

4. Finanzielle Anreize müssen so gestaltet sein, dass dem Arzt in jedem Behandlungsfall ein ausreichender Entscheidungsspielraum verbleibt, aus Gründen medizinischer Notwendigkeit von einem mit finanziellen Anreizen bezweckten Verhalten abzuweichen.

5. Ein verhaltenslenkender finanzieller Anreiz darf insbesondere nicht so gestaltet sein, dass er nur durch entsprechendes Verhalten in einer Vielzahl von Behandlungsfällen, d.h. erst bei Erreichen einer bestimmten Zielvorgabe, erlangt werden kann.

6. Bei der Beurteilung eines finanziellen Anreizes sind auch solche Vorteile zu berücksichtigen, die über Kooperationen vermittelt werden, an denen der Arzt beteiligt ist.

7. Ein verhaltenslenkender Anreiz, der von einem Vertrag zwischen einem Arzt und einem Dritten ausgeht, kann allenfalls dann zulässig sein, wenn die darin vereinbarte Leistung des Arztes für den Dritten als solche wirtschaftlich sinnvoll ist und ein Äquivalent zu der vom Dritten gewährten Gegenleistung bildet.

8. Finanzielle Anreize müssen in ihrer Höhe so ausgestaltet sein, dass sie nicht insgesamt einen maßgeblichen Teil der Einkünfte des Arztes ausmachen und auf diese Weise bestimmenden Einfluss auf sein Verhalten erlangen.

Durch Beschlüsse des 107. Deutschen Ärztetages 2004 in Bremen zur Novellierung einzelner Bestimmungen der (Muster-)Berufsordnung war unter anderem in § 18 Abs. 1 die Möglichkeit geschaffen worden, Berufsausübungsgemeinschaften auch beschränkt auf einzelne Leistungen zu bilden. Nach Übernahme dieser Vorschrift in das Satzungsrecht der Ärztekammern waren Zusammenschlüsse von Ärzten bekannt geworden, die sich auf die neu gefasste Bestimmung berufen und sich als Teilberufsausübungsgemeinschaft bezeichnen, aus Sicht der Ärztekammern jedoch keine gemeinsame Berufsausübung darlegen können und daher wegen einer nicht den Leistungsanteilen entsprechenden Gewinnverteilung gegen das Verbot einer Zuweisung gegen Entgelt verstoßen. Ärztekammern und Bundesärztekammer sahen insoweit Anlass zu einer kurzfristigen Klarstellung im Text der Berufsordnung in der nachstehend veröffentlichten Form.

§ 23 Abs. 2 MBO: „Auch in einem Arbeits- oder Dienstverhältnis darf eine Ärztin oder ein Arzt eine Vergütung für ihre oder seine ärztliche Tätigkeit nicht dahingehend vereinbaren, dass die Vergütung die Ärztin oder den Arzt in der Unabhängigkeit ihrer oder seiner medizinischen Entscheidungen beeinträchtigt.“

h) Der Arzt in der Informationsgesellschaft

aa) Einführung in das Thema

- 174 §§ 27 und 28 MBO (a.F.) bildeten auch nach den vom 103. Deutschen Ärztetag beschlossenen Änderungen – gemeinsam mit den Regelungen in Kapitel D Nr. 1–5 – eines der Kernstücke der ärztlichen Berufsordnung. Historisch betrachtet zählte das ärztliche Werbeverbot bzw. das Verbot öffentlicher Anpreisung zu den ärztlichen Grundpflichten schlechthin.³⁷³ Dies ist die Rückschau. Im Lichte der Wandlungen, die die Norm im Verlauf der Jahre bis hin zu den Änderungsbeschlüssen des 105. Deutschen Ärztetages 2002 in Rostock genommen hat und die

³⁷³ § 25 Abs. 1 i.d. bis 1997 geltenden Fassung: „Dem Arzt ist jegliche Werbung für sich und andere Ärzte untersagt“; § 27 Abs. 1 i.d. von 1997 bis 2000 geltenden Fassung: „Der Arzt darf für seine berufliche Tätigkeit oder die berufliche Tätigkeit anderer Ärzte nicht werben. Sachliche Informationen sind in Form, Inhalt und Umfang gemäß den Grundsätzen des Kapitels D I Nrn. 1-6 zulässig.“ § 27 Abs. 1 i.d. von 2000 bis 2002 geltenden Fassung: „Dem Arzt sind sachliche Informationen über seine Berufstätigkeit gestattet. Für Praxisschilder, Anzeigen, Verzeichnisse, Patienteninformationen in Praxisräumen und öffentlich abrufbare Arztinformationen in Computerkommunikationsnetzen gelten hinsichtlich Form, Inhalt und Umfang die Grundsätze des Kapitels D I Nr. 1–5. Berufswidrige Werbung ist dem Arzt untersagt. Berufswidrig ist insbesondere eine anpreisende, irreführende oder vergleichende Werbung.“

neuere Rechtsprechung des BVerfG³⁷⁴ muss alles das, was früher zum ärztlichen Werbeverbot geschrieben worden ist, einer kritischen Prüfung unterzogen werden. Dies gilt für Literatur wie Urteile gleichermaßen. Bei älteren Entscheidungen wird man daher immer überlegen müssen, ob sie im Lichte der neuen Rechtslage in gleicher Weise gefällt worden wären. Die Vorschriften in Kapitel D I Nr. 1 bis 5 wurden ersatzlos gestrichen. Das Verbot des anpreisenden Verhaltens bleibt. Insofern hat sich an der Zielsetzung der Vorschrift nichts geändert. Schließlich wurde § 28, der die Voraussetzungen zur Eintragung in Verzeichnisse regelte, durch den 114. Deutschen Ärztetag 2011 in Kiel ersatzlos gestrichen. Zum einen sah man den Regelungszweck durch § 27 ausreichend gesichert; zum anderen trug man der gegenüber § 28 (a.F.) zum Teil kritischen Rechtsprechung Rechnung.³⁷⁵ Im Übrigen sollte man sich aber auch vor Überinterpretationen in Acht nehmen. Diejenigen, die bereits „vom Ende des Werbeverbots“ sprechen, übersehen, dass das BVerfG nie Zweifel befördert hat, verkammerte Berufe dürften derartigen Beschränkungen nicht unterliegen.³⁷⁶ Entscheidend ist, und dies kommt in der neueren Rechtsprechung des BVerfG noch deutlicher als früher zum Vorschein, dass jedwede Einschränkung an Art. 12 Abs. 1 GG zu messen ist und daher nur Bestand haben kann, wenn wichtige Gemeinwohlbelange geschützt werden sollen. Bloße berufsständische Zielvorstellungen, wie das Bild des Berufsangehörigen aussehen solle, rechtfertigen derartige Einschränkungen regelmäßig nicht.³⁷⁷

Neben der arztzentrierten Sicht erfährt die Problematik durch die stärkere Gewichtung des Informationsanspruchs des (potentiellen) Patienten eine gegenüber früher offenere Wertung. Die Auswahl der „richtigen“ Praxis/des „richtigen“ Krankenhauses soll für den Patienten transparenter als früher sein. Mit anderen Worten ist die Frage der **Werbefreiheit** für Ärzte nicht nur eine Frage verbesserter Darstellungsmöglichkeiten im Wettbewerb, sondern auch eine Frage des **Verbraucherschutzes** im weiteren Sinne. 175

