

Werberecht für Ärzte und Kliniken

1. Einleitung:

- früher Werbung für Ärzte generell verboten
- 103. Deutscher Ärztetag in Köln, Mai 2000: Novellierung der Musterberufsordnung für Ärzte (MBO)
 - grundsätzliches Werbeverbot aufgehoben
 - nur noch berufswidrige Werbung verboten
 - restriktiv auszulegende, katalogartige Regelung
- 105. Deutscher Ärztetag in Rostock, Mai 2002: erneute Änderung der werberechtlichen Vorschriften in der MBO
 - notwendig aufgrund vermehrter höchstrichterlicher Rspr.
 - keine Detailregelung mehr, sondern Generalklausel (27, 28 MBO)

2. Werbung:

- Werbung = Information und Kommunikation über das Leistungsangebot und die Leistungsfähigkeit eines Unternehmens (*Buch Werberecht*)
 - jede Information in eigener Sache ist zugleich Werbung
- allgemeine Grundsätze:
 - Werbung muss wahr sein
 - Werbung braucht nicht vollständig zu sein (insbes. hinsichtlich der Nachteile)
 - Grenze: irreführende (unwahre) Werbung
 - Werbung soll sachlich sein
 - Grenze: unlautere Werbung (= grobe Verstöße gegen Sachlichkeit)
- Grenzen zulässiger Werbung ergeben sich aus dem Gesetz, insbesondere den wettbewerbsrechtlichen Vorschriften
- besondere Beschränkungen für Ärzte ergeben sich ebenfalls aus **1, 3 UWG**, aber auch aus **Heilmittelwerbegesetz (11 HWG)** und insbesondere den standesrechtlichen Vorschriften der **MBO (27, 28 MBO)**:
 - nach 27 II MBO muss Werbung der Ärzte sachlich sein (Arg.: die besondere Verantwortung der freien Berufe)
 - nach 27 III MBO ist berufswidrige Werbung untersagt (s.u.)

3. verfassungsrechtliche Bedenken gegen Werbebeschränkungen der Ärzte

- Berufsfreiheit, Art.12 GG = berufl. Praxis und jede Tätigkeit, die mit Berufsausübung zusammenhängt und dieser dient, ist geschützt
 - umfasst auch die Außendarstellung durch Werbung
 - Beschränkung nur möglich, wenn Zwecken des Allgemeinwohls dient und Berufstätigen nicht unzumutbar trifft
 - Werbebeschränkungen der Ärzte also nur zulässig aus Gründen des Gesundheitsschutzes und des Schutzes der Patienten vor Verunsicherung!
- Gleichheitsgrundsatz, Art.3 I GG

4. berufswidrige Werbung:

- keine Legaldefinition, nach (der liberalen¹) Rspr. aber solche Werbeaussagen, die
 - geeignet erscheinen das Schutzgut der Volksgesundheit zu beeinträchtigen
 - aufdringlich und Ausdruck eines rein geschäftsmäßigen, ausschließlich an Gewinn orientierten Verhaltens sind→ berufswidrige Werbung erschließt sich aus dem Berufsbild des Arztes, wie es allgemein besteht (= Freiberufler, besonderes Vertrauensverhältnis) und wie es sich konkret aus der MBO (1, 2 MBO) ergibt
→ beurteilt sich nach den Umständen des Einzelfalles unter Zugrundelegung einer Abwägung des Patientenrechts auf sachliche Information und der Informations-, Meinungs- und Berufsfreiheit der Ärzte

