

Gliederung

Einleitung		Rz. 1
1.	Voraussetzungen und Umfang des Begriffs der Werbung	Rz. 1.1
2.	Werbemittel	Rz. 2.1 - 2.3
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 – 4.5
4.2	Vergegenständlichung des Verbots berufswidriger Arztwerbung	
4.2.1	Berufswidrige Arztwerbung, konkretisiert durch sonstige Bestimmungen der Berufsordnung	Rz. 4.6 - 4.7
4.2.2	Berufswidrige Arztwerbung, konkretisiert durch wiederkehrende Begründungselemente der neueren Rechtsprechung	
4.2.2.1	Darstellung der Rechtsprechung	Rz. 4.8 - 4.13
4.2.2.2	Eigene Stellungnahme	Rz. 4.14 – 4.15
4.2.3	Beispiele berufswidriger Werbung	Rz. 4.16 - 4.24
4.3	Zusammenfassung zu Ziff. 4	Rz. 4.25 – 4.29
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
5.3	Fallbeispiele	Rz. 5.4 - 5.6
6.	Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) als Grundlage der Bewertung ärztlichen Werbeverhaltens	
6.1	Rechtsbruch	Rz. 6.1 – 6.5

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. 6.6 - 6.7
6.2.2	Sonstige unlautere Wettbewerbshandlungen	Rz. 6.8
6.3	Fallbeispiele	Rz. 6.9 – 6.10
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 – 9.7
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. 9.8 – 9.19
9.1.2.2	Das ärztliche Werbeverbot und die Meinungsäußerungsfreiheit gemäß Art. 5 GG	
9.1.2.2.1	Grundrechtsdogmatik betreffend Meinungsäußerungsfreiheit	Rz. 9.20 – 9.28
9.1.2.2.2	Vergegenständlichung des Grundsatzes der Meinungsäußerungsfreiheit	Rz. 9.29
9.1.3	Eigene Stellungnahme zur verfassungsgerichtlichen Bewertung von ärztlichen Werbeverboten	
9.1.3.1	Das BVerfG als Verdeutlicher der Berufsfreiheit gemäß Art. 12 GG	Rz. 9.30 – 9.32

9.1.3.2	Das BVerfG als Verdeutlicher der Meinungsäußerungsfreiheit gemäß Art. 5 GG	Rz. 9.33 – 9.36
9.2	Verbotene Arztwerbung als Verstoß gegen Europäisches Kartellrecht	
9.2.1	Der Standpunkt des EuGH	Rz. 9.37
9.2.2	Eigene Stellungnahme	Rz. 9.38 – 9.40
9.3	Verbotene Arztwerbung als Verstoß gegen Art. 19 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)	
9.3.1	Der Standpunkt des EGMR	Rz. 9.41
9.3.2	Eigene Stellungnahme	Rz. 9.42
9.3.3	Zur rechtlichen Einordnung der Rechtsprechung des EGMR	Rz. 9.43
10.	Rechtsverfolgungsmaßnahmen gegen Werbeverstöße	
10.1	Berufsrechtliche Maßnahmen	
10.1.1	Rüge gemäß Art. 38 Abs. 1 Satz 1 BayHKaG	Rz. 10.1
10.1.2	Berufsrechtliches Verfahren gemäß Art. 66 Abs. 1 Satz 1 BayHKaG	Rz. 10.2
10.2	Wettbewerbsrechtliche Maßnahmen	
10.2.1	Verhältnis des Wettbewerbsrechts zum Berufsrecht im Allgemeinen	Rz. 10.3 – 10.4
10.2.2	Unterschiede zwischen wettbewerbsrechtlichen und berufsrechtlichen Maßnahmen	
10.2.2.1	Allgemeine Anwendungsvoraussetzungen, wie sie nur für das Wettbewerbsrecht gelten	Rz. 10.5 – 10.7
10.2.2.2	Durchsetzungsmöglichkeiten, wie sie nur für das Wettbewerbsrecht gelten	Rz. 10.8 – 10.13
10.2.2.3	Rechtsfolgen, wie sie nur für das Wettbewerbsrecht	Rz. 10.14 – 10.16
11.	Ausblick	Rz. 11

<b>www.arztwerbung-bernreuther.de (C)</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", so der BGH.</i></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. In den 90iger Jahren genügte mitunter allein die Wahl eines bislang nicht benutzten Werbemittels für die Behauptung der jeweiligen Berufsorganisation, es liege berufswidrige Werbung vor.</p> <p>3. Die rechtlichen Grundlagen für die Bewertung von Arztwerbung</p>	<p>Rz. 1 A:1 B:1 D.1</p> <p>Rz. 1.1 A:1.1 B:1.1 D:1.1-1.4</p> <p>Rz. 2.1 A:2.1 B:2.1 D:2.1</p> <p>Rz. 2.2 A:2.2 B:2.2 D:2.2</p> <p>Rz. 2.3 D:2.4</p> <p>Rz. 3.1 A:3.1 B:3.1</p>

	<p>An erster Stelle steht das ärztliche Berufsrecht.</p> <p>Zweitens ist wichtig das Heilmittelwerbe-gesetz (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> Mit dieser Festlegung ist allerdings wenig geholfen, denn erstens preist jeder an, der wirbt. Zum zweiten ist irreführende Werbung immer unzulässig unabhängig davon, ob sie im Rahmen freier Berufe erfolgt oder nicht. Und drittens sind die Voraussetzungen der vergleichenden Werbung vom europäischen Gesetzgeber im Einzelnen vorgegeben mit der Folge, dass nationales Recht und folglich auch eine nicht den untersten Rang im Stufenbau der Rechtsordnung einnehmende Berufsordnung hiervon abweichen könnte.</p> <p>4.2 Vergegenständlichung des Verbots berufswidriger Arztwerbung</p> <p>4.2.1 Berufswidrige Arztwerbung, konkretisiert durch sonstige Bestimmungen der Berufsordnung</p> <p>Beispiele für ein übertriebenes Wirken ärztlicher Werbung ergeben sich aus § 17 Abs. 3 und § 18 Abs. 3 BayBOÄ (Praxisschilder), § 31 BayBOÄ (unerlaubte Zuweisung von Patienten gegen Entgelt) und § 34 Abs. 3 BayBOÄ (keine Werbevorträge; keine Werbegutachten). Gleichwohl lassen sich aus diesen anschaulichen Beispielen kaum allgemeine Regeln dafür ableiten, wann in sonstigen Fällen</p>	<p>D:3.1-3.3 Rz. 3.2 A:3.2 B:3.2 D:3.4 Rz. 3.3 A:3.3 B:3.3 D:3.5</p> <p>Rz. 4.1 A:4.1 B:4.1 D:4.1 Rz. 4.2 A:4.2 B:4.2 D:4.7</p> <p>Rz. 4.3 B:4.3 Rz. 4.4 B:4.4 D:4.8 Rz. 4.5 D:4.9</p> <p>Rz. 4.6 A:4.3 B:4.5 D:4.12-4.14</p>
--	---	---

	<p>Werbung "übertrieben wirkt". Denn die Beispiele verlieren auch in einer Zusammenschau ihren auf Einzelercheinungen bezogenen Charakter nicht.</p> <p>Eine allgemeine Richtschnur ergibt sich auch nicht aus dem Zweck des Verbots berufswidriger Werbung gemäß § 27 Abs. 1 BayBOÄ. Danach ist Patientenschutz durch sachgerechte und angemessene Informationen zu gewährleisten, eine das Selbstverständnis des Arztes zuwiderlaufende Kommerzialisierung ist zu vermeiden. Die Formulierung ist einleuchtend, hilft aber im entscheidenden Fall nicht weiter.</p> <p>4.2.2 Berufswidrige Arztwerbung, konkretisiert durch wiederkehrende Begründungselemente der neueren Rechtsprechung</p> <p>4.2.2.1 Darstellung der Rechtsprechung</p> <p><i>"Berufswidrig ist die Werbung, die keine interessengerechte und sachangemessene Information darstellt (m.w.N.). Dabei ist auf die Interessenlage der Ärzte ebenso wie auf das Informationsbedürfnis der Patienten abzustellen; sachangemessen sind verständliche Aussagen, die den möglichen Patienten nicht verunsichern (m.w.N.), sondern ihn als mündigen Menschen befähigen, von der freien Arzt- und Klinikwahl sinnvoll Gebrauch zu machen".</i></p> <p>Was die weitere Verdeutlichung dieses Regelbeispiels anbelangt, so ist zu unterscheiden zwischen der Leistungs- und Imagewerbung sowie der Eigen- und Fremdwerbung.</p> <p>Was die Leistungswerbung anbelangt, so soll <i>"den Angehörigen freier Berufe ..... für sachgerechte, nicht irreführende Information im rechtlichen und geschäftlichen Verkehr Raum bleiben"</i>, so das BVerfG.</p> <p>Dabei entsprechen <i>"Angaben über die Erfahrungen eines Arztes auf einem bestimmten Behandlungsgebiet ..... einem legitimen Informationsinteresse und -bedürfnis von Patienten (m.w.N.). Im Übrigen ist der Bundesrechtsanwaltskammer darin zuzustimmen, dass der Bezug solcher Angaben zur beruflichen Tätigkeit des Arztes evident ist"</i>.</p> <p>Was die Imagewerbung anbelangt, also die Werbung mit einem bestimmten Bild in der</p>	<p>Rz. 4.7 A:4.4 B:4.6 D:4.15-4.17</p> <p>Rz. 4.8 D:4.18</p> <p>Rz. 4.9 A:4.6 B:4.8 D:4.19</p> <p>Rz. 4.10 A:4.7 B:4.9 D:4.20</p>
--	---	---