Diese Grundüberlegung ist wichtig. Lässt man sie außer Acht, läuft man Gefahr, Werbung nur einseitig unter Selbstdarstellungsaspekten zu bewerten, während das, was eigentlich befördert werden soll, nämlich die zutreffende Information, an Gewicht verliert³⁷⁸. Dann würde aber genau das Gegenteil dessen erreicht, was man mit der Teilnahme des Arztes an der Informationsgesellschaft eigentlich bezwecken will. Denn der Arzt hat vor dem Patienten, jedenfalls normalerweise, einen enormen **Informationsvorsprung**. Nutzt er diesen Informationsanspruch in einer Art und Weise aus, dass er überzeichnend die eigene Person oder das eigene Handeln in den Augen des Patienten so positioniert, dass diesem jede vernünftige Abwägung abgeschnitten und er zu einer Entscheidung verleitet wird, die er bei vernünftiger Abwägung nicht 176

374 BVerfG, Beschl. v. 4.7.2000 – 1 BvR 547/99, MedR 2000, 523 ff. m. Anm. *Rieger*; BVerfG, Beschl. v. 23.7.2001 – 1 BvR 873/00, 1 BvR 874/00, NJW 2001, 2788 (Tätigkeitsschwerpunkt); BVerfG, Beschl. v. 18.10.2001 – 1 BvR 881/00, NJW 2002, 1864 (Zahnarztsuchservice); BVerfG, Beschl. v. 18.2.2002 – 1 BvR 1644/01, MedR 2002, 409 (Zeitungsannonce); *Jaeger*, AnwBl. 2000, 475 ff.

375 BVerfG, Beschl. v. 18.10.2001 – 1 BvR 881/00, NJW 2002, 1864 (Zahnarztsuchservice); OLG Frankfurt, Urte. v. 8.8.2003 – 25 U 203/02, MedR 2004, 447, § 28 verstößt gegen Art. 12 GG.

376 BVerfG, Beschl. v. 11.2.1992 – 1 BvR 1531/90, BVerfGE 85, 248, 261; BVerfG, Beschl. v. 21.4.1993 – 1 BvR 166/89 – NJW 1993, 2988; BVerfG, Beschl. v. 4.7.2000 – 1 BvR 547/99 – MedR 2000, 523; *Jaeger*, AnwBl. 2000, 475, 481; dies., MedR 2003, 263; insbesondere ist vor einer unkritischen Übernahme von Entscheidungen zum anwaltlichen Berufsrecht zu warnen, da berufstypische Besonderheiten bestehen, so auch OLG Hamburg, Urte. v. 7.11.1996 – 3 U 81/96, MedR 1997, 177 ff.

377 *Jaeger*, AnwBl. 2000, 475, 480; BVerfGE 94, 372 (Apotheker); BVerfGE 98, 49 ff. (Anwaltsnotare und Wirtschaftsprüfer).

378 Zu Recht differenzierend Balzer, Arzt- und Klinikwerberecht, 2004; eher die Werbefreiheit in den Vordergrund stellend *Bahner*, Das Werberecht für Ärzte, 2. Aufl. 2004.

getroffen hätte, ist die Grenze zur unerwünschten Anpreisung überschritten. Kleine-Cosack³⁷⁹ ist allerdings zuzustimmen, dass es rechtlich nicht darauf ankommen kann, ob etwas „unerwünscht“ ist, sondern nur darauf, ob die Handlung erlaubt oder zu Recht (beruhend auf einer gesetzlichen Norm) untersagt ist. Ob man soweit gehen will, deshalb auch „anpreisendes“ Verhalten nur mehr an den Normen des HWG oder UWG zu messen, scheint hingegen zweifelhaft.

- 177 Mag diese Grenze nämlich in manchen Wirtschaftsbereichen längst nicht mehr zu erkennen sein, spielt sie im Gesundheitswesen nach wie vor und zu Recht eine wichtige Rolle. Einschränkung in der Arzneimittelwerbung, Tabakwerbung und Vorschriften zum Jugendschutz etc. sind weitgehend konsentiert, ohne dass man ernsthaft mit Art. 12 oder 14 GG argumentieren würde. Der Patient ist eben nicht nur „Kunde“ und schon gar nicht „auf Augenhöhe“ mit der Anbieterseite, sondern in den allermeisten Fällen Ratsuchender, oftmals krank und hilfebedürftig und damit keineswegs immer „souveräner“ Entscheider. Längst sind Fehlentwicklungen aufgrund eines falsch verstandenen „Freiheitsbegriffs“ mit Händen zu greifen (Werbung für Schönheitsoperationen bis hin zu obskuren Heilmethoden). Der Gesetzgeber sah sich im Rahmen der 14. AMG-Novelle vom 29.8.2005 zur Handlung gezwungen³⁸⁰. Eines wird aber auch deutlich: Wenn in manchen Kreisen immer mehr werbliche Aktivitäten Raum greifen, kann ein Zwang für andere entstehen, ebenfalls zu werben. Längst machen daher Aufwendungen für Werbung in nicht wenigen Praxen einen nicht unerheblichen Kostenblock aus. Das ärztliche „Werbeverbot“ ist seit Jahren Geschichte. Das Abendland ist deshalb nicht untergegangen. Wer aber meint, es gebe jetzt geradezu eine Pflicht zur Werbung und dazu auch noch Bürgerrechte bemüht, hat etwas grundlegendes missverstanden. Eine „freie“ Bürgergesellschaft lebt von Verantwortung. Jedwede „Beliebigkeit“ ist kein Ausdruck von Freiheit, sondern führt nicht selten zu deren Erosion. Letztlich, wenn auch rechtlich natürlich nicht ausschlaggebend, bleibt es dabei: Ein Wesenszug der Freien Berufe ist ihre hohe Professionalität und ihre gesamtgesellschaftliche Verantwortung. Eine Förderung anpreisender Fehlvorstellungen auf dem Rücken der Patienten ist das letzte, was das Deutsche Gesundheitswesen benötigt. Dies nützt weder den Patienten und zumindest mittelfristig am wenigsten den Ärzten.

bb) Werbung, Information und Meinungsfreiheit

- 178 Die Beschränkung anpreisenden Verhaltens gilt als Wesenszug Freier Berufe.³⁸¹ Im Laufe der Zeit sind die einzelnen Vorschriften immer weiter differenziert worden. Während § 27 MBO das Verbot berufswidriger Selbstdarstellung postuliert, enthielten § 28 MBO a.F. und die Regelungen in Kapitel D I Nr. 1–5 Ausnahmeregelungen für Spezialbereiche. Das Verbot der Fremdwerbung (Werbung für Dritte) wird in den §§ 33, 34 und 35 MBO angesprochen.³⁸² Interkollegiale Werbeaspekte sind außerdem in § 31 MBO von Bedeutung. Damit sind z.B. Anreizsysteme zur „Überweiser- oder Zuweiserbindung“ gemeint (siehe oben Rn. 161). Weitere wichtige werbebeschränkende Vorschriften finden sich im Gesetz über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens (HWG). Dessen Vorschriften können sich weit einschneidender auf Ärzte auswirken. Wurde frü-

379 Kleine-Cosack, NJ 2002, 57 ff.; ders., AnwBl. 2004, 153 ff.; ders., NJW 2003, 868 ff.

380 Siehe § 1 Abs. 2 HWG, der auch Schönheitsoperationen den Beschränkungen der HWG unterwirft, BGBl 2005 I, S. 2570.

381 Zum Begriff siehe Koch, Kommunikationsfreiheit und Informationsbeschränkungen durch das Standesrecht der Ärzte in der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika, 1991, S. 13.

382 Grundsätzlich für zulässig erachtet, BVerfG, Beschl. v. 26.8.2003 – 1 BvR 1003/02, NJW 2003, 3470 (insoweit aber nur teilweise abgedruckt) = GRUR 2003, 966; EuGH, Urt. v. 13.3.2008 – C 446/05, GesR 2008, 321, nationale Werbeverbote verstoßen nicht gegen Art. 81.

her nämlich die Auffassung vertreten, ein durch ärztliches Berufsrecht gedecktes Verhalten könne per definitionem schon keinen Verstoß gegen das HWG beinhalten,³⁸³ lässt sich dies angesichts der offenen Fassung von § 27 MBO n.F. nur noch schwer begründen.