27 III MBO: verboten ist insbesondere anpreisende, vergleichende oder irreführende Werbung

- anpreisende Werbung:
 - gekennzeichnet durch Übertreibung, Superlative, insbesondere durch Alleinstellung, um die eigene Leistung besonders wirkungsvoll herauszustellen und den Kunden suggestiv zu beeinflussen
 - für nicht-medizinischen, allgemeinen Geschäftsverkehr erlaubt, muss aber wahr sein (= objektiv nachprüfbar)
 - Maßstab: Auffassung des Verkehrs (Laiensicht)
 - Beispiele: Image-Werbung, Werbung mit Selbstverständlichkeiten („Bei uns sind Sie in den besten Händen.“), Werbung mit ärztlicher Erfahrung auf der Grundlage von Patientenzahlen (Werbung mit der Dauer der Berufsausübung oder dem Zeitpunkt der Approbation ist zulässig!)
- vergleichende Werbung:
 - jede Werbung, die unmittelbar oder mittelbar mindestens einen Mitbewerber oder die von Mitbewerbern angebotenen Dienstleistungen erkennbar macht; namentliche Nennung ist nicht erforderlich
 - früher für allgemeinen Geschäftsverkehr als wettbewerbswidrig verboten, da Herabsetzung des Mitbewerbers sittenwidrig
→ seit 2000 zulässig wegen Europa-RiLi², aber Grenze immer noch **2 II UWG** (Sittenwidrigkeit)
 - für Ärzte nach Standesrecht verboten- sogar dann, wenn Werbung objektiv nachprüfbar und weder herabsetzend noch irreführend ist
→ Ausnahme: Kliniken! (s.u. 6.)
 - Maßstab: ausreichend, wenn ein nicht unbeachtlicher Teil des angesprochenen Verkehrskreises die vom Vergleich betroffenen Mitbewerber eindeutig erkennen kann
 - Beispiele: Aussagen mit ausdrücklichem Vergleich („Im Gegensatz zu einem stationären Klinikaufenthalt genießen Sie in unserer Praxisklinik eine familiäre Atmosphäre.“), Aussagen bei denen sich ein Vergleich aufdrängt („Bei uns werden Doppeluntersuchungen vermieden.“)
- irreführende Werbung:

¹ Rspr. (insbes. BVerfG) ist als liberal zu bezeichnen, weil sie die Entwicklung und Lockerung des Ärzterwerbberichts durch ihre Entscheidungen forciert hat und die Novellierungen der MBO im Prinzip allesamt bloß Anpassungen des Gesetzes an die höchstrichterliche Rspr. sind!

² Richtlinie 97/55/EG des Europäischen Parlamentes und Rates vom 06.10.1997, Umsetzung in nationales Recht durch das Gesetz zur vergleichenden Werbung und zur Änderung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften (insbesondere Änderung der 2, 3 UWG), in Kraft seit 14.09.2000 (BGBl.I 2000, 1374).

- Irreführung liegt vor, wenn unwahre oder zur Täuschung geeignete Angaben über die Person, Vorbildung, Befähigung oder Erfolge gemacht werden
 - im allgemeinen Geschäftsverkehr grundsätzlich verboten, 3 UWG
 - Legaldefinition auch in 3 HWG
 - Maßstab: ausreichend, wenn Angabe über die geschäftlichen Verhältnisse geeignet ist, die Umworbenen irreführen (tatsächliches Eintreten einer Täuschung des Verkehrskreises nicht notwendig)
 - Beispiele: Verwendung von Erfolgsstatistiken, die Laie unzutreffend auf seine Situation beziehen könnte
- **Werbegrenzen nach HWG:**
 - Anwendungsbereich, 1 HWG: Werbung für Arzneimittel sowie andere Mittel, Verfahren, Behandlungen und Gegenstände, soweit sich Werbeaussage auf die Erkennung, Beseitigung oder Linderung von Krankheiten, Leiden, Körperschäden oder krankhaften Schäden bei Mensch oder Tier bezieht
 - Werbeverbote des 11 HWG sind zu beachten für Werbung außerhalb von Fachkreisen (s. Katalog des 11 HWG, Nr.1-15)
 - internetspezifische Formen berufswidriger Werbung: elektronische Gästebücher, Dankeschreiben, Vorher-Nachher-Bilder, Wettbewerbe, Preisausschreiben, Patienten-Diskussionsforen, Produktempfehlungen etc.

