

Gliederung

Einleitung		Rz. 1
1.	Voraussetzungen und Umfang des Begriffs der Werbung	Rz. 1.1 – 1.4
2.	Werbemittel	Rz. 2.1 - 2.4
3.	Die rechtlichen Grundlagen für die Bewertung von Arztwerbung	
3.1	Berufsrecht	Rz. 3.1 – 3.3
3.2	Das Heilmittelwerbegesetz	Rz. 3.4
3.3	Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)	Rz. 3.5
4.	Die Berufsordnung für die Ärzte Bayerns (BayBOÄ) als Beispiel und Hauptanknüpfungspunkt der berufsrechtlichen Bewertung der Arztwerbung	
4.1	Regelungswortlaut und Regelungsgrundlage	Rz. 4.1 – 4.5
4.2	Vergegenständlichung des Verbots berufswidriger Arztwerbung	Rz. 4.6
4.2.1	Berufswidrige Arztwerbung, konkretisiert durch sonstige Bestimmungen der Berufsordnung	Rz. 4.7 - 4.17
4.2.2	Berufswidrige Arztwerbung, konkretisiert durch wiederkehrende Begründungselemente der neueren Rechtsprechung	
4.2.2.1	Darstellung der Rechtsprechung	Rz. 4.18 - 4.23
4.2.2.2	Eigene Stellungnahme	Rz. 4.24 – 4.31
4.2.3	Beispiele berufswidriger Werbung	Rz. 4.32 - 4.55
4.3	Zusammenfassung zu Ziff. 4	Rz. 4.56 – 4.60
5.	Das Heilmittelwerbegesetz (HWG) als Grundlage der Bewertung ärztlichen Werbeverhaltens	
5.1	Der Anwendungsbereich des HWG	
5.1.1	Die Anwendbarkeit des HWG im Allgemeinen	Rz. 5.1
5.1.2	Die Anwendbarkeit des HWG im Besonderen	Rz. 5.2

5.2	Zweck des HWG	Rz. 5.3 – 5.4
5.3	Fallbeispiele	Rz. 5.5 - 5.16
5.4	Zusammenfassung zu Ziff. 5	Rz. 5.17
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	Rz. 6.6
6.2.1	Das Irreführungsverbot, Verbot der unzulässigen ver- gleichenden Werbung	Rz. 6.7 - 6.8
6.2.2	Sonstige unlautere Wettbewerbshandlungen	Rz. 6.9
6.3	Fallbeispiele	Rz. 6.10 – 6.16
6.4	Zusammenfassung zu Ziff. 6	Rz. 6.17 – 6.20
7.	Der Arzt als Klinikbetreiber	
7.1	Die Rechtslage im Allgemeinen	Rz. 7.1 – 7.8
7.2	Fallbeispiele	Rz. 7.9 – 7.11
8.	Der Arzt als Dulder berufswidriger Arztwerbung	
8.1	Die Rechtslage im Allgemeinen	Rz. 8.1 – 8.3
8.2	Fallbeispiele	Rz. 8.4 – 8.5
8.3	Zusammenfassung	Rz. 8.6 – 8.8
9.	Rechtliche Grenzen des Verbots berufswidriger Arzt- werbung	Rz. 9.1
9.1	Verbotene Arztwerbung als Verstoß gegen Grundrechte	
9.1.1	Allgemeines zur Anwendung der Grundrechte im Einzel- fall	Rz. 9.2 – 9.13
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	Rz. 9.14 – 9.25

	gemäß Art. 12 GG	
9.1.2.2	Das ärztliche Werbeverbot und die Meinungsäußerungsfreiheit gemäß Art. 5 GG	
9.1.2.2.1	Grundrechtsdogmatik betreffend Meinungsäußerungsfreiheit	Rz. 9.26 – 9.34
9.1.2.2.2	Vergegenständlichung des Grundsatzes der Meinungsäußerungsfreiheit	Rz. 9.35 – 9.37
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. 9.38 – 9.41
9.1.3.2	Das BVerfG als Verdeutlicher der Meinungsäußerungsfreiheit gemäß Art. 5 GG	Rz. 9.42 – 9.48
9.1.3.3	Zusammenfassung der eigenen Stellungnahme	Rz. 9.49
9.2	Verbotene Arztwerbung als Verstoß gegen Europäisches Kartellrecht	
9.2.1	Der Standpunkt des EuGH	
9.2.1.1	Der Standpunkt des EuGH im Allgemeinen	Rz. 9.50
9.2.1.2	Der Standpunkt des EuGH übertragen auf die Arzt-	Rz. 9.51 – 9.52
9.2.2	Eigene Stellungnahme	Rz. 9.53 – 9.59
9.3	Verbotene Arztwerbung als Verstoß gegen Art. 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)	
9.3.1	Der Standpunkt des EGMR	Rz. 9.60
9.3.2	Eigene Stellungnahme	Rz. 9.61 – 9.62
9.3.3	Zur rechtlichen Einordnung der Rechtsprechung des EGMR	Rz. 9.63 – 9.66
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 – 10.6

10.2.2	Unterschiede zwischen wettbewerbsrechtlichen und berufsrechtlichen Maßnahmen	
10.2.2.1	Allgemeine Anwendungsvoraussetzungen, wie sie nur für das Wettbewerbsrecht gelten	Rz. 10.7 – 10.9
10.2.2.2	Durchsetzungsmöglichkeiten, wie sie nur für das Wettbewerbsrecht gelten	Rz. 10.10 – 10.17
10.2.2.3	Rechtsfolgen, wie sie nur für Wettbewerbsrecht	Rz. 10.18 – 10.20
11.	Ausblick	Rz. 11

	www.arztwerbung-bernreuther.de (D)	
<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</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>Rz. 1 A:1 B:1 C:1</p>
<p>www.markenpiraterie-bernreuther.de www.musikungesetzesinterpretation-bernreuther.de</p>	<p>1. Voraussetzungen und Umfang des Begriffs der Werbung</p>	<p>Rz. 1.1 A:1.1 B:1.1 C:1.1</p>
<p>www.ordnungsgeld-bernreuther.de www.vertragsstrafe-bernreuther.de</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 (m.w.N.)"</i>. Eine weitergehende Definition von <i>"Werbung"</i> findet sich in Art. 2 Ziff. 1 der Irreführungsrichtlinie 84/450/EWG Danach ist Werbung jede Äußerung bei der Ausübung eines Gewerbes oder freien Berufes zu dem Zweck der Absatzförderung. Ob man allerdings entsprechend dem von der EU-Kommission verfassten Grünbuch <i>"Kommerzielle Kommunikation"</i> Werbung als eine Art der Kommunikation bezeichnen darf, ist eingedenk der fehlenden Gegenseitigkeit der Verständigung zweifelhaft (vgl. www.markenrecht-bernreuther.de Ziff. 11.1.4; Ziff. 30). Was das allgemeine Verständnis von Werbung anbelangt, so wurde Werbung traditionell als nicht informativ, überredend angesehen. Heute schreibt man Werbung eher einen Informationsgehalt zu.</p>	<p>Rz. 1.2</p>
<p>www.vertriebsbindung-bernreuther.de wissenschaftliche Beiträge zu meiner Person</p>	<p>2. Werbemittel</p>	<p>Rz. 1.3</p>
<p>Impressum</p>	<p>Die BayBOÄ regelt nicht, auf welche Weise Werbung möglich ist. Solches ist sachgerecht. Auf die moderne Welt trifft die Erkenntnis zu, dass nichts mehr feststeht (vgl.</p>	<p>Rz. 1.4</p>

	<p>www.musikundgesetzesinterpretation-bernreuther.de Ziffer 4 Satz 1). Hiervon ausgehend ist es nur folgerichtig, dass immerwieder neue Mittel der Verständigung auftauchen, gefunden oder erfunden werden. Als Werbemittel kommen derzeit insbesondere das Praxisschild, Druckerzeugnisse, also Anzeigen in Verzeichnissen oder Zeitungen, die Auflage von Praxisbroschüren, Geschäftspapier oder Visitenkarten, bzw. die Eigendarstellung im Internet in Betracht. Werbung vollzieht sich aber nicht nur über Medien, sondern auch über Handlungen wie die Abgabe von Waren oder das Erbringen von gewerblichen Dienstleistungen außerhalb notwendiger ärztlicher Therapie. In § 3 Abs. 2 BayBOÄ wird die Abgabe von Waren oder die Erbringung von gewerblichen Dienstleistungen als unvereinbar mit den Grundsätzen des ärztlichen Berufs bewertet. Dies ist deshalb erstaunlich weil unsystematisch, da die Voraussetzungen der berufswidrigen Werbung in § 27 BayBOÄ definiert sind.</p> <p>Die Anforderungen an das Praxisschild sind gleichfalls – unsystematisch – unter Berufsausübung, statt unter "<i>Berufliche Kommunikation</i>" (als Gliederungsüberschrift für die Regelungen der §§ 27 bis 28 BayBOÄ) in § 17 Abs. 3 BayBOÄ geregelt, dieselbe zusammenhanglose Einteilung findet sich zu Hinweisschildern ausgelagerter Praxisräume, man findet diese Bestimmung nach einigem Suchen in § 18 Abs. 3, nunmehr nicht unter der Hauptüberschrift "<i>Grundsätze</i>" (wie § 3 Abs. 2 BayBOÄ), sondern unter "<i>Berufliches Verhalten</i>".</p> <p>Werbung sieht der Regelungsgeber der BayBOÄ offenbar nur im Verhältnis zu Patienten als möglich und vorhanden an. Nur so lässt sich die unerlaubte Zuweisung von Patienten gegen Entgelt unter der Überschrift "<i>Berufliche Zusammenarbeit von Ärzten</i>" in § 31 BayBOÄ verstehen, dasselbe gilt zu dem in § 34 Abs. 3 BayBOÄ geregelten Verbot, Werbevorträge zu halten oder zur Werbung bestimmte Gutachten zu erstellen. Wer derart kreuz und quer regelt, setzt sich dem Verdacht aus, dass Bewertungen einer berufskonformen oder berufswidrigen Werbung den logischen Ort ihrer Begründung verfehlen; was anerkanntermaßen zu Fehlern im Ergebnis führen kann und führt.</p> <p>Aus der Verwendung eines bestimmten Werbemittels schließlich kann nicht auf die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Werbung</p>	<p>Rz. 2.1 A:2.1 B:2.1 C:2.1</p> <p>Rz. 2.2 A:2.2 B:2.2 C:2.2</p> <p>Rz. 2.3</p> <p>Rz. 2.4 C:2.3</p>
--	--	---

	<p>geschlossen werden.</p> <p><i>"Die Wahl des Mediums Internet rechtfertigt es nicht, die Grenzen für die erlaubte Außendarstellung von Ärzten enger zu ziehen. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat bereits entschieden, dass ein zur Selbstdarstellung gewähltes Medium für sich betrachtet nicht die Unzulässigkeit der Werbung begründen kann (m.w.N.). Dies gilt für die Werbung im Internet umso mehr, als eine Homepage eine passive Darstellungsplattform ist, die sich nicht unaufgefordert potentiellen Patienten aufdrängt, sondern im Gegenteil von diesen erst aufgerufen werden muss".</i></p> <p>Der Bundesgerichtshof (BGH) hat sich diesen Überlegungen insbesondere in seiner Entscheidung mit dem Stichwort <i>"Arztwerbung im Internet"</i> angeschlossen.</p> <p>3. Die rechtlichen Grundlagen für die Bewertung von Arztwerbung</p> <p>3.1 Berufsrecht</p> <p>Erster Anknüpfungspunkt für die Bewertung ärztlicher Werbung ist die Musterberufsordnung, welche in § 27 die erlaubte sachliche Information über die berufliche Tätigkeit und in § 28 öffentliches Wirken und Medientätigkeit regelt. Als Musterordnung hat dieses Regelungswerk keine Rechtsqualität. Sie ist lediglich eine nicht rechtsverbindliche Empfehlung zum einen, <i>"weil die Befugnis zum Erlass(sc.: von Berufsordnungen wie hier) bei den Ländern liegt"</i>, zum zweiten ist sie Muster und daher nur als Vorlage für eine Regelung gewollt. Nachdem Berufsordnungen in den Ländern die Musterberufsordnung nicht selten wortgleich übernehmen, kann die Musterberufsordnung als Ausgangspunkt allgemeiner Überlegungen dann dienen, wenn die Regelungen der Musterberufsordnung in den Ländern übernommen wurden.</p> <p>Dem Berufsrecht wird entweder dadurch Geltung verschafft, dass bei angeblichen oder tatsächlichen Verstößen insbesondere Geldbußen verhängt werden, vgl. z.B. Art. 66 Abs. 1 Satz 1, Art. 67 Abs. 1 Ziff. 2 des Bayerischen Heilberufe-Kammergesetzes (BayHKaG).</p>	<p>Rz. 3.1 A:3.1 B:3.1 C:3.1</p> <p>Rz. 3.2</p> <p>Rz. 3.3</p>
--	--	--

	<p>Das Berufsrecht kann zum zweiten durch die Fallgruppe "Rechtsbruch" im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel Geltung erlangen.</p> <p>3.2 Das Heilmittelwerbe-gesetz</p> <p>Die Werbung von Ärzten kann gegen Bestimmungen des Heilmittelwerbe-gesetzes verstoßen, wenn es um die Werbung für verschreibungspflichtige Arzneimittel und medizinische Verfahren, nicht aber den Beruf des Arztes geht.</p> <p>3.3 Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)</p> <p>Die Werbung von Ärzten kann gegen das UWG verstoßen, wenn die Berufspflichtverletzung einen Wettbewerbsbezug aufweist und nicht den Marktzutritt, sondern das Marktverhalten regelt. Darüber hinaus ist das UWG auch dann anwendbar, wenn keine spezifische Berufspflichtverletzung, sondern ein Handeln gegeben ist, bei dem jede im geschäftlichen Verkehr handelnde Person gegen das UWG verstößt. Ärzte sind Gewerbetreibende i.S.d. UWG.</p> <p>4. Die Berufsordnung für die Ärzte Bayerns (BayBOÄ) als Beispiel und Hauptanknüpfungspunkt der berufsrechtlichen Bewertung der Arztwerbung</p> <p>4.1 Regelungswortlaut und Regelungsgrundlage</p> <p>§ 27 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 3, S. 1 und 2 der BayBOÄ lauten wie folgt:</p> <p><i>"(1) Zweck der nachfolgenden Vorschriften der Berufsordnung ist die Gewährleistung des Patientenschutzes durch sachgerechte und angemessene Information und die Vermeidung einer dem Selbstverständnis des Arztes zuwiderlaufenden Kommerzialisierung des Arztberufs.</i></p> <p><i>(2) Auf dieser Grundlage sind dem Arzt sachliche berufsbezogene Informationen gestattet.</i></p>	<p>Rz. 3.4 A:3.2 B:3.2 C:3.2</p> <p>Rz. 3.5 A:3.3 B:3.3 C:3.3</p> <p>Rz. 4.1 A:4.1 B:4.1 C:4.1</p>
--	--	--

	<p>(3) <i>Berufswidrige Werbung ist dem Arzt untersagt. Berufswidrig ist insbesondere eine nach Inhalt oder Form anpreisende, irreführende oder vergleichende Werbung</i>".</p> <p>Stellt man dieser Regelung die parallelen Bestimmungen früherer Jahre gegenüber, wird deutlich, dass 1994 noch ein vollständiges Werbeverbot ohne Einschränkungen normiert worden war. 1998 wurde das Werbeverbot durch die Aussage, sachliche Informationen seien in Form, Inhalt und Umfang gemäß weiterer Grundsätze zulässig, ergänzt. 2000 erlaubte die Musterberufsordnung dem Arzt die sachliche Information über seine Berufstätigkeit.</p> <p>Bewertet man die Änderungen der als Satzungen vorhandenen Regelungen, kann schlagwortartig gesagt werden: Gestern war Werbung verboten, heute ist Verbraucher- und Patientenunterrichtung erlaubt.</p> <p>4.2 Vergegenständlichung des Verbots berufswidriger Arztwerbung</p> <p>Was unter berufswidriger Werbung zu verstehen ist, wird durch Beispiele der Berufsordnung (s.u. Ziff. 4.2.1) selbst sowie durch wiederkehrende Begründungselemente der Rechtsprechung (s.u. Ziff. 4.2.2), aber auch durch Einzelfallentscheidungen (s.u. Ziff. 4.2.3) festgelegt.</p> <p>4.2.1 Berufswidrige Werbung, konkretisiert durch sonstige Bestimmungen der Berufsordnung</p> <p>Nach § 27 Abs. 3 Satz 2 BayBOÄ ist berufswidrig insbesondere eine nach Art und Umfang anpreisende, irreführende oder vergleichende Werbung. Irreführende Werbung eignet zur Vergegenständlichung des Wertausfüllungsbegriffs "<i>berufswidrige Werbung</i>" deshalb nicht, weil irreführende Werbung in keinem Lebensbereich zulässig ist. Somit ist das in § 27 Abs. 3 Satz 2 BayBOÄ genannte Irreführungsverbot lediglich Ausdruck des allgemein geltenden und in den §§ 3, 5 UWG geregelten Verbots irreführender Werbung.</p> <p>Vergleichende Werbung eignet zur Vergegenständlichung des wertausfüllungsbedürftigen Begriffs</p>	<p>Rz. 4.2</p> <p>Rz. 4.3</p> <p>Rz. 4.4</p> <p>Rz. 4.5</p> <p>Rz. 4.6</p> <p>Rz. 4.7 A:4.2 B:4.2 C:4.2</p> <p>Rz. 4.8 B:4.4 C:4.4</p> <p>Rz. 4.9 C:4.5</p>
--	--	---

	<p>"berufswidrige Werbung" deshalb nicht, weil § 6 UWG die Zulässigkeit vergleichender Werbung mit Geltung auch für Ärzte regelt. Die BayBOÄ (und jede andere Berufsordnung auch) kann allerdings als Satzung den Geltungsbereich eines Bundesgesetzes aus verfassungsrechtlichen Gründen betreffend die Regelungszuständigkeit nicht erweitern. Auch gibt es keinen in § 6 UWG geregelten Vorbehalt, von dieser Vorschrift unter bestimmten Voraussetzungen abweichen zu dürfen. Und schließlich ist beachtlich, dass § 6 UWG die Richtlinie 97/55/EG vom 06.10.1997 über vergleichende Werbung umsetzt. Jede Abweichung von § 6 UWG würde mithin auch gegen das Umsetzungsverbot gemäß Art. 249 Abs. 3 EG und gegen den Grundsatz der Gemeinschaftstreue gemäß Art. 10 EG als besonderen Ausprägungen des Grundsatzes der Bindung an das Gesetz verstoßen.</p> <p>Daher bleibt – scheinbar – allein die nach Inhalt oder Form anpreisende Werbung als Erkenntnisgrund für berufswidrige Werbung.</p> <p>Nachdem Werbung aber immer – zumindest auch – anpreisend ist, die Satzung offen lässt, wann Inhalt oder Form von solcher Art sind, dass die Anpreisung berufswidrig ist, bietet auch dieses Regelbeispiel kaum Erkenntnisgewinn.</p> <p>Wie vorstehend zu Ziff. 2 = Rz. 2.2 ausgeführt, regelt die BayBOÄ außerhalb des Regelungszusammenhangs allerdings weitere Fälle berufswidriger Werbung, so dass sich möglicherweise von daher Antworten ergeben.</p> <p>Das Verbot der Abgabe von Waren oder des Erbringens von gewerblichen Leistungen außerhalb notwendiger ärztlicher Therapie gemäß § 3 BayBOÄ stellt möglicherweise ein gutes Beispiel berufswidriger Werbung dar eingedenk der Tatsache, dass im allgemeinen Geschäftsverkehr zu Zwecken des Wettbewerbs derartige Handlungen früher zumeist als unzulässig aufgrund "übertriebenen Anlockens", heute aber als zulässig aufgrund weitgehender Aufgabe dieser Argumentationsfigur angesehen worden war bzw. wird. Ein gutes Beispiel ist möglicherweise das Verbot der Abgabe von Leistungen oder das Erbringen von Leistungen auch deshalb, weil diese Begründung auch vom BVerfG und BGH verwendet wird:</p> <p>"Nach der Rechtsprechung des BVerfG dürfen</p>	<p>Rz. 4.10</p> <p>Rz. 4.11</p> <p>Rz. 4.12 A:4.3 B:4.5 C:4.6</p>
--	---	---

