

Hans-Jürgen Rieger

Informationsfreiheit versus Werbeverbot unter besonderer Berücksichtigung der Klinikwerbung

I. Rechtsgrundlagen und Geltungsbereich des berufsrechtlichen Werbeverbots

1. Die einschlägigen Rechtsvorschriften

a) Die ärztliche Berufsordnung

Das ärztliche Werbeverbot zählt zu den ärztlichen Grundpflichten schlechthin¹. Die einschlägige Vorschrift in § 27 der Musterberufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte i.d.F. der Beschlüsse des 100. Deutschen Ärztetags (MBO)² lautet wie folgt:

„§ 27
Unerlaubte Werbung, erlaubte sachliche Information über die berufliche Tätigkeit

(1) 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 Kap. D Nm. 1–6 zulässig.

(2) Der Arzt darf eine ihm verbotene Werbung durch andere weder veranlassen noch dulden. Dies gilt auch für die anpreisende Herausstellung von Ärzten in Ankündigungen von Sanatorien, Kliniken, Institutionen oder anderen Unternehmen. Der Arzt darf nicht dulden, daß Berichte oder Bildberichte mit werbender Herausstellung seiner ärztlichen Tätigkeit unter Verwendung seines Namens, Bildes oder seiner Anschrift veröffentlicht werden.“

Adressat ist der „Arzt“, gleichgültig ob er freiberuflich in eigener Praxis tätig ist oder seinen Beruf im Rahmen eines Angestelltenverhältnisses oder als freier Mitarbeiter ausübt.

b) Das allgemeine Wettbewerbsrecht

Wenn auch die Ausübung des Arztberufs nach § 1 Abs. 2 BÄO kein Gewerbe darstellt, so unterliegt der Arzt doch sowohl als Angehöriger eines freien Berufs wie auch als Angestellter den allgemeinen Wettbewerbsregeln.

aa) *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*. Literatur und Rechtsprechung gehen heute einhellig davon aus, daß die Verletzung von Berufsrecht, das den Wettbewerb von Berufsangehörigen unmittelbar regelt, regelmäßig auch eine unerlaubte oder je nachdem auch irreführende Werbung gemäß den §§ 1, 3 UWG darstellt, ohne daß es einer besonderen Feststellung bedarf, daß sich der Verletzer der werbeschränkenden Norm einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorsprung vor seinen Mitbewerbern verschafft hat³.

bb) *Heilmittelwerbegesetz (HWG)*. Das Heilmittelwerbegesetz läßt das berufsrechtliche Werbeverbot unberührt. Es steht weitergehenden berufsrechtlichen Werbeschränkungen nicht entgegen, wie andererseits berufsrechtlich zulässige Werbemaßnahmen eines Arztes nicht unter das Werbeverbot des § 12 HWG fallen⁴.

Jede Verletzung einer Vorschrift des HWG verstößt regelmäßig zugleich gegen § 1 UWG⁵.

2. Begriff der Werbung

Eine Legaldefinition der Werbung findet sich weder im ärztlichen Berufsrecht noch im allgemeinen Wettbewerbsrecht. Nach juristischer Terminologie ist Werbung jede Handlung zu Zwecken des Wettbewerbs, die den Absatz von Waren oder Dienstleistungen fördern soll⁶. Diese Definition, die auch für das ärztliche Berufsrecht gilt, umfaßt nicht nur die unmittelbar leistungsbezogene Anpreisung des ärztlichen Angebots, d. h. das direkte Werben um Praxis, sondern auch die Informations- und Aufmerksamkeitswerbung, weil auch diese Werbeformen dazu dienen und geeignet sind, den Werbeadressaten (= den potentiellen Patienten) auf die Inanspruchnahme des eigenen Leistungsangebots einzustimmen⁷.

3. Recht auf Werbung als Ausfluß des Grundrechts der Berufsfreiheit und der freien Meinungsäußerung

Es ist davon auszugehen, daß zu dem durch die Grundrechte der Berufsfreiheit (Abs. 12 Abs. 1 GG) und der Meinungsäußerungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 GG) geschützten Bereich berufsbezogener ärztlicher Tätigkeiten auch die berufliche Außerstellung des Arztes einschließlich der Werbung für die Inanspruchnahme seiner Dienste gehört⁸. Einschränkungen dieser Grundrechte sind nur insoweit möglich, als sie durch sachgerechte und vernünftige Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt werden und im übrigen der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt wird. Daraus folgt, daß das berufsrechtliche Werbeverbot dem Arzt nicht jede Werbung schlechthin untersagen kann; erfaßt wird von ihm nur die *berufswidrige* Werbung, d. h. eine Werbung, die den Interessen des Gemeinwohls zuwiderläuft und deshalb mit dazu geeigneten, erforderlichen und den Betroffenen zumutbaren Mitteln untersagt werden kann. Keine berufswidrige Werbung liegt in der wahrheitsgemäßen, sachlichen Unterrichtung, die dazu dient, ein Informationsbedürfnis des Publikums zu befriedigen⁹. Die Wahrnehmung des Patientengrundrechts auf freie Arztwahl setzt ein umfassendes Informationsrecht des Patienten vor-

Rechtsanwalt Dr. iur. Hans-Jürgen Rieger,
Zeppelinstraße 2, D-76185 Karlsruhe

- 1) Ratzel, in: *Ratzel/Lippert*, Kommentar zur Musterberufsordnung der Deutschen Ärzte (MBO), 2. Aufl. 1998, §§ 27, 28, Rdnr. 1.
- 2) DÄBl. 1997, A-2354 ff.
- 3) *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 20. Aufl. 1998, UWG § 1, Rdnr. 675.
- 4) *Doepner*, Heilmittelwerbegesetz, 1980, § 12, Rdnrn. 11, 36 ff.
- 5) BGH, NJW 1983, 2633, 2634; NJW 1971, 1889.
- 6) Vgl. *Bülow*, in: *Bülow/Ring*, Heilmittelwerbegesetz, Komm., 1996, § 1, Rdnr. 2 m.w.N. Die Definitionen in der Judikatur sind nicht einheitlich, lassen sich aber im wesentlichen unter der vorstehenden Begriffsbestimmung zusammenfassen.
- 7) Vgl. *Piper*, in: *Festschr. f. H. E. Brandner*, 1996, S. 452 f.
- 8) BVerfGE 85, 248, 256.
- 9) Grundlegend BVerfGE 71, 162, 173 f.; BGH, WRP 1979, 193.

aus. Die Wahl ist nur dann wirklich frei, wenn der Patient die Möglichkeit hat, sich anhand wahrheitsgemäßer sachlicher Informationen einen vergleichenden Überblick über Art und Qualität des zur Verfügung stehenden Leistungsangebots zu verschaffen.