5. mittelbare Werbung:

- 27 III MBO: Ärzte dürfen keine berufswidrige Werbung durch andere veranlassen oder dulden
- Bereich der mittelbaren Werbung umfasst:
 - Unternehmen, die gegen Provision Patienten an Ärzte vermitteln
→ dürfen grundsätzlich werben
→ handeln meist aber dann wettbewerbswidrig, wenn sie nähere Auskünfte über die einzelnen Ärzte geben (z.B. Person und fachliche Qualifikationen)
 - Berichterstattung über einen Arzt in den Medien
→ grds. hohe Gefahr eines wettbewerbswidrigen Verhaltens des Arztes
→ kein Wettbewerbsverstoß, wenn Arzt an einer Veröffentlichung über seine Tätigkeit mitwirkt,
Verstoß liegt aber vor, wenn neben die sachliche Information über seine Tätigkeit eigenständige Elemente der Werbung treten (z.B. Äußerungen von erfolgreich behandelten Patienten, Name und Anschrift des Arztes mehrfach ohne sachlichen Grund genannt)
→ immer Verstoß gegen Wettbewerbsrecht, wenn sich Arzt in Berufskleidung oder während seiner ärztlichen Tätigkeit ablichten lässt
 - Bewerbung eines Produktes durch einen Arzt
→ meist Wettbewerbsrechtsverstoß

6. erlaubte Werbung:

- früher richteten sich die Werbemöglichkeiten überwiegend nach den Möglichkeiten der 27, 28 MBO und insbesondere des Kapitels D I MBO
→ heute existiert das Kapitel DI nicht mehr

→ freiere Werbemöglichkeiten

- einige Beispiele für erlaubte Werbung:
 - sachliche Information
 - nach ständiger Rspr. des BVerfG muss für interessengerechte und sachangemessene Informationen, die keinen Irrtum erregen, im rechtlichen und geschäftlichen Verkehr Raum bleiben!
 - Gebot der Sachlichkeit muss sich auf 3 Komponenten beziehen:
 1. Inhalt
 2. Darstellung
 3. Kommunikation
 - Beurteilung der Sachlichkeit jeweils am konkreten Einzelfall vorzunehmen!

7. Besonderheiten des Werberechts der Kliniken:

- Früher differenzierte Standesrecht zwischen der Werbung niedergelassener Ärzte und der Werbung von Sanatorien und Kliniken
 - heute keine Sonderregelung mehr für Klinikwerbung!
- Klinikwerbung aber dennoch privilegiert, da
 - die Gruppe ärztlicher Inhaber von Kliniken durch höheren sachlichen und personellen Aufwand und durch laufende Betriebskosten von Werbebeschränkungen stärker belastet wird als niedergelassene Ärzte
 - und so den gewerblich tätigen Ärzten ein Wettbewerb mit den gewerblichen, nicht ärztlich geleiteten Unternehmen ermöglicht werden soll.

→ Privilegierung gilt auch für sog. Zimmerkliniken (Arztpraxis mit wenigen Betten für ausnahmsweise stationäre Behandlung) und hinsichtlich ambulanter Behandlungen
- Anknüpfungspunkt für Privilegierung: Gewerberechtliche Erlaubnis zum Betrieb einer Privatkrankenanstalt, 30 GewO
- Kliniken unterliegen nur den üblichen Werbebeschränkungen des allgemeinen Geschäftsverkehrs, dürfen also insbesondere vergleichend werben (schon unter sozialrechtlichen Gesichtspunkten erforderlich, vgl. **39 III SGB V**)
- Belegärzte unterliegen grundsätzlich in gleicher Art und Weise den Werberechtsbeschränkungen wie niedergelassene Ärzte
 - insbesondere handeln sie wettbewerbswidrig, wenn sie es veranlassen oder dulden, dass Patienten, die sich aufgrund einer Werbung der Klinik melden, an ihre Praxen weitergeleitet werden (= mittelbare Werbung)!