	<p>Öffentlichkeit, so ist diese Werbung zulässig, wenn der bezweckte Zusammenhang eine wahrheitsgemäße Selbstdarstellung beinhaltet, welche Informationen aufweist, <i>"die für sich genommen weder irreführend sind noch ein sensationelles Sich-Herausstellen zum Gegenstand haben"</i>.</p> <p>Leistungs- und Imagewerbung vom Arzt selbst für sich selbst ist berufsgemäß, wenn die vorstehenden Vorgaben eingehalten sind.</p> <p><i>"Die Fremdwerbung' eines Arztes ist aber im Regelfall Ausdruck eines rein geschäftsmäßigen, am Gewinn orientierten Verhaltens .....Dem Arzt, der ein bestimmtes Fremdprodukt bewirkt, geht es regelmäßig weder um die Gesundheitsinteressen der Patienten noch um zulässige Informationen über eigene Leistungen"</i>.</p> <p>Allgemein ist zu bemerken: <i>"Welche Werbeform als üblich, angemessen oder als übertrieben bewertet werden, unterliegt zeitbedingten Veränderungen; dem Wandel – auch außerhalb der freien Berufe – ist Rechnung zu tragen, weil sich hierdurch Wahrnehmungsfähigkeit und Wahrnehmungsbereitschaft der Öffentlichkeit ändern (m.w.N.). Allein aus dem Umstand, dass eine Berufsgruppe ihre Werbung anders als bisher üblich gestaltet, kann nicht gefolgert werden, dass dies unzulässige Werbung ist"</i>.</p> <p>Was den Zweck des Verbots berufswidriger Werbung anbelangt, so soll <i>"der Patient .....darauf vertrauen können, dass sich der Arzt nicht von kommerziellen Interessen leiten lässt"</i>. <i>"Das Werbeverbot für Ärzte soll dem Schutz der Bevölkerung dienen, es soll das Vertrauen der Patienten darauf erhalten, dass der Arzt nicht aus Gewinnstreben bestimmte Untersuchungen vornimmt, Behandlungen vorsieht oder Medikamente verordnet (m.w.N.). Die ärztliche Berufsausübung soll sich nicht an ökonomischen Erfolgskriterien, sondern der medizinischen Notwendigkeit orientieren. Das Werbeverbot folgt einer gesundheitspolitisch unerwünschten Kommerzialisierung des Arztberufs vor"</i>.</p> <p>4.2.2.2 Eigene Stellungnahme</p> <p>Dass das Verbot berufswidriger Werbung auch dazu dient, der Patient solle auf eine fehlende Ausrichtung des Arztes an kommerziellen Interessen vertrauen dürfen, ist so nicht haltbar. Solche Formulierungen</p>	<p>Rz. 4.11 A:4.9 B:4.11 D:4.21</p> <p>Rz. 4.12 A:4.5 B:4.7 D:4.22</p> <p>Rz. 4.13 A:4.8 B:4.10 D:4.23</p> <p>Rz. 4.14 A:4.10 B:4.13 D:4.25</p>
--	--	---

	<p>können nur von Personen stammen, die ein festes Gehalt unabhängig davon beziehen, ob die eigene Tätigkeit den Umsatz und Gewinn in einer dem Gehalt entsprechenden Weise erwirtschaftet.</p> <p>Nochmals: es ist nichts Verwerfliches an denen, die ihr Einkommen frei erwirtschaften müssen und sich dabei notwendigerweise auch von kommerziellen Interessen leiten lassen. Wenn diese Personen für sich ohne Irreführung oder ohne sonstige Unlauterkeit bewerben dürfen, lassen sie sich gerade von kommerziellen Interessen leiten, es sei denn, der Werbende wirbt für das Öffentlichwerden seines Verschenkens, ein zumindest sehr seltener Tatbestand. Damit eignet aber das Sichleitenlassen von kommerziellen Interessen gerade nicht für die inhaltliche Beschreibung zulässiger Arztwerbung.</p> <p>Ob sich der Arzt in einer nicht zu billigenden Weise von kommerziellen Interessen leiten lässt, hat sich anhand des Inhalts der Werbung und nicht anhand der Tatsache der Werbung zu beurteilen. Diesen Weg ist die neuere Rechtsprechung des BVerfGs und des BGHs längst gegangen, so dass der Satz, der Patient solle darauf vertrauen dürfen, der Arzt lasse sich nicht von kommerziellen Interessen leiten, ein längst überholtes, weltfremdes Lippenbekenntnis beinhaltet. Darüber hinaus muss es sich an den Taten des Arztes erweisen, ob er sich von einem gesunden oder von einem zu missbilligenden Gewinnstreben leiten lässt.</p> <p>4.2.3 Beispiele berufswidriger Werbung</p> <p>(1) Besucht eine Journalistin den Arzt in dessen Praxis und erscheint sodann in der Zeitung ein Artikel mit der Überschrift: <i>"Die Hornhaut unter Beschuss – Laser gibt dem Auge die volle Sehkraft zurück. In B..... wird seit drei Jahren die "fotorefraktive Kiratekomie" angewandt - Operationsrisiken sind gering – Kosten werden teilweise von der Kasse übernommen"</i> und heißt es in dem Artikel, der Arzt habe nach eigenen Angaben mehr als 400 fehlsichtige Patienten mit Lasertechnik behandelt, in keinem Fall sei eine Nachkorrektur notwendig gewesen. Die Erfolgsquote liege damit bei 100 %, der langfristige Erfolg einer Operation hänge nach Auskunft des Arztes von den Erfahrungen der Ärzte und der genauen Auswahl der Patienten ab, und war dem Bericht ein Foto von 12 cm x 19 cm beigelegt, so gilt (nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte): Die zentrale Stellung von</p>	<p>Rz. 4.15 D:4.30</p> <p>Rz. 4.16 A:4.11 B:4.14 D:4.32</p>
--	--	---

	<p>Ärzten in der Gesundheitsversorgung der Bevölkerung rechtfertigt grundsätzlich berufsrechtliche Beschränkungen, denen die zugelassenen Ärzte unterworfen sind. Beschränkungen sind insbesondere dann zulässig, wenn es um die Verwirklichung der allgemeinen Berufspflicht geht, die Gesundheit des einzelnen Menschen und des gesamten Volkes zu dienen. Berufsrechtliche Beschränkungen sind daher grundsätzlich möglich, wenn die Grenze sachlicher Information überschritten ist, was auch durch die Art der Darstellung etwa mittels Herausstellung der eigenen Person durch ein großformatiges Bild bewirkt werden kann.</p> <p>Nachdem allerdings das betreffende Thema von allgemeinem medizinischen Interesse war, der Zeitungsbeitrag im Großen und Ganzen ausgewogen war, die Veranschaulichung des Berichts mit einem Foto das berufliche Umfeld dokumentierte, war der Bericht zulässig. So hatte der Bericht durchaus einen Werbeeffect für den Arzt und seine Praxis; dieser Werbeeffect war jedoch gemessen am Hauptinhalt des Artikels zweitrangig. Die Geldbuße verstieß daher gegen die Freiheit der Meinungsäußerung.</p> <p>(2) Heißt es in den <i>"Gelben Seiten"</i> unter dem Stichwort <i>"Implantologie"</i>: <i>"Zahnärzte Dr. Gutzug und Dr. Leichthand"</i> und treten diese Zahnärzte im Internet wie folgt auf: <i>"Aufenthalt von Dr. Romeo Gutzug in Verona mit Frau Julia – von 1996 bis 1997 – behandelte Patienten seit 1988 (Praxiseröffnung): 5.331. Dr. Gutzug und Dr. Leichthand sind Mitglieder der deutschen Gesellschaft für Implantologie e.V., und noch etwas: Mir schätzt schwäbisch. Unsere Freizeitaktivitäten: Wir spielen Tennis, Golf, Polo, wir fahren Ski – und im Sommer finden Sie uns beim Segeln auf dem Bodensee"</i>, so gilt:</p> <p>Was die von § 20 Abs. 3 der BayBOÄ nicht erlaubte, weil nicht ausdrücklich anerkannte Verwendung des Begriffs <i>"Implantologie"</i> anbelangt, so ist dieses Regelungsverbot unzulässig. Dies führt dazu, dass die betreffende Vorschrift der BO verfassungskonform auszulegen ist. Berufsfeldangaben dürfen nur mit Rücksicht auf anzuerkennende Gemeinwohlbelange verboten werden. Nachdem <i>"Implantologie"</i> einen wertvollen Suchhinweis im Telefonbuch darstellt, sind beachtenswerte Gemeinwohlbelange, die</p>	<p>Rz. 4.17 A:4.12 B:4.15 D:4.36</p>
--	--	--

	<p>ein Verbot rechtfertigen hätten können, nicht ersichtlich, sie waren auch nicht vorgetragen.</p> <p>Was den Internetauftritt mit Angaben über die Auslandsaufenthalte der Zahnärzte, der Anzahl der behandelten Patienten und die Zugehörigkeit zur deutschen Gesellschaft für Implantologie e.V. anbelangt, so sind diese Angaben sachangemessen, der Berufsbezug ist evident.</p> <p>Was die Beherrschung der regionalen Mundart anbelangt, so dient dieser der vertrauensbildenden Grundlage, Angaben hierüber sind ebenfalls angemessen.</p> <p>Was die Vorstellung der privaten Hobbys betrifft, so besteht zwar kein Sachzusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit und Qualifikation der Zahnärzte. Gleichwohl ist eine Beeinträchtigung der Gemeinwohlbelange als Voraussetzung für ein Verbot nicht ersichtlich. Das Sachlichkeitsgebot ist nicht allein dadurch gewahrt, dass nüchterne Praxisdaten genannt werden. Blickfangwerbung mit Hobbys kann allerdings möglicherweise zur Sachunangemessenheit führen.</p> <p>(3) Erläutert eine HNO-Ärztin: <i>"Sie können Ihr Hörgerät bei einem ortsansässigen Hörgeräteakustiker oder – mit meiner Mitwirkung – bei der Firma A. beziehen. Im zweiten Fall nehme ich den Ohrabdruck ab und übersende diesen an die Firma A. Nach Erstellung des Hörgeräts nehme ich dann – unter Mitwirkung eines Online zugeschalteten Hörgeräteakustikers – die Feinabstimmung mit Hilfe des Computers vor"</i> und bekommt die Ärztin für ihre Mitwirkung bei der Anpassung der Hörhilfe € 125,00 gilt: § 31 BayBOÄ (Verbot der Zuweisung von Patienten gegen Entgelt) ist nicht verletzt, denn die Ärztin erhält die Vergütung für ihre zusätzliche ärztliche Tätigkeit. Und dass die Vergütung unangemessen ist, ist weder vorgetragen noch ersichtlich (s.u. – zur wettbewerbsrechtlichen Beurteilung – Ziff. 6.3, Bsp. (2) = Rz. 6.10).</p> <p>(4) Heißt es: <i>"Bereitet Ihnen die Politik Kopfschmerzen, so hilft Ihnen Togonal"</i>, ist das Verbot der Fremdwerbung verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Fremdwerbung erweckt den Anschein wirtschaftlicher Interessen auf Seiten des Arztes, sie ist</p>	<p>Rz. 4.18 A:4.13 B:4.16 D:4.41</p> <p>Rz. 4.19 D:4.45</p> <p>Rz. 4.20 B:4.17 D:4.48</p>
--	--	---