	<p><i>Angehörige der freien Berufe grundsätzlich auch in dieser Form werben, sofern die Anzeigen nicht nach Form, Inhalt oder Häufigkeit übertrieben wirken".</i></p> <p>Wenn nun allerdings geglaubt wird, im Verhältnis des Arztes zum Patienten sei festlegbar, wann die Hingabe einer Ware oder die Erbringung einer Dienstleistung übertrieben wirkt, so galt solches – anscheinend – früher auch im Verhältnis des Kaufmanns zum Kunden. Wie wenig tragfähig sich diese Annahme erwiesen hat und wie wenig tragfähig das übertriebene Wirken im Verhältnis des Arztes zum Patienten sein wird, um eine berufswidrige Werbung zu begründen, beweist die Tatsache der Aufgabe der Begründungsfigur des <i>"übertriebenen Anlockens"</i> und die Überzeugungskraft der hiergegen gerichteten Angriffe.</p> <p>Und nachdem auch die Regelungen zu den Praxisschildern gemäß § 17 Abs. 3 und § 18 Abs. 3 BayBOÄ, gemäß § 31 BayBOÄ (unerlaubte Zuweisung von Patienten gegen Entgelt) sowie gemäß § 34 Abs. 3 BayBOÄ (keine Werbevorträge; keine Werbegutachten) keine verallgemeinerungsfähigen Anknüpfungspunkte ergeben, wann von einer berufswidrigen Werbung auszugehen ist, bleibt als Möglichkeit einer Konkretisierung die Sicht auf bereits entschiedene Fälle mit Beispielscharakter, ggfs. zusätzlich mit wiederkehrenden Begründungselementen.</p> <p>Was den Zweck des Verbots berufswidriger Werbung angeht, so zielt § 27 Abs. 1 BayBOÄ – wie vorstehend zu Ziff. 4.1 = Rz. 4.1 zitiert - darauf ab, den Patientenschutz durch sachgerechte und angemessene Information und die Vermeidung einer dem Selbstverständnis des Arztes zuwiderlaufenden Kommerzialisierung des Arztberufes zu gewährleisten.</p> <p>Zunächst gilt, dass die Festlegung des Zwecks einer Regelung in der betreffenden Regelung selten (§ 1 UWG lautet: <i>"Dieses Gesetz dient dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und der Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauterem Wettbewerb. Es schützt zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb"</i>) geschieht und als enge Zwecksetzung grundsätzlich zu vermeiden ist. Anderenfalls nämlich besteht die Gefahr, dass das Gesetz nicht mehr beweglich (das Gesetz ist</p>	<p>Rz. 4.13</p> <p>Rz. 4.14</p> <p>Rz. 4.15 A:4.4 B:4.6 C:4.7</p> <p>Rz. 4.16</p>
--	---	---

	<p>klüger als der Gesetzgeber, vgl. hierzu meine Ausführungen in WRP 2003, 846, 867 Fn 117; WRP 2001, 513, 521 Fn 71) angewandt werden kann aufgrund des festen Bezugs zu einem festen Zweck. Darüber hinaus ist beachtlich, dass nicht nur die juristische Argumentation Teil der allgemeinen Argumentation – ich folge hier einem in Kiel ansässigen, zur juristischen Argumentation und zur Grundrechtstheorie insbesondere bekannt gewordenen Hochschullehrer – ist, sondern auch juristische Hermeneutik Teil der allgemeinen Hermeneutik ist. Hiervon ausgehend muss festgestellt werden, dass kein Gedicht, kein Drama und kein Roman seinen eigenen Zweck definiert.</p> <p>Was den Patientenschutz durch sachgerechte und angemessene Information anbelangt, so ist dieses weite Ziel nur zu begrüßen. Die Weite des Ziels bewirkt allerdings die Schwierigkeit zu verdeutlichen, wann eine Information angemessen ist und wann nicht. Die Vermeidung einer dem Selbstverständnis des Arztes zuwiderlaufenden Kommerzialisierung des Arztberufes stellt zwar ein bewegliches Ziel dar, aber auch hier ist und bleibt es schwierig zu bestimmen, wann dieses Ziel verwirklicht ist und wann nicht.</p> <p>4.2.2 Berufswidrige Arztwerbung, konkretisiert durch wiederkehrende Begründungselemente der neueren Rechtssprechung</p> <p>4.2.2.1 Darstellung der Rechtssprechung</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</p>	<p>Rz. 4.17</p> <p>Rz. 4.18 C:4.8</p> <p>Rz. 4.19 A:4.6 B:4.8 C:4.9</p> <p>Rz. 4.20 A:4.7 B:4.9 C:4.10</p>
--	---	--

	<p><i>"den Angehörigen freier Berufe für sachgerechte, nicht irreführende Information im rechtlichen und geschäftlichen Verkehr Raum bleiben", so das BVerfG.</i></p> <p><i>So entsprechen "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><i>Was die Imagewerbung anbelangt, also die Werbung mit einem bestimmten Bild in der Öffentlichkeit, so ist diese Werbung zulässig, wenn der bezweckte Zusammenhang eine wahrheitsgemäße Selbstdarstellung beinhaltet, welche Informationen aufweist, "die für sich genommen weder irreführend sind noch ein sensationelles Sich-Herausstellen zum Gegenstand haben".</i></p> <p><i>Leistungs- und Imagewerbung vom Arzt für sich selbst ist berufsgemäß, wenn die vorstehenden Vorgaben eingehalten sind.</i></p> <p><i>"Die Fremdwerbung eines Arztes ist aber im Regelfall Ausdruck eines rein geschäftsmäßigen, am Gewinn orientierten VerhaltensDem 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><i>Allgemein ist zu bemerken: "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><i>Was den Zweck des Verbots berufswidriger Werbung anbelangt, so soll "der Patientdarauf vertrauen können, dass sich der Arzt nicht von kommerziellen Interessen leiten lässt". "Das Werbeverbot für Ärzte soll dem Schutz der Bevölkerung dienen, es soll das Vertrauen der Patienten darauf erhalten, dass der Arzt nicht</i></p>	<p>Rz. 4.21 A:4.9 B:4.11 C:4.11</p> <p>Rz. 4.22 A:4.5 B:4.7 C:4.12</p> <p>Rz. 4.23 A:4.8 B:4.10 C:4.13</p> <p>Rz. 4.24</p>
--	---	--

	<p><i>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>Was die Vergegenständlichung von "berufswidrige Werbung" durch Bezugnahme auf neuere Rechtsprechung des BVerfGs und des BGHs anbelangt, so ist gegen diese Maßstäbe (Berücksichtigung der Interessenlage der Ärzte sowie des Informationsbedürfnisses der Patienten, ausdifferenziert anhand der Leistungs- und Imagewerbung sowie der Eigen- und Fremdwerbung) nichts zu erinnern. Zu erinnern ist lediglich, dass die hier dargestellten Präjudizien als solche neueren Datums sich erheblich von Vorgaben der Rechtsprechung unterscheiden, die teilweise nur wenige Jahre zurückliegen.</p> <p>Was den Verbotszweck ärztlicher Werbung anbelangt, so ist zunächst festzustellen, dass der Besitz und die Verfolgung von auf Umsatz und Gewinn gerichteten Interessen gleichgültig, welcher Beruf ausgeübt wird, weder unanständig ist noch rechtswidrig sein darf. Wer kommerzielle Interessen besitzt und sie verfolgt, lässt sich auch von ihnen leiten. Auch dies ist weder unanständig, noch darf solches rechtswidrig sein. Festzustellen ist weiter – und hier dürfte allgemeine Übereinstimmung bestehen –, dass erste Pflicht des Arztes es ist, dem Patienten bestmöglich zu helfen.</p> <p>Die Zweckformulierung, der Patient solle darauf vertrauen dürfen, dass sich der Arzt nicht von kommerziellen Interessen leiten lässt, ist nichts anderes als eine geschickte Unterstellung: Wer darlegt, dass er sich auch von geschäftlichen Zwecken leiten lässt oder darlegt, dass er entsprechend werben möchte bzw. eine entsprechende Werbung für rechtmäßig hält, muss sich dagegen verteidigen, er habe es verabsäumt, in erster Linie dem Patienten zu helfen. Mit dieser Unterstellung lässt sich aber eine Gesetzesanwendung auf Dauer nicht begründen.</p> <p>Blickt man darüber hinaus auf die tatsächliche</p>	<p>Rz. 4.25 A:4.10 B:4.13 C:4.14</p> <p>Rz. 4.26</p> <p>Rz. 4.27</p> <p>Rz. 4.28</p>
--	---	--

	<p>Lage, so beweisen z.B. Fernsehsendungen (Panorama am 23.10.2003), dass ohne jegliche Werbung Ärzte aus reinem Gewinnstreben handeln, wenn bei einer behaupteten Rückenverspannung der Testperson ohne weitere Nachschau eine kernspintomographische Untersuchung empfohlen und sodann durchgeführt wird. Weshalb dann das sog. Werbeverbot ausgerechnet das Vertrauen der Bevölkerung in die ärztliche Versorgung sichert, ist nicht recht ersichtlich.</p> <p>Als weiteres auf der Tatsachenseite angesiedelten Argument kommt hinzu, dass die Tatsache des Erlaubtseins von Werbung die Tatsache des Erlaubtseins der Verwirklichung kommerzieller Interessen mitbeinhaltet.</p> <p>Somit kommt es nicht auf das Vorhandensein von kommerziellen Interessen, sondern der Art und Weise der Verwirklichung der kommerziellen Interessen an.</p> <p>Unterstellt man, in der Werbung komme unmittelbar fehlendes Hilfsinteresse zum Ausdruck, dürfte übereinstimmend die Auffassung bestehen, dass diese Werbung berufswidrig und zugleich wettbewerbswidrig ist.</p> <p>Kommt allerdings der Gesichtspunkt der Hilfestellung durch den Arzt in der Werbung hinreichend zum Ausdruck, sind gleichzeitig ausgedrückte kommerzielle Interessen nicht rechtswidrig. Als Beispiel dient bereits jedes Praxisschild.</p> <p>Nochmals: Der Ausdruck kommerzieller Interessen, wie er Bestandteil jeglicher Werbung ist, führt nicht zur Unzulässigkeit der Werbung, da anderenfalls jegliche Werbung verboten wäre, was mittlerweile – wohl – von niemandem mehr behauptet wird.</p> <p>Im Übrigen weist jede Berufsausübung eine Verantwortung zum Nächsten auf. Der an den Arzt gerichtete Aufruf, verantwortlich zu handeln, keinen "<i>kommerziellen Interessen</i>" nachzugehen und gleichzeitig ihn zu befähigen, werben zu dürfen, ist ein gedankliches Kauderwelsch.</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</p>	<p>Rz. 4.29</p> <p>Rz. 4.30 C:4.15</p> <p>Rz. 4.31</p> <p>Rz. 4.32 A:4.11 B:4.14 C:4.16</p>
--	---	---

	<p>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 "Photorefraktive Keratektomie" angewandt - Operationsrisiken sind gering – Kosten werden teilweise von der Kasse übernommen"</i></p> <p>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 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 gemäß Art. 10.</p> <p>(2) Wird im Abstand von acht Wochen in einem redaktionellen Beitrag sehr positiv über einen Arzt berichtet, im zweiten Fall unter der Überschrift <i>"Münchener Zahnarzt zahlt Praxisgebühr für Patienten"</i>, wobei der Arzt</p>	<p>Rz. 4.33</p> <p>Rz. 4.34</p>
--	--	---------------------------------

	<p>und seine Praxisanschrift namentlich genannt werden, ist der Einwand des Arztes, er habe auf die Berichterstattung keinen Einfluss gehabt, bedeutungslos. Denn der Arzt hätte damit rechnen müssen, dass erneut sehr positiv über ihn berichtet wird, Vorsorgemaßnahmen waren grundsätzlich möglich.</p> <p>Dass die Werbung unzulässig, weil übermäßig (und unsachlich) anpreisend war, liege auf der Hand.</p> <p>Ich bleibe demgegenüber bei meiner Auffassung, dass die Begründung der berufswidrigen Werbung mit einem <i>"übertriebenen Wirken"</i> keine geeignete Rechtfertigung für ein Verbot ergibt. Insbesondere vor dem Hintergrund von Art. 12 GG ist völlig unklar, wann ein <i>"übertriebenes Wirken"</i> vorliegt und wann dies nicht der Fall ist (s.o. meine Kritik in Ziff. 4.2.1 a.E. = Rz. 4.13; Ziff. 4.2.2.2 = Rz. 4.24 – 4.31), die überholte Begründungsfigur des <i>"übertriebenen Anlockens"</i> macht dies deutlich. Überholt ist dieser Gedanke deshalb, weil der Fall, wonach das Angebot eine derart magnetische Anziehungskraft entfaltet, dass die Rationalität der Nachfrageentscheidung ausgeblendet wird (mit dieser derzeitigen Begründung des Inhalts von <i>"übertriebenen Anlocken"</i> ist der BGH Lichtjahre entfernt von früheren, insbesondere von den Instanzgerichten vorgenommenen Konkretisierungen) wohl nur mehr theoretische Bedeutung hat.</p> <p>Lösen lässt sich der Fall einer Werbung der Erstattung der Praxisgebühr durch den Arzt nicht dadurch, dass eine nach § 7 HWG unzulässige Zuwendung beworben und gewährt wird. Dies deshalb, weil nicht für ein Arzneimittel, ein Medizinprodukt oder andere Mittel, Verfahren, Behandlungen und Gegenstände i.S.d. § 1 Abs. 1 HWG geworben wird (s.u. Rz. 5.2). Ob die Umgehung der Zuzahlungspflichten gemäß den §§ 31 Abs. 3, 43 b, 33 Abs. 2, 61, 69 SGB V zugleich die §§ 3, 4 Ziff. 11 UWG verletzt, hängt von der Einordnung der genannten Bestimmungen des SGB V als Marktverhaltensregelung ab (s.u. Rz. 6.7).</p> <p>(3) Heißt es in den <i>"Gelben Seiten"</i> unter dem Stichwort <i>"Implantologie"</i>: <i>"Zahnärzte Dr.</i></p>	<p>Rz. 4.35</p> <p>Rz. 4.36 A:4.12 B:4.15 C:4.17</p>
--	--	--

	<p><i>Gutzug und Dr. Leichthand" und treten diese Zahnärzte im Internet wie folgt auf: "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", so gilt:</i></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 Verbot 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 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>Rz. 4.37</p> <p>Rz. 4.38</p> <p>Rz. 4.39</p> <p>Rz. 4.40</p>
--	---	---

	<p>(4) Heißt es in der Praxisbroschüre: <i>"10 Jahre Hochleistungssport spezialisiert auf Sportverletzungen"</i>, ist sowohl die Imagewerbung als auch die Leistungswerbung informativ bzw. sachangemessen. An einer übertriebenen Darstellung fehlt es.</p> <p>(5) Heißt es: <i>"Kniespezialist"</i> und werden darüber hinaus besondere Erfolge des Arztes auf dessen Teilgebiet erwähnt, besteht ein berechtigtes Interesse, das Publikum hierüber zu informieren.</p> <p>(6) Heißt es auf einem Werbeplakat unter dem Stichwort <i>"Sponsoren"</i>: <i>"Gemeinschaftspraxis Dr. Leichthand und Dr. Gutzug"</i>, folgt aus der Neuheit dieser Art von Werbung nicht deren Unzulässigkeit. Ob der Hinweis auf die Eigenschaft als Sponsor übertrieben ist, hängt davon ab, wie die Einzelumstände von den angesprochenen Verkehrskreisen wahrgenommen werden.</p> <p>(7) Heißt es in einer Zeitungsanzeige: <i>"Schönheit ist das Ziel. Vertrauen Sie unserem Facharzt für plastische Chirurgie"</i>, ferner: <i>"Ästhetische Medizin – sanfte Schönheitschirurgie, Fett absaugen, Gesichtskorrektur"</i> wird im Hinblick auf die erste Aussage in allgemeiner Form für die Inanspruchnahme der angebotenen Leistung geworben, der Rahmen sachangemessener Information (<i>"....Ziel. Vertrauen Sie...."</i>) werde allerdings – angeblich – verlassen. Dennoch heben diese Werbesprüche die angebotenen Leistungen nicht – insbesondere auch nicht gegenüber den Leistungen anderer – in einer Weise hervor, die als anpreisend beurteilt werden müsste. Was die zweite Aussage anbelangt, so hatte das Berufungsgericht keine Feststellungen zur Frage einer möglichen Anpreisung getroffen. Der BGH verwies somit zurück. Nach meiner Auffassung ist – ausgehend vom Wortlaut – eine unzulässige Anpreisung nicht gegeben.</p> <p>(8) 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</i></p>	<p>Rz. 4.41 A:4.13 B:4.16 C:4.18</p> <p>Rz. 4.42</p>
--	--	--

	<p><i>Firma A. Nach Erstellung des Hörgeräts nehme ich dann – unter Mitwirkung eines Online zugeschalteten Hörgeräteakustikers – die Feinabstimmung mit Hilfe des Computers vor" und bekommt die Ärztin für ihre Mitwirkung bei der Anpassung der Hörhilfe € 125,00 gilt:</i></p> <p>§ 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.</p> <p>Zur wettbewerbsrechtlichen Beurteilung – s.u. Rz. 6.13.</p> <p>(9) Wirbt ein Arzt anlässlich einer Fortbildungsveranstaltung für den Beitritt zu einer Aktiengesellschaft und heißt es auf dem Werbefaltblatt der AG wie folgt:</p> <p><i>"Profitieren Sie auf drei Ebenen: durch Mitwirkung bei der Hörgeräteabgabe, durch Gewinnausschüttung der Gesellschaft, durch Wertsteigerung Ihrer Aktie - Sie bekommen € 100,00 für die Eingangsberatung des Patienten und für die Abnahme des Ohrdrucks, bei Patienteninteresse an weiteren Anpassungsleistungen erhalten Sie € 175,00, darüber hinaus bestimmen Sie als Anteilseigner und durch Zuweisungen allein den Erfolg und den Weg der Gesellschaft",</i></p> <p>verstößt die Beteiligung des Arztes am Geschäftsmodell nicht gegen § 34 Abs. 1 BayBOÄ (Verbot der Verweisung von Patienten ohne hinreichenden Grund an Apotheker, Geschäfte oder Anbieter gesundheitlicher Leistungen). Bei einem Verbot würde der Arzt an einer Verweisung auch dann gehindert sein, wenn sachliche Gründe, etwa die Qualität der Versorgung, die Vermeidung von Wegen bei gehbehinderten Patienten, schlechte Erfahrung mit ortsansässigen Hörgeräteakustikern ganz überwiegend für eine entsprechende Verweisung sprechen.</p> <p>Es liegt zum Zweiten kein Verstoß gegen das Verbot gem. § 33 Abs. 1 BayBOÄ vor, eine unangemessene Vergütung zu verlangen. Maßgebend insoweit ist nicht der Gebührensatz der GOÄ, sondern die Höhe</p>	<p>Rz. 4.43</p>
--	--	-----------------