8. Rechtsfolgen von Werbeverstößen:

- Verstöße gegen 1, 3 UWG
 - UWG = höherrangiges Recht hinsichtlich seiner Konkurrenz zu standesrechtlichen Normen
 - zivilrechtliche Folgen: Wettbewerbsprozess (Unterlassungsanspruch > Abmahnung > einstweilige Verfügung)
 - strafrechtliche Folgen: unter den Voraussetzungen des 4 UWG Freiheits- oder Geldstrafe

- Verstöße gegen HWG
 - nur beachtlich im Rahmen seines Anwendungsbereichs (s.o. 4.)
 - zivilrechtliche Folgen in Form eines Unterlassungsanspruchs (s.o. UWG)

1. Verstöße gegen Standesrecht

- Abgrenzung zu wettbewerbsrechtlichen Vorschriften (*MBO normiert grundsätzlich zunächst nur interne³ Berufspflichten → Berufsgerichtsbarkeit!*)
- disziplinarrechtliche Folgen: Berufsgerichtsverfahren (2 Instanzen)
- mögliche Sanktionen: Warnung/ Verweis, Geldbuße bis € 50.000, Aberkennung der Mitgliedschaft in den Organen und Unterorganisationen der Ärztekammer, Aberkennung Wahlrecht/ Wählbarkeit Ärztekammer bis zu 5 Jahren, Ausspruch der Unwürdigkeit zur Ausübung des Arztberufs
- aber: ein Berufsverbot nach 70 StGB kann ausschließlich durch die ordentliche Gerichtsbarkeit (Strafgericht) verhängt werden!

9. wegweisende Entscheidungen höchstrichterlicher Rechtsprechung:

- Entscheidung 1: **Klinikwerbung im Internet** (BVerfG- Beschluss vom 17.07.2003)
 - Bf waren die Trägerin einer Gefäßklinik und deren ehemaliger GF
 - auf Homepage der Klinik Werbung geschaltet, in der Bf unter der Überschrift „Was wir für Sie tun können, hängt von dem ab was Sie haben.“ für ihr Leistungsspektrum warb
 - unter dem Slogan waren Links aufgelistet, die zu Kurzbeschreibungen der verschiedenen Krankheitsbilder, sowie Art und Häufigkeit der entsprechenden Behandlungen in der Klinik und zu Informationen über die behandelnden Ärzte und die Klinik selbst führten
 - konkurrierender Chirurg ging gegen diese Werbung wettbewerbsrechtlich vor
 - Klinik wurde durch LG Freiburg zivilrechtlich zur Unterlassung dieser Werbung verurteilt; auch Berufung vor OLG Karlsruhe war erfolglos
 - **Verfassungsbeschwerde erfolgreich**: Verletzung der Bf in ihrer Berufsfreiheit, Art.12 GG
 - Angehörigen der freien Berufe nicht jede, sondern lediglich berufswidrige Werbung verboten
 - diese Grenze überschreitet vorliegende Internet-Werbung nicht!
 - außerdem: für Kliniken gelten nicht dieselben Werbebeschränkungen wie für niedergelassene, selbständige Ärzte
 - Arg.: Die Gruppe der ärztlichen Inhaber von Kliniken wird in Folge des höheren sachlichen und personellen Aufwands und der laufenden Betriebskosten durch Werbebeschränkungen typischerweise stärker belastet als die Gruppe der niedergelassenen Ärzte.
 - nur übertriebene, marktschreierische Werbung unzulässig!
 - auch HWG steht nicht entgegen: HWG soll einer Verleitung zur Selbstbehandlung bestimmter Krankheiten und Leiden entgegenwirken, aber keine eigenständige Bedeutung hinsichtlich der Selbstdarstellung von Ärzten und Kliniken entfalten
 - Bewerbung von Klinikführung, -ausstattung und –atmosphäre sind zulässig
 - Patienten können ihre Auswahlentscheidung davon abhängig machen!
 - sachliche, rein informative und leicht verständliche Präsentationsform gewählt, eine Erfolgsgarantie lässt sich mit Werbeaussage nicht verbinden