	<p>offensichtlich nicht von einem medizinischen Erfordernis getragen. Nach meiner Auffassung gilt: Wenn die Werbung offensichtlich nicht von einem medizinischen Erfordernis getragen ist, lässt sie sich auch über das Irreführungsverbot gemäß den §§ 3, 5 UWG bekämpfen.</p> <p>(5) Heißt es in dem Faltblatt einer Klinik: <i>"Unsere Einrichtung wurde 1985 durch den Kniespezialisten Dr. T. als Ambulatorium für arthroskopische Chirurgie gegründet. Die Wirbelsäulenchirurgie wurde 1989 durch den holländischen Wirbelsäulenspezialisten Dr. H. aufgebaut und in beiden Abteilungen wurden bisher ca. 20.000 Patienten operiert"</i>, gilt: Die Bezeichnung eines Arztes als <i>"Spezialist"</i> stellt grundsätzlich eine interessengerechte und sachgerechte Information dar. Ein Arzt, der bestimmte Erfahrungen auf einem Teilgebiet hat, besitzt ein berechtigtes Interesse, das Publikum hierüber zu informieren.</p> <p>(6) Wirbt ein Zahnarzt im Internet unter der Überschrift <i>"Schwerpunkte"</i> mit <i>"Prophylaxe"</i>, <i>"Implantologie"</i> und <i>"Ästhetische Zahnheilkunde"</i> und werde diese Stichwörter erläutert, wobei eine dieser Erläuterungen lautet <i>"invasives Verfahren"</i>, liegt trotz der Nichtverstehbarkeit dieser Erläuterung für einen Teil der angesprochenen Verkehrskreise keine mit dem Gemeinwohl unvereinbare werbende Anpreisung nach Auffassung des BGH deshalb vor, weil die betreffende Angabe im Rahmen der Erläuterung eines Praxisschwerpunktes auf der Homepage erfolgt.</p> <p>Ich bin demgegenüber der Auffassung, dass das berufsrechtliche Sachlichkeitsgebot nicht schon dann verletzt ist, wenn in der Arztwerbung Begriffe benutzt werden, welche die Allgemeinheit nicht oder teilweise nicht versteht. Der Eindruck der Unsachlichkeit wird durch in der Werbung benutzte ärztliche Fachbegriffe erst dann erweckt, wenn der Gesamtzusammenhang eine Unsachlichkeit ergibt. Unverständnis beim Erklärungsadressaten führt aber noch nicht zu einem Inhalt der Unsachlichkeit. Von daher ist es auch nicht gerechtfertigt, wenn der BGH der Auffassung ist, im vorliegenden Fall habe die Wahl des Mediums <i>"Internet"</i> den Eindruck der <i>"Sachlichkeit"</i> gewährleistet.</p> <p>(7) Heißt es in einer Zeitungsanzeige: <i>"Schönheit ist das Ziel. Vertrauen Sie unserem</i></p>	<p>Rz. 4.21 D:4.50</p> <p>Rz. 4.23 D:4.53</p>
--	---	---



	<p>4.3 Zusammenfassung zu Ziff. 4</p> <p><i>"Berufswidrige Werbung ist dem Arzt untersagt"</i>, § 27 Abs. 3 Satz 1 BayBOÄ. Welche Werbung als berufswidrig anzusehen ist, ergibt sich weniger aus den Regelbeispielen, wie sie in § 27 Abs. 3 Satz 2 BayBOÄ genannt sind, als aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) und des Bundesgerichtshofs (BGH). Die Beispiele des § 27 Abs. 3 Satz 2 BayBOÄ eignen deshalb kaum, weil das – berufsrechtliche – Verbot der Irreführung über das bundesgesetzlich geregelte, allgemeine Irreführungsverbot gemäß den §§ 3, 5 UWG weder hinausgeht noch aus Zuständigkeitsgründen hinausgehen kann. Das berufsrechtliche Verbot einer vergleichenden Werbung muss richtlinienkonform in Übereinstimmung mit der die betreffende Richtlinie umsetzende Vorschrift des § 6 UWG ausgelegt werden. Was das Dritte, ausdrücklich genannte Regelbeispiel (<i>"berufswidrig ist insbesondere eine nach Inhalt oder Form anpreisende Werbung"</i>) anbelangt, so wird dieser variable Maßstab durch die Rechtsprechung konkretisiert. Was sonach als übermäßig anpreisend anzusehen ist, unterliegt zeitbedingten Veränderungen.</p> <p>Grundsätzlich kann gesagt werden, dass eine Werbung mit eigenen Leistungen ebenso zulässig ist wie die Werbung mit einem bestimmten Bild in der Öffentlichkeit, welches vom Arzt selbst außerhalb seines beruflichen Leistungsbereichs vorhanden ist, welches aber auch allgemein in der Öffentlichkeit existiert. Sowohl hinsichtlich der Leistungs- als auch der Imagewerbung ist ein sensationelles sich Herausstellen unzulässig. Immer unzulässig ist die Bewerbung eines fremden Produkts und – außerhalb der Anerkennung einer wissenschaftlichen Leistung – die Werbung für fremde Leistungen. Nicht jede fehlende Bezugnahme auf die eigene Leistung oder ein Image ist aber bereits 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. Wie sehr sich Wahrnehmungsfähigkeit und Wahrnehmungsbereitschaft hinsichtlich des übertriebenen Herausstellens ändern, zeigt die Zulässigkeit einer Bildberichterstattung mit Herausstellungen in textlicher und bildlicher Hinsicht</p>	<p>Rz. 4.26 D:4.59</p> <p>Rz. 4.27 D:4.60</p> <p>Rz. 4.28 B:4.12 D:4.61</p> <p>Rz. 4.29 D:4.62</p>
--	---	--

	<p>im Rahmen eines redaktionellen Beitrags, entschieden durch den EGMR am 17.10.2002 und mittlerweile – nach vorausgehender Nichtannahme der Verfassungsbeschwerde am 07.05.1997 (der Besuch der Journalistin fand im Jahr 1994 statt [allgemein zu den zeitlichen Abläufen, gerechnet ab dem Zeitpunkt des Bekanntwerdens eines Verstoßes, dem folgenden Verfügungsverfahren bis hin zur Entscheidung durch den BGH, vgl. mein Beispiel in WRP 2003, 846, 863 Fn. 93]) – in einem anderen Verfahren bestätigt durch das Bundesverfassungsgericht.</p> <p>5. Das Heilmittelwerbegesetz (HWG) als Grundlage der Bewertung ärztlichen Werbeverhaltens</p> <p>5.1 Die Anwendbarkeit 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. AMG, für Medizinprodukte i.S.d. MPG und 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. Adressat des HWG kann also jede Person sein vorausgesetzt, die genannten Gegenstände und Verfahren werden beworben.</p> <p>5.2 Zweck des HWG</p> <p><i>"Zweck des HWG ist es, eine Verleitung zur Selbstbehandlung bestimmter Krankheiten und Leiden im Interesse des Einzelnen und der Allgemeinheit entgegenzuwirken"</i> unabhängig davon, ob die hierdurch entstehenden Gefahren im Einzelfall wirklich eintreten (m.w.N.). Darüber hinaus soll aber auch verhindert werden, dass durch eine mit Übertreibung arbeitende, suggestive oder marktschreierische Werbung Kranke oder besonders ältere Menschen zu Fehlentscheidungen beim Arzneimittelgebrauch und bei der Verwendung anderer Mittel zur Beseitigung von Krankheiten oder Körperschäden verleitet werden (m.w.N.).</p> <p>Von Bedeutung ist insbesondere, dass die Werbeaussage nicht als Erfolgsgarantie für die Behandlung gedeutet werden kann.</p>	<p>Rz. 5.1 A:5.1 B:5.1 D:5.1-5.2</p> <p>Rz. 5.2 A:5.2 B:5.2 D:5.3</p> <p>Rz. 5.3 D:5.4</p> <p>Rz. 5.4 D:5.5</p> <p>Rz. 5.5 B: 5.3 D:5.7</p>
--	--	---