Damit stellt sich die Frage, wo die Grenze verläuft, die die (erlaubte) sachliche Information von der (verbotenen) berufswidrigen Werbung trennt.

II. Abgrenzung zwischen berufswidriger Werbung und sachlicher Information

1. Zielsetzung des berufsrechtlichen Werbeverbots als Abgrenzungskriterium

Ob eine Arztwerbung als berufswidrig zu werten ist, kann nicht generalisierend-abstrakt, sondern nur aufgrund einer am Sinn und Zweck des ärztlichen Werbeverbots ausgerichteten wertenden Betrachtung anhand der Umstände des Einzelfalls entschieden werden. Das berufsrechtliche Werbeverbot will im Interesse des Schutzes der Volksgesundheit eine Verfälschung des ärztlichen Berufsbildes mittels Kommerzialisierung des Arztberufs durch Werbemethoden, wie sie in der gewerblichen Wirtschaft üblich sind, verhindern. „Die ärztliche Berufsausübung soll sich nicht an ökonomischen Erfolgskriterien, sondern an medizinischen Notwendigkeiten orientieren.“¹⁰

Werbemaßnahmen, die diesen Zwecken zuwiderlaufen, sind als berufswidrig, dagegen Maßnahmen, die trotz Ausstrahlung gewisser werblicher Wirkungen diese Zwecke nicht beeinträchtigen oder sich sogar unter dem Gesichtspunkt des Informationsbedürfnisses der Bevölkerung als notwendig und geboten erweisen, als berufs- und wettbewerbsrechtlich unbedenklich anzusehen. „Für interessengerechte und sachangemessene Informationen, die keinen Irrtum erregen, muß im rechtlichen und geschäftlichen Verkehr Raum bleiben.“¹¹ Entscheidend ist, ob im Einzelfall die sachliche Information oder der Werbeeffect im Vordergrund steht. Die Entscheidung kann nicht generalisierend-abstrakt, sondern stets nur durch eine Gesamtabwägung im Rahmen des gesamten Lebensvorgangs getroffen werden, in dem die fragliche Werbemaßnahme ihre Wirkung entfaltet. Von Bedeutung ist dabei vor allem der Adressatenkreis, an den sich die Werbung richtet. Innerhalb der Fachkreise ist der erlaubte Rahmen am weitesten; zu größerer Zurückhaltung ist der Arzt im Verhältnis zu seinem Patientenstamm aufgerufen, und am engsten ist der Spielraum bei Verlautbarungen, die sich an die breite Öffentlichkeit richten. Ein Überwiegen des Werbeeffects und damit berufswidrige Werbung ist regelmäßig dann anzunehmen, wenn für die betreffenden Informationen kein oder aber nur ein geringfügiges öffentliches Interesse erkennbar ist¹².

Stets muß bei der Gesamtabwägung sorgfältig geprüft werden, welche Informationen der Patient zur sachgerechten Ausübung seines Grundrechts auf freie Arztwahl im konkreten Fall benötigt. Dabei darf jedoch nicht außer acht gelassen werden, daß auch eine Werbung mit sachlichen Aussagen im Einzelfall einen den Laien mehr verwirrenden als aufklärenden Umfang erreichen und sich damit als berufswidrige Werbung erweisen kann¹³.

2. Übertragbarkeit der Rechtsprechung zum Werbeverbot der Rechtsanwälte auf das ärztliche Werbeverbot?

Das Werbeverbot für Rechtsanwälte hat durch die mit Beschluß des BVerfG vom 14. 7. 1987¹⁴ eingeleitete Rechtsprechung eine kaum vorhersehbare Lockerung erfahren. Die Übertragbarkeit dieser Rechtsprechung auf das ärztliche Werbeverbot ist umstritten. Das OLG Hamburg hat dies verneint mit der Begründung, die durch das Werbeverbot für Ärzte geschützten Interessen der Volksgesund-

heit hätten „eine andere und erheblich gewichtigere Bedeutung als das durch das anwaltliche Werbeverbot betroffene Verhältnis zwischen einem Anwalt und den Rechtssuchenden“¹⁵. Im Gegensatz hierzu hat das LG Kiel in einem Urteil vom 10. 11. 1998¹⁶ die hier maßgeblichen Sachverhalte bei Ärzten und Anwälten als „durchaus vergleichbar“ angesehen und infolgedessen die Beteiligung von Ärzten an einem Ärzte-Such-Service für zulässig erachtet. Bei verfassungskonformer Auslegung wird man die Rechtsprechung zum Werbeverbot für Rechtsanwälte jedenfalls insoweit als auf das berufsrechtliche Werbeverbot für Ärzte anwendbar ansehen müssen, als von einer Werbemaßnahme Gefahren für die Volksgesundheit nicht ausgehen (z. B. Verwendung eines Logos auf dem Praxisschild; sachliche Darstellung des beruflichen Werdegangs des Arztes; Verwendung von Zertifikaten von Fachgesellschaften über absolvierte Fortbildung).

III. Fallbeispiele

Zu welchen Ergebnissen die Anwendung des vorstehend dargestellten Prüfungsmaßstabes auf den Einzelfall führen kann, soll im Folgenden anhand einiger ausgewählter Beispiele aus der neueren Rechtsprechung gezeigt werden. Besondere Aufmerksamkeit soll dabei der Werbung durch Kliniken gewidmet werden. Der durch die jüngste Gesetzgebung entstandene ökonomische Druck speziell auf Anbieter stationärer ärztlicher Leistungen muß zwangsläufig dazu führen, daß diese in einem sich verschärfenden Wettbewerb um Patienten verstärkt für ihr Leistungsangebot werben.