³ = primäre Auswirkung zunächst nur im Verhältnis des ärztlichen Mitglieds zur Ärztekammer

- Entscheidung 2: **Bezeichnung eines Klinikarztes als Spezialist** (BVerfG- Urteil vom 08.01.2002)
 - Bf sind Ärzte und Betreiber einer Klinik für Knie- und Wirbelsäulen Chirurgie
 - in Faltblatt für sich als Knie- und Wirbelsäulenspezialisten geworben
 - Landesärztekammer hat Faltblatt, insbesondere hinsichtlich der Bezeichnung „Spezialist“ als berufswidrig angegriffen
 - Bf durch LG und OLG München zur Unterlassung der Werbung wegen Verstoßes gegen MBO iVm 1 UWG verurteilt
 - **Vb erfolgreich:** Entscheidungen verletzen Bf in ihrem Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit, Art. 12 GG
 - Werbeverbot nur dann einschlägig, wenn Faltblatt berufswidrige Werbung ist
 - Rechtsgut Gesundheit der Bevölkerung und hierdurch veranlasste Werbeverbote zur Vermeidung einer gesundheitspolitisch unerwünschten Kommerzialisierung des Arztberufs rechtfertigen nicht, Angaben über Besonderheiten der Berufsausübung ohne Rücksicht auf Sinn und Zweck generell zu verbieten
→ sofern Hinweise in sachlicher Form und nicht irreführend: erlaubt!
 - keine Verwechslungsgefahr mit Facharzt, da unterschiedlicher Bedeutungsgehalt der beiden Bezeichnungen:
→ Spezialist= Fachmann, der über besondere Erfahrungen in einem engeren medizinischen Bereich verfügt
→ Facharzt= förmlich erworbene Qualifikation
 - Abgrenzung: Klinik oder niedergelassener Arzt
→ dafür kommt es darauf an, ob Leistungen auch ambulant, d.h. ohne die apparative Ausstattung der Klinik erbracht werden könnten!

- Entscheidung 3: **Zeitungsanzeige eines Tierarztes** (BVerfG- Urteil vom 18.02.2002)
 - Bf warb in einer zweiwöchentlich, kostenlos verteilten Zeitung mit einer Anzeige für seine Tierarztpraxis, in der er seine Telefonnummer und die Praxisöffnungszeiten angab
 - Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs sah darin Verstoß gegen die MBO
 - LG sah in Verhalten des Arztes keinen Wettbewerbsverstoß, OLG Düsseldorf verurteilte Arzt aber, es zu unterlassen, ohne bestimmten Anlass Anzeigen in der o.g. Art zu schalten
 - **Vb erfolgreich:** Bf in Art. 12 GG verletzt
 - aus dem Werbeträger unmittelbar auf eine Gefährdung eines Gemeinwohlbelanges zu schließen, ist nicht möglich, solange sich Werbemittel im Rahmen des Üblichen bewegt
→ nur übertriebene oder marktschreierische Werbung soll vermieden werden
 - bei Zeitungsanzeigen fließen auch Kriterien wie Format, Auflage, Leserkreis der Zeitung sowie Charakter und Aufmachung der Anzeige selbst in die Wertung mit ein, ob die Anzeige übertrieben ist,
 - damaliger 14 MBO genügt mit seinen Anforderungen nicht den verfassungsrechtlichen Grenzen
 - berufliche Werbung bedarf keiner besonderen Anlässe

