung der grundrechtlichen Freiheit führt.</p> <p>9.1.2 Die für ein ärztliches Werbeverhalten maßgeblichen Grundrechte: Werbeverbote freiberuflich Tätiger sind am Maßstab der Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 GG) und der Meinungsäußerungsfreiheit (Art. 5 GG) zu messen</p> <p>9.1.2.1 Das ärztliche Werbeverbot und die Berufsausübungsfreiheit gemäß Art. 12 GG</p> <p>Werbeverbote verstoßen dann nicht gegen die Grundfreiheit der Berufsausübung, wenn sie durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt werden und nicht unverhältnismäßig sind.</p> <p>(1) Gemeinwohlbelang Als Gemeinwohlbelange sind angesehen worden die Verfälschung des Berufsbildes freier Berufe durch Angleichungen an die gewerbliche Wirtschaft, die Gefahr der leichten Beeinflussbarkeit und Verunsicherbarkeit von</p>	<p>Rz. 9.5 A:9.4 C:9.8 D:9.14</p> <p>Rz. 9.6 C:9.9 D:9.15</p> <p>Rz. 9.7 C:9.10 D:9.16</p> <p>Rz. 9.8</p> <p>Rz. 9.9 C:9.15 D:9.21</p>
--	---	--

	<p>Kranken und die Vermeidung des Eindrucks, der Arzt handele aus Gewinnstreben. Keine Gefährdung des Gemeinwohls ist die Verwendung eines bestimmten Werbemittels außerhalb marktschreierischer Form.</p> <p>Nach meiner Auffassung sind – wie mehrfach erwähnt (s.o. Rz. 4.3; Rz. 4.13; Rz. 4.18; Rz. 6.3; Rz. 7.3; Rz. 8.2) diese Begründungsweisen nicht mehr haltbar, solange das, was im Besonderen als "<i>berufswidrig</i>" angesehen wird, nicht gesetzlich im einzelnen beschrieben ist. Fehlt es – wie bislang – hieran, werden viel zu viele Verhaltensweisen als "<i>berufswidrig</i>" bewertet, ohne dass es dafür allgemein einleuchtende Gründe gibt, die Rechtsprechung des BVerfG, des EuGH oder des EGMR ist hierfür u.a. belegt.</p> <p>(2) Ungeeignetheit des Mittels Das Duldungsverbot mit der Folge, Presseberichte nur unter Vorbehalt der Genehmigung zuzulassen, soll zur Sicherung des Verbots berufswidriger Werbung geeignet sein (zu meiner Kritik, s.o. Rz. 8.2).</p> <p>(3) Erforderlichkeit Das Duldungsverbot mit der Folge, Presseberichte nur unter Vorbehalt der Genehmigung der Veröffentlichung zuzulassen, kann zur Sicherung des Verbots berufswidriger Werbung als noch erforderlich anzusehen sein. Voraussetzung ist also, dass ein weniger stark belastender Eingriff nicht erkennbar ist.</p> <p>(4) Verhältnismäßigkeit Das Duldungsverbot belastet dann unverhältnismäßig, wenn das Gewicht des Eingriffs in die Berufsausübungsfreiheit schwerer wiegt, als das Gewicht der den Eingriff rechtfertigenden Gründe. Dies war z.B. dann der Fall, als ein Arzt in der Presse scharf angegriffen worden war und jede anders lautende redaktionelle Berichterstattung am Genehmigungsvorbehalt gescheitert wäre (dieser Fall folgte zeitlich betrachtet auf den in Rz. 8.2 als Beispiel genannten Fall).</p> <p>9.1.2.2 Das ärztliche Werbeverbot und die Meinungsäußerungsfreiheit gemäß Art. 5 GG</p>	<p>Rz. 9.10 C:9.16 D:9.22</p> <p>Rz. 9.11 C:9.18 D:9.24</p> <p>Rz. 9.12 A:9.5 C:9.22 D:9.28</p> <p>Rz. 9.13 C:9.21 D:9.27</p> <p>Rz. 9.14 C:9.24 D:9.30</p> <p>Rz. 9.15 C:9.25 D:9.31</p>
--	--	---