Gemäß § 1 Abs. 1 MBO dient der Arzt der Gesundheit des einzelnen Menschen und des gesamten Volkes. Der ärztliche Beruf ist kein Gewerbe (siehe auch § 1 Abs. 2 BÄO). Diese Postulate wurden von der früher h.M. als Rechtfertigung für die Beschränkung ärztlicher Werbung angeführt. Vertreter dieser Auffassung beriefen sich darauf, Werbung schade dem Ansehen des Berufsstandes, Werbung sei immanent irreführend und schließlich sei Werbung der Gesundheit der Bevölkerung abträglich.³⁸⁴ Nach anderer Auffassung³⁸⁵ stellen standesrechtliche Werbeverbote ihrer Natur nach eine Marktzutrittsbarriere für neu zugelassene Ärzte dar. Das ärztliche Werbeverbot benachteilige den „Jung-Arzt“, da es ihm auferlege, sich in einer modernen Kommunikationsgesellschaft und allgemeiner Sättigung mit ärztlichen Dienstleistungen gegen bereits fest am Markt etablierte Konkurrenten behaupten zu müssen, ohne auf die Werkzeuge anderer Dienstleister im gewerblichen Bereich zurückgreifen zu können.

Betrachtet man sich die Rechtsprechung zu § 1 UWG (a.F.), wird dieser Aspekt standesrechtlicher Werbeverbote überdeutlich. Durch die Richtlinie der EU,³⁸⁶ nach der vergleichende Werbung – auch für Freiberufler – zulässig sein würde, Werbung lediglich nicht irreführend und herabsetzend sein oder Verwechslungen verursachen dürfe, hat sich für Deutschland nichts geändert. Durch Intervention der BRAK wurden die freien Berufe (sofern es in den Mitgliedstaaten entsprechende Regelungen gibt) vom Geltungsbereich der Richtlinie ausgenommen. Dieser Vorbehalt ist in Deutschland durch die einzelnen Länder-BO wirksam geworden. § 27 Abs. 1 MBO a.F.³⁸⁷ untersagte dem Arzt jede Werbung für sich oder andere Ärzte. Der Begriff der Werbung ist vielschichtig. Die unterschiedlichen Bestimmungen der Berufsordnung lassen eine klare Definition vermissen. Vielmehr werden verschiedene Aspekte angesprochen, die jeder für sich Werbung sein können und im Einzelfall dennoch erlaubt sind. Berücksichtigt man ferner, dass Werbung als Wirtschaftswerbung, Reklame, Propaganda, Agitation und Vertrauenswerbung in Erscheinung tritt, wird deutlich, dass es gar nicht einfach ist, zwischen zulässiger Information (Werbung) einerseits und unzulässiger Reklame (Anpreisung) andererseits zu unterscheiden. Diese Unterscheidung wird nicht dadurch einfacher, dass das Bundesverfassungsgericht das generelle Werbeverbot dahingehend relativiert bzw. verfassungskonform ausgelegt hat, dass dem Arzt nur berufswidrige Werbung untersagt werde, nicht hingegen jede Art von werbender Tätigkeit.³⁸⁸ Neben der arztzentrierten Sicht erfährt die Problematik durch die stärkere Gewichtung des Informationsanspruchs des (potentiellen) Patienten eine gegenüber früher offenere Wertung.³⁸⁹

cc) Differenzierung stationär/ambulant?

Schon die „Sanatoriumsentscheidung“ des Bundesverfassungsgerichts³⁹⁰ hatte im Bereich der stationären Versorgung deutlich größere Freiheiten ermöglicht. Danach war eine differenzierende Betrachtungsweise zulässig.³⁹¹ Während dem normalen niedergelassenen Arzt jegliche

383 *Bülow/Ring*, § 12 Rn. 4; *Doepner*, § 12 Rn. 11.

384 BVerfG – 1 BvR 522/78, NJW 1982, 2487.

385 *Taupitz*, Die Standesordnungen der freien Berufe, S. 1243.

386 Richtlinie 97/55/EG Abl. 290 v. 23.10.1997.

387 In der bis 2000 geltenden Fassung.

388 BVerfG – 1 BvR 934/82, MedR 1986, 128; BVerfGE 82, 18 ff. = MedR 1993, 348 ff.

389 So hat der Sachverständigenrat für das Gesundheitswesen in seinem Jahresgutachten 2000/2001 eine verstärkte Beteiligung der Patienten durch Information gefordert, BT-Drucks 14/5660, S. 151 ff.; *Jaeger*, MedR 2003, 263.

390 BVerfG, NJW 1986, 1536.

391 Ähnlich BGH, NJW 1989, 2324.

berufswidrige Werbung untersagt ist, untersagte § 27 Abs. 2 S. 2 MBO a.F. dem für eine der dort genannte Einrichtung tätigen Arzt lediglich die anpreisende Herausstellung. Tritt die stationäre Einheit/Klinik in Konkurrenz zu anderen niedergelassenen Ärzten, indem sie typischerweise denselben Patientenkreis wie eine herkömmliche Praxis anspricht, wurde früher die Auffassung vertreten, der in dieser Einheit tätige (leitende) Arzt könne sich nicht auf diesen „Vorteil“ berufen. In diesem Fall sollten nicht die Grundsätze zur Unternehmenswerbung (Klinik- und Sanatoriumswerbung, § 27 Abs. 2 S. 2 MBO a.F.), sondern die strengen Regeln der Eigenwerbung (§ 27 Abs. 1 S. 1 MBO a.F.) gelten.³⁹² Diese frühere Differenzierung zwischen stationärer und ambulanter Versorgung hat deutlich an Stellenwert verloren. Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 4.7.2000³⁹³ lässt sie sich nicht mehr uneingeschränkt aufrecht erhalten. Eine in der Rechtsform der GmbH eingetragene Zahnklinik hatte mit einem farbigen Falblatt, das in der Klinik (nicht in der Praxis des Zahnarztes) auslag, für Implantat- und prothetische Behandlungen geworben. Dabei war offenkundig, dass die Mehrzahl der Behandlungen ambulant erfolgen sollte. In dem Falblatt hieß es u.a.: „Ihre Gesundheit ist unser Anliegen; Der Natur ein Stück näher: Implantate-ein guter Weg; Zahn für Zahn mehr Lebensqualität.“ Der Name des Arztes wurde nicht genannt. Das BVerfG konnte nicht erkennen, welche Gemeinwohlbelange durch die genannten Äußerungen tangiert sein könnten. Wenn Kliniken durch zulässige Werbung wirtschaftlich erfolgreich sind, könne dies berufsrechtlich nicht den an der Klinik tätigen Belegärzten³⁹⁴ angelastet werden. Mit dem Falblatt würden nur solche Patienten konfrontiert, die sich ohnehin schon in der Klinik befinden. Im Übrigen wurde auch in dieser Entscheidung wieder das zu berücksichtigende **Informationsinteresse** der Patienten an neuen Verfahren betont.