	<p>der Vergütung, die sich auf dem Markt im Laufe der Zeit herausgebildet hat.</p> <p>Allerdings verstößt - nach der Auffassung des OLGs in der Domstadt am Rhein der Hinweis auf die Möglichkeit, Profit durch Abgabe von Hörgeräten in breitem Umfang mittels aktiver Mitarbeit bzw. als Anteilseigner und durch Zuweisungen zu erzielen, gegen § 34 Abs. 5 BayBOÄ (Verbot der Zuweisung von Patienten aus finanziellen statt aus sachlichen Erwägungen).</p> <p>Diese Begründung ist nach meiner Auffassung ebenso richtig (oder unrichtig) wie der Satz, der Arzt dürfe Einkünfte aus seiner ärztlichen Tätigkeit als Folge des Kapitalismus erzielen, kapitalistisch strukturierte Volkswirtschaften nicht aber als Grund für seine wirtschaftliche Tätigkeit wählen.</p> <p>Die Lösung des Falles liegt - wie von mir mehrfach betont (s.o. Rz. 4.24 bis 4.31) - in der konkreten Bewertung des Verhaltens des Arztes im Umgang mit Patienten und konkreten Empfehlungen für die betreffenden Produkte.</p> <p>(10) Verwendet ein Arzt ein Computerprogramm, welches es ermöglicht, einen Voucher für eine Versandapotheke auszudrucken ferner, mit dem Rezepten direkt an die Versandapotheke weitergegeben werden können, verstößt dies gegen § 34 Abs. 5 BayBOÄ. Danach ist es verboten, Patienten ohne hinreichenden Grund an bestimmte Apotheken, Geschäfte oder Anbieter von gesundheitlichen Leistungen zu verweisen. Der Verstoß gegen berufsrechtliche Vorschriften beinhaltet zugleich einen Wettbewerbsverstoß gemäß den §§ 3, 4 Ziff. 11 UWG (s.u. Rz. 6.1 bis 6.5).</p> <p>(11) Heißt es: "Klinik Sanssouci" und wird in der Anzeige unter "Info Berlin" eine Telefonnummer genannt, die auf die Praxis des zugleich als Belegarzt tätigen Geschäftsführers der Klinik verweist, wobei diese Anzeige zusätzlich ärztliche Tätigkeiten benennt, stellt es eine Verfälschung des ärztlichen Berufsbildes dar, wenn die Werbung der Klinik als Zugpferd für die Werbung des einen niedergelassenen Arzt vom Berufsbild vergleichbaren</p>	<p>Rz. 4.44</p> <p>Rz. 4.45</p> <p>Rz.4.46</p>
--	---	--

	<p>Belegarzt benutzt wird. Diese Art der Werbung kann mithin gegenüber der Klinik als auch gegenüber dem Arzt unter Einbeziehung des Verbots der Nennung der ärztlichen Tätigkeiten untersagt werden. Darüber hinaus kann es allgemein der Klinik verboten werden, Anzeigen zu schalten, die auf den Arzt verweisen.</p> <p>Dieses Beispiel einer berufswidrigen Werbung kann zumindest ebenso als Beispiel der allgemeinen irreführenden Werbung, mithin als Beispiel einer Verletzung des Irreführungsverbot gemäß den §§ 3, 5 UWG dienen (s.u. Rz. 6.7 und Rz. 6.12).</p> <p>(12) Heißt es: <i>"Bereitet Ihnen die Politik Kopfschmerzen, so hilft Ihnen Tegal"</i>, ist das Verbot der Fremdwerbung verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Fremdwerbung erweckt den Anschein wirtschaftlicher Interessen auf Seiten des Arztes, sie ist 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>(13) Heißt es in einer Praxisbroschüre:</p> <ul style="list-style-type: none">- 10 Jahre Hochleistungssport in der rhythmischen Sportgymnastik- Mitglied der Nationalmannschaft der Deutschen Demokratischen Republik- Mehrfache DDR-Meisterin- Gewinnerin internationaler Wettkämpfe- Spezialisiert auf Sportverletzungen <p>so gilt: Die Werbung mit den sportlichen Erfolgen dient der Herstellung eines günstigen Erscheinungsbildes in der Öffentlichkeit; sie ist mithin nicht auf Leistungsmerkmale, sondern das Image bezogen. Wahrheitsgemäße Selbstdarstellungen dieser Art enthalten jedenfalls Informationen, die weder irreführend noch ein sensationelles sich Herausstellen zum Gegenstand haben.</p> <p>Die Werbung mit Spezialkenntnissen auf dem Gebiet der Sportverletzungen geht über die bloße Imagewerbung hinaus und hat sogar beruflichen Bezug, sie ist mithin sachangemessen.</p>	<p>Rz. 4.47</p>
--	---	-----------------

	<p>(14) Heißt es in einer Zeitungsanzeige (Größe 4,5 cm x 2,5 cm) unter der Rubrik "Tierarzt": <i>"Tierärztliche Praxis für Kleintiere, praktischer Tierarzt, HD.....Tel.....Sprechzeiten nach Vereinbarung....."</i> und gestattete § 14 BO als berufsregelnde Vorschrift nur Anlaß bezogene Anzeigen, etwa zur Bekanntgabe der Niederlassung (Praxiseröffnung und –verlegung), hätte diese Norm verfassungskonform ausgelegt werden müssen.</p>	
	<p>Werbeverbote sind von der Verfassung her betrachtet zulässig, wenn sie darauf abzielen, die Gefährdung von Gemeinwohlbelangen zu verhindern wie die Gesundheit der Bevölkerung oder mittelbar den Schutz des Vertrauens der Öffentlichkeit in die Integrität des Amtes des Tierarztes. Im vorliegenden Fall ist es nicht nachvollziehbar, wie hier Gemeinwohlbelange der genannten Art berührt oder beeinträchtigt sein konnten, so das BVerfG.</p> <p>(15) 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 "Spezialist" 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>(16) Heißt es auf dem Praxisschild der Gemeinschaftspraxis: <i>"Zahnärzte Tätigkeitsschwerpunkt Implantologie BDIZ Dr. Y und Dr. X"</i> ist die Angabe "Implantologie" zulässig. Sie entspricht einem Informationsbedürfnis möglicher Patienten.</p> <p>(17) Wirbt ein Zahnarzt im Internet unter der</p>	<p>Rz. 4.48 B:4.17 C:4.20</p> <p>Rz. 4.49</p> <p>Rz. 4.50 C:4.21</p>

	<p>Überschrift "Schwerpunkte" mit "Prophylaxe", "Implantologie" und "Ästhetische Zahnheilkunde" und werde diese Stichwörter erläutert, wobei eine dieser Erläuterungen lautet "invasives Verfahren", 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 bereits 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 "Internet" den Eindruck der "Sachlichkeit" gewährleistet.</p> <p>(18) Werben Ärzte einer Gemeinschaftspraxis auf Werbeplakaten etwa für Konzerte oder in Anzeigen für den Landespresseball unter der Rubrik "Sponsoren" mit der Nennung der Praxis gilt:</p> <p>Aus dem Umstand, dass eine Berufsgruppe ihre Werbung anders als bisher üblich gestaltet, kann nicht gefolgert werden, dass dies unzulässige Werbung ist. Sponsoring ist nicht von vorne herein unangemessen und übertrieben. Ob eine Übertreibung vorliegt, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Maßgebend hierfür ist der Standpunkt der angesprochenen Verkehrskreise, nicht die möglicherweise besonders strenge Auffassung des jeweiligen Berufsstandes.</p> <p>(19) Lautet der Domain-Name: "aerzte-chirurgen.de"</p>	<p>Rz. 4.51</p> <p>Rz. 4.52</p>
--	--	---------------------------------

	<p>liegt keine unsachliche Information vor. Ein plakatives sich Herausstellen fehlt ebenfalls angesichts der Tatsache, dass der Internetbenutzer eher zufällig auf die genannte Begriffskombination stoßen wird.</p> <p>(20) Heißt es in einer Zeitungsanzeige: <i>"Schönheit ist das Ziel. Vertrauen Sie unserem Facharzt für plastische Chirurgie."</i></p> <ul style="list-style-type: none">- Face-Stirn-Liften- Gesichtsstraffung- Brustverkleinerung/Fettabsaugung- Bodycontouring/Fettabsaugung- Nasen-/Kinn-/Lippen-Modelling- Bauchdecken-/Oberschenkelstraffung- Haartransplantation <p>K.Tanne Tagesklinik GmbH L.... Tel:.....</p> <p>Wird in allgemeiner Form für die Inanspruchnahme der angebotenen Leistungen geworben, der Rahmen sachangemessener Information (<i>"Ziel: Vertrauen Sie"</i>) wird allerdings verlassen. Dennoch haben diese Werbesprüche diejenigen Leistungen nicht – insbesondere auch nicht gegenüber den Leistungen anderer – in einer Weise hervor, die als anpreisend beurteilt werden müsste.</p> <p>Ich meine: Entweder es ist die Werbung aufgrund juristischer Begründungsweisen rechtlich zulässig, oder sie ist es nicht. Das durch den Satz <i>"Vertrauen Sie...."</i> der Rahmen sachangemessener Informationen verlassen sein könnte, ist für mich nicht verständlich.</p> <p>(21) Heißt es: <i>"Ästhetische Medizin – sanfte Schönheitschirurgie Fett absaugen Gesichtskorrektur Brustkorrektur Hautstraffung Hautverjüngung Narbenentfernung Laserbehandlungen Sanfte Mikrochirurgische Krampfaderoperationen Wir sind Ihr Partner für Schönheit und Vitalität. Info-Hotline: k.tagesklinik....."</i></p>	<p>Rz. 4.53 C:4.23</p> <p>Rz. 4.54</p>
--	---	--

	<p>stellt sich erneut die Frage, ob die Werbung – unzulässig – anpreisend ist. Hierzu hatte das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen, so dass der BGH zurückgewiesen hat. Meines Erachtens ist – ausgehend vom Wortlaut – die Werbung nicht unzulässig anpreisend.</p> <p>(22) Bietet ein Unternehmer Nahrungsergänzungsmittel und diätetische Lebensmittel an, wobei als Ernährungsberater vornehmlich Ärzte gewonnen werden, welche innerhalb der zweckentsprechend umgestalteten Praxisräume, allerdings außerhalb der Praxiszeiten, gewerblich insoweit tätig sind, liegt nach Auffassung eines OLG ein Verstoß des betreffenden Arztes gegen das in § 3, Abs. 2 BayBOÄ geregelte Verbot der Trennung von Gewerbe und Heiltätigkeit des Arztes vor, was zugleich eine Verwirklichung des Tatbestandes des Rechtsbruchs gemäß den §§ 3, 4 Ziff. 11 UWG bedeutet. Hierzu stiftete der Unternehmer an, er haftet daher als Störer im wettbewerbsrechtlichen Sinn. Ich meine: So wenig, wie es ein Sonderprivatrecht in dem Sinn gibt, dass Teile des Privatrechts mit getrennten und nur für Teilbereiche gültigen Zwecksetzungen vorhanden sind und angewandt werden können (zur Frage der Einheit des Privatrechts aus einer anderen Blickrichtung, vgl. meine Ausführungen in WRP 2002, 368, 386), so wenig gibt es berufliches Sonderwettbewerbsrecht. Was folglich die Trennung zwischen der ärztlichen Heiltätigkeit und der Tätigkeit des Arztes als Gewerbetreibender anbelangt, so ist maßgebend der Bezugspunkt das Irreführungsverbot, welches die vergleichbare Grundlage etwa bei der Bewertung der Trennung zwischen redaktioneller Mitteilung und Werbebeitrag ist. Was den gegenständlichen Fall anbelangt, so ist aufgrund der in den Entscheidungsgründen abgedruckten, veröffentlichten Tatsachen nicht zu erkennen, dass der Kaufinteressent über seine Rolle als Käufer getäuscht wird, weil er in Wahrheit als Patient angesprochen ist. Ich vermag nicht zu erkennen, dass der Arzt seine Autorität als Arzt einsetzt. Wäre dies jeweils der Fall, wäre das Verhalten des Arztes unmittelbar wettbewerbswidrig, das Unternehmen haftete als Störerin. Ohne</p>	<p>Rz. 4.55 A:4.14 B:4.18 C:4.24</p> <p>Rz. 4.56</p>
--	---	--

	<p>Zurückverweisung zur näheren Sachaufklärung kann somit nach meiner Auffassung der Fall nicht entschieden werden.</p> <p>(23) Unterhält ein Arzt in seinen Praxisräumen ein Depot eines Sanitätshauses, in dem Teststreifen zur Bestimmung des Blutzuckerspiegels vorgehalten werden und bietet der Arzt diese seinen Patienten auch unabhängig von Schulungsmaßnahmen betreffend die Benutzung von Blutzuckermessgeräten an, wobei er zuvor darüber unterrichtet, dass die Teststreifen auch in Apotheken, Sanitätshäusern und im Diabetikerversandhandel erhältlich sind, liegt nach Auffassung des BGH ein Verstoß gegen § 3 Abs. 3 BayBOÄ vor (Verbot der Abgabe von Waren oder der Erbringung von gewerblichen Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Ausübung der ärztlichen Tätigkeit außerhalb notwendiger Therapie. Der Patient solle darauf vertrauen dürfen, dass sich der Arzt nicht von kommerziellen Interessen, sondern ausschließlich von medizinischen Notwendigkeiten leiten lässt. Wie wenig tragbar der zuletzt wiedergegebene Satz ist, häufig vom BGH als tragender Begründungsbestandteil eingesetzt, ergibt sich aus meiner oben zu Rz. 4.24 – 4.31 geäußerten Kritik. Im Unterschied zu dem vorstehend (Rz. 4.55) dargelegten Fall dürfte es zwar auszuschließen sein, dass kurzfristig der Arzt einen Wechsel des Erscheinungsbildes vom Handeln des Arztes als Arzt hin zum Handeln des Arztes als Gewerbetreibender nebst Vermittlung eines Rollenwechsels auf Seiten des Gesprächspartners weg vom Patienten und hin zum Kaufinteressenten herbeigeführt hatte.</p> <p>Bei Diabetesteststreifen ist allerdings zu fragen, welchen Einfluss das Sachwissen und der Gesichtspunkt der Behandlung gegenüber dem Verkaufsinteresse – welches nach Auffassung des BGH in der Person des Arztes schlimm ist, was unverständlich bleibt – besitzen. Ich meine: Ob Diabetesstreifen im Supermarkt aufliegen oder durch einen Medizinprofessor persönlich überreicht werden, spielt für die Kaufentscheidung keine Rolle. Nur dann, wenn die Rolle des</p>	
--	--	--

	<p>Arztes als Arzt Auswirkung auf die Kaufentscheidung haben kann, ist ein Tätigkeitsverbot insoweit letztlich zu begründen, weil es im Irreführungsverbot, allerdings nicht in dem Gesichtspunkt der "kommerziellen Interessen" gründet. Diabetesstreifen aber werden nicht vermittels der Autorität des Arztes erworben.</p> <p>Die Entscheidung des BGH dürfte nicht korrigierbar sein. Dem Arzt, der sich in diesem Fall auf sein Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit beruft, wird das BVerfG entgegenhalten, er werde in seiner ärztlichen Tätigkeit durch den BGH nicht behindert. Und dass der Arzt auch gewerblich tätig sein darf, ist augenblicklich eine derart vernachlässigenswerte Größe, dass sich das BVerfG hierzu nicht äußern wird eingedenk brennenderer Probleme.</p> <p>(24) Erscheinen in der Tagespresse ein Zeitungsartikel und zwei Werbeanzeigen, die vorwiegend über die ärztliche Tätigkeit berichten, verstößt die durch das Berufsgericht verhängte Geldbuße von €10.000,00 gegen Art. 12 GG, wenn einzelne, nach Auffassung des Berufsgerichts anreisserische Sätze aus dem Zusammenhang gegriffen sind und insoweit zurückgeschlossen wird, dass die Werbung insgesamt unzulässig anpreisend ist, ohne dass diese Passagen für die Werbung insgesamt charakterisierend waren, weil im Vordergrund die Information über eine relativ neue Behandlungsmethode stand. Die beanstandeten Sätze lauteten wie folgt:</p> <p><i>"... weil er die unangefochtene Nr. 1 für Bandscheibenvorfälle sei. / ... mit einer sensationellen Erfolgsquote. / oft sind die Patienten bereits im Rollstuhl oder vom Cortison schwer gezeichnet, haben lange Leidenswege hinter sich. Wenn sie dann am Tag nach der OP gesund und munter auf ihren Beinen stehen, mich glücklich anstrahlen und mit der Assistentin ein Tänzchen wagen, dann sind das bewegende Momente. / Die sanfteste Bandscheibenoperation der Welt ist ein ärztliches Spitzenprodukt, made in Bogenhausen. / Wann immer der Pionier für minimal invasive Eingriffe bei einem</i></p>	<p>Rz. 4.57</p> <p>Rz. 4.58</p>
--	---	---------------------------------

	<p><i>Wirbelsäulenkongress seine Techniken und seine Erfolge schildert, erntet er von Fachkollegen stehende Ovationen. Der Applaus gilt dem Gesamtkunstwerk zugunsten der Patienten. (Der Beschwerdeführer)... führt Eingriffe nicht nur mit behutsamen Fingern aus - er hat genial anmutende Operationsprogramme selbst entwickelt und realisiert alltägliche Wunder mit feinen Mini-Instrumenten, die speziell für ihn hergestellt werden".</i></p> <p>4.3 Zusammenfassung zu Ziff. 4</p> <p><i>"Berufswidrige Werbung ist dem Arzt untersagt", § 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.</i></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</p>	<p>Rz. 4.59</p> <p>Rz. 4.60</p> <p>Rz. 4.61</p> <p>Rz. 4.62</p>
--	---	---

	<p>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 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>5.1.1 Anwendbarkeit des HWG im Allgemeinen</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.</p> <p>Adressat des HWG kann also jede Person sein vorausgesetzt, die genannten Gegenstände und Verfahren werden beworben.</p>	<p>Rz. 5.1 A:5.1 B:5.1 C:5.1</p> <p>Rz. 5.2</p>
--	--	---

	<p>Zum Anwendungsbereich des HWG im Zusammenhang mit der Werbung einer Klinik (s.u. Rz. 7.11).</p> <p>5.1.2 Anwendbarkeit des HWG im Besonderen</p> <p>Was die Anwendbarkeit des HWG im Besonderen anbelangt, so geht es insoweit um die Frage, ob Zuwendungen (§ 7 HWG) mit Bezug auf Heilung (§ 1 Abs. 1 HWG; Folge: Anwendbarkeit des HWG) oder ohne Bezug auf Heilung ("<i>Gutschein Praxisgebühr</i>"), für konkrete Arzneimittel (HWG anwendbar) oder allgemein auf Rezepte (keine Anwendbarkeit des HWG, allerdings sehr umstritten, keine einheitliche Rechtsprechung) oder beim Kauf eines verschreibungspflichtigen Arzneimittels bei Einlösbarkeit auf Nichtverschreibungspflichtige Arzneimittel (uneinheitliche Rechtsprechung, ob HWG anwendbar ist) ausgegeben werden.</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>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,</p>	<p>Rz. 5.3 A:5.2 B:5.2 C:5.2</p> <p>Rz. 5.4 C:5.3</p> <p>Rz. 5.5 C:5.4</p> <p>Rz. 5.6</p>
--	--	---