1. Unmittelbare Werbung durch den Arzt

a) Zusendung von Informationsmaterial an Patienten

aa) Ein Arzt, der Informationsmaterial über eine von ihm entwickelte, angebotene und angewandte Krebstherapie auf Anfrage an Kranke versenden läßt, die nicht seine Patienten sind, dies aber möglicherweise werden können, betreibt grundsätzlich berufswidrige Werbung für die eigene Praxis und handelt dadurch auch wettbewerbswidrig i.S. des § 1 UWG¹⁷.

bb) Verschickt ein Augenarzt eine Patienteninformation, bei der die sachliche Information über eine neue Behandlungsmethode einschließlich möglicher Komplikationen im Vordergrund steht, so müssen Werbeeffecte für den Arzt hingenommen werden, sofern er seine Leistung nicht an-

10) BVerfGE 85, 248, 260.

11) BVerfG, Beschl. v. 21. 4. 1993, MedR 1993, 348, 349.

12) Zum Ganzen ausführlich Piper (Fn. 7), S. 455 f. m.N.

13) BVerfGE 71, 183, 198 [Sanatoriumsentscheidung].

14) BVerfG, NJW 1988, 194; vgl. ferner BVerfG, Beschl. v. 17. 2. 1992, NJW 1992, 1613 [Zulässigkeit der Teilnahme an Anwalts-Such-Service]; BVerfG, Beschl. v. 5. 12. 1994, MedR 1995, 155 [Zulässigkeit der Führung der selbstgewählten Bezeichnung „Arztrecht“ und „Arztrecht und Wettbewerbsrecht“].

15) OLG Hamburg, Urt. v. 7. 11. 1996, MedR 1997, 177, 179.

16) LG Kiel, Urt. v. 10. 11. 1998, MedR 1999, 279 [Arzt-Such-Service].

17) BGH, Urt. v. 9. 7. 1998, MedR 1999, 70. In der Problemstellung zu dieser Entscheidung weist Taupitz mit Recht darauf hin, daß der BGH erstaunlicherweise mit keinem Wort darauf eingegangen sei, daß sich die Adressaten ausdrücklich mit der Bitte um Übersendung von Informationsmaterial an das von dem Arzt geleitete Institut gewandt hatten. Die Aussage, es liege schon deshalb eine berufswidrige Werbung vor, weil das Informationsmaterial darauf angelegt sei, die Angesprochenen als Patienten zu gewinnen, lasse das Problem der Grenzziehung zur erlaubten ärztlichen Beratung völlig außer Betracht.

preis, sondern lediglich zu erkennen gibt, daß er die neue Methode beherrsche¹⁸.

In der Patienteninformation hieß es u. a.:

„Der Eingriff wird in meiner Praxis mit dem neuesten Laser-Typ durchgeführt ... Die Einzelheiten der Operation, Erfolgsaussichten und Komplikationsmöglichkeiten habe ich Ihnen vorgestellt. Ich werde sie mit Ihnen in einer ambulanten Voruntersuchung nochmals ausführlich besprechen. Die notwendige Voruntersuchung kann am selben Tag erfolgen. Sollte eine Behandlung für Sie in Frage kommen, so bitte ich Sie um Voranmeldung.“

In dem Urteil des Landesberufsgerichts heißt es dazu u. a.:

„In dem Satz: ‚Der Eingriff wird in meiner Praxis mit dem neuesten Laser-Typ durchgeführt‘, überwiegt die sachliche Information, so daß eine werbende Herausstellung des Arztes selbst nicht angenommen werden kann.“

b) Führen der Bezeichnung „Akupunktur“ auf dem Praxisschild

Das VG Braunschweig hat das Führen der Bezeichnung „Akupunktur“ auf dem Praxisschild in einem Urteil vom 25. 11. 1998 – 1 A 1042/96 – für zulässig erachtet und zur Begründung u. a. ausgeführt:

„... Die Behandlungsmethode der Akupunktur ist zur Überzeugung des Gerichts inzwischen auch in der sogenannten Schulmedizin im vorliegenden Zusammenhang hinreichend anerkannt. Sie wird von einer Vielzahl von Ärzten und Krankenhäusern angewandt. Daß der Kläger nicht nur gelegentlich auf dem Gebiet der Akupunktur tätig und zudem hinreichend qualifiziert ist, diese Behandlungsmethode anzuwenden, nimmt auch die Beklagte nicht in Abrede. Dem daraus resultierenden Interesse des Klägers, auf die von ihm angebotene Behandlungsmethode der Akupunktur hinzuweisen, und dem hiermit korrespondierenden Informationsinteresse der Patienten trägt die Weiterbildungsordnung der Beklagten nicht Rechnung. Die Akupunktur findet sich darin nicht einmal als möglicher Weiterbildungsinhalt, so daß der Kläger und auch informationssuchende Patienten nicht auf eine der in der Weiterbildungsordnung geregelten Gebiets-, Teilgebiets- und Zusatzbezeichnungen oder auf die zu ihrer Anerkennung führenden Weiterbildungsinhalte verwiesen werden können. Anders als zum Beispiel bei den Hinweisen ‚Schmerzprechstunden‘ wird durch den Hinweis auf die Behandlungsmethode der Akupunktur auch nicht die unzutreffende Erwartung geweckt, es würden bestimmte Krankheitssymptome beseitigt, ohne daß es auf weitere ärztliche Bemühungen, insbesondere vorausgehende Untersuchungen zur Ursache der Krankheitssymptome ankomme ... Auch sonst überwiegt der sachliche Informationsgehalt des von dem Kläger geführten Zusatzes. Mögliche damit notwendig einhergehende werbende Wirkungen stehen ersichtlich im Hintergrund. Daß damit eine Irreführung oder Verwirrung der Patienten hervorgerufen werden könnte, ist nicht erkennbar. Der Begriff der Akupunktur hat in der interessierten Öffentlichkeit inzwischen eine hinreichend scharfe Kontur erlangt.“

c) Angaben im Branchentelefonbuch „Gelbe Seiten“ zur apparativen Ausstattung einer Praxis