- 182 Ob das Gleiche auch dann gelten soll, wenn eine GmbH im ambulanten Bereich mit einer stationären Einrichtung konkurriert, hatte das Bundesverfassungsgericht nicht zu entscheiden. Nach Auffassung des BGH³⁹⁵ ist dies nicht der Fall, da die Ungleichbehandlung im Werbebereich durch höhere betriebswirtschaftliche Aufwendungen der stationären Einrichtung gerechtfertigt sei. Im Lichte der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts dürfte dies nicht mehr ausreichend sein, zumal auch hochspezialisierte ambulante Einheiten einen erheblichen Investitionsaufwand betreiben. *Rieger*³⁹⁶ hat im Übrigen völlig recht, dass der Sachverhalt auch Anlass zur Prüfung geboten hätte, ob die Klinik nicht nur zur Umgehung ärztlicher Werbebeschränkungen gegründet wurde („Zimmerklinik“).³⁹⁷ Außerdem gibt es im Bereich der mittelbaren Werbung (siehe Rn. 188) noch zahlreiche Varianten, die mit der Entscheidung des BVerfG zumindest nicht direkt erfasst werden. Es bleibt aber die Feststellung, dass die Unterscheidung „stationär/ambulant“ für den großen Bereich der Informationswerbung kein sachgerechtes Kriterium mehr ist und in § 27 MBO durch den 105. Deutschen Ärztetag daher zu Recht aufgegeben wurde.³⁹⁸

392 BGH – I ZR 179/96, NJW 1999, 1784; siehe auch *Ratzel/Lippert*, §§ 27, 28, 2. Aufl. 1998, in der 3. Aufl. 2002 insoweit geändert.

393 BVerfG – 1 BvR 547/99, MedR 2000, 523 (unter Aufhebung v. BGH – I ZR 179/96, NJW 1999, 1784) m. Anm. *Rieger*.

394 Im konkreten Fall ist die Bezeichnung „Belegarzt“ irreführend, weil der betroffene Arzt nicht Belegarzt war. Zur Werbung einer Belegarzt-Klinik BGH – I ZR 76/88, GRUR 1990, 606 (damals noch unzulässig); siehe demgegenüber heute BGH – I ZR 60/00, MedR 2003, 344 (zulässig).

395 BGH – I ZR 12/92, MedR 1995, 113.

396 *Rieger*, MedR 2000, 526.

397 BGH – I ZR 103/94, MedR 1996, 563, wettbewerbswidrig gem. § 3 UWG a.F., wenn überhaupt kein Klinikbetrieb trotz Konzessionierung gem. § 30 GewO vorliegt.

398 *Balzer*, S. 238; siehe auch BGH – I ZR 283/99, MedR 2003, 223 (Werbung für Haartransplantation).

dd) „Anpreisen“

Unter „Anpreisen“ wird eine besonders nachdrückliche Form der Werbung verstanden³⁹⁹ (Blickfangwerbung, Verwendung von Superlativen, vergleichende Werbung, Eigenlob, Bezugnahme auf Empfehlungsschreiben und Danksagungen). Anpreisend ist eine Werbung auch dann, wenn die Form der Aufmachung nichts mehr mit der in der Werbung enthaltenen Sachinformation zu tun hat.⁴⁰⁰ Weitere Fälle berufswidriger Werbung waren z.B. wenn ein Arzt über einen Empfang anlässlich seiner Niederlassung entsprechend in der Presse berichten lässt⁴⁰¹, in einer Zeitungsanzeige darauf hinweist, dass seine Praxis wegen Fortbildung geschlossen ist⁴⁰² oder Aufnahme in einen „Adviser“-Pool⁴⁰³ gegen Entgelt. Allerdings sollte man sich vor einer allzu pauschalen Betrachtungsweise hüten. Neben einer Prüfung des kritisierten Tuns kommt es wesentlich auf den Adressatenkreis des werbenden Verhaltens an. Innerhalb der Fachkreise ist der Spielraum am weitesten; gegenüber dem eigenen Patientenstamm ist (jenseits der immer erlaubten Sachinformation) gerade auch im Hinblick auf das HWG größere Zurückhaltung geboten. Enger (auch wieder jenseits der zulässigen Sachinformation) können die Rahmenbedingungen bei Tätigkeiten sein, die sich an eine unbegrenzte Zahl Dritter (Öffentlichkeit) richten. Patienteninformationsschreiben steht die Rechtsprechung kritisch gegenüber⁴⁰⁴. Diese Zurückhaltung ist jedenfalls dann nicht einzusehen, wenn es sich um bisherige Patienten der Praxis handelt, die womöglich sogar in diese Art von Information ausdrücklich eingewilligt haben⁴⁰⁵ oder das Informationsschreiben auf eine allgemeine Anfrage hin erfolgt. Im übrigen ist auch in diesen Fragen immer das Datum der Entscheidungen zu berücksichtigen. Vieles, was früher kritisch gesehen wurde, nötigt heute nur noch ein „müdes Lächeln“ ab.⁴⁰⁶

183

Inwieweit sich Ärzte des Sponsoring zur (Image-)Werbung bedienen dürfen, ist umstritten⁴⁰⁷. Während dies für Rechtsanwälte für zulässig gehalten wird⁴⁰⁸, gehen die Meinungen für ärztliche Werbemaßnahmen auseinander⁴⁰⁹. Handelt es sich um ein konkretes – auch gesundheits-

184

399 LBerG für Heilberufe beim Hess. VGH, Urt. v. 29.1.79; OLG München, Urt. v. 6.7.1989 – 29 U 2035/89, WRP 1990, 127, Anpreisung sei eine gesteigerte Form der Werbung, insbesondere eine solche mit reißerischen oder marktschreierischen Mitteln; z.B. engagierte Betreuung in familiärer Atmosphäre rund um die Uhr; LBerGH-Rh.-Pf., Urt. v.17.4.2004– A 11762/02, MedR 2003, 684 = ArztR 2004, 230, 2,40 m hohe Acrylglasstele vor Radiologenpraxis mit Innenbeleuchtung, Praxis-Logo, Namen der Ärzte und Leistungsspektrum zulässig, nicht aber entsprechende Beschriftungen über die Fensterfront von 75 m Länge; LG Münster, Urt. v. 7.2.2008 – 22 O 247/07, GesR 2008, 321, „Männerarzt“ nicht ankündigungsfähig, bestätigt durch OLG Hamm, Urt. v. 24.7.2008 – 4 U 83/08, ZMGR 2008, 277.

400 OLG Köln, Urt. v. 18.7.2003 – 6 U 23/03, GesR 2004, 29, 30, Verwendung eines „Eyecatcher“ in Form eines „häftigen“ lachenden Mundes mit perfekt weißen Zähnen als typisches Reklamemittel aus der Kosmetikwerbung und für Zahnpflegemittel ohne inhaltlichen Bezug zur konkret beworbenen zahnärztlichen Leistung; siehe auch LandesBGHeilb, Urt. v. 22.11.2004 – LBG-Ä 003/04 („Kunst am Rücken: in 30 Minuten ist die Wirbelsäule wieder fit“), aufgehoben durch BVerfG, Beschl. v. 13.7.2005 – 1 BvR 191/05.

401 LBerG beim OVG Koblenz, Urt. v. 24.10.1989 – Af 2/89, NJW 1990, 1555.

402 LBerG für Ärzte Stuttgart, Urt. v. 5.11.1988 – 2–3/88, ArztR 1989, 323; LG Hamburg, Urt. v.12.6.2001 – 312 O 144/01, NJW-RR 2002, 206, Bezeichnung der Praxis als nach DIN ISO 9001 zertifiziert unzulässig.

403 LG Heidelberg, Urt. v.29.7.1998 – O 14/98 KfH II, MedR 1999, 420.

404 OLG Hamburg, Urt. v. 8.4.1999 – 3 U 265/98, MedR 2000, 195 ff.; BGH, Beschl. v. 24.11.1999 – I ZR 120/99, Revision nicht angenommen; BGH, Urt. v. 9.7.1998 – I ZR 72/96, MedR 1999, 70.