	<p>Verfahren u.a.m.) vor. Dies deshalb, weil der Gutschein zwar eine Zuwendung i.S.d. § 7 HWG ist, diese Zuwendung aber nicht für Gegenstände mit Bezug auf Heilung i.S.d. § 1 Abs. 1 HWG angekündigt bzw. gewährt wird (ein Verstoß gegen Berufsrecht scheidet gleichermaßen aus. § 27 BayBOÄ verbietet die unsachliche Selbstanpreisung, nicht aber die Fremdanpreisung, § 34 Abs. 5 BayBOÄ verbietet die Verweisung des Arztes an bestimmte Apotheker und dergleichen, s.o. Rz. 4.43, Biohäuser und Anbieter von Nahrungsergänzungsmitteln sind aber keine Unternehmen, die zu den verbotenen Verweisungsadressaten zählen. Des weiteren ist kein Verstoß gegen das UWG unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs (s.u. Rz. 6.1 und 6.5) - wegen Verstoßes gegen die gesetzlichen Regelungen gemäß den §§ 28 Abs. 4, 61 SGB V - gegeben (s.u. Rz. 6.19).</p> <p>(2) Legt ein Arzt in seinen Praxisräumen Gutscheine einer Versandapotheke aus, auf denen es heißt: <i>"5,00 € Einkaufs-Gutschein für jedes Rezept!"</i>, liegt nach Auffassung des OLG für Sachsen-Anhalt keine nach § 7 HWG verbotene Zugabe vor. Dies deshalb, weil ein Zusammenhang zwischen einer Weitergabe und einem Heilmittel nur angenommen werden kann, wenn für ein konkretes oder konkretisierbares Heilmittel geworben wird. Nur in diesem Fall besteht die Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung, die das Gesetz verhindern will.</p> <p>Beachtlich in diesem Fall ist allerdings, dass die die Anwendbarkeit des HWG begründende Voraussetzung, ob nämlich ein bestimmtes Arzneimittel bzw. eine abgrenzbare Gruppe von Arzneimitteln einerseits oder lediglich Arzneimittel, medizinische Verfahren als solche und damit - möglicherweise - als Allgemeinwissen andererseits beworben werden, nicht einfach zu entscheiden ist. So hat der BGH in seiner Entscheidung zu dem Stichwort <i>„Kunden werben Kunden“</i> die Werbung für Gleitsichtgläser als Werbung für Medizinprodukte eingeordnet. Das OLG in der deutschen Bankenmetropole hat digitale Hörgeräte als Medizinprodukte i.S.d. § 1 Abs. 1 Ziffer 1 a HWG angesehen (und damit den Anwendungsbereich des HWG eröffnet), obschon diese Geräte praktisch das gesamte Angebot des Anbieters ausmachen.</p>	
--	---	--

	<p>Weitet man die den beiden zuletzt genannten Entscheidungen zugrunde liegenden Fälle unter Beibehaltung des Anwendungsbereichs des HWG aus, würde auch eine Werbeaussage wie: <i>"Im Fall von Depressionen bestimmten Grades empfehlen wir Ihnen allgemein die Einnahme von Antidepressiva"</i> oder <i>"Im Fall von Sehschwäche empfehle ich für die meisten Fälle das Tragen einer Brille"</i> zur Bejahung von § 1 HWG führen. Die Bewerbung allgemeiner technischer Standards bzw. die werbliche Anpreisung von Allgemeinwissen verleitet aber weder zur Selbstbehandlung bestimmter Krankheiten und Leiden, noch kommt es hierdurch zu Fehlentscheidungen beim Arzneimittelgebrauch bzw. bei der Verwendung anderer Mittel zur Beseitigung von Krankheiten und Körperschäden (s.o. Rz. 5.3).</p> <p>Darüber hinaus würde nach meiner Auffassung das Verbot der Bewerbung von Allgemeinwissen bzw. von allgemeinen technischen Standards gegen die Grundrechte der Meinungsäußerungsfreiheit gem. Art. 5 GG und der Berufsfreiheit gem. Art. 12 GG verstoßen. Ein Werbeverbot, welches jede Aussage betrifft, welche für die Gesundheit des Menschen günstig ist, wäre zumindest unverhältnismäßig. Vor diesem Hintergrund ist der Anwendungsbereich des HWG zu bestimmen, nicht aber in Gleichheit zur Tabakwerberichtlinie, enthalten in der RL 2003/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.05.2003.</p> <p>(3) 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</p>	<p>Rz. 5.7 B:5.3 C:5.5</p> <p>Rz. 5.8 C:5.6</p>
--	--	---

	<p>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 Ziffer 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 Rezepts über ein der AMPreisV unterliegendes Arzneimittel bereits als Nachlass auf diesen Preis darstellt"</i>, 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).</p> <p>(4) Legt ein Arzt in seiner Praxis Gutscheine aus, auf denen es heißt: <i>"10 % Nachlass auf nichtverschreibungspflichtige Arzneimittel eigener Wahl - einzuklagen in der Bären-Apotheke"</i>, 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 in den zwei vorgenannten Fällen (Rz. 5.6 bis 5.7) und hier verstößt allerdings gegen § 34 Abs. 5 BayBOÄ (Verbot der Empfehlung eines bestehenden Apothekers).</p> <p>(5) Heißt es im Zuge des Internetauftritts: <i>"Was wir für Sie tun können, hängt ab von dem, was Sie haben"</i> und finden sich sodann die Begriffe: <i>"Krampfadern"</i>, <i>"Besenreiser"</i>, <i>"Durchblutungsstörungen"</i>, <i>"ein offenes Bein"</i> sowie <i>"Thrombose"</i>, 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 (<i>"die Werbung für andere Mittel,</i></p>	<p>Rz. 5.9 A:5.3 B:5.4 C:5.7</p> <p>Rz. 5.10</p>
--	--	--

	<p><i>Verfahren, Behandlungen oder Gegenstände außerhalb der Fachkreise darf sich nicht auf die Erkennung, Beseitigung oder Linderung dieser Krankheiten oder Leiden beziehen")</i> i.V.m. § 27 BayBOÄ (berufswidrige Werbung ist verboten) vor. Die Beanstandung des Eingangssatzes durch den BGH ("<i>Was wir für Sie tun können, hängt ab von dem, was Sie haben</i>") 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>(6) Heißt es: <i>"Akne, Haarausfall, Cellulite, Altershaut müssen Sie nicht länger stören. Die Ursache dafür sind meistens Störungen des harmonischen Wechselspiels Ihrer Hormone. Dagegen setzen wir mit Erfolg die K-Therapien der Hormonkosmetik ein. Sie fühlen sich wieder wohl in Ihrer Haut und mit Ihren Haaren. Unsere Ärzte beraten Sie gerne. K. Tagesklinik....."</i></p> <p>Stellt sich die Frage, ob bzw. in welchem Umfang mit einem Erfolg, der mit Sicherheit erwartet werden kann, geworben wird mit der Folge eines Verstoßes gegen § 3 S. 2 Ziff. 2 a HWG (der BGH hat zurückverwiesen).</p> <p>M.E. wird ein Erfolg garantiert im Hinblick auf Akne; im Hinblick auf Cellulite ist entscheidend, ob es sich insoweit um eine Krankheit oder ein Leiden i.S.d. § 1 Abs. 2 Ziff. 2 HWG handelt oder nicht.</p> <p>(7) Heißt es: <i>"Vor und nach erfolgter und angebotener Haarverpflanzung abgebildet",</i> 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. Körperschaden ist der Verlust oder die dauerhafte Funktionsbeeinträchtigung eines Körperteils oder Organs. Daher ist das HWG seinem Wortlaut, aber auch seinem</p>	<p>Rz. 5.11 A:5.4 B:5.4 C:5.8</p> <p>Rz. 5.12</p> <p>Rz. 5.13 C:5.6</p>
--	---	---

	<p>Schutzzweck nach nicht anwendbar, so dass ein Werbeverbot auf der Grundlage des HWG ausscheidet.</p> <p>(8) Geht es im Rahmen der Werbung für ein bestimmtes Heilmittel nicht um die Erkennung, Beseitigung oder Linderung von Krankheiten, Leiden, Körperschäden oder krankhaften Beschwerden oder ist zwar die Heilmittelwerbung hierauf bezogen, wird jedoch kein Erfolg garantiert, kann die durch den Arzt verlautbarte Heilmittelwerbung gleichwohl berufsrechtlich unzulässig sein. Unzulässig ist bereits die Werbung für ein fremdes Produkt (s.o. Rz. 4.45). Die Werbung für eine fremde ärztliche Leistung trägt allerdings lediglich die Vermutung eines rein geschäftsmäßig, am Gewinn orientierten Verhaltens. Dies deshalb, weil eine selbstlose Anerkennung – anders als bei einer Ware – möglich ist insbesondere dann, wenn es um ein besonderes Können geht.</p> <p>Heißt es: <i>"Mit der Ermöglichung von Endoskopie am Rückenmark durch Kollegen Dr. Klug war es ihm als erstem möglich, ohne Nachteile wie bisher Eingriffe vorzunehmen"</i>, ist weder das HWG, noch das berufsrechtliche Werbeverbot gemäß § 27 BayBOÄ verletzt.</p> <p>(9) 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>(10) Stellt ein Arzt von ihm erstellte Gutachten in das Internet, ist nach zutreffender Auffassung eines süddeutschen OLG § 11 Abs. Ziff. 1 HWG im Hinblick auf Art. 12 GG nicht verletzt. Denn der Schutz des Publikums vor unsachlicher Beeinflussung durch Werbung mit Gutachten und Fachveröffentlichungen bedeutet nicht, dass diese Inhalte allgemein verboten sind. Maßgebend ist der Inhalt selbst und die Art und Weise ihres Herzeigens. Hinzu kommt, dass das Internet ein passives Werbemittel ist (s.o. Ziff. 2 = Rz. 2.4 a.E.).</p> <p>(11) Heißt es: <i>"Haartransplantation, die überzeugt. In den TV-Sendungen von RTL</i></p>	<p>Rz. 5.14</p> <p>Rz. 5.15</p> <p>Rz. 5.16</p> <p>Rz. 5.17</p>
--	--	---

	<p>wurden Kunden von Neuhaar gezeigt, wie hervorragend diese Methode funktioniert, wenn sie von Experten ausgeführt wurde... Holen Sie sich ein Stück Lebensfreude zurück", fehlt es an einem Verstoß gegen das HWG. Haarausfall ist keine Krankheit, Haartransplantation ist daher keine Heilmaßnahme (s.u. Rz. 7.9).</p> <p>(12) Heißt es: "Die Chinesen glauben, dass Panax Ginseng C.A. Meyer Krebs bekämpfen kann, den Alterungsprozess verlangsamt, vor Herzinfarkt und vielen Zivilisationskrankheiten schützt, die Verdauung und den Stoffwechsel stärkt, den Blutdruck reguliert u.v.a.m.", sind § 3 Satz 2 Ziff. 1 HWG (Irreführung wegen Beilegung nicht vorhandener therapeutischer Wirkung) und § 12 Abs. 1 HWG (Heilmittelwerbeverbot außerhalb der Fachkreise) verletzt.</p> <p>5.4 Zusammenfassung zu Ziff. 5</p> <p>Das HWG regelt nicht die Bewertung der Werbung für ärztliche Leistungen oder das Erscheinungsbild des Arztes in der Öffentlichkeit, sondern die Frage, unter welchen Voraussetzungen Heilmittel und ärztliche Leistungen an sich beworben werden dürfen. Eine Überschneidung zwischen den vom Berufsrecht geregelten und den vom HWG geregelten Sachverhalten besteht dann, wenn ein Arzt Heilmittel oder ärztliche Leistungen als solche und zugleich im Hinblick auf die eigenen Fähigkeiten bewirbt. Geschieht dies und ist das HWG nicht verletzt insbesondere, weil der Heilmittelbegriff nicht verwirklicht ist bzw., weil eine Erfolgsgarantie fehlt, ist bei der Produktwerbung regelmäßig das Verbot berufswidriger Werbung gemäß § 27 Abs. 3 BayBOÄ verletzt, da mit der Werbung für fremde Produkte regelmäßig die Verwirklichung geschäftlicher Belange im Vordergrund steht, so dass das Vertrauen des Patienten, der Arzt werde sich nicht von kommerziellen Interessen leiten lassen, zerstört oder in bedeutsamer Weise beeinträchtigt ist. Etwas anderes gilt dann, wenn fremde Leistungen in Anerkennung der fremden Leistung beworben werden.</p> <p>6. Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) als Grundlage der Bewertung</p>	<p>Rz. 6.1 A:6.1 B:6.1 C:6.1</p> <p>Rz. 6.2 C:6.2</p>
--	--	---

	<p>ärztlichen Werbeverhaltens.</p> <p>6.1 Rechtsbruch</p> <p>Das UWG ist zum einen Grundlage der Bewertung ärztlichen Werbeverhaltens, wenn die Verletzung von Berufsrecht unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs gemäß den §§ 3, 4 Ziff. 11 UWG gerügt wird. Unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs gemäß den §§ 3, 4 Ziff. 11 UWG kann aber auch ärztliches Wettbewerbsverhalten gerügt werden, welches sonstige, also außerhalb des Berufsrechts liegende Verstöße beinhaltet.</p> <p>Nicht jeder Verstoß gegen sonstiges Recht (Rechtsbruch) hat allerdings eine Verletzung der §§ 3, 4 Ziff. 11 UWG zur Folge. Zu fragen ist vielmehr ob die betreffende, sonstige Regelung als <i>"gesetzliche Vorschrift"</i> i.S.d. § 4 Ziff. 11 UWG angesehen werden kann.</p> <p>An diesem Erfordernis (gesetzliche Vorschrift) fehlt es im Hinblick auf die Berufsordnungen für Ärzte nach Auffassung des BGH nicht, was insofern widersprüchlich ist, als bei der Bewertung des Wettbewerbsverhaltens nach anwaltlichem Berufsrecht nicht auf die Berufsordnung für Rechtsanwälte (BORA), sondern § 43 Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) abgestellt wird. Erstaunlicherweise hatte das BVerfG in der Vergangenheit trotz des in der betreffenden BOÄ geregelten Werbeverbots die Berufsordnungen in keinem Fall für verfassungswidrig erklärt.</p> <p>Liegt eine <i>"Zuwiderhandlung (gegen) eine gesetzliche Vorschrift"</i> vor, ist des Weiteren zu fragen, ob diese gesetzliche Vorschrift den Marktzutritt regelt, ob sie den Marktzutritt und das Marktverhalten regelt (wie manche Bestimmungen der Handwerksordnung oder ob sie lediglich das Marktverhalten regelt. In den beiden letztgenannten Fällen (nur) ist der Anwendungsbereich des UWG eröffnet (<i>".....das Marktverhalten regelt"</i>), was zu einem gewissen Wertungswiderspruch führt, wenn der Marktzutritt durch Gesetzesverstöße erlangt wurde (Firmengründung mittels Gelder aus dem Drogenhandel oder terroristischen Aktionen), das Verhalten im übrigen aber rechtlich zulässig ist.</p> <p>Liegt schließlich eine <i>"gesetzliche Vorschrift"</i> vor, die das <i>"Marktverhalten"</i> regelt, muss ein</p>	<p>Rz. 6.3 C:6.3</p> <p>Rz. 6.4 C:6.4</p> <p>Rz. 6.5 C:6.5</p> <p>Rz. 6.6</p> <p>Rz. 6.7 A:6.2 B:6.2 C:6.6</p>
--	--	--

	<p>hinreichender Mitbewerberbezug ("<i>.....im Interesse der Marktteilnehmer</i>") vorhanden sein. Diese Merkmale ("<i>gesetzliche Vorschrift</i>"; "<i>Marktverhaltensregelung</i>"; "<i>Mitbewerberbezug</i>") machen den Inhalt der Fallgruppe "<i>Rechtsbruch</i>" aus.</p> <p>Wer heute noch vom "<i>Vorsprung durch Rechtsbruch</i>" redet, hat von der bereits vor Inkrafttreten des UWG am 08.07.2004 veränderten Rechtslage nichts mitbekommen.</p> <p>6.2 Sonstiges Wettbewerbsrecht</p> <p>Das UWG ist ferner Grundlage der Bewertung ärztlichen Wettbewerbs bzw. Werbeverhaltens, wenn dieses Verhalten vor allem irreführend, unzulässig vergleichend oder auf sonstige Weise unlauter ist.</p> <p>6.2.1 Das Irreführungsverbot, Verbot der unzulässigen vergleichenden Werbung</p> <p>In Betracht kommen zunächst die Verletzung des Irreführungsverbotes gemäß den §§ 3, 5 UWG und die unzulässige vergleichende Werbung gemäß den §§ 3, 6 UWG.</p> <p>Irreführende (und vergleichende) Werbung sind zwar als Regelbeispiele berufswidriger Werbung gemäß § 27 Abs. 3 Satz 2 BayBOÄ genannt. Nachdem allerdings eine irreführende Werbung in keinem Lebensbereich zulässig ist, es darüber hinaus bei der Bewertung als irreführend keine Regelungen mit besonders strengen Maßstäben im deutschen Recht gibt (§ 3 HWG regelt - wohl - keine besonderen Irreführungstatbestände mit der Folge, dass die dort genannten Verhaltensweisen nicht irreführend wären, gäbe es diese Regelungen nicht), ist das in der Berufsordnung genannte Irreführungsverbot lediglich Ausdruck des allgemeinen geltenden und in den §§ 3, 5 UWG geregelten Verbots irreführender Werbung. Desgleichen ist die Erwähnung des Verbots vergleichender Werbung lediglich Ausdruck der in § 6 UWG enthaltenen Regelung. Dies schon deshalb, weil die BayBOÄ (und jede andere Berufsordnung) als von der Landesärztekammer erlassene Satzung (Art. 20 BayHKaG) die Reichweite von § 6 UWG mangels dort geregelter Abweichungsmöglichkeiten sowie allgemein aus kompetenzrechtlichen Gründen nicht abändern kann.</p>	<p>Rz. 6.8 A:6.3 B:6.3 C:6.7</p> <p>Rz. 6.9 A:6.4 B:6.4 C:6.8</p> <p>Rz. 6.10 C:6.9</p> <p>Rz. 6.11</p>
--	--	---

	<p>6.2.2 Sonstige unlautere Wettbewerbshandlungen</p> <p>Der umfassende Schutzzweck des UWG – Schutz der Mitbewerber, der Verbraucher und der Allgemeinheit, nunmehr in § 1 UWG ausdrücklich vorausgesetzt (vgl. auch oben Rz. 4.15 – 4.17) – ermöglicht es schließlich, jedwedes Verhalten eines Arztes im geschäftlichen Verkehr einer Bewertung zu unterziehen. So ist es nicht zulässig, den Patienten etwa auf dem Behandlungsstuhl zu weiteren Untersuchungs-, Heil- oder Pflegemaßnahmen zu unterziehen, welche dieser gar nicht will. Als übertragbares Beispiel dient der der Entscheidung "Erstcoloration" 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) Irreführend ist es auch, ärztliche Leistungen zu einer bestimmten Adresse zu bewerben, obschon diese Leistungen anderenorts erbracht werden, vorausgesetzt, diese Unrichtigkeit ist geeignet (zum Merkmal der Relevanz im Hinblick auf das Irreführungsverbot gem. § 3 UWG a.F. als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal meine Ausführungen in GewArch 2001, 184, 190. Die Relevanz ist als Tatbestandsmerkmal nunmehr ausdrücklich in § 5 Abs. 2 Satz 2 UWG für den Bereich der Irreführung durch Verschweigen und in § 434 BGB betreffend die Sachmangelhaftung durch Werbung geregelt), die Patientenentscheidung bei der Arztwahl zu beeinflussen, was von den Einzelumständen abhängt.</p>	<p>Rz. 6.12</p> <p>Rz. 6.13 A:6.5 B:6.5 C:6.10</p>
--	--	--