Das BVerwG hat in einem Urteil vom 13. 11. 1997¹⁹ entschieden, daß ein niedergelassener Kardiologe, der in größerer Entfernung von seiner Praxis in berufsrechtlich zulässiger Weise einen Herzkathetermeßplatz betreibt, berechtigt ist, im Branchentelefonbuch „Gelbe Seiten“ neben Anschrift und Telefonnummer seiner Praxis auch den Herzkathetermeßplatz mit Anschrift und Telefonnummer anzuzeigen. In der Urteilsbegründung heißt es dazu u. a.:

„... Die vom Kläger erstrebte Veröffentlichung beschränkt sich ... auf Angaben, die sachlich richtig sind, die der Befriedigung eines berechtigten Informationsbedürfnis-

ses dienen und die weder durch das verwendete Medium noch durch ihre Aufmachung einen spezifischen werblichen Charakter erhalten. Danach handelt es sich nach Inhalt und Gestaltung nicht um eine gezielte Werbung, sondern allenfalls um eine Maßnahme, die einen werblichen Nebeneffekt haben mag. Fehlt es aber am Merkmal der gezielten Werbung, so stellt sich nicht die Frage, ob derselbe Informationseffekt auch auf anderem Wege zu erreichen wäre.“

2. Arzt und Medien

Allgemein geht es hier um das Verbot der Duldung berufswidriger Werbung durch den Arzt gemäß § 27 Abs. 2 Satz 2 und § 28 MBO-Ä. Dabei wird mit Recht darauf hingewiesen, 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“²⁰. Dieser Gesichtspunkt wird bei der Abgrenzung zwischen berufswidriger Werbung und erlaubter sachlicher Information generell zu beachten sein.

a) Veröffentlichungen von Interviews und Berichten

aa) *Namentliche Nennung von empfohlenen Spezialisten in einer Ärzte-Liste durch das Nachrichtenmagazin „FOCUS“.* Das OLG München hat die namentliche Nennung von empfohlenen Spezialisten in einer Ärzte-Liste in einem Urteil vom 12. 11. 1998²¹ aufgrund des Informationsinteresses der Bevölkerung für zulässig erachtet und zur Begründung u. a. ausgeführt:

„Es besteht sonach durchaus ein schlicht begründetes Bedürfnis der Allgemeinheit, über spezialisierte, besonders qualifizierte Fachärzte unter namentlicher Nennung informiert zu werden. Die dabei mitspielende Absicht, diese Ärzte im Wettbewerb zu fördern, mit der notwendigen Folge, daß die nicht genannten Ärzte insoweit benachteiligt werden, tritt hier weitgehend hinter die Beweggründe der sachlichen Information und der journalistischen Berichterstattung über eine Angelegenheit von allgemeinem Interesse zurück.“

Da bei der Ärzteserie der Beklagten der Werbeeffect für die namentlich genannten Ärzte, wie ausgeführt, eine gar nicht vermeidbare Begleiterscheinung und nicht eines der Ziele der Veröffentlichungen darstellt, hat hier die durch das Grundgesetz geschützte Aufgabe der Presse, die Öffentlichkeit über eine Angelegenheit von allgemeiner Bedeutung zu informieren, gegenüber dem berufsrechtlichen ärztlichen Werbeverbot den Vorrang.“

bb) *Verteidigung gegen Angriffe der Presse.* Wo ein unter Mitwirkung des Arztes zustandegekommener Pressebericht an sich den Tatbestand der berufswidrigen Werbung erfüllt, muß das Duldungsverbot unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit (Verhältnismäßigkeit i. e. S.) geprüft werden. Dabei kann von Bedeutung sein, ob die Mitwirkung auf Initiative des Arztes und in seinem Interesse oder auf Initiative der Presse und im Interesse ihrer Leser erfolgte. Wird ein Arzt in der Presse wegen seiner Behandlungsmethoden angegriffen, muß er auch die Möglichkeit haben, sich mittels der Medien zu verteidigen, auch wenn diese Berichte für ihn einen werblichen Nebeneffekt haben. In einem solchen Fall kann der Arzt auch nicht verpflichtet werden, sich den Artikel zur Genehmigung vorlegen zu lassen²².

18) Landesberufsgericht f. Ärzte in Stuttgart, Urt. v. 18. 1. 1995, MedR 1996, 387.

19) BVerwG, MedR 1998, 220.

20) *Ratzel* (Fn. 1), R.dnr. 8.

21) OLG München, MedR 1999, 76 m. Anm. *Barth*.

22) BVerfGE 85, 248, 261 f.

3. Klinikwerbung

a) Werbung und Öffentlichkeitsarbeit (Public Relations)

In der Terminologie des Krankenhausmanagements wird gewöhnlich unterschieden zwischen Werbung und Öffentlichkeitsarbeit (Public Relations). Diese in der Betriebswirtschaft übliche Differenzierung ist für die rechtliche Beurteilung der hier zur Diskussion stehenden Sachverhalte untauglich. Wie vorstehend dargelegt, kennt der Jurist nur die Unterscheidung zwischen erlaubter Werbung einerseits und verbotener (berufswidriger) Werbung andererseits. Danach kann sowohl Öffentlichkeitsarbeit als auch Werbung im betriebswirtschaftlichen Sinne je nach den konkreten Umständen des Einzelfalles als verbotene oder auch als erlaubte Werbung im juristischen Sinne zu qualifizieren sein²³.

b) Ärztliche Betreiber

aa) „Betriebswirtschaftliche Unterschiede“ zwischen ambulantem und stationärem Leistungsangebot. Obwohl der Arztberuf nach § 1 Abs. 2 BAO kein Gewerbe ist, ist es Ärzten nicht untersagt, Kliniken und Sanatorien zu betreiben, bei denen es sich um gewerbliche, auf Gewinnerzielung ausgerichtete Unternehmen handelt. Dürfen aber Ärzte solche Tätigkeiten ausüben, kann es ihnen nicht grundsätzlich und generell verwehrt werden, mit Einrichtungen gleicher Art in Wettbewerb zu treten, wenngleich sie dabei grundsätzlich der Tatsache Rechnung tragen müssen, daß sie als Ärzte die für sie insoweit geltenden Werbebeschränkungen der Berufsordnung beachten müssen²⁴.