405 Z.B. im Rahmen sog. „Re-call-Systeme“, Erinnerung an Früherkennungstermine etc.

406 BVerwG, Urt. v. 24.9.2009 – 3 C 4.09, GesR 2010, 33 = MedR 2010, 418, Werbung mit MacDent zulässig, Qualifikationsbegriff mit Logo darf nur nicht irreführend sein.

407 Balzer, S. 254 ff.

408 BVerfG, Beschl. v. 17.4.2000 – 1 BvR 721/99, NJW 2000, 3195.

409 Balzer, S. 256.

politisch – förderungswürdiges Thema, sollte auch Ärzten entsprechende Möglichkeiten offen stehen⁴¹⁰. Größere Zurückhaltung findet man aber immer noch bei bestimmten Werbeträgern, wie z.B. öffentlichen Verkehrsmittel oder Taxen. Die Bundesärztekammer hat hierzu am 12.8.2003 Hinweise und Erläuterungen verabschiedet und Abgrenzungskriterien genannt.⁴¹¹

...

Anpreisend ist eine gesteigerte Form der Werbung, insbesondere eine solche mit reißerischen und markt-schreierischen Mitteln. Diese kann schon dann vorliegen, wenn die Informationen für den Patienten als Adressaten inhaltlich überhaupt nichts aussagen oder jedenfalls keinen objektiv nachprüfbaren Inhalt haben. Aber auch Informationen, deren Inhalt ganz oder teilweise objektiv nachprüfbar ist, können aufgrund ihrer reklamehaften Übertreibung anpreisend sein.

Grundsätzlich nicht anpreisend ist die publizistische Tätigkeit von Ärzten sowie die Mitwirkung des Arztes an aufklärenden Veröffentlichungen medizinischen Inhalts. Unbeschadet sachlicher Kritik sind Äußerungen in herabsetzender Form über Kollegen, ihre Tätigkeit und über medizinische Methoden zu unterlassen.

In diesem Sinne ist im Regelfall:

Erlaubt	Verboten
z.B. – Hinweise auf Ortstafeln, in kostenlos verteilten Stadtplänen und über Bürgerinformationsstellen, – Wiedereinbestellungen auf Wunsch des Patienten, – Tag der offenen Tür, – Kultur-, Sport- und Sponsoring, – Geburtstagsglückwünsche an eigene Patienten ohne Hinweise auf das eigene Leistungsspektrum, – Hinweis auf Zertifizierung der Praxis, – nicht aufdringliches (Praxis-)Logo – sachliche Informationen in Medien	z.B. – Verbreiten von Flugblättern, Postwurfsendungen, Mailingaktionen, – Plakatierung, z.B. in Supermärkten, – Trikotwerbung, Bandenwerbung, Werbung auf Fahrzeugen, – unaufgeforderte Wiedereinbestellungen ohne medizinische Indikation – Angabe von Referenzen – bildliche Darstellung in Berufskleidung ⁴¹² bei der Berufsausübung, wenn ein medizinisches Verfahren oder eine ärztliche Behandlungsmaßnahme beworben wird

3.3.4 Sonstiges

Die Kategorien „anpreisend“, „irreführend“ und „vergleichend“ sind nicht abschließend. Außerhalb dieser Kategorien bleibt dem Arzt auch zukünftig verboten:

- das Auslegen von Hinweisen auf die eigene Tätigkeit/Praxis bei anderen Leistungserbringern im Gesundheitswesen (z.B. in Apotheken, Fitness-/Wellnesseinrichtungen, Massagepraxen),
- eigene Zeitungsbeilagen,
- das Inverkehrbringen von auf die ärztliche Tätigkeit hinweisenden Gegenständen außerhalb der Praxis (z.B. Kugelschreiber, T-Shirt, Kalender, Telefonaufkleber),
- produktbezogene Werbung durch/für Dritte im Wartezimmer,

410 ÄrzteGH Saarland – ÄGH 2/01, NJW 2002, 839 (zulässig: für ein „Kinderwunschfest“, unterstützt von einer großen reproduktions-medizinischen Praxis mit entsprechender Presseberichterstattung).

411 DÄ 2004 (A) 292 ff. (Heft 5 v. 30.1.2004).

412 Siehe aber BGH, Urt. v. 1.3.2007 – I ZR 51/04, GRUR 2007, 809, unzulässig nur, wenn irreführend. Durch die 16. AMG-Novelle (in Kraft seit 26.10.2012) wurde das bisherige Verbot in § 11 Nr. 4 HWG, wonach die Werbung für Behandlungsmethoden nicht mit der bildlichen Darstellung von Personen in Berufskleidung erfolgen darf, aufgehoben.

- das Bezeichnen seiner Praxis z.B. als
- Institut,
- Tagesklinik,
- Ärztehaus/Gesundheitszentrum,⁴¹³
- Praxis/Zentrum für Venenverödung o.ä.,
- Partner des Olympiastützpunktes X o.ä.,
- Sonderangebote,⁴¹⁴
- das Herausstellen einzelner Leistungen mit und ohne Preis außerhalb der Praxis.

Demgegenüber ist dem Arzt in seinen Räumen gestattet z.B.:

- das Auslegen von
- Flyern/Patienten-Informationsbroschüren (auch „Wartezimmerzeitungen“) mit organisatorischen Hinweisen und Hinweisen zum Leistungsspektrum sowie Angaben zu seiner Person (z.B. Zeitpunkt der Erteilung der Facharztanerkennung, besondere Sprachkenntnisse) (solche Hinweise dürfen wie bisher im Internet geführt werden)
- Plastikhüllen für Chipkarten
- Kugelschreibern und sonstigen Mitgaben von geringem Wert (z.B. Kalendern mit Namens-/Praxisaufdruck)
- Serviceangebote,
- Kunstaustellungen.

3.4 Zur Vermeidung von Umgehungen ist nicht nur die aktive berufswidrige Werbung untersagt, sondern in Satz 3 auch solche, die vom Arzt veranlasst oder geduldet wird. Aufgrund dieser Regelung ist der Arzt verpflichtet, gegen ihm bekannt gewordene berufswidrige Werbung einzuschreiten.

3.5 Satz 4 der Vorschrift stellt klar, dass neben den Vorschriften der Berufsordnung, das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und das Heilmittelwerbegesetz zu beachten sind.⁴¹⁵

Gänzlich verboten ist die Werbung für Verfahren und Behandlungen, die sich auf die Erkennung, Beseitigung oder Linderung von:

- nach dem Infektionsschutzgesetz meldepflichtigen, durch Krankheitserreger verursachten Krankheiten,
- Geschwulstkrankheiten,
- Krankheiten des Stoffwechsels und der inneren Sekretion, ausgenommen Vitamin- und Mineralstoffmangel und alimentäre Fettsucht,
- Krankheiten des Blutes und der blutbildenden Organe, ausgenommen Eisenmangel-anämie,

413 BVerfG, Beschl. v. 7.3.2012 – 1 BvR 1209/11, MedR 2012, 516, „Zentrum“ nicht zu beanstanden, letztlich konsequent, nachdem MVZ auch für „Mini-MVZ“; LBerG OVG NRW, Beschl. v. 3.9.2008, 16 K 1597/07, GesR 2009, 49, „Hausarztzentrum“ zulässig; LG Erfurt, Urt. v. 22.4.2008 – 1 HKO 221/07, MedR 2008, 619, MVZ als „Rheumazentrum“ zulässig; BVerfG, Beschl. v. 14.7.2011 – 1 BvR 407/11, NJW 2011, 3147, Zahnärztehaus zulässig; LG Köln, Urt. v. 20.3.2007 – 33 O 420/06, GesR 2007, 543, westdeutsches Prostatazentrum f. Urologische Gemeinschaftspraxis unzulässig; OLG München, Urt. v. 11.11.2004 – 29 U 4629/04, GesR 2005, 138, keine Bezeichnung als „Brustzentrum“, wenn nicht alle interdisziplinären Voraussetzungen erfüllt sind; VG Minden, Urt. v. 14.3.2011 – 7 K 2540/10, Zahnzentrum f. Einzelpraxis irreführend; BVerfG, Beschl. v. 1.6.2011 – 1 BvR 235/10, auf Einrichtung der Praxis darf hingewiesen werden, auch auf eigene gewerbliche Tätigkeit, nicht aber auf Hersteller des MRT.