	<p>(3) Findet sich in einer Anzeige für eine Klinik die Rubrik "Info" und ist dort eine Telefonnummer aufgeführt, die auf die Privatpraxis des zugleich als Belegarzt tätigen Geschäftsführers der Klinik verweist, gilt: Zum einen wird auf diese Weise versucht, die für Ärzte geltenden Werbebeschränkungen, wie sie für Kliniken nicht gelten (s.u. Rz. 7) zu umgehen, was die Verletzung der §§ 3, 5 UWG auslöst. Darüber hinaus liegt ein sittenwidriger Kundenfang im Sinne einer vorsätzlichen Kundentäuschung vor: Interessierte Patienten rechnen damit, bei einem Anruf mit Klinikpersonal in Verbindung zu treten, nicht aber mit einer Privatpraxis.</p> <p>Unterlassung im Hinblick auf die konkrete Art der Werbung kann gegenüber Klinik und Arzt verlangt werden, zusätzlich kann gegenüber der Klinik das Unterlassen jeglicher Umleitung begehrt werden.</p> <p>(4) Erläutert eine HNO-Ärztin (s.o. Rz. 4.41): <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 Hilfe des Computers vor"</i> 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.</p> <p>(5) Heißt es: <i>"aerzte-chirurgen.de"</i> liegt in diesem Second-Level-Domain keine unzutreffende Alleinstellungsbehauptung. Der durchschnittlich informierte und verständige Internetnutzer weiß von vorneherein, dass die über den diesen Domain-Namen gefundene Homepage nicht das gesamte Angebot von</p>	<p>Rz. 6.14</p> <p>Rz. 6.15</p> <p>Rz. 6.16</p>
--	---	---

	<p>Dienstleistungen repräsentiert, wie es Ärzte und Chirurgen im übrigen vorhalten.</p> <p>Darüber hinaus wird nicht über die Größe der Praxis getäuscht, der Verbraucher erwartet keine Praxis, die über zwei Ärzte und Chirurgen hinausgehend besetzt ist.</p> <p>(6) Wird mit dem Praxisschwerpunkt Prophylaxe, Implantologie und ästhetische Zahnheilkunde geworben, liegt keine Irreführung i.S.d. §§ 3, 5 UWG vor. Es liegt die Annahme fern, dass sich der Arzt hierdurch zugleich einer besonderen rechtsförmig erworbenen Qualifikation oder einer im Vergleich zu anderen Ärzten besonders qualifizierenden Befähigung berührt.</p> <p>(7) Heißt es:</p> <p>a) <i>"Im Unterschied zu einem überwiegend auf stationäre Behandlung beschränkten Krankenhaus und zum nur ambulant praktizierenden niedergelassenen Arzt werden an der E-Klinik grundsätzlich Leistungen aus dem ambulanten und dem stationären Bereich angeboten.</i></p> <p><i>Spezialistensuche, Informationsverluste beim Umzug ins Krankenhaus und danach gehören in diesem vernetzten System der Vergangenheit an.</i></p> <p>b) <i>Ein weiterer Unterschied zum auf die stationäre Behandlung konzentrierten Krankenhaus: In der E-Klinik ist die Präventionsmedizin ebenso integraler Bestandteil des Medizinkonzepts wie die Nachbetreuung und die ambulante Rehabilitation.</i></p> <p>c) <i>Eine stationäre Behandlung in der E-Klinik dauert heute im Mittel nur noch 7,6 Tage. Im Durchschnitt aller deutschen Krankenhäuser ist sie mit 12,5 Tagen (Statistisches Bundesamt) fast doppelt so lang!",</i></p> <p>liegt zu a) nicht die Behauptung einer irreführenden Vorrangstellung und damit keine Verletzung der §§ 3, 5 UWG vor, da der Werbetext nicht den Eindruck erweckt, der besondere Vorrang der Klinik gegenüber anderen Krankenhäusern bestehe darin, dass ausschließlich hier sowohl stationäre als auch ambulante Behandlungen angeboten würden.</p>	<p>Rz. 6.17</p>
--	---	-----------------

	<p>Die zu b) zitierte Behauptung ist gleichfalls nicht irreführend, da nicht die Behauptung aufgestellt wird, alle sonstigen Krankenhäuser böten weder Präventionsmedizin noch Nachbetreuung an.</p> <p>Die zu c) zitierte Behauptung ist dann nicht irreführend, wenn die Richtigkeit der dem Vergleich zugrunde liegenden Tatsachen von der Beklagten bewiesen werden kann.</p> <p>(8) Heißt es: " <i>Wir vermitteln operative Brustvergrößerungen. Greifen Sie zu: Aktionsangebot zu osteuropäischen Wonnepreisen</i>", und wird weder der Zeitraum der Aktion, noch der Name des behandelnden Arztes angegeben, ist für die rechtliche Bewertung entscheidend, ob der Vertrag über Fernkommunikationsmittel oder - nach Erteilung und/oder Zurverfügungstellung der Informationen - in der ärztlichen Praxis geschlossen wird. Erfolgt der Vertragsschluss über Internet, ist § 312 c Abs. 1 BGB, Art. 240 EGBGB, § 1 Abs. 1 Ziff. 7 BGB - InfoV zu beachten. Danach muss der Unternehmer den Gesamtpreis oder, wenn kein genauer Preis angegeben werden kann, die Grundlagen für eine Preisberechnung angeben. Hieran fehlt es, wenn die Preisangabe sich in "osteuropäische Preise" erschöpft. Auch eine Pflicht zur namentlichen Benennung des Arztes ist weder den §§ 312 b bis 312 e BGB, §§ 1 und 3 BGB InfoV noch aus § 4 Ziff. 1 UWG (unsachliche Beeinflussung) abzuleiten. Wird der Vertrag nicht mit Hilfe von Fernkommunikationsmitteln abgeschlossen, bleibt es bei dem aufgezeigten Ergebnis - Pflicht zur Angabe des Endpreises bzw. der Berechnungsgrundlage aufgrund § 1 Abs. 6 Satz 1 PreisangabenVO. Danach müssen Preisangaben den Grundsätzen der Preiswahrheit und Preisklarheit (Transparenz) entsprechen.</p> <p>Eine Pflicht zur Angabe des Zeitraums für die Gültigkeit des Aktionspreises ist aus dem Gesetz nicht abzuleiten. Zwar verbietet § 4 Ziffer 1 UWG eine unsachliche Beeinflussung. Eine solche ist aber noch nicht gegeben, wenn die Dauer eines Aktionszeitraums unklar ist. Anderenfalls würden Vorstellungen zu § 7 Abs. 1 UWG a.F., wie sie etwa im Jahr 1994 aufgegeben wurden (bis dato: "Mit dem</p>	<p>Rz. 6.18</p> <p>Rz. 6.19</p>
--	--	---------------------------------

	<p><i>Wort 'Aktion' erwecken Sie den Eindruck einer einmaligen, so nicht wiederkehrenden Verkaufsveranstaltung und verstoßen somit gegen § 7 Abs. 1 UWG"), wiederbelebt.</i></p> <p>(9) 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 weiteren Kauf eines freien Apothekenartikels angerechnet"</i>, liegt kein Verstoß gegen die Apothekenabgabepreise für verschreibungspflichtige Arzneimittel aufgrund der ArzneimittelpreisVO (AMPreisV) und damit auch kein Wettbewerbsverstoß durch Rechtsbruch gem. §§ 3, 4 Ziffer 11 UWG vor. Denn vom Preis des verschreibungspflichtigen Arzneimittels wird nicht abgewichen, was sich dadurch beweist, dass beim Nichterwerb eines freien Apothekenartikels die volle Höhe des preisgebundenen Arzneimittels bezahlt werden muss. Anderer Auffassung ist das Oberlandesgericht in der Domstadt am Rhein. Auch ein Verstoß gegen das HWG liegt nicht vor, s.o. Rz. 5.7, § 34 Abs. 5 BayBOÄ (Verbot der Empfehlung einer bestimmten Apotheke) ist allerdings verletzt. Dies bedeutet, dass eine Apotheke werblich entsprechend hervortreten darf, da sie selbst von der berufsregelnden Vorschrift des § 34 Abs. 5 BayBOÄ nicht betroffen ist.</p> <p>(10) Legt ein Arzt in seinen Praxisräumen Gutscheine aus, auf denen es heißt: <i>"Gutschein Praxisgebühr: Die von Ihnen bezahlte Praxisgebühr können Sie beim Erwerb von Biokost oder von Nahrungsergänzungsmitteln ab einem Einkaufswert von € 30,00 einlösen"</i> (s.o. Rz. 5.5), liegt kein Wettbewerbsverstoß unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs gemäß den §§ 3, 4 Ziff. 11 UWG vor. Fraglich ist bereits, ob die §§ 28 Abs. 4, 61 SGB V ein Marktverhalten von Ärzten i.S.d. § 4 Ziff. 11 UWG regeln oder lediglich Ansprüche von Ärzten gegenüber Patienten begründen. Ein Verstoß insoweit scheidet jedenfalls deshalb aus, weil ein Mitbewerberbezug fehlt. Normadressaten sind die versicherten einerseits sowie die an der ambulanten ärztlichen, zahnärztlichen oder psychotherapeutischen Versorgung teilnehmenden Leistungserbringer andererseits. Nun könnte man meinen, die Personenbeziehung zwischen Patienten und</p>	<p>Rz. 6.20</p>
--	---	-----------------

	<p>Arzt, wonach der Patient die Praxisgebühr an seinen behandelnden Arzt zu bezahlen hat, beinhaltet zusätzlich das an andere Ärzte gerichtete Gebot, auf die Bezahlung der Praxisgebühr nicht zu verzichten. Hierzu gilt allerdings zum Einen, dass man dies dieser Personenbeziehung gerade nicht entnehmen kann. Noch wichtiger ist aber zum Anderen, dass ausgehend von der Fallgestaltung dem Arzt Täterschaft nach allgemeinen deliktsrechtlichen Einteilungen nicht vorgeworfen werden kann. Damit hängt die wettbewerbsrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes, sofern man hierfür überhaupt eine Gehilfenstellung ausreichen lassen möchte (was eingedenk der neueren Rechtsprechung des BGH zum Störerbegriff, eingeleitet durch die Entscheidung "<i>Architektenwettbewerb</i>" höchst zweifelhaft ist, www.domainrechnerreuther.de C 6.2 D 6.2 E 6.2 F 6.2) davon ab, ob eine rechtswidrige Haupttat existiert. Insoweit ist allerdings für die maßgebliche Personenbeziehung auf den Patienten als möglichen Kunden und dem hinter einem Bio- oder Nahrungsergänzungsmittelgeschäft stehenden Unternehmer abzustellen. Allerdings wird noch deutlicher, dass es im Hinblick auf die Regelung der §§ 28 VI, 61 SGB V an einem Mitbewerberbezug zwischen Nahrungsanbieter und Arzt fehlt. Es zeigt sich also, dass die entsprechende Entscheidung des in der deutschen Bankenmetropole ansässigen Landgerichts wieder entgegen der Auffassung eines in Oberfranken ansässigen LG zutreffend ist.</p> <p>(11) 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</p>	
--	---	--

	<p>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 "rent-o-mat" 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 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</p>	<p>Rz. 6.21 C: 6.11</p> <p>Rz. 6.22</p> <p>Rz. 6.23</p> <p>Rz. 6.24</p> <p>Rz. 6.25</p>
--	--	---

	<p>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>(12) Heißt es auf einem Briefbogen: "<i>Zahnärztliche Praxisgemeinschaft</i>" und sind dort zwei Zahnärzte namentlich benannt, wird darüber hinaus bildlich hervorgehoben mit einem + Zeichen und dem Text "<i>Die + Zahnärzte</i>" geworben, ergibt sich - entgegen der Auffassung des in der niederrheinischen Regierungshauptstadt ansässigen OLG - der Gesamteindruck nicht, dass eine Irreführungsgefahr mit "<i>Gemeinschaftspraxis</i>" besteht. Die gegenteilige Bewertung macht unzulässigerweise ein nicht prägendes Element zum Gegenstand der rechtlichen Bewertung.</p> <p>6.4 Zusammenfassung zu Ziff. 6</p> <p>Ärzte sind Gewerbetreibende i.S.d. UWG (s.o. Ziff. 3.3 = Rz. 3.5). Ihr Verhalten ist daher in demselben Umfang wettbewerbsrechtlich bedeutsam oder bedeutungslos, wie dies bei Kaufleuten oder Handwerkern der Fall ist. Auch wenn irreführende oder vergleichende Werbung als Regelbeispiel einer berufswidrigen und daher unzulässigen Werbung genannt werden (§ 27 Abs. 3 Satz 2 BayBOÄ), bleiben §§ 3, 6 UWG (vergleichende Werbung) und §§ 3, 5 UWG (Irreführungsverbot) Anspruchsgrundlagen.</p> <p>Aus Gründen der verfassungsrechtlichen Zuständigkeit kann das Berufsrecht Verschärfungen zumindest im Hinblick auf die unzulässige vergleichende Werbung nicht, aber auch keine Erleichterungen der genannten Verbote (§§ 3, 5 UWG - Irreführung; §§ 3, 6 UWG - vergleichende Werbung) regeln. Die Fallgruppe Rechtsbruch im Rahmen der Anwendungsmöglichkeit der §§ 3, 4 Ziff. 11 UWG zum Zweck der Durchsetzung von Berufsrecht steht insbesondere unter der Bedingung, dass die Konkretisierung der Berufswidrigkeit einen verhaltensbezogenen Mitbewerberbezug aufweist. Sie stellt neben dem Irreführungsverbot die Hauptanwendungsfälle des UWG im Rahmen der Bewertung ärztlichen Werbeverhaltens dar.</p>	<p>Rz. 7.1 A:7.1 B:7.1 C:7.1</p> <p>Rz. 7.2 A:7.2 B:7.2 C:7.2</p> <p>Rz. 7.3 A:7.3 B:7.3 C:7.3</p> <p>Rz. 7.4</p>
--	---	---

	<p>7. Der Arzt als Klinikbetreiber</p> <p>7.1 Die Rechtslage im Allgemeinen</p> <p>Betreibt ein Arzt eine Klinik, unterliegt er nicht denselben Werbebeschränkungen, wie diese für selbständige Ärzte gelten. Denn ärztliche Inhaber von Kliniken haben höhere Sach- und Personalaufwendungen sowie höhere laufende Betriebskosten und würden daher <i>"durch Werbebeschränkungen typischerweise stärker belastet als die Gruppe niedergelassener Ärzte"</i>.</p> <p>Nachdem die Erleichterungen für ärztliche Inhaber von Kliniken gelten, ist es ohne Bedeutung, ob die Klinik durch den Arzt als natürliche oder juristische Person geführt wird.</p> <p>Es ist allerdings möglich, dass im Rahmen einer Klinikwerbung <i>"angestellte Ärzte gegen die Werbebeschränkungen verstoßen, denen sie nach ihrer ärztlichen Berufsordnung unterliegen"</i>. In einem derartigen Fall trägt die Klinik zur Ermöglichung des Wettbewerbsverstoßes des Arztes bei, die Klinik kann daher – grundsätzlich – als Störerin wettbewerbsrechtlich auf Unterlassung in Anspruch genommen werden.</p> <p>Allerdings darf über die Störerverantwortlichkeit <i>"die Grenze zwischen der gewerblich tätigen Klinik und dem freiberuflichen Arzt nicht in der Weise verschoben werden, dass die Klinik unmittelbar an die Berufsordnung für Ärzte gebunden wird. Solange die Klinik weder durch Namensnennung noch durch Telefonnummern oder sonstige Kontakte auf einen bestimmten Arzt hinweist, hält sie sich im Rahmen der Klinikwerbung"</i>, zum Störerbegriff vgl. www.domainrecht-bernreuther.de C:6.2 D: 6.2 E: 6.2 F:6.2.</p> <p>Mehr noch: Mit Kliniken verbindet man Marketingverhalten. Um daher von einer Verunsicherung der Patienten oder eine Kommerzialisierung des Arztberufes ausgehen zu können, müssen besondere Umstände vorliegen.</p> <p>Möglich ist es im Gegenzug oder ergänzend aber auch, dass der Arzt als Dulder oder Veranlasser berufswidriger Werbung in Anspruch genommen wird, s.u. Rz. 8.2.</p>	<p>Rz. 7.5 B:7.4 C:7.4</p>
--	--	----------------------------

	<p>Die Bedeutung höherer Aufwendungen und Betriebskosten als Tatsache und Rechtfertigungspunkt der Ausnahme, wonach der Arzt als Klinikbetreiber grundsätzlich nicht haftet (methodisch ein erstaunliches Schauspiel) hat u.a. dazu geführt, dass nach Auffassung des</p>	
	<p>eine Störerhaftung bei kleineren Betrieben ausscheidet.</p> <p>Dass das Erlaubtsein der bloßen Eigenwerbung einer Klinik strikt zu trennen ist von dem Verbot einer Klinikwerbung, die verknüpft ist mit einer unzulässigen Arztwerbung, scheint das BVerfG nicht unbedingt überzeugt zu haben. Dies ergibt sich aus folgenden Äußerungen:</p> <p><i>"Das LG und OLG haben einerseits die verfassungsrechtlich gebotenen Einschränkungen des Werbeverbots nicht beachtet und andererseits auch dem Umstand, dass hier für die Klinik geworben wird, zuwenig Rechnung getragen".</i> Die Nennung der Voraussetzungen der berufsrechtlichen Werbegrenzen in einem Atemzug mit den nicht im Berufsrecht liegenden Grenzen der Klinikwerbung macht deutlich, dass das BVerfG über die einfachgesetzlich mögliche Störerverantwortlichkeit den Werbebeschränkungen von Kliniken nach berufsrechtlichen Maßstäben skeptisch gegenübersteht. Obschon massiv vorhanden, spielt der Störergesichtspunkt in den Entscheidungen des BVerfGs zur Benetton-Werbung verfassungsrechtlich gleichermaßen keine Rolle.</p> <p>Das Werbeprivileg einer Klinik, in welcher stationäre und ambulante Hilfe geleistet wird, entfällt nicht dadurch, dass die stationären Leistungen von Belegärzten erbracht werden. Anders ist die Lage erstens dann, wenn ausschließlich oder im Wesentlichen für eine ambulante Behandlung geworben wird. Anders ist die Lage zweitens, wenn die Klinik nicht für sich, sondern allein für die ambulante Tätigkeit der Belegärzte wirbt.</p> <p>7.2 Fallbeispiele</p> <p>(1) Heißt es: <i>"Haartransplantation, die überzeugt. In den TV-Sendungen von RTL wurden Kunden von Schönhaar gezeigt, wie hervorragend diese Methode funktioniert, wenn sie von Experten</i></p>	<p>Rz. 7.6</p> <p>Rz. 7.7</p> <p>Rz. 7.8</p> <p>Rz. 7.9</p>