Nach der sog. Sanatoriumsentscheidung des BVerfG vom 19. 11. 1985²⁵ dürfen ärztliche Betreiber von Kliniken und Sanatorien in der Werbung für ihre Unternehmen neben ihrem Namen und ihrer Arztbezeichnung mehrere Indikationsgebiete und die Behandlungsmethoden angeben. Der Grund dafür liegt darin, daß stationäre Einrichtungen, „die neben der ärztlichen Behandlung noch weitere gewerbliche Leistungen sowie Unterbringung und Verpflegung anbieten, meist mit größerem personellen und sachlichen Aufwand arbeiten und zur Sicherung ihrer Existenz darauf angewiesen sind, auf ihr Leistungsangebot aufmerksam zu machen. Zwischen ambulanter und stationärer Behandlung bestehen erhebliche betriebswirtschaftliche Unterschiede, die es rechtfertigen, ärztliche Inhaber von Sanatorien anders zu behandeln als niedergelassene Ärzte.“²⁶ Die ärztliche Berufsordnung geht selber davon aus, daß hier mit zweierlei Maß gemessen wird: Während dem niedergelassenen Arzt berufswidrige Werbung generell verboten ist, untersagt § 27 Abs. 2 Satz 2 MBO-A dem Klinikarzt lediglich die anpreisende Herausstellung. Hierunter ist eine besonders nachdrückliche Form der Werbung zu verstehen, wie zum Beispiel Blickfangwerbung, Verwendung von Superlativen, vergleichende Werbung, Eigenlob, Bezugnahme auf Empfehlungsschreiben und Danksagungen²⁷.

bb) Errichtung von „Zimmerkliniken“ als unzulässige Umgehung des Werbeverbots. Eine unzulässige Umgehung des berufsrechtlichen Werbeverbots liegt in der Errichtung einer Klinik nur pro forma mit dem Ziel, Werbung für ambulante ärztliche Leistungen zu betreiben, vom BVerfG in seiner Sanatoriumsentscheidung als „Zimmerklinik“ bezeichnet. Dies gilt auch dann, wenn der ärztliche Klinikinhaber im Besitz einer Genehmigung zum Betrieb einer Privatklinik gemäß § 30 GewO ist, ein Klinikbetrieb jedoch tatsächlich nicht vorhanden ist. Abgesehen davon verstößt die Führung der Bezeichnung „Klinik“ in diesen Fällen gegen das Verbot der irreführenden Werbung (§ 3 UWG)²⁸.

c) Nichtärztliche Betreiber

Obwohl der nichtärztliche, öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich organisierte Betreiber einer Klinik nicht der

ärztlichen Berufsordnung unterliegt, gilt nach der Rechtsprechung des BGH das ärztliche Werbeverbot auch für ihn mittelbar dann, wenn er durch eine von ihm veranlaßte Werbemaßnahme ermöglicht, daß ein Klinikarzt gegen das berufsrechtliche Werbeverbot verstößt, indem er die ihm verbotene Werbung der Klinik duldet, oder wenn er an einem Verstoß des leitenden Arztes oder eines ärztlichen Mitarbeiters gegen das berufsrechtliche Werbeverbot mitwirkt. In diesen Fällen haftet der nichtärztliche Betreiber neben dem Arzt als „wettbewerbsrechtlicher Störer“ nach § 1 UWG²⁹. Ebenso wie der ärztliche Klinikinhaber ist auch der nichtärztliche Klinikbetreiber insoweit privilegiert, als nur die anpreisende Herausstellung der leitenden oder sonst angestellten Ärzte gegen das Werbeverbot verstößt³⁰. Was den Ärzten danach verboten ist, ist auch den Klinikbetreibern untersagt.

Die von der Rechtsprechung entwickelte Kasuistik ist fast unüberschaubar. Im Folgenden einige ausgewählte Beispiele aus der Rechtsprechung sowie einige in der Praxis häufiger anzutreffende Fallkonstellationen.

d) Einzelfälle

aa) *Anzeigenwerbung*. Erlaubt sind Zeitungs- und Zeitschriftenanzeigen mit sachlich richtiger Beschreibung des Tätigkeitsbereichs (Indikationen und Behandlungsmethoden, Namen der leitenden Ärzte mit Facharztbezeichnungen).

Beispiele:

– Zeitschrifteninserat unter Angabe von Anschrift und Telefonnummer mit folgendem Text: „Privatsanatorium für Frischzellenbehandlungen Dr. med. S. B. bei allen Abnutzungserscheinungen, Verschleißerkrankungen usw. 6-Tage-Kur.“³¹

– Werbung in Zeitungsanzeigen mit ausführlicher Darstellung des beruflichen Werdegangs des leitenden Arztes und der von ihm entwickelten Behandlungsmethoden³².

bb) *Prospektwerbung*. Bei der Frage der Zulässigkeit der Verteilung von Werbeprospekten und Patientenbroschüren ist zu unterscheiden zwischen der unverlangten Zusendung und der Zusendung auf Anfrage. Im Gegensatz zur Anzeigenwerbung hielt die frühere Rechtsprechung die direkte Einzelwerbung durch Werbeprospekte generell für unzulässig. In einem vom BGH im Jahr 1982 entschiedenen Fall hatte eine Klinik auf schriftliche Anfragen hin Werbeprospekte versandt. Der BGH vertrat die Auffassung, die Prospektwerbung stelle in jedem Fall eine standeswidrige und damit zugleich wettbewerbswidrige Werbung dar. Der werbende Charakter des Prospekts entfalle nicht deshalb, weil er auf Anfrage hin versandt werde. Erwartungshaltung und Bedürfnis des Anfragers seien nämlich auf ein individuelles Antwortschreiben, nicht jedoch auf einen allgemein und schematisch formulierten Werbeprospekt gerichtet³³.

23) Vgl. *Baumbach/Hefermehl* (Fn. 3), UWG vor §§ 3–8, Rdnr. 4.

24) BGH, Urt. v. 26. 4. 1989, MedR 1990, 39 = NJW 1989, 2324.

25) BVerfG (Fn. 13).

26) BGH, Urt. v. 14. 4. 1994, MedR 1995, 113, unter Bezugnahme auf die Sanatoriumsentscheidung des BVerfG.

27) Vgl. *Schulte*, Das standesrechtliche Werbeverbot für Ärzte, 1992, S. 33, 87; *Ratzel* (Fn. 1), Rdnr. 10. Zur Werbung einer Klinik für ihr ambulantes Leistungsangebot vgl. unten, sub 3. d) ff).