414 LG München I, Urt. v. 15.11.2006 – 1 HKO 7890/06 sowie OLG München, Urt. v. 13.3.2008 – 6 U 1623/07, keine Internetpreiswettbewerbsspirale nach unten bei zahnärztlichen Leistungen, aufgehoben durch BGH, Urt. v. 24.3.2011 – III ZR 69/10, GRUR 2011, 652, Internetportal Zahnärzte gegen Zahlung von 20 % der Behandlungskosten keine Provision und auch nicht sittenwidrig; siehe auch BVerfG, Beschl. v. 19.2.2008 – 1 BvR 1886/06; BRAK-Mitteilungen 2008, 66, Internetversteigerung von Rechtsrat zulässig.

415 Diese Auszüge werden nicht mehr abgedruckt, nachdem am 26.10.2012 das HWG, insbesondere einige Verbote in § 11 HWG im Rahmen der 16. AMG Novelle aufgehoben bzw. eingeschränkt worden sind.

- *organische Krankheiten des Nervensystems, der Augen und Ohren, des Herzens und der Gefäße (ausgenommen allgemeine Arteriosklerose, Varikose und Frostbeulen), der Leber und des Pankreas, der Harn- und Geschlechtsorgane,*
- *Geschwüre des Magens und des Darms*
- *Epilepsie,*
- *Geisteskrankheiten,*
- *Trunksucht,*
- *krankhaften Komplikationen der Schwangerschaft, der Entbindung und des Wochenbetts beziehen. ...*

ee) Arzt und Medien

- 185 Die frühere Spezialnorm zum öffentlichen Wirken des Arztes und Medientätigkeit ist völlig entfallen. Offenbar geht man davon aus, dass es künftig keinen Unterschied mehr macht, welches Medium der Arzt für seinen Auftritt wählt. Wer darin eine Liberalisierung sieht, wird möglicherweise angesichts der klaren Vorschriften des HWG (siehe Rn. 178) sein „blaues Wunder“ erleben. Im Allgemeinen wird man sagen können, dass bei der Zusammenarbeit des Arztes mit den Medien die Sache und nicht die Person des Arztes im Vordergrund stehen sollte. Letztlich kommt es hier vielfach auf Umstände des Einzelfalls an. Wie bei der Unterscheidung zwischen berufsordnungswidriger Werbung und erlaubter Information können **Presseberichte** durchaus zulässig sein, auch wenn mit ihnen ein Werbeeffekt einhergeht.⁴¹⁶ Dies gilt selbst für durchaus werblich gewollte Zeitungsartikel, in denen z.B. die von einem Arzt praktizierte OP-Methode positiv-innovativ herausgestellt wird.⁴¹⁷ Man sollte bei alledem nicht vergessen, dass der Kontakt des Arztes mit der Öffentlichkeit im Interesse einer allgemeinen **Gesundheitserziehung** und auch Gesundheitswerbung durchaus erwünscht und angestrebt wird; dies nicht zuletzt, um dieses Feld nicht unberufenen Propheten und sonstigen unseriösen Meinungsbildnern zu überlassen. Schließlich hat der medizinisch interessierte Bürger auch ein Recht, über die Entwicklung auf diesem Gebiet informiert zu werden.⁴¹⁸ Deshalb darf ein Arzt auch an einer Hörfunksendung zu aktuellen medizinischen Fragestellungen teilnehmen, ohne deshalb berufswidrig für sich zu werben.⁴¹⁹ Gleiches gilt für Aktionen in Zeitschriften, wenn die Information im Vordergrund steht. Dies geht so weit, dass Ärzte sich sogar in „Spezialisten-Listen“ aufnehmen lassen dürfen, wenn das Ranking transparent ist und eine übermäßige Herausstellung einzelner unterbleibt (Focus-Liste 2).⁴²⁰ Letztlich gab auch hier das

416 Bezirksgericht für Ärzte Freiburg ArztR 1990, 185, Nennung objektiver Fakten erlaubt, auch wenn damit Werbung für geburtshilfliche Station gemacht wird (Patientenzahl, perinatale Mortalität).

417 EGMR – 37928/97, NJW 2003, 497.

418 BGH, Urt. v. 1.3.2007 – I ZR 51/04, WRP 2007, 1088; Bay. LBerG für die Heilberufe beim OLG München – Urt. v. 24.4.1989, LBerG-Ä 3/88, ArztR 1990, 55, Magazine wie Quick und Bunte; dem Charakter dieser Magazine entspreche es, medizinische Fragen in möglichst einfacher und leicht verständlicher Weise durch das Anführen entsprechender Beispiele von Erkrankungen darzustellen und mit Bildern zu untermauern; siehe auch OLG Stuttgart – Urt. v. 8.7.1987 – 4 U 26/87, MedR 1988, 38, bliebe die Berichterstattung auf seriöse Tageszeitungen wie die FAZ beschränkt, würde ein Großteil der Bevölkerung, der dieses Niveau nie erreicht, von der Informationsfreiheit ausgeschlossen; hierzu auch BG beim VG Köln, Urt. v. 2.6.1998 – 35 K 9984/97.T, NJW 1999, 884.

419 LG Frankenthal, Urt. v. 17.8.2000 – 2 HK O 119/00; LBerG OVG NRW, Urt. v. 25.4.2007 – 6 t 1014/05.T, NJW 2007, 3144 = MedR 2007, 681, Mitwirkung eines Schönheitschirurgen in einer Unterhaltungssendung über Eingriffe im Ausland, die er selbst durchführt („Fettabsaugen auf Mallorca“).

420 OLG München, Urt. v. 12.11.1998 – 29 U 3251/98, MedR 1999, 76 ff., rechtskräftig durch Nichtannahmebeschl. BGH v. 22.9.1999 – I ZR 9/99, die Revision habe im Ergebnis keine Aussicht auf Erfolg; zur ersten Focus-Liste „die Besten I“ eine gegenteilige Entscheidung BGH – I ZR 196/94, MedR 1998, 131 ff.; zum

Informationsinteresse des Bürgers den Ausschlag.⁴²¹ Allerdings kann eine irreführende Bezeichnung als „Spitzenmediziner“ unzulässig sein.⁴²²