	<p><i>ausgeführt wurde..... Holen Sie sich ein Stück Lebensfreude zurück",</i> fehlt es an einer Störerverantwortlichkeit der Klinik schon deshalb, weil ein Wettbewerbsverstoß des Hauptverantwortlichen ausscheidet. Haarausfall ist keine Krankheit, Haartransplantation ist daher keine Heilmaßnahme (s.o. Rz. 5.15)</p> <p>(2) 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 feststehende 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 vorgelegen haben 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 (vgl. hierzu auch meine Ausführungen in WRP 2003, 846, 872 Fn 152) 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>(3) Wirbt eine Klinik für die Behandlung von</p> <p>a) <i>"Erkrankung von Hornhaut, Regenbogenhaut, Linse, Netzhaut und Sehnerven;</i></p> <p>b) <i>Senkungsbeschwerden im gynäkologischen Bereich, Blasenleiden, unwillkürlichem Harnverlust und Vorfall der Gebärmutter;</i></p>	<p>Rz. 7.10 A:7.5 B:7.5 C:7.5</p> <p>Rz. 7.11</p>
--	---	---

	<p>c) <i>Prozessen innerhalb der Hör- und Gleichgewichtsorgane sowie ihre organischen und nervlichen Grundlagen, insbesondere auch bei Schwindel- und Gleichgewichtsstörungen sowie Hörgeräuschen (Tinnitus);</i></p> <p>d) <i>Affektionen der Harnblase, Harnsteinleiden, Blasenentleerungsstörungen und Bettnässen;"</i></p> <p>ist zwar der Anwendungsbereich der Verbotsvorschrift von § 12 Abs. 1 Satz 1 HWG (s.o. Rz. 5.1) eröffnet, da konkrete Verfahren und Behandlungen beschrieben und beworben werden. Firmenwerbung und sachangemessene Tätigkeitswerbung des Arztes sind grundsätzlich erlaubt, Absatzwerbung ist gemäß § 12 Abs. 2 Satz 1 HWG verboten. Ob eine Eigendarstellung einerseits oder eine Anpreisung bestimmter Verfahren und Behandlungen bzw. von Produkten andererseits vorliegt, entscheidet das Gesamterscheinungsbild der Werbung. Bereits dieser Hinweis macht deutlich, dass die Grenzen fließend sind. Aber auch, wenn eine gemäß § 12 Abs. 2 Satz 1 HWG unzulässige Absatzwerbung vorliegt, ist es möglich, dass ein Verbot scheitert, weil der Werbung treibende als Klinik dem Werbeprivileg – wie im Fallbeispiel – unterfällt.</p> <p>8. Der Arzt als Dulder berufswidriger Arztwerbung</p> <p>8.1 Die Rechtslage im Allgemeinen</p> <p>§ 27 Abs. 3 Satz 3 BayBOÄ lautet: <i>"Der Arzt darf eine solche Werbung (s.c. berufswidrige Werbung) durch andere weder veranlassen noch dulden".</i></p> <p>Was die Veranlassung oder Duldung einer berufswidrigen Werbung, durchgeführt durch andere als den veranlassenden oder duldenden Arzt, anbelangt, so bleibt in beiden Fällen ein Verhalten als Bestandteil der äußerlich erkennbaren Verletzungshandlung aus (ein solches Verhalten als erkennbarer Tatbeitrag kann bei der Störerverantwortlichkeit vorliegen). Was die Veranlassung einer berufswidrigen</p>	<p>Rz. 8.1 A:8.1 B:8.1 C:8.1</p> <p>Rz. 8.2</p>
--	---	---

	<p>Werbung anbelangt, so ist das Verhalten auf die Herbeiführung des Tatentschlusses als dem nicht sichtbaren Teil der äußeren Verletzungshandlung bezogen. Bei der Duldung schließlich liegt die Vorwerfbarkeit im Unterlassen vorausgesetzt zusätzlich, ein Einschreiten war tatsächlich oder rechtlich möglich und zumutbar.</p> <p>Fälle einer veranlassten oder geduldeten berufswidrigen Werbung können sich auch dann ergeben, wenn als Werbungtreibender eine Klinik handelt und hierbei bestimmte Leistungen eines Arztes hervorgehoben werden. Kommt hinsichtlich dieser Werbung eine Störerverantwortlichkeit des Arztes nicht in Betracht, weil er als Täter oder Teilnehmer nach deliktsrechtlichen Kategorien nicht haftet, ist möglicherweise die berufsrechtliche Verantwortung des Arztes als Dulder unterhalb der Schwelle von Täterschaft und Teilnahme von Belang. Eine derartige berufsrechtliche Verantwortung kann aber nicht zugleich zu einer Verletzung der §§ 3, 4 Ziff. 11 UWG unter der Fallgruppe "Rechtsbruch" in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht führen, da anderenfalls die Grundsätze der wettbewerbsrechtlichen Störerverantwortlichkeit, deren Umrisse der BGH neu festzulegen versuchte, wie z.B. die Entscheidung mit dem Stichwort "Internet-Versteigerung" beweist, ohne wettbewerbsverfahrensrechtliche Begründung aufgehoben würden (s.o. Rz. 7.4).</p> <p>Die nur geringe Anzahl von Entscheidungen aus jüngerer Zeit zur Veranlassung berufswidriger Werbung dürfte ihren Grund auch darin haben, dass die Veranlassung nur durch entsprechende Erklärung des Werbenden offenbar wird. Bei der Duldung berufswidriger Werbung haben – wegen der Verantwortlichkeit aufgrund bloßen Nichtstuns - die Grundrechte verstärkt Bedeutung.</p> <p>8.2 Fallbeispiele</p> <p>(1) 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</p>	<p>Rz. 8.3</p> <p>Rz. 8.4 A:8.2 B:8.2 C:8.2</p> <p>Rz. 8.5</p>
--	--	--

	<p>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>(2) Heißt es: In zwei redaktionellen Beiträgen der Zeitschrift <i>"Bild der Frau"</i> über denselben professoralen Arztkritiker (Fall (1)) in der Überschrift: <i>"Krebs – von allen Ärzten aufgegeben. Frauen erzählen: H..... hat uns gerettet"</i> und <i>"H'sGeheimnis: Patienten sind meine besten Freunde"</i> und finden sich sodann lobende Ausführungen von Patienten, vor allem in direkter Rede, über H....., ist die Duldung einer derartigen berufswidrigen Werbung vor dem Hintergrund zuvor erfolgter, teilweise scharfer Angriffe anderer Zeitschriften gegen H. zulässig. Dies deshalb, weil der professorale Arztkritiker bei einem Prüfungsvorbehalt seine Möglichkeit verloren hätte, sein in der Öffentlichkeit gezeichnetes Bild von seiner beruflichen Tätigkeit zu berichtigen (s.u. Rz. 9.25; Rz. 9.36).</p> <p>8.3 Zusammenfassung</p> <p>Beim Duldungsverbot spielt die Zumutbarkeit des Einschreitens eine erhebliche Rolle. Erfolgte die berufswidrige Werbung nicht durch Mitarbeiter, sondern von außen, insbesondere der Presse, ist zu fragen, ob ein allgemeiner Prüfungsvorbehalt als Voraussetzung des Gesprächs mit der Presse tatsächlich angesonnen werden kann. Bei der Veranlassung berufswidriger Werbung dürfte das Grundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit weniger häufig bedeutsam sein, als bei der geduldeten berufswidrigen Werbung. Die Veranlassung ist mangels Vorhandenseins eines äußeren Tatbestandes in der Werbung allerdings weniger leicht beweisbar.</p> <p>Ob ein Verstoß gegen das Duldungsverbot auch wettbewerbsrechtlich unter dem Gesichtspunkt</p>	<p>Rz. 8.6 C:8.2</p> <p>Rz. 8.7</p> <p>Rz. 8.8</p>
--	---	--

	<p>der Störerhaftung zu unveränderten Ergebnissen führt, kann augenblicklich abschließend nicht beantwortet werden. Bei der Verletzung einer nicht absolut geschützten Rechtsposition, wie sie durch das UWG vermittelt wird, neigt der BGH dazu, nicht die zumutbare Wahrnehmung von Prüfungspflichten als entscheidend anzusehen. Vielmehr soll die Störerhaftung dort nach den Merkmalen entschieden werden, wie sie für die Trefferschaft und die Teilnahme gelten, vgl. www.domainrecht-bernreuther.de, C: 6.2 D: 6.2 E:6.2 F:6.2. Abschließend hat sich der BGH allerdings noch nicht festgelegt.</p> <p>9. Rechtliche Grenzen des Verbots berufswidriger Arztwerbung</p> <p>Verbotsaussprüche der ordentlichen Gerichte wegen berufswidriger Arztwerbung oder aus demselben Grund durch die Berufsgerichte oder Landesberufsgerichte verhängte Geldbußen verletzen nicht selten die Grundrechte (Ziff. 9.1), das Europäische Kartellrecht (Ziff. 9.2) oder die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK); (Ziff. 9.3).</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,</p>	<p>Rz. 9.1 A:9.1 B:9.1 C:9.1</p> <p>Rz. 9.2 A:9.3 B:9.2 C:9.2</p> <p>Rz. 9.3 C:9.3</p> <p>Rz. 9.4 C:9.4</p> <p>Rz. 9.5 C:9.5</p> <p>Rz. 9.6 A:9.2 B:9.3 C:9.6</p> <p>Rz. 9.7</p>
--	---	--

	<p>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>Was die Anwendung der Grundrechte im Einzelfall anbelangt, so ist zu unterscheiden, ob eine Verbotsregelung unmittelbar die Verbotsentscheidung begründet mit der Folge, dass die Verbotsregelung Prüfungsgegenstand des betreffenden Grundrechts als Prüfungsmaßstab bildet oder, ob das Werbeverbot Folge der Auslegung einer im übrigen verfassungskonformen Verbotsregelung ist.</p> <p>Im ersten Fall ist die Geeignetheit kein Prüfungsmerkmal im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung aufgrund des Entscheidungsspielraums des Gesetzgebers.</p> <p>Soweit ersichtlich ist der Unterschied zwischen Verbotsregelung und Verbotsentscheidung als Prüfungsgegenstand jeweils einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung im Zusammenhang mit einem Werbeverbot gegenüber freiberuflich tätigen noch nicht bedeutsam geworden. Zwar erklärt das BVerfG in der Entscheidung mit dem Stichwort "<i>Tierarztwerbung</i>" § 14 der Berufsordnung der Tierärztekammer Nordrhein vom 15.01.1997 für mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar und nichtig. Nachdem aber "<i>Grundlage der angegriffenen Entscheidung§ 1 UWG (ist)</i>", § 1 UWG a.F. der Verfassung entspricht, § 14 BO (und § 6 BO) dem Berufsgesicht im Rahmen seiner Anwendung von § 1 UWG a.F. als Maßstab diene, lag – trotz Nichtigkeit der Regelung von § 14 BO – ein "<i>nicht nachvollziehbarer</i>" Auslegungsfehler von § 1 UWG vor.</p> <p>Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit ist umso mehr auf die Verbotsentscheidung und nicht die zugrunde liegende Regelung bezogen, wenn der</p>	<p>Rz. 9.8</p> <p>Rz. 9.9</p> <p>Rz. 9.10</p>
--	--	---

	<p>Regelung mittels Auslegung ein der Verfassung entsprechender Inhalt abgewonnen werden kann (verfassungskonforme Auslegung; vgl. hierzu meine Ausführungen in WRP 1995, 452, 458).</p> <p>Was diese Möglichkeit (verfassungskonforme Auslegung) anbelangt, so erstaunt allerdings, dass selbst die keine Werbemöglichkeiten vorsehenden Berufsordnungen, wie sie vor dem Jahr 2000 galten, als verfassungsgemäß ausgelegt werden konnten. Das BVerfG begründete diese Möglichkeit mit dem Hinweis, dass trotz Verbotes "<i>jeglicher Werbung</i>" dieselbe Berufsordnung das Führen rechtmäßig erworbener Titel und Facharztbezeichnungen, das Verwenden eines Praxisschildes, die Veröffentlichung bestimmter Werbeanzeigen, die Aufnahme in Adressbücher und ärztliche Verzeichnisse sowie die wissenschaftliche Betätigung erlaubte. Unabhängig von dieser interessanten Begründung bleibt es allerdings bei dem Erstaunen, dass ein striktes Werbeverbot in Wahrheit als nicht strikte Regelung gelesen wurde. Das Werbeverbot betraf und betrifft lediglich berufswidrige Werbung.</p> <p>Nochmals: Es bleibt also dabei, dass eine Auslegung contra legem erfolgte. Der Bekannteste Fall einer mit großem und überzeugendem Begründungsaufwand geleisteten Auslegung contra legem, sed secundum ius betraf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu dem Stichwort Soraya. Darüber hinaus ist beachtlich, dass das BVerfG zur Auslegung von Werbeaussagen wie folgt ausführt:</p> <p><i>"Insbesondere dürfte das Gericht der Äußerung keinen Sinn beilegen, den sie nach ihrem Wortlaut nicht haben kann (m.w.N.)".</i></p> <p>Auch wenn gleiches für die Regelungsauslegung gelten müsste, gilt ebenso, dass methodische Überlegungen im Bereich des Rechts nicht nur im Sinne einer Absicherung und Vorhersehbarkeit von Entscheidungen richtig sind. Methodische Überlegungen zielen auch darauf ab, eine in der Sache richtige, will heißen gerechte Praxis absichern, vgl. www.musikundgesetzesinterpretationen-bernreuther.de Ziff. 2.2.2.3. Von daher war und ist die vom BVerfG geübte Praxis einer verfassungskonformen Auslegung von Werbungsverboten im Bereich freier Berufe gut geeignet, einen beweglichen Maßstab abzugeben für diesen stark in Bewegung</p>	<p>Rz. 9.11</p> <p>Rz. 9.12</p> <p>Rz. 9.13 B:9.4 C:9.7</p>
--	--	---

	<p>geratenen Bereich.</p> <p>Somit steht fest, dass zur Überprüfung kaum Regelungen, sondern Verbote- oder Geldbußen verhängende Entscheidungen gelangten und gelangen. Im Hinblick auf diese Entscheidungen ist beachtlich, dass als Prüfungsmaßstab allein die Grundrechte in Betracht kommen.</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, 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</p>	<p>Rz. 9.14 A:9.4 B:9.5 C:9.8</p> <p>Rz. 9.15 B:9.6 C:9.9</p> <p>Rz. 9.16 B:9.7 C:9.10</p> <p>Rz. 9.17 C:9.11</p> <p>Rz. 9.18 C:9.12</p>
--	--	--

	<p>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 Informationsbedürfnis 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 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 "nicht ersichtlich" bzw. "nicht erkennbar", "sich aus der angegriffenen Entscheidung nicht erschließend", dessen Ausführungen als "nicht vollziehbar" bewertet hat.</p>	<p>Rz. 9.19 C:9.13</p> <p>Rz. 9.20 C:9.14</p> <p>Rz. 9.21 B:9.9 C:9.15</p> <p>Rz. 9.22 B:9.10 C:9.16</p> <p>Rz. 9.23 C:9.17</p> <p>Rz. 9.24 B:9.11 C:9.18</p> <p>Rz. 9.25 C:9.19</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, vgl. aber oben Rz. 4.</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, vgl. aber oben Rz. 4. Ein weniger stark belastender Eingriff ist mithin nicht erkennbar. Was das Führen von Zusätzen auf dem Praxisschild wie "Implantologie" 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, 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 (s.o. Rz. 8.5; s.u. Rz. 9.36)</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</i></p>	<p>Rz. 9.26 C:9.20</p> <p>Rz. 9.27 B:9.13 C:9.21</p> <p>Rz. 9.28 A:9.5 B:9.12 C:9.22</p> <p>Rz. 9.29 C:9.23</p> <p>Rz. 9.30 B:9.14 C:9.24</p>
--	---	---

	<p>(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 wenndie Beschränkung nicht unverhältnismäßig ist".</p> <p>"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". Eine Äußerung ist Meinung, wenn sie "das Element der Stellungnahme, des Dafürhaltens, des Meinens im Rahmen einer geistigen Auseinandersetzung (enthält); auf den Wert, die Richtigkeit", 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. 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>"Die Einschränkung der Meinungsfreiheit muss geeignet und erforderlich sein, um den mit</p>	<p>Rz. 9.31 B:9.15 C:9.25</p> <p>Rz. 9.32 C:9.26 / Rz. 9.33 C:9.27</p> <p>Rz. 9.34 C:9.28</p> <p>Rz. 9.35 B:9.16 C:9.29</p> <p>Rz. 9.36</p>
--	--	---

	<p><i>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 vermengt werden. Gegenstand eines Buchs ist der geistige Kampf um die dort ausgedrückte Überzeugung.</p> <p>Auch dann, wenn keine Meinungsäußerung vorliegt und daher eine Meinungsäußerung nicht Verbotsgegenstand ist, kann die Meinungsfreiheit beeinträchtigt sein. So war z.B. der im Chiemgau ehemals ansässige professorale Ärztekritiker in der Öffentlichkeit insbesondere durch die auflagenstärkste Illustrierte stark angegriffen worden. Die Beachtung des Verbots der Duldung unzulässiger Arztwerbung hätte dazu geführt, entweder jede Mitwirkung an Presseberichten zu verweigern oder die Mitwirkung von der Genehmigung des Manuskripts abhängig zu machen, was tatsächlich aber zur Beendigung der Möglichkeit, sich zu verteidigen, geführt hätte (s.o. Rz. 8.5; Rz. 9.25).</p> <p>Die Werbung mit dem Bild einer ölverschmutzten Ente, mit schwer arbeitenden Kindern oder mit dem auf einem sichtbaren Stempelaufdruck <i>"HIV POSITIV"</i> ist als Ausdruck der Meinungsäußerungsfreiheit gemäß Art. 5 GG zulässig. Jeder Arzt könnte also – wobei er wohl Umsatzeinbußen in Kauf nehmen müsste – unter Verwendung eines ähnlichen Bildes nicht hervorgehoben auf die eigene Praxis hinweisen.</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 einem</p>	<p>Rz. 9.37</p> <p>Rz. 9.38 A:9.6 B:9.17 C:9.30</p> <p>Rz. 9.39 C:9.31</p> <p>Rz. 9.40</p>
--	---	--

	<p>insbesondere an Freiheitsgrundrechten ausgerichteten Rechtsstaat, wenn Verbote zusätzlich und ausdrücklich am Maßstab der Verfassung überprüfbar sind und entsprechend überprüft werden. So wenig allerdings wie jeder Entscheidung des BGH sachliche Richtigkeit zuzusprechen ist, so wenig muss jedem Beschluss des BVerfGs inhaltlich gefolgt werden. Maßgebend für eine Gefolgschaft im Sinne einer Richtighkeitsbestätigung 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. www.musikundgesetzesinterpretationen-bernreuther.de Ziff. 2.2.2.2.</p> <p>Ausgehend hiervon verstehe ich es nicht, weshalb die Entscheidung des BGH zu dem Stichwort <i>"Optometrische Leistungen"</i> aufgehoben wurde. Der BGH hatte entschieden, dass <i>"die berührungslose Augeninnendruckmessung (Tonometrie) und die Prüfung des Gesichtsfeldes mittels einer Computermessung (automatische Perimetrie) durch Optikergegen § 1 HeilPrG (verstößt)"</i> und daher über § 1 UWG aF (heute: §§ 3, 4 Ziff. 11 UWG) verboten werden konnte. Das BVerfG meinte, für diese Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit von Optikern <i>"lassen sich kaum vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls"</i> finden. Bei <i>"unauffälligen Messergebnissen (kann) die verbleibende Restunsicherheit, auf die der Kunde vom Optiker hingewiesen wird, zu einer Klärung beim Augenarzt führen"</i>. Der BGH <i>"unterschätzt die warnende Belehrung und begründet nicht, inwiefern dieser beschwerdefreie Personenkreis ohne die Untersuchung nicht ohnedies in einer trügerischen Sicherheit lebt"</i>.</p> <p>Wissen muss man: Es war unstrittig, dass Optiker einen von hundert zur Erblindung führenden Fälle nicht durch ihre Untersuchungsmethode erkennen konnten bzw. können.</p>	<p>Rz. 9.41</p> <p>Rz. 9.42 A:9.8 B:9.18 C:9.33</p>
--	---	---