- Entscheidung 4: **Implantat-Entscheidung** (BVerfG- Urteil vom 23.07.2001)
 - Bf waren als Ärzte und Zahnärzte niedergelassen, teilweise in Gemeinschaftspraxen
 - alle hatten nach entsprechender Berufstätigkeit und Fortbildungsmaßnahmen vom BDIZ (= Bundesverband der niedergelassenen implantologisch tätigen Zahnärzte in Deutschland e.V.), deren Mitglieder sie waren, ein Zertifikat über den Nachweis besonderer Kenntnisse verliehen und den „Tätigkeitsschwerpunkt Implantologie“ zuerkannt bekommen
 - Bf verwendeten neben ihren Facharzttiteln auch den Zusatz „Tätigkeitsschwerpunkt Implantologie“ u.a. auf ihren Praxisschildern
 - Bezirksberufsgericht und Landesberufsgericht Stuttgart hatten die Bf wegen berufsunwürdigem Verhalten zu mehreren tausend DM Geldbuße verurteilt
 - **Vb erfolgreich:** Art.12 GG umfasst auch die berufliche Außerdarstellung der Grundrechtsberechtigten einschließlich der Werbung für die Inanspruchnahme ihrer Dienste
 - bestimmte Gemeinwohlbelange setzen der Werbefreiheit der Ärzte Grenzen:
 - Schutz der Bevölkerung: soll Vertrauen der Patienten darauf erhalten, dass Arzt nicht aus reinem Gewinnstreben bestimmte Untersuchungen vornimmt
 - ärztliche Berufsausübung soll sich nicht an ökonomischen Erfolgskriterien, sondern an medizinischen Notwendigkeiten orientieren
 - berufswidrig in diesem Sinne: u.a. das Führen von Zusätzen, die im Zusammenhang mit den geregelten Qualifikationsbezeichnungen und Titeln zu Irrtümern und Verunsicherung der Kranken führen können und so das Vertrauen in Arztberuf untergraben und langfristig negative Rückwirkungen auf die medizinische Versorgung der Bevölkerung haben könnten!
 - Hinweise auf Tätigkeitsschwerpunkte zulässig, werden dem Bedürfnis der Patienten nach Information über das Leistungsspektrum einzelner Zahnärzte gerecht, um den geeigneten Leistungsanbieter ermitteln zu können,
 - der dem Arztberuf entsprechende verantwortungsvolle Gebrauch im Hinblick auf wahrheitsgemäße Angaben wird- auch vom Gesetzgeber (MBO)- den Ärzten selbst überlassen
 - verfassungskonforme Auslegung der MBO dahingehend, dass Hinweise auf das Leistungsangebot eines Zahnarztes allgemein als Werbung angesehen werden → Auslegung geboten, weil kein entgegenstehendes Gemeinwohlinteresse erkennbar ist!
 - Bf verfügen über die angegebene Qualifikation (Anteil der implantologischen Leistungen jährlich bei 50%)
 - bei verfassungskonformer Auslegung ist berechtigten Interesse der Ärztekammern an Qualitätssicherung Rechnung zu tragen, d.h. Selbstdarstellung auf Praxisschildern muss überprüfbar sein

10. Ausblick:

- Novellierung der MBO von 2000 vielfach kritisiert: Neufassung des § 27 MBO letztlich nur Anpassung an die Auslegung des § 27 MBO a.F. durch die bisherige Rspr.
- Regelung der ärztlichen Kommunikation in der MBO wird von der Ärztekammer/ Ärztetag auch heute noch für erforderlich gehalten
 - Arg.: Regelung soll dazu beitragen die Qualität der Informationen zu sichern
 - freiberufliche Tätigkeit zeichnet sich eben dadurch aus, dass nicht wie für gewerbliche Tätigkeiten geworben wird (sehr fraglich)

- Das ärztliche Werberecht muss weiterentwickelt werden, Ziel muss dabei sein:
 - Leistungsangebot des Gesundheitsmarktes transparenter für Ärzte und Patienten zu machen
 - Schutz der Patienten vor Verunsicherung durch anpreisende und irreführende Werbung zu gewährleisten
 - Ärzten muss eine umfassende sachliche Darstellung ihrer Qualifikationen und Tätigkeiten in der Öffentlichkeit ermöglicht werden

Bei Berücksichtigung dieser Grundsätze und Zielvorgaben kann und sollte auch in Zukunft eine gerichtliche Auseinandersetzung in Kauf genommen werden, weil die Erfolgsaussichten gut sind und sich die Ärztekammern anders nicht bewegen werden!