	<p>5.3 Fallbeispiele</p> <p>(1) Legt ein Arzt in seiner Praxis Gutscheine aus, auf denen es heißt: <i>"Gutschein Praxisgebühr: Die von Ihnen bezahlte Praxisgebühr können Sie beim Erwerb von Biokost oder von Nahrungsergänzungsmitteln der Firma BioNet ab einem Einkaufswert von € 30,00 einlösen"</i>, liegt kein Verstoß gegen § 7 HWG (Verbot der Ankündigung und/oder Gewährung von Zuwendungen im Zusammenhang mit der Werbung für Arzneimittel, Medizinprodukte, Verfahren u.a.m.) vor. Dies deshalb, weil der Gutschein zwar eine Zuwendung aber nicht für Gegenstände mit Bezug auf Heilung i.S.d. § 1 Abs. 1 HWG angekündigt bzw. gewährt wird.</p> <p>(2) 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 Gutscheins über € 3,00 auf freiverkäufliche Apothekenartikel anlässlich der Einlösung eines Rezeptes über ein AMPreisV unterliegendes Arzneimittel bereits als Nachlass auf diesen Preis darstellt"</i>, halte ich aus den dargelegten Erwägungen meine Auffassungen für ebenso richtig, wie das OLG die seine Auffassung für richtig hält (s. ferner u. Rz. 6.7).</p> <p>(3) Legt eine Arzt in seiner Praxis Gutscheine aus,</p>	<p>Rz. 5.6 D:5.8</p> <p>Rz. 5.7 A:5.3 B:5.4 D:5.9</p>
--	--	---

	<p>auf denen es heißt: "10% Nachlass auf nichtverschreibungspflichtige Arzneimittel eigener Wahl - einzuklagen in der Bären-Apotheke", liegt erneut kein Verstoß gegen § 7 HWG vor. Zwar unterfallen auch Rabatte grundsätzlich dem Zuwendungsverbot gem. § 7 HWG. Ein Apotheker, der dem Kunden einen Rabatt von 10 % auf ein nicht verschreibungspflichtiges Arzneimittel einer Wahl ankündigt, wirbt damit aber nicht für ein bestimmtes Arzneimittel oder für eine abgrenzbare Gruppe von Arzneimitteln i.S.d. § 1 AWG, so zutreffend das in der niederrheinischen Regierungshauptstadt ansässige OLG. Das Auslegen der Gutscheine im vorgenannten Fall (Rz. 5.5) und hier verstößt allerdings gegen § 34 Abs. 5 BayBOÄ (Verbot der Empfehlung eines bestehenden Apothekers).</p> <p>(4) Heißt es im Zuge des Internetauftritts: "Was wir für Sie tun können, hängt ab von dem, was Sie haben" und finden sich sodann die Begriffe: "Krampfadern", "Besenreiser", "Durchblutungsstörungen", "ein offenes Bein" sowie "Thrombose", und öffnet sich nach dem Anklicken eines der genannten Begriffe die dazugehörige Internetseite, auf der das Krankheitsbild beschrieben sowie dargestellt wird, wie und wie oft die Krankheit behandelt wurde, liegt kein Verstoß gegen § 12 Abs. 2 HWG ("die Werbung für andere Mittel, Verfahren, Behandlungen oder Gegenstände außerhalb der Fachkreise darf sich nicht auf die Erkennung, Beseitigung oder Linderung dieser Krankheiten oder Leiden beziehen") i.V.m. § 27 BayBOÄ (berufswidrige Werbung ist verboten) vor. Die Beanstandung des Eingangssatzes durch den BGH ("Was wir für Sie tun können, hängt ab von dem, was Sie haben") ist nicht nachvollziehbar, so das BVerfG. Dieser Satz ist nicht marktschreierisch, kein verständiger Leser wird die Formulierung als Erfolgsgarantie deuten. Die Schilderung der fünf Krankheitsbilder erfolgt sachlich und für den Patienten rein informativ. Der Schutz vor fehlerhafter Selbstmedikation und die Wahrung der Gesundheitsbelange der Bevölkerung sind nicht beeinträchtigt.</p> <p>(5) Heißt es: "Vor und nach erfolgter und angebotener Haarverpflanzung abgebildet", scheidet eine Verletzung von § 11 Abs. 1 Ziff. 5 HWG zum einen deshalb aus, weil der anlagebedingte Haarausfall nicht als Krankheit anzusehen ist. Zum zweiten liegt auch kein Körperschaden i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 2 HWG vor.</p>	<p>Rz. 5.8 A:5.4 B:5.5 D:5.11</p> <p>Rz. 5.9 D:5.13</p> <p>Rz. 6.1 A:6.1 B:6.1 D:6.1</p>
--	---	--

	<p>Körperschaden ist der Verlust oder die dauerhafte Funktionsbeeinträchtigung eines Körperteils oder Organs. Daher ist das HWG seinem Wortlaut, aber auch seinem Schutzzweck nach nicht anwendbar, so dass ein Werbeverbot auf der Grundlage des HWG ausscheidet.</p> <p>(6) Eine – unzulässige – Werbung für ein verschreibungspflichtiges Arzneimittel liegt auch dann vor, wenn lediglich der Wirkstoff werblich genannt wird, dessen Erwähnung aber auf die allein in dem Arzneimittel enthaltene Substanz ("<i>Botulinumtoxin</i>"; "<i>Botox</i>") hindeutet.</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>Eine gesetzliche Vorschrift i.S.d. § 4 Ziff. 11 UWG stellen Regelungen wie diejenigen der BayBOÄ dar. Voraussetzung ist allerdings zusätzlich, dass die verletzte berufsrechtliche Regelung ein Marktverhalten (Gegensatz: der Marktzutritt) regelt, welches darüber hinaus Mitbewerberbezug (Gegensatz: Pflichten gegenüber Ordnungsbehörden) regelt. Wer im Hinblick auf § 4 Ziff. 11 UWG immer noch (die Rechtsprechung hatte sich bereits vor Inkrafttreten des UWG am 08.07.2004 insoweit geändert) vom "<i>Vorsprung</i>" durch Rechtsbruch "<i>anstelle</i>" von "<i>Rechtsbruch</i>" spricht, beweist eine Rechtskenntnis um das Jahr 2003 herum oder früher.</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</p>	<p>Rz. 6.2 D:6.2</p> <p>Rz. 6.3 D:6.3 Rz. 6.4 D:6.4</p> <p>Rz. 6.5 D:6.5</p> <p>Rz. 6.6 A:6.2 B:6.2 D:6.7</p> <p>Rz. 6.7 A:6.3 B:6.3 D:6.8</p> <p>Rz. 6.8 A:6.4 B:6.4 D:6.9</p>
--	--	---

	<p>dessen gesonderte Erwähnung im Berufsrecht überflüssig ist. 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 berufsrechtliche Voraussetzungen der vergleichenden Werbung von den bundesgesetzlich und damit europarechtlich, zwingend vorgegebenen (anders die Irreführungsrichtlinie, welche schärfere Voraussetzungen zum Schutz der Verbraucher zulässt) Erfordernissen irgendwie abweichen würde.</p> <p>6.2.2 Sonstige unlautere Wettbewerbshandlungen</p> <p>Der umfassende Schutzzweck des UWG, nicht geregelt aber aufgeführt in § 1 UWG, ermöglicht es, jedes marktbedeutsame 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 <i>"Erstcoloration"</i> zugrunde liegende Sachverhalt.</p> <p>6.3 Fallbeispiele</p> <p>(1) Heißt es: <i>"Unsere Kosten bei der Behandlung von Privatpatienten"</i> und ergibt sich im Zuge der Erläuterung dieser Behandlungskosten, dass die vom werbenden Arzt genannten Beträge im Durchschnitt niedriger als die gleichfalls genannten gesetzlichen Gebühren sind, solches aber tatsächlich nicht stimmt, was aufgrund komplizierter Rechenoperationen anhand der in den Zahlenbeispielen vorhandenen Erläuterungen erkennbar gewesen wäre, ist solches irreführend.</p> <p>(2) Erläutert eine HNO-Ärztin (s.o. Rz. 4.18): <i>"Sie können Ihr Hörgerät bei einem ortsansässigen Hörgeräteakustiker oder – mit meiner Mitwirkung – bei der Firma A. beziehen. Im zweiten Fall nehme ich den Ohrabdruck ab und übersende diesen der Firma A. Nach Erstellung des Hörgeräts nehme ich dann – unter Mitwirkung eines Online zugeschalteten Hörgeräteakustikers – die Feinabstimmung mit</i></p>	<p>Rz. 6.9 D:6.10</p> <p>Rz. 6.10 A:6.5 B:6.5 D:6.13</p> <p>Rz. 6.11 D:6.20</p>
--	--	---

	<p><i>Hilfe des Computers vor" und bekommt die Ärztin für ihre Mitwirkung bei der Anpassung der Hörhilfe € 125,00, ist die wettbewerbsrechtliche Generalklausel gemäß § 3 UWG unter dem Gesichtspunkt eines missbrauchten Vertrauens (denkbar auch: Autoritätswerbung; psychischer Kaufzwang) nicht verletzt, da die Ärztin keine ausdrückliche Empfehlung, sondern lediglich eine Erläuterung gibt. Darüber hinaus kann bei gehbehinderten Patienten die Hörgeräteversorgung im verkürzten Versorgungsweg geboten sein.</i></p> <p>(3) Legt ein Arzt in seiner Praxis Gutscheine aus, auf denen es heißt: <i>"Family-Taler der Bären-Apotheke. Sie kommen mit dem Bus, Sie parken im Parkhaus, Sie haben Geburtstag, Sie kaufen bei uns ein: Dann erhalten Sie Family-Taler, die auf Ihren nächsten Einkauf angerechnet werden. Ausnahme: Family-Taler gelten nicht für preisgebundene Arzneimittel"</i>, liegt entgegen der Auffassung der Oberlandesgerichte in der Domstadt am Rhein und der deutschen Bankenmetropole allerdings in Entsprechung der Auffassung der Oberlandesgerichte von Sachsen-Anhalt und Mecklenburg-Vorpommern kein Verstoß gegen § 78 AMG i.V.m. § 1, 3 AMPPreisV vor. Wenn zur Begründung eines Verstoßes ausgeführt wird. Durch den Gutschein werde aus Sicht des Verbrauchers schon beim Erstkauf, also beim Erwerb des preisgebundenen Arzneimittels, eine Ersparnis erzielt, weil der Kunde beim Erstkauf zugleich einen geldwerten Vorteil erhält, wird auf Begründungsweisen zurückgegriffen, welche zu früheren Zeiten die Anwendbarkeit des RabattG und der ZugabeVO begründeten, wobei zu beachten ist, dass diese Verbote in § 7 HWG fort gelten, nicht jedoch im § 4 Ziff. 11 UWG. Danach liegt ein Rabatt vor, wenn für dieselbe Ware/Leistung zwei Preise, ein Allgemeinpreis und ein Sonderpreis verlangt wird. Ob zwar derartige Preise oder aber - aufgrund unterschiedlicher Sachverhalte - zwei Allgemeinpreise (vgl. die Entscheidung des BGH zu dem Stichwort <i>"rent-u-mat"</i> verlangt werden, entscheidet sich anhand der Verkehrsauffassung. Die Verkehrsauffassung wird im Fall der Werbung maßgebend durch diese geprägt, was dazu führen kann, dass die Ankündigung eines Rabatts sich allein aus der Werbung ergibt, auch wenn tatsächlich kein Rabatt gewährt wird. Diese rechtsdogmatischen Überlegungen, welche in gleicher Weise für die Anwendbarkeit der ZugabeVO galten, wurden durch im Jahr 1999 veröffentlichte</p>	
--	--	--