28) BGH, Urt. v. 7. 6. 1996, MedR 1996, 563.

29) BGH (Fn. 26).

30) Vgl. *Piper* (Fn. 7), S. 462.

31) Dieser Sachverhalt lag der Sanatoriumsentscheidung (Fn. 13) zugrunde.

32) Berufsgericht f. Heilberufe beim VG Wiesbaden, Urt. v. 22. 1. 1992, abgedr. bei *Heile/Mertens* u. a., Sammlung von Entscheidungen der Berufsgerichte für Heilberufe (Stand: 1998), A 2.13 Nr. 5.16.

33) BGH, Urt. v. 27. 5. 1982, NJW 1982, 2605.

Diese Rechtsprechung ist seit der Sanatoriumsentscheidung des BVerfG vom 19. 11. 1985 überholt³⁴. Wenn die Privilegierung ärztlicher Sanatoriumsinhaber gegenüber niedergelassenen Ärzten bei der Werbung damit begründet wird, daß Sanatorien zur Sicherung ihrer Existenz darauf angewiesen sind, auf ihr Leistungsangebot aufmerksam zu machen, so gibt es keinen sachlichen Grund, bei dem Klinikinhabern zugestandenen Mehr an Werbemöglichkeiten zu unterscheiden, in welcher Form sie werben, ob durch Anzeigenwerbung oder direkte Einzelwerbung durch Versendung von Prospekten, wenn nur die Werbeform nach dem UWG und dem HWG nicht zu beanstanden ist. Dabei kann es auch keinen Unterschied machen, ob die Versendung des Werbeprospekts unaufgefordert oder auf individuelle Anfrage hin erfolgt³⁵. Es stellt sich hier zwangsläufig die Frage, worin aus der Sicht des „Verbrauchers“ der Unterschied zwischen einer Anzeige und einem unverlangt zugeschickten Prospekt besteht³⁶. Voraussetzung ist jedoch in allen Fällen, daß die Aufmachung der Prospektwerbung sachlich gehalten ist und der Inhalt der Wahrheit entspricht; unsachliche anpreisende Werbung ist dem Arzt nach der Berufsordnung und damit auch dem nichtärztlichen Klinikinhaber verboten.

cc) Presseberichte. Zulässig sind Presseberichte, sofern Textinhalt und äußere Aufmachung sich im Rahmen des HWG und des UWG halten. Anlässe für Presseberichterstattungen sind häufig ein Chefarztwechsel, Inbetriebnahme neuer medizinisch-technischer Geräte oder Einweihung einer neuen Fachabteilung. Dabei ist die namentliche Nennung des jeweiligen Abteilungsarztes grundsätzlich berufsrechtlich unbedenklich.

(1) Das Bezirksberufsgericht für Ärzte in Freiburg hat in einer mutigen Entscheidung vom 13. 4. 1988³⁷ die namentliche Nennung des ärztlichen Leiters einer Gynäkologischen Abteilung eines Krankenhauses anlässlich dort in jüngster Zeit häufig aufgetretener Mehrlingsgeburten und anlässlich der 150 000. Patientin seit Eröffnung des Krankenhauses für zulässig erachtet.

(2) Bei einem Chefarztwechsel überwiegt nach einem Urteil des Berufungsgerichts für Heilberufe beim VG Köln vom 31. 5. 1993³⁸ das öffentliche Interesse an der Besetzung wichtiger Stellen in öffentlichen Krankenhäusern i.d.R. die durch das berufsrechtliche Werbeverbot geschützten Interessen, auch wenn entsprechende Presseberichte unbestreitbar werbenden Charakter haben.

dd) Werbung im Internet. Die berufsrechtliche und wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit der Werbung im Internet richtet sich nach der Vorschrift in Kap. D I Nr. 6 MBO über öffentlich abrufbare Arztinformationen in Computernetzwerken. Danach soll sichergestellt sein, daß der Nutzer beim Suchprozeß zunächst nur Zugang zu einer Homepage des Arztes erhalten kann, welche ausschließlich die für das Praxisschild zugelassenen Angaben enthält. Weitergehende Informationen dürfen erst nach einer weiteren Nutzerabfrage zugänglich gemacht werden³⁹. Diese Vorschriften bilden die Rahmenbedingungen für die Zulässigkeit der Werbung des Krankenhauses im Internet⁴⁰.

ee) Werbung mit Zertifikaten im Rahmen der Qualitätssicherung. Soweit ersichtlich, besteht Einigkeit, daß solche Gütesiegel lediglich als Ausgangsbasis eines Qualitätssicherungsprogramms zu verstehen sind und keinerlei Aussagen erlauben über medizinische Behandlungsabläufe und Behandlungsergebnisse⁴¹. Etwas anders dürfte gelten für die von der Bundesärztekammer und dem Verband der Angestellten-Krankenkassen/Arbeiter-Ersatzkassenverband auf der Basis eines Rahmenvertrages geplante Zertifizierung von Krankenhäusern⁴².

ff) Werbung nur für ambulantes Leistungsangebot. Fraglich ist, ob es dem ärztlichen Inhaber einer Klinik erlaubt ist, nur sein ambulantes Leistungsangebot zu bewerben und dadurch in Konkurrenz zu treten zu den niedergelassenen Ärzten (Beispiel: ambulantes Operieren). Im Schrifttum wird zum Teil die Auffassung vertreten, daß der Arzt sich hier nicht auf das Privileg des § 27 Abs. 2 Satz 2 MBO berufen könne, vielmehr die strengen Regeln der berufswidrigen Eigenwerbung zur Anwendung kommen müßten⁴³. Nach einem Urteil des BGH vom 26. 11. 1998⁴⁴ bleibt die Frage offen. Die Entscheidung geht davon aus, daß der mitbeklagte Zahnarzt, der für eine GmbH, die auch stationäre zahnärztliche Leistungen anbietet, ambulante zahnärztliche Leistungen erbringt, gegen das standesrechtliche Werbeverbot verstößt, wenn die GmbH im wesentlichen nur die ambulanten zahnärztlichen Leistungen „anpreisend“ bewirbt. Offen bleibt, wie das Gericht entschieden hätte, wenn die Werbung in sachlicher Form erfolgt wäre. Das LG Baden-Baden legt das Urteil des BGH dahin aus, daß bei der Bewerbung ärztlicher Leistungen, die in gleicher Weise von niedergelassenen Ärzten angeboten werden, das Werbeprivileg nicht gilt⁴⁵.