	<p>Bei der Meinungsäußerungsfreiheit ist praktisch am bedeutsamsten die mitunter die nicht einfach vorzunehmende Abgrenzung zur Tatsachenbehauptung. Eine Äußerung ist Meinung, wenn sie das Element der Stellungnahme, des Dafürhaltens, des Meinens enthält, was daran erkennbar wird, dass diese Art der Äußerung nicht dem Tatsachenbeweis zugänglich ist. So stellt beispielsweise die in einem Arzthandbuch enthaltene Rangliste über Arztpraxen eine Meinungsäußerung dar, sofern die Grundlagen hierfür – wovon im Regelfall auszugehen ist – wertend getroffen werden. Die Meinungsäußerungsfreiheit kann zwar durch allgemeines, also ein den Schutz eines anderen Rechtsgutes dienendes Gesetz eingeschränkt werden. Diese Beschränkung ist aber unzulässig, weil unverhältnismäßig, wenn die Einschränkung nicht durch hinreichend gewichtige Gemeinwohlbelange oder schutzwürdige Rechte und Interessen Dritter gerechtfertigt ist. Dies bedeutet, dass die beschränkende Wirkung des allgemeinen Gesetzes selbst wieder eingeschränkt wird mit der Folge der Geltungswirkung des besonderen Gehalts der Meinungsäußerungsfreiheit als unmittelbarster Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit nebst Geltungswirkung der besonderen Bedeutung der Meinungsäußerungsfreiheit für den freiheitlich-demokratischen Staat.</p> <p>Vor diesem Hintergrund stellt auch ein Buch mit dem Titel "<i>Sieg über das Altern</i>" eine Meinungsäußerung dar, denn Gegenstand des Buchs war der geistige Kampf um die dort ausgedrückte Überzeugung.</p> <p>9.1.3 Eigene Stellungnahme zur verfassungsgerichtlichen Bewertung von ärztlichen Werbeverboten</p> <p>Entscheidungen des BVerfG zu lesen heißt, hinterher klüger zu sein. Dies bedeutet allerdings nicht, das BVerfG für unfehlbar halten zu müssen, eine Annahme, die schon deshalb unrichtig wäre, weil auch das BVerfG gegenteilige Bewertungen vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) übermittelt bekam.</p> <p>Von diesen gegenteiligen Bewertungen stellen zumindest einige eine zutreffende Berichtigung des BVerfG dar, was schon an der Tatsache der sofortigen Übernahme dieser Entscheidungen in die eigene Rechtsprechung des BVerfG deutlich</p>	<p>Rz. 9.16 C:9.29 D:9.35</p> <p>Rz. 9.17 A:9.6 C:9.30 D:9.38</p> <p>Rz. 9.18 A:9.8 C:9.33 D:9.42</p> <p>Rz. 9.19</p> <p>Rz. 9.20</p>
--	--	---

	<p>wird.</p> <p>Das BVerfG macht mit seiner Hervorhebung des Grundrechts der Meinungsäußerungsfreiheit zugleich deutlich, dass an die Stelle des Vertrauens in den Besitz vorgegebener Wahrheiten die Suche nach Wahrheit im Prozess der Meinungs-auseinandersetzung getreten ist und tritt. Damit wird zum einen deutlich, dass die juristische Argumentation lediglich Teil der allgemeinen Auseinandersetzung über die Bewertung von Verhaltensweisen ist, ich stimme hier einem in Kiel ansässigen Hochschullehrer, hervorgetreten durch Schriften zur juristischen Argumentation und zur Grundrechtstheorie, zu. Zum anderen wird auf diese Weise vollzogen, was Bestandteil der naturwissenschaftlichen Erkenntnis seit bereits 100 Jahren (es gibt nicht die eine Sicht von der Welt) ist, vorausgedacht durch den ehemals in Königsberg ansässigen, einflussreichsten Philosophen der letzten 2000 Jahre (vgl. hierzu meine Ausführungen in WRP 2002, 368, 369 Fn.17). Mit diesem Verständnis von der Meinungsäußerungsfreiheit lässt sich leichter die Tatsache ertragen, dass eine gerichtliche Entscheidung fast ausschließlich nur in der einen oder anderen Richtung möglich ist und damit quer zur fehlenden Eindeutigkeit von Werturteilen (mitunter aber auch quer zur fehlenden Eindeutigkeit) von Tatsachen steht.