	<p>Das BVerfG rechtfertigt diesen Fall mit Hinweis auf die Aufklärungspflicht der Optiker insoweit. Dass trotz eines Hinweises der Betroffene mangels Beschwerden nicht zum Augenarzt geht und erblindet, begründet das BVerfG damit, der BGH hätte nicht dargelegt, weshalb dieser Fall das Verbot gegenüber Optikern begründe, wo doch Menschen ohne jede Untersuchung auch erblinden. Diese Begründung und dieses Ergebnis sind unannehmbar.</p> <p>Dem BGH war es recht, eine Person von hundert vor dem Erblinden zu retten, das BVerfG scheute insoweit – wohl – die erheblich größeren Kosten der Gesundheitsvorsorge. Die – im übrigen für den Bereich der Berufsfreiheit äußerst positiven Veränderungen bewirkende (s.u. Rz. 10.5) – maßgebliche Berichterstatterin am I. Senat des BVerfGs war zuvor Richterin des Bundessozialgerichts, sie ist heute Richterin am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Dass die Einsparung von Sozialkosten – wohl – der letzte Grund für die Korrektur des BGH war, kann nicht richtig sein.</p> <p>Was den weiteren Verlauf mit den Stichwörtern "<i>Optometrische Leistungen II</i>" und "<i>Optometrische Leistungen III</i>" anbelangt, so darf man über die Antragsfassung und damit die Professionalität des Klägers jeweils staunen.</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 und des Besitzes 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</p>	<p>Rz. 9.43 C:9.34</p> <p>Rz. 9.44 C:9.35</p> <p>Rz. 9.45 C:9.36</p>
--	---	--

	<p>zutreffend entschieden, als es ausführte, "es begegnet keinen verfassungsrechtlich durchgreifenden Bedenken, die sog. "Fuckparade" und die sog. "Loveparade" in Berlin nicht als Versammlungen einzuordnen".</p> <p>Anzumerken ist, dass der Übergang von der Meinungsäußerungsfreiheit zur Versammlungsfreiheit schnell geleistet ist aufgrund des bestechenden Satzes des BVerfG, wonach Demonstrationen im eigentlichen Sinne des Wortes Stellung nehmen.</p> <p>Wenn somit nicht die Behauptung einer Meinungsäußerung dazu führt, die Handlung als solche dem Schutz der Meinungsäußerungsfreiheit zu unterstellen, fehlen mir gute Gründe, weshalb die Schockwerbung von Benetton Meinungsäußerungsfreiheit besaß.</p> <p>Fragt man einen Handelsrichter, also einen als juristischer Laie tätigen Beisitzer am Landgericht (welcher im Hauptberuf Kaufmann ist), ob der werbende Kaufmann an einer für die Öffentlichkeit wesentlichen Frage mitdiskutieren, unterrichten will, wird sich der hier beispielhaft angeführte Handelsrichter vor Vergnügen auf die Schenkel klopfen. Der Kaufmann hat allein eines im Sinn und dies mit voller Befugnis: Er will Umsatz machen und Gewinn erzielen. In diese Richtung zielt wohl auch der EGMR, als er korrigierend gegenüber dem BVerfG in der Angelegenheit Caroline von Hannover gegen Deutschland korrigierend ausführte, nicht jede Berichterstattung könne als Beitrag von allgemeinem Interesse für die Gesellschaft angesehen werden. Unter diesen Umständen ist die Freiheit der Meinungsäußerung weniger weit auszulegen (mehr zum EGMR s.u. Rz. 9.60 – 9.66).</p> <p>Dass die Entscheidungen des BGH allerdings nicht zutreffend waren, weil die Werbung von Benetton eben nicht sittenwidrig i.S.d. § 1 UWG aF waren, habe nunmehr auch ich eingesehen.</p> <p>Einen Fehler hat sich das BVerfG in seiner Entscheidung zu dem Stichwort "Therapeutische Äquivalenz" geleistet, als es eine Entscheidung des BGH, die mehr als neun Jahre zurücklag, mit Hinweis auf die Zulässigkeit der vergleichenden Werbung aufhob. Fehlerhaft war die Entscheidung des BVerfG deshalb, weil der BGH nicht nur längst seine Rechtsprechung geändert</p>	<p>Rz. 9.46</p> <p>Rz. 9.47</p>
--	--	---------------------------------

	<p>hatte (zu der Entscheidung "<i>Testpreisangebot</i>") hatte der BGH entschieden, dass die Richtlinie über vergleichende Werbung unmittelbar über § 1 UWG aF. anzuwenden ist, www.markenrecht-berneuther.de Ziff. 4.1.2.1.1). Vielmehr hatte überdies der Gesetzgeber anschließend die Richtlinie über die vergleichende Werbung umgesetzt. Das BVerfG hatte solches – wohl – nicht bemerkt, anderenfalls hätte es schon wegen seiner starken Betonung der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde problemlos auf die Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 ZPO verweisen können.</p>	
	<p>Ungeachtet dieser Versäumnisse hat die Entscheidung "<i>Therapeutische Äquivalenz</i>" durch das BVerfG einen solch großen Eindruck hinterlassen, dass sehr bekannte Autoren, allerdings sporadisch im gewerblichen Rechtsschutz schreibend, den BVerfG lautstark applaudierten, was im gegenständlichen Fall bedeutete, den am Boden liegenden, anscheinend toten Löwen (BGH) noch ein paar kräftige Fußtritte zu verpassen. Wie dargelegt, gingen diese Fußtritte ins Leere.</p> <p>9.1.3.3 Zusammenfassung der eigenen Stellungnahme</p> <p>Jeder muss die Möglichkeit haben, sich selbst zu berichtigen. Dies gilt für den Verfasser und Sie, dem geneigten Leser.</p> <p>Dies gilt für die Zivilgerichte vor allem mittels § 321 a ZPO, eine Bestimmung, auf deren Einführung des BVerfG gedrängt hatte.</p> <p>Dies gilt für das BVerfG selbst. Der II. Senat dieses Gerichts hat diese Forderung bereits verwirklicht, gemeint ist die Tatsache, dass sich dieser Spruchkörper im Jahr 1992 ausdrücklich der Meinung des der Entscheidung entgegenstehenden, aus dem Jahr 1986 stammenden Sondervotums zur Verfassungsgemäßheit bzw. –widrigkeit des Gesetzes zur Parteienfinanzierung angeschlossen hatte.</p> <p>Eine weitere interessante, für den Bereich des einfachen Rechts und damit vor allem für die Anwendung der §§ 3, 4 Ziff. 11 UWG bedeutsame Lösung kommt erneut vom II. Senat des BVerfG: in seiner Entscheidung über die Neuregelung der Schwangerschaftsabbrüche hat es die Straflosigkeit für verfassungskonform,</p>	<p>Rz. 9.48</p> <p>Rz. 9.49</p>

	<p>zugleich aber die Möglichkeit der Rechtswidrigkeit des Schwangerschaftsabbruchs in anderen Bereichen der Rechtsordnung für rechtmäßig erklärt.</p> <p>Dass ein Verhalten gegen rechtliche Regelungen verstoßen kann, nicht aber zugleich einen Verstoß gegen die §§ 3, 4 Ziff. 11 UWG bedeuten muss, hat der BGH mit der Unterscheidung zwischen Marktzutrittsregelung und Marktverhaltensregelung, mit der Unterscheidung zwischen einem vorhandenen und fehlenden Mitbewerberbezug der Marktverhaltensregelung deutlich gemacht. Dies kann als mittelbare Umsetzung der erwähnten Entscheidung des BVerfG zur Straflosigkeit von Schwangerschaftsabbrüchen gedeutet werden.</p> <p>Das BVerfG hat mit seiner ausschließlich auf die Grundrechte bezogenen Blickrichtung notwendige Aufbrüche einer verkrusteten Bewertung von Werbeverhalten im Bereich der freien Berufe gewährleistet. Das BVerfG hat darüber hinaus zutreffend die Frage der Störerhaftung aus verfassungsrechtlichen Gründen relativiert, auch wenn die Fachgerichte augenblicklich damit beschäftigt sind, die dogmatisch zutreffende Begründung nachzureichen. Aus der Tatsache, das letzte Wort zu haben, folgt allerdings nicht, unfehlbar zu sein.</p> <p>9.2. Verbotene Arztwerbung als Verstoß gegen Europäisches Kartellrecht</p> <p>9.2.1 Der Standpunkt des EuGH</p> <p>9.2.1.1 Der Standpunkt des EuGH im Allgemeinen</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">- Ärzte sind Unternehmer i.S.d. Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft;- Ein Berufsverband wie die Bayerische Ärztekammer ist als Unternehmensvereinigung i.S.v. Art. 81 EG anzusehen;- Werbebeschränkungen aufgrund der BerufsO	<p>Rz. 9.50 A:9.9 B:9.21 C:9.37</p>
--	---	---

	<p>bewirken oder bezwecken die Einschränkung des Wettbewerbs innerhalb des gemeinsamen Marktes und sind zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten geeignet.</p> <p>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.</p> <p>9.2.1.2 Der Standpunkt des EuGH übertragen auf die Arztwerbung</p> <p>Die Berufsordnung soll die Einhaltung des Berufsrechts der Ärzte sichern, in dem übertriebene und unsachliche Werbemaßnahmen zur Vermeidung einer Kommerzialisierung des Arztbildes verhindert werden; dies lässt sich mit weniger einschneidenden Mitteln nicht erreichen.</p> <p>Die Folge ist, dass die Berufsordnung selbst nicht kartellrechtswidrig ist, einzelne Maßnahmen, gestützt auf die Berufsordnung, können allerdings kartellwidrig sein.</p> <p>Voraussetzung ist, dass das angesprochene Verbot Allgemeinwirkung besitzt, weil es auf gleich gelagerte Fälle ebenfalls tatsächlich oder als Präjudiz Anwendung findet mit der Folge einer Wesentlichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung auf dem örtlich und sachlich relevanten Markt.</p> <p>9.2.2 Eigene Stellungnahme</p> <p>Die Anwendungsvoraussetzungen des Kartellrechts allgemein, also des deutschen und des europäischen Kartellrechts zu bestimmen, mithin den sachlich und persönlich bedeutsamen Markt festzulegen, stellt häufig die am schwierigste zu klärende kartellrechtliche Frage dar.</p> <p>Das Europäische Kartellrecht ist ferner nicht erst – wie im Hinblick auf die Freiheit des Warenverkehrs gemäß Art. 28 GG – bei einem grenzüberschreitenden Sachverhalt anwendbar. Es genügen nationale Auswirkungen von gewisser Bedeutung mit der Folge, dass</p>	<p>Rz. 9.51 Rz. 9.52</p> <p>Rz. 9.53 A:9.10</p> <p>Rz. 9.54</p>
--	--	---

	<p>Auswirkungen auf die Gemeinschaft möglich sind. Letzteres wird man für die ärztlichen Berufsordnungen bejahen können, zumal diese in den Ländern der Bundesrepublik Deutschland zumindest im Wesentlichen wortgleich sind.</p> <p>Dass das Europäische Kartellrecht im EG-Vertrag geregelt ist (wäre das Deutsche Kartellrecht entsprechend geregelt, stünde es im Grundgesetz), hat geschichtlich bedingte Gründe: Der EG-Vertrag hat seine Vorläufer in gemeinsamen Wirtschaftsverträgen.</p> <p>Von daher ist es auch plausibel, dass der EG-Vertrag keine bürgerlichen Grundfreiheiten (die Meinungsäußerungsfreiheit, Freiheit des Eigentums, Freiheit der Berufswahl und der Berufsausübung u.a.m.) enthält, jene werden vom EuGH allerdings als ungeschriebene Grundfreiheiten anerkannt.</p> <p>Dass eine Prüfung der Berufsordnungen durch den EuGH am Maßstab der – ungeschriebenen – Grundrechte der Berufsausübungsfreiheit und der Meinungsäußerungsfreiheit fehlt, ist – wie dargelegt – zwar erklärlich, bleibt allerdings unverständlich. Gleichwohl müssen wir mit dieser Tatsache leben, was umso leichter fällt, als die vorstehend zu Rz. 9.50 wiedergegebenen allgemeinen Prüfungsvoraussetzungen einleuchtend sind.</p> <p>Dass der EuGH gleichwohl auch ziemlich neben der Sache liegen kann, macht die Entscheidung mit dem Stichwort "Orkem" 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 eine fairen Verfahrens nach Art. 6 EMRK stellt die Grenze für die erörterten kartellrechtlichen Ansprüche dar. Dieser Auffassung hat sich nunmehr auch das Europäische Gericht I. Instanz angeschlossen, der EuGH nahm das hiergegen gerichtete Rechtsmittel nicht an. Beachtlich – und damit den Einfluss des EGMR verdeutlichend – scheint auch diejenige Entscheidung zu sein, in welcher der EuGH einen Schadensersatzanspruch gegen Österreich wegen Nichtuntersagung einer Demonstration von Umweltschützern mit der Folge einer Blockade der Brenner-Autobahn von 30 Stunden mit der Begründung abwies, mit dem ausgeübten</p>	<p>Rz. 9.55 A:9.10 B:9.22 C:9.38</p> <p>Rz. 9.56</p> <p>Rz. 9.57 C:9.39</p> <p>Rz. 9.58 C:9.40</p>
--	---	--

	<p>Grundrecht der Versammlungsfreiheit hätten die Demonstranten nicht den Zweck verfolgt, den Handel mit Waren einer bestimmten Art oder Herkunft zu beeinträchtigen.</p> <p>Tatsächlich steht diese Entscheidung aber nicht in einer Reihe mit den Entscheidungen des EGMR, sofern dessen Entscheidungen die bürgerlichen Grundfreiheiten und den Grundsatz des freien Warenverkehrs in einem angemessenen und ausgeglichenen Spannungsverhältnis sieht. Gemeint ist die Tatsache, dass die Rechtmäßigkeit der Blockade der Brenner-Autobahn im Ergebnis vom EuGH zwar richtig, in den Gründen aber falsch entschieden wurde. Denn das Recht verweist auf die Ethik als den Grund seiner Rechtmäßigkeit (vgl. hierzu meine Ausführungen in WRP 1999, 792, 801 – li Sp 4. Abs.), nicht aber auf die Warenverkehrsfreiheit oder die Anzahl der Arbeitsplätze. Wäre dies anders, schaffte eine Räuberbande Recht, nur weil sie – evtl. begrenzt für den gegenständlichen Fall – Warenverkehrsfreiheit herstellt oder Arbeitsplätze schafft.</p> <p>Kurz und gut: Die Prüfung von Berufsordnungen am Maßstab des EU-Kartellrechts ist ziemlich gewöhnungsbedürftig. Hier sollten sich auf Dauer die Berufsausübungsfreiheit und die Meinungsäußerungsfreiheit als Prüfungsmaßstäbe einstellen, auch wenn derzeit keine Entscheidungsfehler im Ergebnis seitens des EuGH erkennbar sind.</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><i>"1. Standesregeln für Ärzte sind ein Eingriff in das nach Art. 10 EMRK geschützte Recht auf freie Meinungsäußerung.</i></p> <p><i>2. Ein solcher Eingriff verstößt gegen Art. 10 EMRK, es sei denn, er ist "gesetzlich vorgesehen", verfolgt eines oder mehrere der in Art. 10 Abs. 2 EMRK genannten berechtigten Ziele und ist zur Verwirklichung dieser Ziele "in einer demokratischen Gesellschaft notwendig".</i></p> <p><i>3. Standesregeln für Ärzte verfolgen das berechtigte Ziel des Schutzes der</i></p>	<p>Rz. 9.59</p> <p>Rz. 9.60 A:9.11 B:9.23 C:9.41</p>
--	--	--

	<p><i>Gesundheit.</i></p> <p>4. <i>Um festzustellen, ob ein Eingriff in das Recht auf freie Meinungsäußerung auf der Grundlage von "Standesregeln" notwendig "ist", prüft der Gerichtshofs, ob die von den staatlichen Behörden zur Rechtfertigung des Eingriffs vorgetragene Gründe stichhaltig und ausreichend sind. (Dies bedeutet Vereinbarkeit mit den in Art. 10 Abs. 2 EMRK verankerten Grundsätzen und ausreichende Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen).</i></p> <p>5. <i>Werbebeschränkungen sind nicht grundsätzlich konventionswidrig. Hinsichtlich der Rechtfertigung von Werbebeschränkungen besteht allerdings kein weiterer Beurteilungsspielraum".</i></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>Wie weit im gegenständlichen Fall die Meinungsäußerungsfreiheit gemäß Art. 10 EMRK reicht, macht die oben zu Rz. 4.32 erwähnte Entscheidung deutlich: Danach ist eine redaktionelle Bildberichterstattung mit durchaus werbendem Inhalt zulässig, wenn sachliche Gründe für die Werbeaussage bestehen.</p> <p>9.3.3 Zur rechtlichen Einordnung der Rechtssprechung des EGMR</p> <p>Schwierig ist die Verankerung der Rechtssprechung des EGMR im Stufenbau unserer Rechtsordnung. Dies deshalb, weil die als Prüfungsgrund in Betracht kommende Europäische Menschenrechtskonvention weder Gemeinschaftsrecht darstellt noch über den Rang eines einfachen Bundesgesetzes hinausreicht. Allerdings hat es gerade das BVerfG, welches in seiner Rechtsauffassung des Erlaubtseins der Abbildung von Personen der absoluten Zeitgeschichte auch im normalen Alltag seitens des EGMR berichtet worden war unternommen, die Stellung jenes Gerichtes</p>	<p>Rz. 9.61 C:9.42</p> <p>Rz. 9.62</p> <p>Rz. 9.63 A:9.12 B:9.24 C:9.43</p> <p>Rz. 9.64</p>
--	---	---