gg) Organisation eines „Tages der offenen Tür“. Hiergegen dürften keine Bedenken bestehen in dem Fall, daß interessierte Bevölkerungskreise über ein Leistungsangebot des Krankenhauses informiert werden sollen, das sich von dem bei niedergelassenen Ärzten unterscheidet, und die Aufmachung nicht anpreiserisch ist. Wo dagegen das Leistungsangebot, über das informiert werden soll, in Konkurrenz tritt zur freien Praxis, wird man einen „Tag der offenen Tür“ als unzulässig ansehen müssen, weil dem niedergelassenen Arzt eine solche Form der Werbung verboten ist.

hh) Vergleichende Werbung. Trotz der grundsätzlichen Zulassung der vergleichenden Werbung durch die jüngste Rechtsprechung des BGH⁴⁶ ist dem Arzt vergleichende Werbung durch die Berufsordnung nach wie vor verbo-

34) Im Ergebnis ebenso *Ratzel* (Fn. 1), Rdnr. 17. Die entgegengesetzte Auffassung des OLG Hamburg in einem Ur. v. 5. 5. 1994 (MedR 1994, 451) vermag nicht zu überzeugen (näher dazu *Rieger*, in: *Engler/Räppler/Rieger*, *Werben und Zuwenden im Gesundheitswesen*, 2. Aufl. 1999 [im Druck]).

35) Zustimmung *Wagner/Klöcker*, das Krankenhaus 1997, 701, 760 f.; a. A. *Schulte* (Fn. 27), S. 98.

36) So zutreffend *Ratzel* (Fn. 1), Rdnr. 17.

37) BezirksberufsG f. Ärzte in Freiburg, *Arztrecht* 1990, 185.

38) BerufsG f. Heilberufe beim VG Köln, abgedr. bei *Heile/Mertens* u. a. (Fn. 31), A 2.13 Nr. 3.19.

39) Nach Ergänzung der durch die Vorschrift in Kap. D I Nr. 6 MBO eröffneten Möglichkeiten der zulässigen Information in Computernetzwerken durch den Berufsordnungsausschuß der Bundesärztekammer haben die meisten Ärztekammern ihre Berufsordnung ebenfalls entsprechend ergänzt; vgl. z. B. zur Rechtslage in Baden-Württemberg *Ärztebl. Bad.-Württ.* 1999, 17 ff.

40) Vgl. auch *Nasseroff*, *Krankenhaus umschau* 1997, 434 ff.

41) Vgl. hierzu die Äußerungen namhafter Vertreter der ärztlichen Berufsverbände und der Krankenkassen in dem Beitrag „Brauchen wir einen Ärzte-TÜV?“ in: *Qualitätsmanagement in Klinik und Praxis* 1998/2, S. 16 ff.

42) Vgl. *Kolkmann/Scheinert*, DÄBl. 1998, A-1899 ff. Danach verstehen die Vertragspartner unter Zertifizierung „zum einen die Prüfung, ob Qualitätsmanagementsysteme eingeführt sind, sowie zum anderen die Beurteilung der Ergebnisqualität und der Leistungsfähigkeit durch einen unparteiischen Dritten“.

43) Vgl. *Ratzel* (Fn. 1), Rdnr. 10.

44) BGH, NJW 1999, 1784.

45) LG Baden-Baden, Ur. v. 28. 7. 1999 – 4 O 49/99 KfH –, MedR 1999, Heft 12 [Eilverfahren].

46) BGH, NJW 1998, 2208.

ten⁴⁷. Für den Arzt als Inhaber einer Klinik ist jedoch § 39 Abs. 3 SGB V zu beachten. Nach dieser Vorschrift erstellen die Krankenkassen unter Mitwirkung der Landeskrankenhausesgesellschaft und der Kassenärztlichen Vereinigung ein Verzeichnis der von den zugelassenen Krankenhäusern in einem Bundesland angebotenen stationären Leistungen und Entgelte. Dabei sind die Entgelte so zusammenzustellen, daß sie miteinander verglichen werden können. Zweck dieses Verzeichnisses ist es, Krankenkassen und Ärzten einen raschen Überblick über die in Betracht kommenden Krankenhäuser zu verschaffen, damit verstärkt preisgünstige Einrichtungen in Anspruch genommen werden⁴⁸. In das Verzeichnis sind Belegkrankenhäuser oder Belegabteilungen mit einzubeziehen. Zu den Entgelten gehören hier u. a. die Honorare für belegärztliche Leistungen, auch soweit diese während der stationären Behandlung in der Praxis des Belegarztes erbracht werden⁴⁹.

Diese gesetzliche Regelung geht als höherrangiges Recht der ärztlichen Berufsordnung vor und beinhaltet damit automatisch die Erlaubnis zur vergleichenden Werbung für Kliniken in dem vom Gesetz gesteckten Rahmen.

IV. Ausblick

Die Entwicklung der Rechtsprechung seit der Sanatoriumsentscheidung des BVerfG im Jahr 1985 zeigt, daß das Recht der Arztwerbung stark in Bewegung geraten ist. Die sich verstärkende Tendenz zur Lockerung des berufsrechtlichen Werbeverbots korrespondiert mit dem zunehmenden Wunsch der Bevölkerung nach Information über das Leistungsangebot von Einrichtungen im Gesundheitswesen⁵⁰. Dabei werden neue Ansätze erkennbar. Die standesrechtlichen Werberegeln werden nicht mehr wie bisher dem Grundrecht des Arztes auf Berufs- und Meinungsfreiheit, sondern dem verfassungsrechtlich geschützten Selbstbestimmungsrecht und dem daraus abgeleiteten Informationsanspruch des Patienten als Entscheidungsgrundlage für die freie Arztwahl zugeordnet⁵¹. Ähnliche Überlegungen finden sich auch im Schrifttum aus jüngster Zeit⁵².