	<p>Entscheidungen des BGH zur Werbung für Mobiltelefone eingeschränkt. Danach scheidet die Annahme eines Rabatts/einer Zugabe trotz des werblichen Eindrucks zweier Preise für dieselbe Ware/Leistung bzw. die Annahme einer Zugabe trotz des werblichen Eindrucks einer Haupt- bzw. Nebenleistung dann aus, wenn beide Teile einen Funktionszusammenhang bilden (vgl. hierzu meine Ausführungen in WRP 1999, 475 ff).</p> <p>Was unseren, von den Oberlandesgerichten unterschiedlich entschiedenen Beispielsfall anbelangt, so stellten die einen Rechtsbruch bejahenden Oberlandesgerichte darauf ab, ob der Eindruck des Bestehens unterschiedlicher Preise erweckt wurde. Demgegenüber ist maßgebend, ob tatsächlich gegen die Marktverhaltensregelung verstoßen wurde, mithin, ob beim Erwerb eines preisgebundenen Arzneimittels tatsächlich der gebundene Preis oder aber ein niedrigerer Preis bezahlt werden muss.</p> <p>Dies bedeutet: Im Zeitpunkt des Erwerbs bezahlt der Kunde den vollen Preis. Löst der Kunde im Zeitpunkt des Zweiterwerbs den Gutschein nicht ein, bezahlt er wieder den vollen Preis. Kauft der Kunde im Zeitpunkt des Zweiterwerbs eine nicht preisgebundene Arznei, erhält er auf dieses Produkt den Nachlass - und er verstößt nicht gegen die §§ 1, 3 AMPPreisV.</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 nicht denselben Werbebeschränkungen, wie diese für einen selbständigen Arzt gelten. Denn der verstärkte betriebswirtschaftliche Aufwand für eine stationäre Heilbehandlung im Gegensatz zu einem ambulanten Aufenthalt in der Praxis muss durch eine entsprechende Vermarktungsmöglichkeit ausgleichbar sein, darüber hinaus verbindet man mit Kliniken ein auf Vermarktung gerichtetes Verhalten.</p> <p>Verstößt allerdings ein angestellter Arzt gegen</p>	<p>Rz. 7.1 A:7.1 B:7.1 D:7.1</p> <p>Rz. 7.2 A:7.2 B:7.2 D:7.2</p> <p>Rz. 7.3 A:7.3 B:7.3 D:7.3</p> <p>Rz. 7.4 B:7.4 D:7.5</p> <p>Rz. 7.5 A:7.5 B:7.5 D:7.10</p>
--	---	---

	<p>Werbebeschränkungen, ist es nicht ausgeschlossen, dass die Klinik als Störerin haftet, sofern die Voraussetzungen für die Störerhaftung vorliegen.</p> <p>Was die allgemeinen Grundsätze der Störerhaftung anbelangt, so sind diese derart in Bewegung geraten, dass der BGH sich augenblicklich nicht festlegt, ob die Mitursächlichkeit bei Kenntnis von der Rechtswidrigkeit aufgrund zumutbarer Prüfung bereits die Störerhaftung begründet, oder ob im Zusammenhang mit dem Werberecht und damit bei Verletzung von nicht absolut geschützten Rechtspositionen erforderlich für die Störerverantwortlichkeit das Vorliegen der deliktsrechtlichen Voraussetzungen für Täterschaft und Teilnahme ist, vgl. <a href="http://www.domainrecht-berneuther.de">www.domainrecht-berneuther.de</a> C: 6.2, D: 6.2, E: 6.2. F_ 6.2.</p> <p>Das BVerfG geht soweit, dass bei kleineren Kliniken die Störerhaftung gänzlich ausscheidet, was methodisch ein erstaunliches Schauspiel bedeutet.</p> <p>7.2 Fallbeispiel</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; beim Fehlen von Zähnen möglichst festsitzende Versorgung mit künstlichen Zahnwurzeln (Implantate)..... Die Behandlung erfolgt in wenigen Sitzungen und auf Wunsch selbstverständlich unter Vollnarkose"</i>, so liegt ein nach § 3 Satz 2 Nr. 2 lit a HWG unzulässiges Erfolgsversprechen nicht vor, nur weil <i>"wenige Sitzungen"</i> in Aussicht gestellt werden. Haben allerdings Zahnärzte, die bei der Klinik beschäftigt sind, die Werbung geduldet oder veranlasst, sollte eine berufswidrige Arztwerbung vorliegen mit den Folgen der Störerverantwortlichkeit der Klinik. Denn bei einer Anzeige in <i>"auto motor sport"</i> stünde nicht das Informationsbedürfnis, sondern die Akquisition potentieller Patienten im Vordergrund der Werbemaßnahme. Diese Entscheidung war kaum plausibel, sie stellte einen Rückfall dar. Wenn die Art des verwendeten Mediums die Berufswidrigkeit einer Arztwerbung nicht zu begründen vermag, gilt dies erst recht, wenn die Auflagenhöhe oder das Erscheinungsgebiet die Zulässigkeit rechtfertigen bzw. die Unzulässigkeit begründen soll. So war es nicht verwunderlich, dass das BVerfG diese Entscheidung aufhob und an den BGH zurückverwies.</p>	<p>Rz. 8.1 A:8.1 B:8.1 D:8.1-8.3</p> <p>Rz. 8.2 A:8.2 B:8.2 D:8.4</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. Nachdem der BGH dazu neigt, die wettbewerbsrechtliche Störerhaftung bei Verstößen gegen nicht absolut geschützte Rechte wie dem UWG nach den für die Täterschaft und Teilnahme maßgeblichen Voraussetzungen zu bewerten, ist eine berufsrechtliche (anders: wettbewerbsrechtliche) Verantwortlichkeit aufgrund Veranlassung oder Duldung auch außerhalb von Täterschaft und Teilnahme möglich, vorausgesetzt, dem betreffenden Arzt war ein Einschreiten tatsächlich oder rechtlich möglich und zumutbar, ob es insoweit bei einer gedanklichen Erwägung bleibt, oder ob die aufgezeigte Unterscheidung auch praktische Bedeutung – noch – besitzt, wird sich in der Zukunft zeigen.</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 renommierter Frischzellentherapeut loben ließ, bestätigte das BVerfG den zuvor festgestellten Berufsverstoß. Die "kommerzielle Reklame" hätte er durch allgemeine Prüfungsvorbehalte gegenüber Werbemaßnahmen des Mitarbeiters in zumutbarer Weise unterbinden können.</p> <p>Ich habe Zweifel, ob diese im Jahr 1986 veröffentlichte Entscheidung heute noch Bestand hat. Zwar liegt keine Klinikwerbung, sondern eine Arztwerbung vor, so dass Berufsrecht anwendbar ist. Auch hatte der Herr Professor die Werbung geduldet. Allein die Aussage der übertriebenen Wirkung dürfte heute aber zu dünn sein, um einen Berufsverstoß zu begründen.</p> <p>9. Rechtliche Grenzen des Verbots berufswidriger Arztwerbung</p> <p>Verbotsaussprüche der ordentlichen Gerichte wegen berufswidriger Arztwerbung oder aus demselben</p>	<p>Rz. 9.1 A:9.1 B:9.1 D:9.1</p> <p>Rz. 9.2 A:9.3 B:9.2 D:9.2</p> <p>Rz. 9.3 D:9.3</p> <p>Rz. 9.4 D:9.4</p> <p>Rz. 9.5 D:9.5</p>
--	---	--

	<p>Grund durch die Berufsgerichte oder Landesberufsgerichte verhängte Geldbußen verletzen nicht selten die Grundrechte, das Europäische Kartellrecht oder die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK).</p> <p>9.1 Verbotene Arztwerbung als Verstoß gegen Grundrechte</p> <p>9.1.1 Allgemeines zur Anwendung der Grundrechte im Einzelfall</p> <p>Das BVerfG nimmt die Überprüfung des Werbeverbots anhand der Berufsausübungsfreiheit gemäß Art. 12 GG sowie anhand der Meinungsäußerungsfreiheit gemäß Art. 5 GG vor.</p> <p>Art. 12 GG ist dabei Prüfungsmaßstab hinsichtlich der Werbung mit eigenen Leistungen sowie hinsichtlich der Werbung mit dem eigenen Image. Hat die Ankündigung als Bezugspunkt nicht die eigene Leistung, sondern einen wertenden, meinungsbildenden Inhalt oder enthält sie Angaben, die der Meinungsbildung dienen wie z.B. im Fall der Werbung mit einem fremden Image, kommt als Prüfungsmaßstab die Meinungsäußerungsfreiheit gemäß Art. 5 GG in Betracht.</p> <p>Die Verfassungsbeschwerde wird angenommen, wenn die Sache grundsätzliche Bedeutung hat (§ 93 a Abs. 2 lit c BVerfGG – was selten der Fall ist – oder aber, es kommt zur Annahme der Verfassungsbeschwerde, weil dies zur Durchsetzung der Grundrechte des Beschwerdeführers angezeigt ist, § 93 a Abs. 2 lit b BVerfGG.</p> <p>Eine Verbotsentscheidung als Prüfungsgegenstand ist bereits dann mangelhaft, wenn dieser die Auseinandersetzung mit den Grenzen eines berufsrechtlichen Verbots, wie es im konkreten Fall durch das BVerfG bereits erörtert wurde (z.B. Berufsfeldangaben [<i>"Implantologie"</i>]), vermissen lässt.</p> <p><i>"Auslegung und Anwendung der Grundrechte sind Aufgabe der Fachgerichte. Sie können vom BVerfG – abgesehen von Verstößen gegen das Willkürverbot – nur darauf überprüft werden, ob sie Auslegungsfehler enthalten, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung des betroffenen Grundrechts, insbesondere vom Umfang seines Schutzbereichs,</i></p>	<p>Rz. 9.6 A:9.2 B:9.3 D:9.6</p> <p>Rz. 9.7 B:9.4 D:9.13</p> <p>Rz. 9.8 A:9.4 B:9.5 D:9.14</p> <p>Rz. 9.9 B:9.6 D:9.15</p> <p>Rz. 9.10 B:9.7 D:9.16</p>
--	---	---