	<p>aufzuwerten, in dem es zum einen darauf hinwies, dass alle Träger der deutschen öffentlichen Gewalt an den Entscheidungen des EGMR gebunden sind (Art. 20 Abs. 3, 59 Abs. 2 i.V.m. Art. 19 Abs. 4 GG) mit der Folge einer Pflicht zur Berücksichtigung dieser Entscheidungen. Die Konventionsbestimmungen sind in der Auslegung des EGMR zur Kenntnis zu nehmen und jeweils anzuwenden, es sei denn, die Umsetzung dieser Auslegung führt zu Ergebnissen, die gegen höherrangiges Recht, insbesondere Verfassungsrecht verstoßen. Die konventionsgemäße Auslegung hat dabei Vorrang vorausgesetzt, die Auslegung entspricht üblichen methodischen Begründungen.</p> <p>Zum anderen versuchen sowohl das BVerfG als auch der EuGH anlässlich der Darstellung der eigenen Rechtsprechung eine Übereinstimmung mit dem Inhalt der Entscheidungen des EGMR herauszustellen.</p> <p>Meinungsunterschiede zwischen dem BVerfG und dem EGMR, die aus der Verneinung der Erstattungsfähigkeit von Anwaltskosten des sich selbst verteidigenden Anwalts bei geringfügigen Vorwürfen entstehen könnten, dürften somit der Vergangenheit angehören.</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 des Bayerischen Heilberufe-Kammergesetzes (BayHKaG)</p> <p>Ist die Schuld gering, kommt es zum Ausspruch einer Rüge. Die Durchführung eines eigenen Verfahrens ist in diesem Fall nicht erforderlich. Zuständig für den Ausspruch der Rüge ist der Vorstand des örtlichen Bezirksverbandes.</p> <p>10.1.2 Berufsrechtliches Verfahren gemäß Art. 66 Abs. 1 Satz 1 BayHKaG</p> <p>Wird nach Durchführung des berufsrechtlichen Verfahrens gemäß Art. 66 Abs. 1 Satz 1 BayHKaG eine nicht nur geringe Schuld des</p>	<p>Rz. 9.65</p> <p>Rz. 9.66</p> <p>Rz. 10.1 A:10.1 B:10.1 C:10.1</p> <p>Rz. 10.2 C:10.2</p>
--	--	---

	<p>Verletzers, hier des werbenden Arztes festgestellt, eröffnet Art. 67 Abs. 1 BayHKaG verschiedene Sanktionsmöglichkeiten, von denen am Bedeutsamsten die Verhängung einer Geldbuße ist. Zuständig hierfür ist das Berufsgericht oder das Landesberufsgericht, Art. 68 Abs. 1 BayHKaG.</p> <p>10.2 Wettbewerbsrechtliche Maßnahmen</p> <p>10.2.1 Verhältnis des Wettbewerbsrechts zum Berufsrecht im Allgemeinen</p> <p>Verstöße gegen das Berufsrecht können, sie müssen aber nicht zugleich einen Wettbewerbsverstoß insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs gemäß den §§ 3, 4 Ziff. 11 UWG beinhalten (s.o. Rz. 6.1 - 6.5).</p> <p>Verstöße als nicht durch das Berufsrecht geregelte Handlungen stellen vor allem Verletzungen des Irreführungsverbotes gemäß den §§ 3, 5 UWG dar, hinzu kommen sonstige unlautere Handlungen, insbesondere der Kundenbeeinflussung, welche unabhängig von der Zugehörigkeit zu dem freien Beruf als unlauter anzusehen sind.</p> <p>Verstöße als nicht durch das Berufsrecht geregelte Handlungen stellen des weiteren Verletzungen des HWG dar.</p> <p>Verstöße gegen das Berufsrecht und Verstöße außerhalb des Berufsrechts zugleich unter dem Blickwinkel des UWG zu bewerten ist deshalb wichtig, weil das Wettbewerbsverfahrensrecht die wirkungsvollste, aber auch gefahrvollste Möglichkeit der Rechtsdurchsetzung bietet.</p> <p>Eine sehr einflussreiche, notwendige Blickwechsel- und Einschätzungsveränderungen bewirkende Richterin des I. Senats des BVerfG (s.o. Rz. 9.40) hatte in dem der Entscheidung mit dem Stichwort "<i>Werbung für Steuerberatungsgesellschaften</i>" vorausgehenden Verfahren, ohne dass dies vom Beschwerdeführer der Verfassungsbeschwerde gerügt worden war, die Frage aufgeworfen, ob es mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar ist, wenn die Kammer des betreffenden freien Berufsstandes eine wettbewerbsrechtliche Unterlassungsklage erhebt, anstatt von ihren hoheitlichen Aufsichtsbefugnissen Gebrauch zu</p>	<p>Rz. 10.3 A:10.3 B:10.3 C:10.3</p> <p>Rz. 10.4 C:10.4</p> <p>Rz. 10.5</p>
--	---	---

	<p>machen und die ihr selbst zu Gebote stehenden Mittel einzusetzen. Der BGH hatte als einer der möglicherweise von einer Rechtsprechungsänderung Betroffenen auf die Fragestellung vorab mit der Entscheidung unter dem Stichwort "<i>Vertretung der Anwalts-GmbH</i>" geantwortet. Will heißen, der BGH hielt an seiner bisherigen Rechtsauffassung, wonach Körperschaften als Verbände gewerblicher Interessen gem. § 8 Abs. 3 Ziff. 2 UWG auch Wettbewerbsverstöße rügen können, trotz der vom BVerfG aufgeworfenen Fragestellung fest.</p> <p>Das BVerfG hat es sodann in der Entscheidung mit dem Stichwort "<i>Werbung für Steuerberatungsgesellschaften</i>" dabei belassen, dass Ärztekammern als Wirtschaftsverbände i.S.d. § 8 Abs. 3 Ziff. 2 UWG Wettbewerbsverstöße geltend zu machen befugt sind (s.u. Rz. 10.20). Der BGH bekräftigte sodann seine Rechtsauffassung in den Entscheidungen mit den Stichwörtern "<i>Steuerberater-Hotline</i>" und "<i>Zahnarztbriefbogen</i>".</p> <p>Zu der letztgenannten Entscheidung (Zahnarztbriefbogen) weist der BGH allerdings darauf hin, dass vor einer Entscheidung die Kammer abzuwägen hat, ob das Vorgehen im Zivilrechtsweg angemessen erscheint und nicht unverhältnismäßig in die Berufsausübungsfreiheit des betroffenen Kammerangehörigen eingreift.</p> <p>Hieraus wird deutlich: Die wettbewerbsrechtliche Durchsetzung von Berufsrecht ist nicht zuletzt wettbewerbsverfahrensrechtlich von Bedeutung, dessen effektive aber auch scharfen Durchsetzungsmöglichkeiten hatten gerade dieserhalb die Aufmerksamkeit des BVerfGs auf sich gezogen.</p> <p>10.2.2 Unterschiede zwischen wettbewerbsrechtlichen und berufsrechtlichen Maßnahmen</p> <p>Der Unterschied zwischen wettbewerbsrechtlichen und berufsrechtlichen Maßnahmen besteht wie folgt.</p> <p>10.2.2.1 Allgemeine Anwendungsvoraussetzungen, wie sie nur für das Wettbewerbsrecht gelten</p>	<p>Rz. 10.6</p> <p>Rz. 10.7 C:10.5</p> <p>Rz. 10.8 C:10.6</p>
--	---	---

	<p>- Damit wettbewerbsrechtliche Maßnahmen entfaltet werden können, muss ein "<i>Handeln im geschäftlichen Verkehr</i>" (Ärzte sind Unternehmer i.S.d. UWG, s.o. Rz. 3.5) vorliegen. Bei einem privaten Handeln oder einem Handeln im Sinne des öffentlichen Rechts ist also das UWG nicht anwendbar. Ob und ggfs. in welchem Umfang ein Handeln innerhalb der beiden letztgenannten Bereiche berufsrechtlich bewertet werden kann, wird hier nicht vertieft.</p> <p>- Das UWG setzt ferner ein Wettbewerbsverhältnis zwischen dem Anspruchsgläubiger und dem angeblichen oder tatsächlichen Verletzer voraus, § 2 Abs. 1 Ziff. 3 UWG. Berufsrechtliche Maßnahmen setzen demgegenüber nicht voraus, dass der Auseinandersetzung ein Anbieter- oder Nachfrageverhältnis zugrunde liegt.</p> <p>- Die unlautere Wettbewerbshandlung ist nur dann verboten, wenn sie Mitbewerber, Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer nicht nur unerheblich beeinträchtigt, § 3 UWG. Dieses Merkmal hat vor allem im Rahmen des Rechtsbruchs gemäß den §§ 3, 4 Ziff. 11 UWG Bedeutung, nicht aber bei der unlauteren irreführenden Werbung gemäß den §§ 3, 5 UWG: Das Merkmal der Überschreitung der Unerheblichkeitsgrenze stellt im ärztlichen Berufsrecht keine besondere Anwendungsvoraussetzung dar, anders ist die Lage im Handwerksrecht, vgl. § 3 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 HWO.</p> <p>10.2.2.2 Durchsetzungsmöglichkeiten, wie sie nur für das Wettbewerbsrecht gelten</p> <p>- Anspruchsberechtigt, Wettbewerbsverstöße geltend zu machen, sind Mitbewerber gemäß § 8 Abs. 3 Ziff. 1 UWG und Wirtschaftsverbände gemäß § 8 Abs. 3 Ziff. 2 UWG, zu letzteren zählen auch die Ärztekammern. Berufsrechtlich kann nur der Vorstand tätig werden.</p> <p>- Als Mittel der Rechtsdurchsetzung kommen die Abmahnung, die einstweilige Verfügung, die Hauptsacheklage und die Anrufung der Einigungsstelle in Betracht.</p> <p>-- Abmahnung Die Abmahnung ist für den Bereich des UWG</p>	<p>Rz. 10.9 C:10.7</p> <p>Rz. 10.10 A:10.4 B:10.4 C:10.8</p> <p>Rz. 10.11 A:10.5 B:10.5 C:10.9</p> <p>Rz. 10.12 B:10.6 C:10.10</p>
--	---	--

	<p>erstmal vom Gesetzgeber in § 12 Abs. 1 UWG erwähnt und dient dazu, den Verletzer auf die Unzulässigkeit seines Tuns aufmerksam zu machen ferner, die Kostenlast im Falle eines Anerkenntnisses durch den Unterlassungsschuldner zu verhindern, da dieses Anerkenntnis sodann (nach erfolgter Abmahnung ohne Unterwerfung) nicht mehr "sofort" i.S.d. § 93 ZPO geschieht. Die größte Bedeutung der Abmahnung stellt sich dann ein, wenn das angerufene Gericht eine Beschlussverfügung, also eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung, erlassen will: In diesem Fall war durch die vorausgehende Abmahnung die Möglichkeit des rechtlichen Gehörs eröffnet.</p> <p>-- Einstweilige Verfügung Das schnellste Mittel, einen gerichtlichen Titel und damit die Durchsetzung von Rechten mit der Möglichkeit einer Sanktion zu erreichen, ist die einstweilige Beschlussverfügung aufgrund des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung. Die einstweilige Verfügung auf Unterlassung wird ggfs. innerhalb von Stunden erlassen, weitere Einzelheiten finden sie unter www.markenrecht-bernreuther.de, Ziff. 23.2.1.</p> <p>-- Hauptsacheklage Will man rechtliche Auseinandersetzungen vor Gericht und grundsätzlich, also möglicherweise unter Ausschöpfung des Instanzenzugs klären, reicht man Hauptsacheklage ein.</p> <p>Weitere Einzelheiten finden Sie unter www.markenrecht-bernreuther.de, Ziff. 23.2.2.</p> <p>Sowohl für das Verfügungs- wie das Hauptsacheverfahren gilt, dass die richtige Antragsfassung regelmäßig zu den schwierigsten Aufgaben zählt. Einzelheiten finden Sie auf der Startseite unter "<i>Bestimmtheit</i>" und unter www.bestimmtheit-bernreuther.de.</p> <p>-- Anrufen der Einigungsstelle gemäß § 15 UWG In nicht dringenden Fällen kann es tunlich sein, die Einigungsstelle für Wettbewerbssachen gemäß § 15 UWG anzurufen. Sinnvoll ist zusätzlich, wenn beiderseits ein Handlungsspielraum im Hinblick auf den geltend gemachten</p>	<p>Rz. 10.13 C:10.11</p> <p>Rz. 10.14 C:10.12</p> <p>Rz. 10.15</p> <p>Rz. 10.16 C:10.13</p> <p>Rz. 10.17</p>
--	--	--

	<p>Standpunkt besteht.</p> <p>Demgegenüber kann – ein Rechtsvergleich zu den Durchsetzungsmöglichkeiten zwischen anwaltlichem Berufsrecht und Wettbewerbsrecht hat der BGH unter dem Stichwort "<i>Verletzung der Anwalts-GmbH</i>" vorgenommen – berufsrechtlich der Vorstand wie oben zu Ziff. 10.1 = Rz. 10.1-10.2 dargestellt lediglich eine Rüge gemäß Art. 38 Abs. 1 Satz 1 BayHKaG aussprechen oder ein berufsrechtliches Verfahren gemäß Art. 66 Abs. 1 S. 1 BayHKaG mit der evtl. Folge einer Geldbuße einleiten. Der Vorstand hat sohin keine Möglichkeit, eine einer zivilrechtlichen Entscheidung vergleichbare und daher vollstreckbare Unterlassungsverfügung zu erlassen. Eine Rüge geht auch nach Bestätigung im berufsrechtlichen Verfahren nicht weiter als ein Feststellungsurteil, hindert also weitere Verstöße nicht. Die Geldbuße wiegt nicht so schwer wie die Pflicht zur Kostentragung als Folge eines verlorenen Wettbewerbsprozesses, sie beinhaltet vor allem nicht den Bestrafungsrahmen gemäß § 890 ZPO als Bestandteil einer gerichtlichen Unterlassungsentscheidung.</p> <p>10.2.2.3 Rechtsfolgen, wie sie nur für das Wettbewerbsrecht gelten</p> <p>Wettbewerbsverstöße werden hauptsächlich durch Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung nach vorausgegangener Abmahnung beseitigt, vgl. meine Ausführungen in GRUR 2001, 400, 401 nebst Fn 1. Strafbewehrt bedeutet, dass der Unterlassungsschuldner sich verpflichtet, für jeden Fall zukünftiger schuldhafter Zuwiderhandlung eine betragsmäßig festgelegte oder eine im Ermessen des Unterlassungsgläubigers stehende und im Streitfall vom zuständigen Gericht zu überprüfende Vertragsstrafe zu bezahlen.</p> <p>Die Möglichkeit, nicht nur Unterlassung, sondern auch Schadensersatz zu verlangen, spielt im Rahmen der Arztwerbung allgemein wohl keine Rolle.</p> <p>Wettbewerbsverstöße werden – wie erwähnt – darüber hinaus durch Unterlassungstitel insbesondere im Zuge des einstweiligen</p>	<p>Rz. 10.18 A:10.6 B:10.7 C:10.14</p> <p>Rz. 10.19 A:10.7 B:10.8 C:10.15</p> <p>Rz. 10.20 C: 10.16</p>
--	---	---

	<p>Verfügungsverfahrens beigelegt. Folge eines Unterlassungstitels ist es, dass jeder Fall der Zuwiderhandlung mit einem Ordnungsgeld von bis zu € 250.000,00, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, im Wiederholungsfall bis zu 2 Jahren, bedroht ist, § 890 ZPO.</p> <p>Die möglicherweise bedeutsamste Rechtsfolge ist allerdings die tatsächliche Bestrafung im Einzelfall mittels Verpflichtung zur Zahlung. Gemeint ist die willkürliche Ansetzung eines zu hohen Streitwerts (z.B. € 50.000,00 wegen eines einfachen berufsrechtlichen und wettbewerbsrechtlichen völlig unbedeutenden Verstoßes) mit der Folge, dass anlässlich der Klärung der Frage, ob ein zur Unterlassung verpflichtendes Tun vorliegt oder nicht, der Unterlassungsschuldner bereits in erheblichem Umfang Anwalts- und Gerichtskosten aufzubringen hat.</p> <p>Diesen Fall dürfte das BVerfG (s.o. Rz. 10.5) vor Augen gehabt haben, als es seine Zweifel an der Verhältnismäßigkeit von wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanträgen bzw. Unterlassungsklagen anmeldete, sofern zugleich berufsrechtliche Möglichkeiten zur Auswahl stehen. Bedenkt man zusätzlich, dass auf die geschilderte, im Wettbewerbsverfahrensrecht gründende Weise Bestrafungen durchgesetzt wurden, denen keine Verstöße zugrunde lagen, weil die – neue- verfassungsrechtliche Sichtweise erst mit einer Verzögerung von fünf bis zehn Jahren wirksam wurde und wird, sind die Bedenken des BVerfGs nur zu gut zu verstehen. Und diese Bedenken sind solange nicht aus der Welt, als Gerichte die Grundrechte nicht beachten und auch Fragen des Marktmissbrauchs nicht reserviert gegenüberstehen, hierzu www.markenrecht-bernreuther.de Ziff. 27.</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 mit Verweis auf den Verfasser der Geschichte "<i>Plisch und Plum</i>": "<i>Aber hier wie überhaupt, kommt es anders als man glaubt</i>".</p> <p>Versucht man, sich unserem Anliegen, Ausblicke</p>	<p>Rz. 11 A:11 B:11 C:11</p>
--	---	------------------------------

	<p>zu gewähren und zu verschaffen, mit vernünftigen Begründungen anzunähern, ist es bedeutsam zu erinnern, dass in der Ausdeutung des die Demokratie tragenden und als Bezugspunkt des Werbenden dienenden Grundrechts der Meinungsäußerungsfreiheit möglicherweise das BVerfG durch den EGMR etwas eingeschränkt wurde, gemeint ist die Entscheidung des EGMR unter dem Stichwort "<i>Caroline von Hannover gegen Deutschland</i>".</p> <p>Konnte mithin der BGH im Zuge verschiedentlicher Aufhebungen durch das BVerfG zuvor nie wissen, wo die Grenzen einer verfassungsrechtlich erlaubten Werbung insbesondere vor dem Hintergrund der Meinungsfreiheit lagen, könnten nun erstmals Grenzen sichtbar sein.</p> <p>Auch befürchte ich nicht, dass die geänderte Sichtweise, wie sie durch das BVerfG auf den Weg gebracht wurde, nicht oder nur zu zäh Bestandteil der Rechtssprechung der Instanzgerichte wird. Anders war - und ist bedauerlicherweise die Lage im Hinblick auf das einfache Wettbewerbsrecht: Hier ist festzustellen, dass Gerichte immer noch an überkommenen Argumentationsmustern festhalten, man bedenke beispielsweise die Instanzentscheidungen als Vorläufer der BGH-Entscheidung unter dem Stichwort "<i>Rubbelaktion</i>" bzw. "<i>umgekehrte Versteigerung II</i>" oder zur Zulässigkeit der sog. Laienwerbung. Dasselbe gilt im Bereich des Markenrechts, wo Instanzgerichte immer noch aus der Tatsache der Markeneintragung auf einen weiten Schutzbereich der Marke schließen.</p> <p>Meine ausführliche Darstellung der die engen Grenzen des ärztlichen Werbeverbots aufhebenden Rechtssprechung des BVerfGs (s.o. Ziff. 9.1 = Rz. 9.2-9.49), des EuGH (s.o. Ziff. 9.2 = Rz. 50-9.59) und des EGMR (s.o. Ziff. 9.3 = Rz. 9.60-9.66) macht zugleich deutlich, dass das Wettbewerbsrecht immer besonders spannend ist, weil es in viel größerem Umfang als beispielsweise das Markenrecht oder das Patentrecht im Spannungsverhältnis übergeordneter Rechtsgrundlagen und allgemein veränderter Betrachtungsweisen steht.</p> <p>Und nachdem ich für den Wegfall des Begründungsbestandteils "<i>übertriebenes Wirken der Werbung</i>" bzw. "<i>Kommerzialisierung des Arztberufs</i>" innerhalb des verbliebenen Rest- und Rückzugsgebietes der freien Berufe bin und</p>	
--	--	--

	zudem meine, dass diese Auffassung auf gute Gründe verweisen kann, lässt sich sagen: Es bleibt spannend!	
--	--	--