Allerdings muss der Arzt insbesondere bei der sog. **Boulevardpresse** Vorsicht walten lassen. Denn er riskiert auch dann wegen unzulässiger Werbung zur Verantwortung gezogen zu werden, wenn er diese durch andere duldet und nicht in zumutbarer Weise hiergegen einschreitet, z.B. durch Verlangen nach Vorlage des Manuskripts der geplanten Veröffentlichung. Verweigert der zuständige Redakteur dies mit dem Hinweis darauf, dies sei völlig unüblich oder technisch nicht machbar, wird zum Teil die Auffassung vertreten, dann besser von der geplanten Veröffentlichung Abstand zu nehmen.⁴²³ Diese überkommene, restriktive Haltung ist vom Deutschen Presserat mehrfach kritisiert worden. Auch auf diesem Feld hat das Bundesverfassungsgericht⁴²⁴ die bisherige Rechtsprechung deutlich relativiert. Zwar sei das berufsrechtliche Duldungsverbot geeignet, unzulässiger Werbung und damit auch einer Verunsicherung der Bevölkerung vorzubeugen; wie jede einschränkende Maßnahme müsse dieses Duldungsverbot jedoch unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten geprüft werden. So sei z.B. zu prüfen, ob die Initiative zu dem Pressebericht vom Arzt oder von dritter Seite ausgegangen sei. Werde ein Arzt in der Presse angegriffen, müsse er auch die Möglichkeit haben, sich mittels der Medien zu verteidigen, auch wenn diese Berichte dann u.U. einen werblichen Nebeneffekt haben können. Schließlich sei in diesem Zusammenhang deutlich zwischen den zitierten Äußerungen des Arztes selbst und redaktionellen Passagen über ihn zu unterscheiden. Sehe man das Duldungsverbot zu krass und ausnahmslos, wie die bisherige berufsrechtliche Rechtsprechung, werde dem standesrechtlichen Werbeverbot ein Stellenwert eingeräumt, den es im Lichte der Grundrechte (Art. 5 und 12 GG) nicht beanspruchen könne und sein Schutzzweck auch nicht in jedem Fall erfordere. Der Arzt, so das BVerfG⁴²⁵ dürfe gegenüber der Presse nicht zu einem Verhalten gezwungen werden, das diese bekanntermaßen nicht akzeptiere. Ihn als Konsequenz von Pressekontakten fern zu halten, sei unzumutbar. Der Arzt muss den Journalisten aber auf standesrechtliche Werberegeln hinweisen. Er kann normalerweise nicht darauf vertrauen, der Journalist werde diese Regeln nach Inhalt und Umfang schon kennen.⁴²⁶

186

unzulässigen Ranking bei Anwälten (JUVE-Handbuch) OLG München – 29 U 4292/00, NJW 2001, 1950; aufgehoben durch BVerfG, Beschl. v. 7.11.2002 – 1 BvR 580/02, AnwBl. 2003, 107 ff. = NJW 2003, 277, Ranking-Listen zulässig.

421 Zur Darstellung neuer Operationsmethoden in der Orthopädie (Roboter) ebenso OLG München, Urt. v. 30.11.2000 – 6 U 2849/00.

422 OLG Karlsruhe, Urt. v. 7.5.2012 – 6 U 18/11, GesR2012, 734.

423 BGH, Urt. v. 20.11.1986 – I ZR 156/84, NJW 1987, 2297; LBerG für die Heilberufe beim OVG Koblenz – Af 1/88, NJW 1989, 2344 = MedR 1995, 125; BG beim VG Münster – 14 K 434/93.T, MedR 1995, 253, das Gebot der Berufsordnung (§ 21 Abs. 2 a.F.), keine Werbung für sich in Berichten oder Bildberichten zu dulden, mache es regelmäßig erforderlich, dass der Arzt sich ein Prüfungsrecht vorbehält, wenn er ein Interview oder sonstige Informationen gibt. Das gilt insbesondere dann, wenn nach Art und Inhalt der erteilten Information und/oder aufgrund der mangelnden Fachkenntnis des Verfassers die Möglichkeit nicht ganz fern liegt, dass ein Bericht werbenden Charakter haben wird (Schönheitschirurgie); siehe auch BGHeilB OLG München, Urt. v. 16.6.2004 – BG-Ä 5/04 („Kunst am Rücken: in 30 Minuten ist die Wirbelsäule wieder fit“), aufgeh. d. BVerfG, Beschl. v. 13.7.2005 – 1 BvR 191/05; eine Genehmigung der Titelzeile wird man i.d.R. nicht verlangen können; der Aufmacher ist das ureigenste Recht der Redaktion.

424 BVerfG, Beschl. v. 11.2.1992 – 1 BvR 1531/90, MedR 1992, 209 = NJW 1992, 2341; Bezirksgericht für Ärzte in Tübingen, Bescheid v. 7.5.1986, *Heile/Mertens/Pottschmidt*, A 2.13 Nr. 3.23, der Arzt, der die Presse zu einer Fachtagung einlädt, verletzt nicht das Werbeverbot, wenn er in seinem Referat auf eine bestimmte Operationsmethode eingeht. Normalerweise müsse sich der Arzt auch keine entsprechenden Korrekturen vorbehalten. Die diesbezügliche Passage in den alten „Richtlinien“ der BÄK sei für den Arzt nicht bindend.

425 BVerfG – 1 BvR 1531/90, NJW 1992, 2341; informativ und differenzierend *Baltzer*, S. 283 ff.

426 LBerG für die Heilberufe beim OVG Koblenz MedR 1995, 125; ablehnend OLG München, Urt. v. 30.1.2000 – 6 U 2849/00, *Magazindienst* 2001, 616.

- 187 Besondere Rücksicht muss der Arzt bei der Mitwirkung von Presseberichten auf die Vorschriften des HWG nehmen.⁴²⁷ § 11 HWG enthält einen Verbotskatalog mit zahlreichen Einzelatbeständen für die Werbung außerhalb der Fachkreise. § 12 HWG enthält ein absolutes Werbeverbot außerhalb der Fachkreise für Mittel, Verfahren, Behandlungen oder Gegenstände, die sich auf die Erkennung, Beseitigung oder Linderung in einer Anlage zu § 12 HWG aufgeführten Krankheiten beziehen. Ausgenommen sind lediglich die Werbung für Verfahren oder Behandlungen in Heilbädern, Kurorten und Kuranstalten. Ziel des Gesetzes ist die Eindämmung der Selbstbehandlung bei den als schwerwiegend eingestuften Erkrankungen. Ob alleine schon das Foto eines Arztes in einer Zeitschrift als unzulässige Werbung zu bezeichnen ist, ist umstritten.⁴²⁸ Eine Vielzahl von Gerichtsentscheidungen beanstandete früher bereits die Zurverfügungstellung von Photos für einen Journalisten bzw. das Photographieren in der Praxis.⁴²⁹ Gehört das Foto zur Art des Mediums ist seine Veröffentlichung nicht schlechthin berufsordnungswidrig. Vielmehr kommt es auf die Gesamtaufmachung und den begleitenden Text an.⁴³⁰ Insgesamt erscheinen viele berufsgerichtliche Entscheidungen, sofern sie bis in die achtziger Jahre hinein ergangen sind, ziemlich anachronistisch. In den Medien gehört das Bild zum Menschen und der Mensch zum Bild. An dieser einfachen Wahrheit wird auch das Berufsrecht letztlich nicht vorbeikommen. Dementsprechend ist schon in § 27 Abs. 2 MBO a.F. die Zurverfügungstellung des Bildes bzw. die Gewährung eines Photos ersatzlos gestrichen worden. Allerdings wird bei derartigen Bildberichten § 11 Nr. 4 HWG zu beachten sein, wonach die Werbung für Behandlungsmethoden nicht mit der bildlichen Darstellung von Personen in Berufskleidung erfolgen darf. Der BGH⁴³¹ legt diese Norm im Lichte von Art. 12 Abs. 1 GG jetzt allerdings einschränkend dahingehend aus, dass das Verbot nur dann gilt, wenn die bildliche Darstellung irreführend ist. Durch die 16. AMG-Novelle (in Kraft seit 26.10.2012) wurde das bisherige Verbot in § 11 Nr. 4 HWG, wonach die Werbung für Behandlungsmethoden nicht mit der bildlichen Darstellung von Personen in Berufskleidung erfolgen darf, aufgehoben. Die Werbung eines Zahnarztes mit Lichtbildern einer Patientin vor und nach einer umfassenden Gebissanierung verstößt nach einer Entscheidung des OLG Celle⁴³² weder gegen § 11 Abs. 1 S. 3 HWG noch gegen § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 HWG, wenn für die Behandlung eine medizinische Indikation bestand.