</p> <p>9.2 Verbotene Arztwerbung als Verstoß gegen Europäisches Kartellrecht</p> <p>9.2.1 Der Standpunkt des EuGH</p> <p>Der EuGH kann Werbebeschränkungen anhand der das Europäische Kartellrecht regelnden Vorschriften der Art. 81, 82 EG überprüfen. Er kommt dabei zu folgendem Ergebnis:</p> <ul style="list-style-type: none">- Ärzte sind Unternehmer i.S.d. Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft;- Ein Berufsverband wie die Bayerische Ärztekammer ist als Unternehmensvereinigung i.S.d Art. 81 EG anzusehen;- Werbebeschränkungen aufgrund der BerufsO bewirken oder bezwecken die Einschränkung des Wettbewerbs innerhalb des gemeinsamen Marktes und sind zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten geeignet;- Hieraus folgt aber nicht automatisch ein Verbot	<p>Rz. 9.21 A:9.9 C:9.37 D:9.50</p> <p>Rz. 9.22 A:9.10 C:9.38- 9.40 D:9.53-9.59</p> <p>Rz. 9.23 A:9.11 C:9.41 D:9.60</p>
--	--	--

	<p>der Vereinbarungen; zu prüfen sind deren Gesamtzusammenhang und Zielsetzung ferner, ob die mit der Vereinbarung verbundenen wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen notwendig mit der Verfolgung der genannten Ziele zusammenhängen.</p> <p>9.2.2 Eigene Stellungnahme</p> <p>Dass der EuGH Berufsordnungen anhand des Kartellrechts und nicht am Maßstab des Ungeschriebenen, weil im EG-Vertrag nicht enthaltenen, vom EuGH allerdings anerkannten Grundrechts der Berufsausübungsfreiheit überprüft, ist die Geschichte des EG-Vertrages betrachtet zwar erklärlich, bleibt aber unverständlich. Solange Ergebnis und wiederkehrend verwendete Begründungssätze als Vergegenständlichungen der – verfehlten – Ausgangsnorm allerdings richtig sind, lässt sich mit dieser Tatsache leben.</p> <p>9.3 Verbotene Arztwerbung als Verstoß gegen Art. 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)</p> <p>Nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) verstoßen Eingriffe, wie sie die Berufsordnungen zur Regelung der freien Berufe darstellen, gegen das in Art. 10 EMRK geschützte Recht auf freie Meinungsäußerung, es sei denn, die betreffende Regelung ist zur Verfolgung eines der in Art. 10 Abs. 2 EMRK genannten Ziele notwendig.</p> <p>Was Entscheidungen des EMRK anbelangt, so haben diese zwar keine vom Grundgesetz in Stufenbau der Rechtsordnung zugewiesenen Vorrang. Deren Bedeutung ergibt sich aber daraus, dass das BVerfG seine Rechtssprechung im Einklang mit den Wertungen des EGMR sieht und diese an jenen ausrichtet.</p> <p>10. Rechtsverfolgungsmaßnahmen gegen Werbeverstöße</p> <p>10.1 Berufsrechtliche Maßnahmen</p> <p>Als berufsrechtliche Maßnahmen kommen die Rüge sowie eine Geldbuße in Betracht, nicht</p>	<p>Rz. 9.24 A:9.12 C:9.43 D:9.63-09.66</p> <p>Rz. 10.1 A:10.1 C:10.1-10.2 D:10.1-10.2</p> <p>Rz. 10.2 A:10.2</p> <p>Rz. 10.3 A:10.3 C:10.3 D:10.3</p> <p>Rz. 10.4 A:10.4 C:10.8 D:10.10</p> <p>Rz. 10.5 A:10.5 C:10.9 D:10.11</p> <p>Rz. 10.6 C:10.10 D:10.12</p>