	<p><i>beruhen. Das ist dann der Fall, wenn die von dem Fachgericht vorgenommene Auslegung der Norm die Tragweite des Grundrechts nicht hinreichend berücksichtigt oder im Ergebnis zu einer unverhältnismäßigen Beschränkung der grundrechtlichen Freiheit führt (m.w.N.)".</i></p> <p>9.1.2 Die für ein ärztliches Werbeverbot 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 für freie Berufe betreffen die Art und Weise der Berufsausübung, nicht die Freiheit der Berufswahl. Sie sind zulässig, wenn sie durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt werden und wenn sie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen, wenn also das gewählte Mittel zur Erreichung des verfolgten Zwecks geeignet und auch erforderlich ist und wenn bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt ist.</p> <p>(1) Gemeinwohlbelange Als Gemeinwohlbelange sind angesehen worden die Verfälschung des Berufsbildes freier Berufe durch Angleichung an die gewerbliche Wirtschaft, die Gefahr der leichten Beeinflussbarkeit und Verunsicherbarkeit von Kranken und die Vermeidung des Eindrucks, der Arzt handele aus Gewinnstreben. Auch die Irreführung gefährdet Gemeinwohlbelange. Keine Gefährdung des Gemeinwohls ist die Verwendung eines bestimmten Werbemittels, solange bei der Verwendung nicht der Rahmen des üblichen überschritten wird. Keine Gefährdung des Gemeinwohls ist gegeben, wenn die Hinweise in sachlicher Form erfolgen, Gemeinwohlbelange können aber bei übertriebener oder marktschreierischer Werbung beeinträchtigt sein. Es ist sowohl auf die Interessenlage der Ärzte als auch auf das Informationsbe-</p>	
	<p>dürfnis der Patienten als im Hinblick auf die freie Arzt- und Klinikwahl zum Zweck eines sinnvollen Gebrauchs mündiger Patienten abzustellen. Maßgebend für die Frage, ob die aufgezählten</p>	<p>Rz.9.11 D:9.17</p>

	<p>Gemeinwohlbelange beeinträchtigt sind, ist der Standpunkt der angesprochenen Verkehrskreise, nicht die besonders strenge Auffassung des jeweiligen Berufsstandes.</p> <p>Fremdwerbung eines Arztes ist regelmäßig Ausdruck eines rein geschäftsmäßigen, am Gewinn orientierten Verhaltens, ein Verbot beeinträchtigt daher nicht Gemeinwohlbelange.</p> <p><i>"Welche Werbeformen als unüblich, angemessen oder als übertrieben bewertet werden, unterliegt zeitbedingten Veränderungen; dem Wandel – auch außerhalb der freien Berufe – ist Rechnung zu tragen, weil sich hierdurch Wahrnehmungsfähigkeit und Wahrnehmungsbereitschaft der Öffentlichkeit ändert (m.w.N.)". Neue Werbeinhalte sind nicht per se unzulässig. "Soweit das BVerfG im Jahr 1972 zu den Gemeinwohlbelangen ..... noch gerechnet hat, kommt diesem Teil der Gründe.....kein Gewicht mehr zu".</i></p> <p>Diese Wertungsgesichtspunkte führten dazu, dass das BVerfG das Vorhandensein vernünftiger Gemeinwohlbelange als <i>"nicht ersichtlich"</i> bzw. <i>"nicht erkennbar"</i>, <i>"sich aus der angegriffenen Entscheidung nicht erschließend"</i>, dessen Ausführungen als <i>"nicht vollziehbar"</i> bewertet hat.</p> <p>(2) Ungeeignetheit des Mittels Das Duldungsverbot mit der Folge, Presseberichte nur unter dem Vorbehalt der Genehmigung der Veröffentlichung zuzulassen, ist zur Sicherung des Verbots berufswidriger Werbung geeignet.</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. Ein weniger stark belastender Eingriff ist mithin nicht erkennbar. Was das Führen von Zusätzen auf dem Praxisschild wie <i>"Implantologie"</i> anbelangt, so ist das Gebot, beabsichtigte Zusätze der Kammer zu melden, gegenüber dem Verbot das mildere Mittel.</p> <p>(4) Verhältnismäßigkeit Das Duldungsverbot belastet dann nicht unverhältnismäßig, wenn es sich um eine kommerzielle ärztliche Eigenwerbung handelt,</p>	<p>Rz. 9.12 D:9.18</p> <p>Rz. 9.13 D:9.19</p> <p>Rz. 9.14 D:9.20</p> <p>Rz. 9.15 B:9.9 D:9.21</p> <p>Rz. 9.16 B:9.10 D:9.22</p> <p>Rz. 9.17 D:9.23</p> <p>Rz. 9.18 B:9.11 D:9.24</p> <p>Rz. 9.19 D:9.25</p>
--	---	---

	<p>die in zumutbarer Weise hätte unterbunden werden können. 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 dann der Fall, als ein im Chiemgau ansässiger, angesehener und angegriffener Frischzellentherapeut und Ärztekritiker in der Presse scharf angegriffen worden war und jede anders lautende redaktionelle Berichterstattung am Genehmigungsvorbehalt gescheitert wäre (dieser Fall folgte auf den in Rz. 8.2 genannten Fall, welcher nur in der Textfassung D erwähnt ist).</p> <p>9.1.2.2 Das ärztliche Werbeverbot und die Meinungsäußerungsfreiheit gemäß Art. 5 GG</p> <p>9.1.2.2.1 Grundrechtsdogmatik betreffend Meinungsäußerungsfreiheit</p> <p><i>"Die Meinungsäußerungsfreiheit kommt für eine Wirtschaftswerbung dann in Betracht....., wenn eine Ankündigung einen werbenden, meinungsbildenden Inhalt hat oder Angaben enthält, die der Meinungsbildung dienen (m.w.N.). Soweit (die Meinungsäußerungsfreiheit) durch das Werbeverbot beeinträchtigt wird, ist dies nur dann zulässig, wenn der Eingriff durch ein allgemeines Gesetz i.S.d. Art. 5 Abs.2 GG (erfolgt) und wenn .....die Beschränkung nicht unverhältnismäßig ist".</i></p> <p><i>"Allgemein ist ein Gesetz i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG, wenn es sich nicht gegen eine bestimmte Meinung richtet, sondern den Schutz eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung zu schützenden Rechtsgutes dient".</i> Eine Äußerung ist Meinung, wenn sie <i>"das Element der Stellungnahme, des Dafürhaltens, des Meinens im Rahmen einer geistigen Auseinandersetzung (enthält); auf den Wert, die Richtigkeit"</i>, die Vernünftigkeit der Äußerung kommt es nicht an.</p> <p>Auch die Mitteilung von Tatsachen wird durch das Grundrecht geschützt, weil und soweit sie Voraussetzung der Bildung von Meinungen ist (m.w.N.).</p> <p>Eine Meinungsäußerung kann auch bei der Werbung mit einem nicht auf die eigenen beruflichen oder persönlichen Leistungen bezogenen Imagewerbung vorliegen, Vorzeigeleistung ist bzw.</p>	<p>Rz. 9.20 D:9.26</p> <p>Rz. 9.21 B:9.13 D:9.27</p> <p>Rz. 9.22 A:9.5 B:9.12 D:9.28</p> <p>Rz. 9.23 D:9.29</p> <p>Rz. 9.24 B:9.14 D:9.30</p>
--	--	---