Die Liberalisierungstendenzen in der Rechtsprechung werden zusätzlich begünstigt nicht nur durch die Rechtsentwicklung im europäischen Raum, sondern auch durch die fortschreitende Reform im Gesundheitswesen der Bundesrepublik. Der Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen hat sich wiederholt dafür ausgesprochen, das strikte Verbot der Arztwerbung zugunsten besserer Information des Patienten über die Leistungsfähigkeit von Leistungserbringern im Gesundheitswesen aufzulockern⁵³. Es besteht berechtigte Hoffnung, daß die rechtlichen Hürden, die einer patientenorientierten Informationswerbung heute noch im Wege stehen, in absehbarer Zeit überwunden werden. Dabei wird sich die ärztliche Selbstverwaltung einer konstruktiven Mitwirkung nicht entziehen können.

-
- 47) Art. 7 Abs. 5 der EG-Richtlinie 84/450 EWG i.d.F. der EG-Richtlinie 97/55 EG v. 6. 10. 1997 (Abl. EG L 290, S. 18 ff., 21 v. 23. 10. 1997) über die Harmonisierung des Rechts der vergleichenden Werbung in den Mitgliedstaaten hindert diese nicht, das Verbot vergleichender Werbung für freie Berufe aufrechtzuerhalten.
- 48) Vgl. Höfler (1997), in: KassKomm., § 39 SGB V, Rdnr. 47, unter Berufung auf die Begründung des Regierungsentwurfs zu § 38 GRG.
- 49) Vgl. Höfler (Fn. 48), Rdnr. 49. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch auf § 5 BpflV über die Erstellung eines Krankenhausvergleichs als Voraussetzung für die Bemessung medizinisch leistungsgerechter Pflegesätze.
- 50) Vgl. hierzu die interessante Studie von Tscheulin/Helmig, Krankenhaus umschau 1997, 714 ff.
- 51) Vgl. LG Kiel (Fn. 16).
- 52) Vgl. hierzu vor allem Barth, Mediziner-Marketing: Vom Werbeverbot zur Patienteninformation. Eine rechtsvergleichende und interdisziplinäre Studie zur Kommunikation zwischen Patienten und Ärzten, 1999, S. 169 ff.
- 53) Vgl. hierzu Barth (Fn. 52), S. 169 ff.

BUCHBESPRECHUNGEN

Die Haftung bei der Arzneimittelprüfung und die Probandenversicherung. Von Annette Wenckstern. (Versicherungsrechtliche Studien, Bd. 57.) Verlag Peter Lang, Frankfurt Berlin Bern New York Paris Wien 1999, XXII u. 146 S., kart., DM 118,-

Die Arbeit behandelt die Haftung der an einer klinischen Prüfung von Arzneimitteln Beteiligten (Arzt, Krankenhausträger, Ethikkommission, pharmazeutischer Unternehmer) gegenüber dem Patienten oder Probanden aus der zu dessen Gunsten nach dem Arzneimittelgesetz abzuschließenden Probandenversicherung.

Die Verfasserin gibt zunächst einen Überblick über die Arzneimittelprüfung und wendet sich in einem zweiten Abschnitt den Haftungsgrundlagen bei klinischen Prüfungen von Arzneimitteln zu, ehe sie sich mit der Probandenversicherung befaßt. Im vierten Teil untersucht sie die Frage, ob die Probandenversicherung für alle Fallgestaltungen eine Haftungsersetzung bietet und wo sich Lücken auftun.

Die Verfasserin gelangt zu dem Ergebnis, dass die Probandenversicherung u. a. bei Serienschäden nicht zu einer vollen Haftungsersetzung führe. Es bestehe keine akzessorische Haftungsersetzung bei Genschäden und bei vorsätzlichen Schädigungen dann, wenn sich der Vorsatz auf die Verletzung eines Rechtsguts des Probanden (Leben, Körper und Gesundheit) bezieht. Eine echte verdrängende Haftungsersetzung liege dagegen vor bei der Kausalität: Der versicherungsrechtliche Anspruch fordere lediglich adäquate Kausalität. Je nach ersetzter Haftungsnorm komme es weder auf eine objektive Pflichtwidrigkeit noch auf eine Schutzgesetzverletzung, eine Verletzung der Vertragspflicht, einen Fehler, die Rechtswidrigkeit oder ein Verschulden an.

Leider erfüllt die Verfasserin die Erwartungen des Lesers nur teilweise. Dies mag seine Ursache vielleicht auch darin haben, dass ihr offenbar der Einblick in die Praxis der Arzneimittelprüfung versagt geblieben ist. Anders ist es nämlich nicht zu erklären, wie sie z. B. die vertraglichen Beziehungen bei der klinischen Prüfung von Arzneimitteln abhandelt (S. 94 ff.). Auch trennt sie nicht sauber den Bereich der Universitätsklinik (in denen die meisten klinischen Prüfungen von Arzneimitteln durchgeführt werden) und den Bereich außerhalb. Für Professoren der Medizin ist die Durchführung klinischer Prüfungen von Arzneimitteln der typische Fall des Forschungsprojektes mit Mitteln Dritter (nämlich des pharmazeutischen Unternehmers) und zählt zu ihren Dienstaufgaben (§ 25 HRG). Vertragspartner des Prüfvertrages können daher nur der pharmazeutische Unternehmer einerseits und das jeweilige Universitätsklinikum oder die Universität selbst andererseits sein. Da Wenckstern aber wie in einem Gutachten alle möglichen vertraglichen Beziehungen durchprüft, kommt sie immer irgendwie zu einem ungefähr vertretbaren Ergebnis.

Für den Leser misslich sind die vielen Verweisungen innerhalb des Fußnotenapparates der Arbeit nach dem Inhaltsverzeichnis und nicht nach der Seitenzahl. Dies müsste im Zeitalter des Computers nicht mehr sein.

Der Eindruck der Arbeit bleibt zwiespältig: Einerseits zeichnet sie sich durch eine außerordentliche Materialfülle aus und gibt den aktuellen Stand der Diskussion im Themengebiet wieder, doch schöpft sie andererseits das interessante Thema leider nicht voll aus, weil sie häufig bereits bekannte Standpunkte lediglich referiert, ohne selbst Stellung zu beziehen.

Dr. iur. Hans-Dieter Lippert, Ulm