--	--	---

	<p>jedoch die Unterlassungsverfügung mit der Möglichkeit einer Bestrafung im Fall der Zuwiderhandlung.</p> <p>10.2 Wettbewerbsrechtliche Maßnahmen</p> <p>Für wettbewerbsrechtliche Maßnahmen genügen nicht lediglich ein Berufsverstoß, sie setzen vielmehr einen Wettbewerbsverstoß voraus. Ein Berufsverstoß kann allerdings zugleich einen Wettbewerbsverstoß unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs ergeben, vorausgesetzt, die verletzte berufsrechtliche Bestimmung regelt zugleich das Marktverhalten mit hinreichendem Mitbewerberbezug.</p> <p>Anders als bei der Durchsetzung des Berufsrechts mittels berufsrechtlicher Maßnahme durch die Ärztekammer ist im Fall des Wettbewerbsverstoßes aufgrund Rechtsbruchs oder aufgrund einer Verletzung des Wettbewerbsrechts sonst jeder Arzt als Mitbewerber anspruchsberechtigt.</p> <p>Die Mittel der Rechtsdurchsetzung sind die Abmahnung, der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, die Klage und die Anrufung der Einigungsstelle. Die Bedeutung der in § 12 Abs. 1 UWG erwähnten Abmahnung liegt kostenrechtlich darin, ein Anerkenntnis und damit die Kostenlast für den Antragsteller bzw. Kläger zu vermeiden; in verfassungsrechtlicher Hinsicht ist das Vorhandensein einer Abmahnung unabdingbare Voraussetzung, um rechtliches Gehör vor Erlass eines Beschlusses im einstweiligen Verfügungsverfahren, also ohne Anhörung des Gegners durch das Gericht, zu gewährleisten.</p> <p>Die meisten Wettbewerbsverstöße werden durch Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung evtl. erst nach Verhandlung vor der Einigungsstelle erledigt. Strafbewehrt bedeutet, dass sich der Unterlassungsschuldner verpflichtet, für den Fall der Zuwiderhandlung eine Vertragsstrafe zu bezahlen.</p> <p>Ein Teil der Wettbewerbsverstöße wird nicht weiterverfolgt, der Rest wird durch gerichtliche Entscheidung erledigt, wobei im Fall der Unterlassungsentscheidung zugleich ein Ordnungsgeld für den Fall der Zuwiderhandlung angedroht wird.</p>	<p>Rz. 10.7 A:10.6 C:10.14 D:10.18</p> <p>Rz. 10.8 A:10.7 C:10.15 D:10.19</p> <p>Rz. 11 A:11 C:11 D:11</p>
--	--	--

	<p>11. Ausblicke</p> <p>Dass werbliches Verhalten von Angehörigen der freien Berufe erheblich verstärkt unter dem Blickwinkel der freiheitsverbürgenden Grundrechte der Berufs- und Meinungsäußerungsfreiheit zu betrachten ist, machen die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs vor allem in den Jahren 1998 bis 2003 deutlich. Anders als in sonstigen Bereichen des gewerblichen Rechtsschutzes wird das Spannungsverhältnis zwischen dem einfachen Gesetz und den Grundrechten im Bereich des Rechts der unlauteren Handlungen besonders lebendig fortbestehen, auch wenn die Zeit der großen Weichenstellungen einstweiligen vorüber zu sein scheint.</p> <p>Gleichwohl gilt: Es bleibt spannend!</p>	
--	---	--