	<p>war die Bildwerbung von Benetton.</p> <p>Unverhältnismäßig ist eine Beschränkung des für eine freiheitlich demokratische Staatsordnung unverzichtbaren Rechts der freien Meinungsäußerung, wenn eine Rechtfertigung durch hinreichend gewichtige Gemeinwohlbelange oder schutzwürdige Rechte und Interessen Dritter nicht gegeben ist.</p> <p>Die durch die allgemeinen Gesetze geregelten Beschränkungen sind ihrerseits im Lichte des Grundrechts der Meinungsäußerungsfreiheit auszulegen und zwar so, dass die beschränkende Wirkung selbst wieder eingeschränkt wird mit der Folge der Geltungswirkung des besonderen Gehalts der Meinungsfreiheit als unmittelbarster Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit nebst Geltungswirkung der besonderen Bedeutung der Meinungsäußerungsfreiheit für den freiheitlich demokratischen Staat.</p> <p><i>"Die Einschränkung der Meinungsfreiheit ..... muss geeignet und erforderlich sein, um den mit dem Verbot erstrebten Schutz zu bewirken; der Erfolg, der derart erreicht wird, muss in angemessenem Verhältnis zu den Einbußen stehen, welche die Beschränkung für die Meinungsfreiheit mit sich bringt (m.w.N.)."</i></p> <p>9.1.2.2.2 Vergegenständlichung des Grundsatzes der Meinungsfreiheit</p> <p>Die Buchveröffentlichung eines Arztes unter dem Titel <i>"Sieg über das Altern"</i> stellt eine Meinungsäußerung dar. Dies gilt ungeachtet der Tatsache, dass in dem Buch sachliche und wertende Argumente mit autobiographischen Erzählungen vermischt werden. Gegenstand eines Buchs ist der geistige Kampf um die dort ausgedrückte Überzeugung.</p> <p>9.1.3 Eigene Stellungnahme zur verfassungsgerichtlichen Bewertung von ärztlichen Werbeverboten</p> <p>9.1.3.1 Das BVerfG als Verdeutlicher der Berufsfreiheit gemäß Art. 12 GG</p> <p>Es befördert das Vertrauen in einen insbesondere an Freiheitsgrundrechten ausgerichteten Rechtsstaat, wenn Verbote zusätzlich und</p>	<p>Rz. 9.25 B:9.15 D:9.31</p> <p>Rz. 9.26 D:9.32 Rz. 9.27 D:9.33</p> <p>Rz. 9.28 D:9.34</p> <p>Rz. 9.29 B:9.16 D:9.35</p> <p>Rz. 9.30 A:9.6 B:9.17 D:9.38</p>
--	--	---

	<p>ausdrücklich am Maßstab der Verfassung überprüfbar sind und entsprechend überprüft werden. So wenig allerdings wie der Entscheidung des BGH sachliche Richtigkeit zuzusprechen ist, so wenig muss jedem Beschluss des BVerfG inhaltlich gefolgt werden. Maßgebend für eine Gefolgschaft im Sinne einer Richtigkeitsbestätigung ist allein das Vorhandensein guter Gründe, gemessen am Maßstab der Vernunft als Rechtfertigung der Entscheidung.</p> <p>Ausgehend hiervon sind die weitaus meisten der im Grundrechtsbereich regelmäßig zu einer Berichtigung führenden Entscheidungen des BVerfG richtig. Bewusst muss aber auch sein, dass dieses Gericht nicht deshalb das letzte Wort hat, weil es unfehlbar ist. Vielmehr halten viele dieses Gericht für unfehlbar, weil es – mittlerweile auch nicht mehr uneingeschränkt – das letzte Wort spricht (vgl. <a href="http://www.musikundgesetzesinterpretation-berneuther.de">www.musikundgesetzesinterpretation-berneuther.de</a>, Ziff. 2.2.2.2).</p> <p>9.1.3.2 Das BVerfG als Verdeutlicher der Meinungsäußerungsfreiheit gemäß Art. 5 GG</p> <p>Es ist eine Erkenntnistatsache des freien Bürgers im pluralen, also auf verschiedenen Auffassungen gegründeten Rechtsstaat, dass an die Stelle des Vorhandenseins in den Besitz einer vorgegebenen Wahrheit die Suche nach Wahrheit im Prozess der Meinungsauseinandersetzung getreten ist und tritt. Nimmt man diese Tatsache an (und zwar aus gutem Grund), bedeutet diese Relativierung von Sachinhalten zugleich die Einräumung einer Vorrangstellung der Meinungsäußerungsfreiheit. Dieser Vorrang muss, damit er Bestand hat, sich an seinen Ergebnissen messen lassen.</p> <p>Dass somit die Behauptung der Meinungsäußerungsfreiheit noch nicht dazu führt, die gesamte Handlung des Äußernden sei durch die Meinungsfreiheit geschützt, hat das BVerfG zutreffend entschieden, als es ausführte, <i>"es begegnet ..... keinen verfassungsrechtlich durchgreifenden Bedenken, die sog. "Fuckparade" und die sog. "Loveparade" in Berlin nicht als Versammlungen einzuordnen"</i>.</p> <p>Anzumerken ist, dass der Übergang von der Meinungsäußerungsfreiheit zur Versammlungsfreiheit schnell geleistet ist aufgrund des bestechenden Satzes des BVerfGs, wonach Demonstranten im eigentlichen Sinne des Wortes</p>	<p>Rz. 9.31 D:9.39</p> <p>Rz. 9.32</p> <p>Rz. 9.33 A:9.8 B:9.18 D:9.42</p> <p>Rz. 9.34 D:9.43</p> <p>Rz. 9.35 D:9.44</p> <p>Rz. 9.36 D:9.45</p>
--	---	---

	<p>Stellung nehmen.</p> <p>Wenn mithin nicht jede Handlung und damit auch nicht jede Meinungsäußerung deshalb der Meinungsäußerungsfreiheit unterliegt, weil sie vom Handelnden so gekennzeichnet wurde, stellt sich die Frage nach den Grenzen insoweit. Das BVerfG ist dabei äußerst zurückhaltend. Ich meine demgegenüber, viele Handelsrichter würden sich vor Vergnügen auf die Schenkel schlagen, wüssten sie, dass Werbung so gut wie ausnahmslos als Fall der Meinungsäußerungsfreiheit angesehen wird. Ob sich hier eine Annäherung abzeichnet eingedenk der Entscheidung des EGMR in Sachen Caroline von Hannover gegen Deutschland – nicht jede Berichterstattung kann als Beitrag von allgemeinem Interesse für die Gesellschaft angesehen werden – bleibt abzuwarten.</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 gemäß Art. 81, 82 EG überprüfen. Er kommt dabei zu dem Ergebnis:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>- Ärzte sind Unternehmer i.S.d. Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft;</li><li>- Ein Berufsverband wie die Bayerische Ärztekammer ist als Unternehmensvereinigung i.S.v. Art. 81 EG anzusehen;</li><li>- 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.</li><li>- Hieraus folgt aber nicht automatisch ein Verbot der Vereinbarung; zu prüfen sind deren Gesamtzusammenhang und Zielsetzung ferner, ob die mit der Vereinbarung verbundenen wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen notwendig mit der Verfolgung der genannten Ziele zusammenhängen.</li></ul> <p>9.2.2 Eigene Stellungnahme</p> <p>Dass der EuGH Berufsordnungen anhand des Kartellrechts und nicht am Maßstab ungeschriebener, weil im EG-Vertrag nicht</p>	<p>Rz. 9.37 A:9.9 B:9.21 D:9.50</p> <p>Rz. 9.38 A:9.10 B:9.22 D:9.55</p> <p>Rz. 9.39 D:9.57</p> <p>Rz. 9.40 D:9.58</p>
--	---	--

	<p>enthaltener, vom EuGH allerdings anerkannter Grundrechte wie dem der Berufsfreiheit überprüft, ist historisch betrachtet zwar erklärlich, bleibt aber unverständlich. Gleichwohl müssen wir mit dieser Tatsache leben, was umso leichter fällt, als die vorstehend zu Rz. 9.37 wiedergegebenen allgemeinen Prüfungsvoraussetzungen einleuchtend sind.</p> <p>Dass der EuGH gleichwohl auch ziemlich neben der Sache liegen kann, macht die Entscheidung mit dem Stichwort "<i>Orkem</i>" deutlich: Die Auskunftspflichten aufgrund des Kartellrechts sollten soweit reichen, dass der Betroffene sich selbst belasten müsste.</p> <p>Dies sah der EGMR in einem vergleichbaren Fall gänzlich anders, die Garantie eines fairen Verfahrens nach Art. 6 EMRK stellt die Grenze für kartellrechtliche Ansprüche dar. Dieser Auffassung hat sich nunmehr auch das Europäische Gericht I. Instanz angeschlossen, der EuGH nahm das hiergegen gerichtete Rechtsmittel nicht an.</p> <p>9.3 Verbotene Arztwerbung als Verstoß gegen Art. 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)</p> <p>9.3.1 Der Standpunkt des EGMR</p> <p>"1. <i>Standesregeln für Ärzte sind ein Eingriff in das nach Art. 10 EMRK geschützte Recht auf freie Meinungsäußerung.</i>"</p> <p>2. Ein solcher Eingriff verstößt gegen Art. 10 EMRK, es sei denn, er ist "<i>gesetzlich vorgesehen</i>", verfolgt eines oder mehrere der in Art. 10 Abs. 2 EMRK genannten berechtigten Ziele und ist zur Verwirklichung dieser Ziele "<i>in einer demokratischen Gesellschaft notwendig</i>".</p> <p>3. Standesregeln für Ärzte verfolgen das berechtigte Ziel des Schutzes der Gesundheit.</p> <p>4. Um festzustellen, ob ein Eingriff in das Recht auf freie Meinungsäußerung auf der Grundlage von "<i>Standesregeln</i>" notwendig "<i>ist</i>", prüft der Gerichtshof, ob die von den staatlichen Behörden zur Rechtfertigung des Eingriffs vorgetragenen Gründe stichhaltig und ausreichend sind. (Dies bedeutet Vereinbarkeit mit den in Art. 10 Abs. 2 EMRK verankerten Grundsätzen und ausreichende Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen).</p> <p>5. Werbebeschränkungen sind nicht grundsätzlich konventionswidrig. Hinsichtlich der Rechtfertigung von Werbebeschränkungen</p>	<p>Rz. 9.41 A:9.11 B:9.23 D:9.60</p> <p>Rz. 9.42 D:9.61-9.66</p>
--	--	--