ff) Der Arzt als Unternehmer/mittelbare Werbung

- 188 Das Verbot berufswidriger Werbung richtet sich an jeden Arzt, gleichgültig, ob er niedergelassen, im Krankenhaus angestellt, für einen Gewerbebetrieb, eine Behörde oder die pharmazeutische Industrie tätig ist⁴³³. Unabhängig von der Rechtsform hat sowohl der Arzt als auch der nichtärzt-

427 Siehe hierzu die Empfehlungen der BÄK, S. 9 ff.

428 Eingehend *Schulte*, Das standesrechtliche Werbeverbot für Ärzte, 1992, S. 134.

429 BG für Heilberufe beim VG Köln, Urt. v. 21.1.82, *Heile/Mertens/Pottschmidt*, A 2.13 Nr. 3.13; BG beim VG Frankfurt, *Heile/Mertens/Pottschmidt*, A 2.13 Nr. 3.18; BG beim VG Münster – 14 K 434/93.T, MedR 1995, 253, Schönheitschirurg mit Bild; Bezirksberufsgericht für Ärzte Tübingen – 14/94, MedR 1995, 252, ein Vereinsarzt verstößt gegen das ärztliche Werbeverbot, wenn er sich zusammen mit Spielern der von ihm betreuten Mannschaft in einem Vereinsmagazin abbilden lässt und die Bildunterschrift seinen Namen und einen lobenden Hinweis auf seine Tätigkeit für die Spieler des Vereins enthält.

430 Bay. LBERG für die Heilberufe – LBERG-Ä 3/88, ArztR 1990, 55, Magazine wie *Quick* und *Bunte*: dem Charakter dieser Magazine entspreche es, medizinische Fragen in möglichst einfacher und leicht verständlicher Weise durch das Anführen entsprechender Beispiele von Erkrankungen darzustellen und mit Bildern zu untermauern; siehe auch OLG Stuttgart – 4 U 26/87, MedR 1988, 38, Bilder gehören zur heutigen „Illustriertenpresse“.

431 BGH, Urt. v. 1.3.2007 – I ZR 51/04, GRuR 2007, 809.

432 OLG Celle, Urt. v. 30.5.2013 – 13 U 160/12.

433 OLG Nürnberg, Urt. v. 12.2.1997 – 3 U 2096/96, zit. nach Bay. Äbl. 1997, 267.

liche Inhaber einer entsprechenden Einrichtung die Vorschriften des HWG zu beachten⁴³⁴. Probleme treten dann auf, wenn der Arzt als Betreiber eines gewerblichen Unternehmens mit anderen Instituten in Wettbewerb tritt, deren Leiter selbst nicht den berufsrechtlichen Werbebeschränkungen unterliegen. Prinzipiell ist der Arzt auch in diesen Fällen an die Berufsordnung gebunden⁴³⁵. Dies soll nach Auffassung des BGH⁴³⁶ auch dann gelten, wenn eine GmbH im ambulanten Bereich mit einer stationären Einrichtung konkurriert, da die Ungleichbehandlung im Werbebereich durch höhere betriebswirtschaftliche Aufwendungen der stationären Einrichtung gerechtfertigt sei. Zumindest für den Fall der Werbung einer Klinik für ambulante Heilbehandlung hat das BVerfG⁴³⁷ diese Unterscheidung nicht nachvollzogen. Gewichtet man die Ausführungen des Gerichts zu den „Belegarztfällen“, könnten sich entsprechende Informationen auch für niedergelassene Ärzte rechtfertigen lassen. Im Ergebnis ist das Kriterium „stationär/ambulant“ daher in den meisten Fällen nicht mehr ausschlaggebend (siehe Rn. 181).

Allerdings werden die Regelungen einer Berufsordnung zunehmend wettbewerbsrechtlich als Marktverhaltensregeln i.S.v. § 4 Nr. 11 UWG angesehen. Bietet z.B. ein Gastronomiebetrieb einem Arzt im Rahmen einer sog. „Botox-Party“ den gesellschaftlichen Rahmen, außerhalb seiner Klinik zu Werbezwecken u.a. kostenlose Faltenbehandlungen durchzuführen, leistet er Beihilfe zu Verstößen dieses Arztes gegen die Berufsordnung und kann selbst als Störer auf Unterlassung in Anspruch genommen werden.⁴³⁸ 189

i) Berufsrechtlicher Adressatenkreis

Da die Berufsordnung sich nur an Ärzte und nicht an juristische Personen, z.B. Krankenhausträger, MVZ oder Heilkunde-GmbHs richtet, ist umstritten, nach welchen Grundsätzen sich ein nichtärztlicher Inhaber, der eine derartige Firma leitet, zu richten hat. Versorgungszentren unterliegen z.B. nicht unmittelbar dem ärztlichen Berufsrecht, wohl aber die in ihm tätigen Ärzte, unabhängig davon, ob es sich um ein „Freiberufler-MVZ“ oder ein Versorgungszentrum mit angestellten Ärzten handelt.⁴³⁹ 190

Eine restriktive Auffassung will der Berufsordnung in diesen Fällen eine Reflexwirkung beimessen. Zwar richte sich die Berufsordnung nicht an eine juristische Person als Arbeitgeberin der Ärzte. Die juristische Person dürfe aber die ihr verbundenen Ärzte nicht hindern, ihren Berufspflichten gerecht zu werden; diese Pflicht binde die juristische Person mittelbar.⁴⁴⁰ Die 191

434 Siehe hierzu z.B. Schulte, S. 94; BGH, Urt. v. 27.4.1995 – I ZR 116/93, MedR 1995, 400.

435 BGH, Urt. v. 26.4.1989 – I ZR 172/87, NJW 1989, 2324 = MedR 1990, 39.

436 BGH, Urt. v. 14.4.1994 – I ZR 12/92, MedR 1995, 113.

437 BVerfG, Beschl. v. 26.11.1998 – 1 BvR 547/99, MedR 2000, 523.

438 LG München I, Urt. v. 8.12.2009 – 37 O 16059/09, GesR 2010, 249; die Beklagte, die in M. ein bekanntes gehobenes Speiselokal, das „L.“ betreibt, in dem regelmäßig Events für das verwöhnte Publikum in M. stattfinden, bewarb eine sog. „After-Work Botox Party“ in ihren Räumen mit einer Anti Aging Klinik als Partner. In dem Einladungsflyer hieß es u.a.: „Als unser kompetenter Partner richtet die Klinik einen professionell ausgestatteten, sterilen Behandlungsraum in den Räumen des L. ein. Dr. L. (Photo unten), ein erfahrener Facharzt für plastisch-ästhetische Chirurgie und Chefarzt der „... Klinik“ berät Sie an diesem Abend professionell und umfassend. Auf Wunsch erhalten Sie im Anschluß von Dr. L. kostenlos eine Faltenbehandlung, schmerzfrei, charmant und fachmännisch. Erst zum Beauty Doc C.L. und danach frisch in den Frühling feiern, flirten und Spaß haben!“ Die BLÄK nahm den Restaurantbetreiber erfolgreich auf Unterlassung in Anspruch.

439 Im MVZ angestellte Ärzte sind Mitglieder der KV und unterliegen daher der Disziplinalgewalt der KV im Gegensatz zu angestellten Praxisärzten.

440 OLG München, Urt. v. 16.4.1992 – 6 U 4140/91, NJW 1993, 800, in Form einer GmbH betriebener, überbetrieblicher betriebsärztlicher Dienst bei Anbahnung neuer Geschäftsbeziehungen; ebenso OLG Ham-