	<p>besteht allerdings kein weiter Beurteilungsspielraum.</p> <p>9.3.2 Eigene Stellungnahme</p> <p>Damit ist, was die Anwendung allgemeiner Grundsätze im Hinblick auf Art. 10 EMRK anbelangt, zutreffend im Hinblick auf die Zulässigkeit der Beschränkung der Werbung von und für freie Berufe alles gesagt mit Ausnahme der Randbemerkung, dass unsere Gesellschaft nicht durch Stände, sondern durch freie Berufe u.a. geprägt ist.</p> <p>9.3.3 Zur rechtlichen Einordnung der Rechtssprechung des EGMR</p> <p>Die EMRK hat im Stufenbau der Rechtsordnung keinen durch die Verfassung aus zugewiesenen festen Platz. Dies zu ändern, hat das BVerfG vor allem in Entscheidungen unternommen, welche im Jahr 2004 und danach veröffentlicht wurden. Das BVerfG betont zum einen, dass die deutsche öffentliche Gewalt an die Entscheidungen des EGMR gebunden ist mit der Folge einer Pflicht zur Berücksichtigung dieser Entscheidungen. Zum anderen weisen das BVerfG, aber auch der EuGH seit längerem darauf hin, dass die eigene Entscheidungspraxis in Übereinstimmung mit der Rechtssprechung des EGMR steht.</p> <p>10. Rechtsverfolgungsmaßnahmen gegen Werbeverstöße</p> <p>10.1 Berufsrechtliche Maßnahmen</p> <p>10.1.1 Rüge gemäß Art. 38 Abs. 1 Satz 1 BayHKaG</p> <p>Hat der Verstoß nur geringes Gewicht, wird eine Rüge ausgesprochen.</p> <p>10.1.2 Berufsrechtliches Verfahren gemäß Art. 66 Abs. 1 Satz 1 BayHKaG</p> <p>Bei nicht nur geringfügigen Verstößen kann es zu einem berufsrechtlichen Verfahren kommen, welches ggfs. mit einer Geldbuße zu Lasten des werbenden Arztes endet.</p>	<p>Rz. 9.43 A:9.12 B:9.24 D:9.63-9.66</p> <p>Rz. 10.1 A:10.1 B:10.1 D:10.1</p> <p>Rz. 10.2 D:10.2</p> <p>Rz. 10.3 A:10.3 B:10.3 D:10.3</p> <p>Rz. 10.4 D:10.4-10.6</p>
--	--	--

	<p>10.2 Wettbewerbsrechtliche Maßnahmen</p> <p>10.2.1 Verhältnis des Wettbewerbsrechts zum Berufsrecht im Allgemeinen</p> <p>Am Bedeutsamsten ist der Vorwurf des Rechtsbruchs gemäß den §§ 3, 4 Ziff. 10 UWG (s.o. Ziff. 6.1 = Rz. 6.1-6.5), an zweiter Stelle steht die Verletzung des Irreführungsverbot es gemäß den §§ 3, 5 UWG, möglich sind darüber hinaus sonstige unlautere Handlungen.</p> <p>Der Weg über das UWG wird nicht zuletzt deshalb gewählt, weil die die Durchsetzungschance des geltend gemachten Anspruchs aufgrund der schnellen Erreichbarkeit eines Titels sehr hoch ist. Die sofort eröffnete Bestrafungsmöglichkeit insbesondere aufgrund eines hoch angesetzten Streitwertes und die damit verbundenen Folgen der Pflicht zur Erstattung von Gerichts- und Anwaltskosten in nicht unbeträchtlicher Höhe dürften der Anlass für das BVerfG gewesen sein, sich mit der Frage der Verhältnismäßigkeit der Durchsetzung von Berufsrecht vermittels des UWG auseinanderzusetzen.</p> <p>10.2.2 Unterschiede zwischen wettbewerbsrechtlichen und berufsrechtlichen Maßnahmen</p> <p>10.2.2.1 Allgemeine Anwendungsvoraussetzungen, wie sie nur für das Wettbewerbsrecht gelten</p> <p>- Die Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts (UWG) setzt ein Handeln im geschäftlichen Verkehr voraus. Ob allerdings jemals private oder lediglich in der Praxis getätigte Äußerungen zu einem berufsrechtlichen Verfahren geführt haben, muss offen bleiben.</p> <p>- Das UWG setzt ein Wettbewerbsverhältnis, also eine Anbieter- und Nachfragerlage voraus, § 2 Abs. 1 Ziff. 3 UWG;</p> <p>- Die unlautere Wettbewerbshandlung muss nicht nur unerheblich beeinträchtigen, § 3 UWG.</p> <p>10.2.2.2 Durchsetzungsmöglichkeiten, wie sie nur für das Wettbewerbsrecht gelten</p>	<p>Rz. 10.5 D:10.7</p> <p>Rz. 10.6 D:10.8</p> <p>Rz. 10.7 D:10.9</p> <p>Rz. 10.8 A:10.4 B:10.4 D:10.10</p> <p>Rz. 10.9 A:10.5 B:10.5 D:10.11</p> <p>Rz. 10.10 B:10.6 D:10.12</p>
--	--	--

	<p>- Anspruchsberechtigt nach dem UWG sind vor allem Mitbewerber und Wirtschaftsverbände, zu letzteren zählen auch die Ärztekammern.</p> <p>- Als Mittel der Rechtsdurchsetzung kommen die Abmahnung, die einstweilige Verfügung, die Hauptsacheklage und die Anrufung der Einigungsstelle in Betracht.</p> <p>-- Die Abmahnung, zumindest innerhalb des Bereichs des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts erstmals für das UWG in § 12 Abs. 1 UWG seit 08.07.2004 ausdrücklich erwähnt, hat die Aufgabe, den angeblichen oder tatsächlichen Unterlassungsschuldner auf den Verstoß aufmerksam zu machen. Sie hat des Weiteren die Aufgabe, nach Einreichung eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, nach Stattgabe eines Verfügungsantrags mittels Beschlussverfügung und nach Klageeinreichung die Aufbürdung der Kostenlast dem Unterlassungsgläubiger zu verhindern, falls der Unterlassungsschuldner anerkannt. Sie hat schließlich die verfassungsrechtlich notwendige Aufgabe, vor Erlass einer Beschlussverfügung die Gewährung rechtlichen Gehörs zu gewährleisten.</p> <p>-- Eine einstweilige Beschluss- oder eine einstweilige Urteilsverfügung stellt das schnellste Mittel dar, einen Titel zu erlangen, mehr unter <a href="http://www.markenrecht-bernreuther.de">www.markenrecht-bernreuther.de</a>, Ziff. 23.2.1.</p> <p>-- Die Hauptsacheklage wählt man, wenn eine Beweisaufnahme erforderlich ist oder aber, wenn die Sache grundsätzliche Bedeutung besitzt und die Vollstreckbarkeit der Entscheidung auf den Zeitpunkt ihrer Rechtskraft hinausgeschoben werden kann, mehr unter <a href="http://www.markenrecht-bernreuther.de">www.markenrecht-bernreuther.de</a>, Ziff. 23.2.2.</p> <p>-- Die Einigungsstelle ruft man an, wenn die Erlangung eines Titels nicht im Vordergrund steht.</p> <p>10.2.2.3 Rechtsfolgen, wie sie nur für das Wettbewerbsrecht gelten</p> <p>Wettbewerbsverstöße werden hauptsächlich durch Abgabe einer Unterlassungserklärung beseitigt. In dieser – schriftlichen – Unterlassungserklärung ist sodann fast ausnahmslos vorgesehen, dass sich der Unterlassungsschuldner verpflichtet, für den Fall des</p>	<p>Rz. 10.11 D:10.13</p> <p>Rz. 10.12 D:10.14</p> <p>Rz. 10.13 D:10.16</p> <p>Rz. 10.14 A:10.6 B:10.7 D:10.18</p> <p>Rz. 10.15 A:10.7 B:10.8 D:10.19</p> <p>Rz. 10.16 D:10.20</p> <p>Rz. 11 A:11 B:11 D:11</p>
--	--	--

	<p>Verstoßes gegen die Verpflichtung eine Vertragsstrafe zu bezahlen. Im Übrigen wird eine gewisse Anzahl von Abmahnungen nicht weiter verfolgt, der Rest wird durch gerichtliche Entscheidungen erledigt, welche für den Fall der Zuwiderhandlung hauptsächlich die Verhängung eines Ordnungsgeldes vorsehen.</p> <p>Eine sehr bedeutsame Rechtsfolge ist – wie vorstehend in Ziff. 10.2.1 = Rz. 10.4 erwähnt – die tatsächliche Sofortbestrafung aufgrund der sich aus dem Streitwert ergebenden Gerichts- und Anwaltskosten.</p> <p>11. Ausblicke</p> <p>Vorausschau zu halten bedeutet immer zugleich, sich zu irren. Die Zukunft zu sehen, ist uns Menschen versagt, die einzige Vorhersage, die mit Sicherheit zutrifft, lautet (wie schon in Plüsch und Plum ausgeführt): <i>"Aber hier wie überhaupt, kommt es anders als man glaubt."</i></p> <p>Was allerdings ein künftiges Verhalten aufgrund geänderter Ausgangsvoraussetzungen anbelangt, so wird die verstärkte Verdeutlichung der Grundrechte wohl von den Instanzgerichten aufgenommen werden mit der Folge einer Verfestigung der erweiterten ärztlichen Werbemöglichkeiten, bestätigt durch die Rechtssprechung bereits in I. Instanz.</p> <p>Die ausführliche Darstellung der die engen Grenzen des ärztlichen Werbeverbots aufhebenden Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts (s.o. Rz. 9.2-9.36), des EuGH (s.o. Rz. 9.37-9.40) und des EGMR (s.o. Rz. 9.41-9.42) macht zugleich deutlich, dass das Wettbewerbsrecht immer in besonderem Maße, mithin stärker als das Markenrecht oder das Patentrecht in einem natürlichen Spannungsverhältnis zu übergeordneten Regelungen wie den Grundrechten und der Menschenrechtskonvention steht.</p> <p>Und nachdem nach meiner Auffassung der Begründungsbestandteil <i>"übertriebenes Wirken der Werbung"</i> im Rahmen der Bewertung des Werbeverhaltens freier Berufe die Folge eines kaum fassbaren Inhaltes, welcher zumindest staatsrechtlichen Anforderungen im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot, nicht genügt, wegfallen muss, darf man – vielleicht – auch sagen: Es bleibt spannend!</p>	
--	--	--

--	--	--