

Das Werberecht der medizinischen Leistungserbringer¹

Teil 1: Darstellung der werberechtlichen Rahmenbedingungen nach der Musterberufsordnung der deutschen Ärzte

Die veränderte Landschaft im Gesundheitswesen hat dazu geführt, dass ein tatsächlicher Wettbewerb unter den Versorgungsträgern eingetreten ist. Dieser Wettbewerb ist einer der wesentlichen Faktoren der zukünftigen strategischen Ausrichtung im Sinne des Marketings.² Aber auch der Informationsanspruch des Patienten, der sich um die Auswahl der richtigen Praxis und des richtigen Krankenhauses Gedanken macht, führt dazu, dass die Werbung der medizinischen Leistungserbringer zwischenzeitlich kein Schattendasein mehr führt. Der zunehmende Konkurrenzdruck macht es notwendig, dass Ärzte und Krankenhäuser auch auf einer medialen Ebene miteinander kommunizieren. Die Mund zu Mund Propaganda hat als zufälliges Marktinstrument, das zudem äußerst schwer zu steuern ist, zwischenzeitlich ausgedient.

Um diese Werbemaßnahmen der medizinischen Leistungserbringer zu reglementieren, gibt es eine Vielzahl von Gesetzen. Besonders relevant sind dabei die Musterberufsordnung der Ärzte (MBO), das Heilmittelwerbegesetz (HWG) und das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Die Anzahl der Gesetze und die stetigen Reformen derselben führen dazu, dass eine relativ große Rechtsunsicherheit im Zusammenhang mit dem ärztlichen Werberecht vorherrscht. So sind nach wie vor viele Ärzte immer noch der Auffassung, dass ihnen Werbung grundsätzlich untersagt sei.³

Die nachfolgenden Ausführungen sollen anhand dieser Gesetze darlegen, was derzeit

möglich und erlaubt ist und welche Regelungen einschlägig sind.

Das Werberecht nach der MBO

Den zentralen Ausgangspunkt des ärztlichen Werberechts stellt die MBO dar. Sie hat zwar keine unmittelbare Wirkung. Denn die Berufsordnungen werden als Regelwerk zur Ausübung der ärztlichen Tätigkeit auf Ebene der Landesärztekammern erlassen. Als Maßstab für diese länderspeziellen Berufsordnungen dient dabei aber die von der Bundesärztekammer erlassene MBO.

Sie ist das speziellste Regelwerk innerhalb der werberechtlichen Normen. Dies gilt deshalb, weil es konkret auf den Arztberuf zugeschnitten ist. Man kann also die MBO als *lex specialis* des ärztlichen Werberechts bezeichnen.

Intention der MBO

Die MBO soll, wie auch die anderen Berufsordnungen (zu denken ist hier beispielsweise an die Berufsordnung für Rechtsanwälte), eine allgemeine Standesauffassung darstellen. Durch ihren Inhalt wird ausgedrückt, was dem Wesen und der Würde des Berufes des Arztes entspricht.⁴

Kurz gesagt kann man die Absicht der MBO dahingehend zusammenfassen, dass die ärztliche Tätigkeit deshalb reglementiert werden soll, um sowohl ein vertragliches Miteinander unter den Ärztinnen und Ärzten zu gewährleisten, als auch die Außenwirkung und das Ansehen der Ärzte gegenüber Dritten hochzuhalten.

Werberechtliche Grundlagen der MBO

Es gibt weder im medizinrechtlichen, noch im klassischen juristischen Sinne eine eigen-

ständige Definition der Werbung. Auch die einschlägige Kommentierung zur Musterberufsordnung lässt eine klare Definition, was man unter Werbung im Sinne des Berufsrechts versteht, vermissen.

Da es an einer eigenständigen Begriffsdefinition in der MBO fehlt, wird es der Sache am ehesten gerecht, wenn man auf einen allgemein juristischen Werbebegriff abstellt. Danach muss auch im Sinne der Berufsordnung unter Werbung jede Handlung zu Zwecken des Wettbewerbes verstanden werden, die den Absatz von Waren oder Dienstleistungen fördern soll.⁵

Die Frage, was in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht dem Arzt nach der Musterberufsordnung erlaubt ist, ist in stetem Wandel begriffen. Bereits der 103. Deutsche Ärztetag hat im Jahre 2000 festgestellt, dass nur mehr berufswidrige Werbung verboten sei und das Postulat der generellen Unzulässigkeit ärztlicher Werbemaßnahmen gekippt.

Eine klassische Kehrtwende war dies jedoch nicht. So ist es nicht verwunderlich, dass trotz dieser bedächtigen Reform der Berufsordnung eine Kaskade von monatlichen Entscheidungen des Bundesverfassungs- und Bundesverwaltungsgerichts zur Frage der Werbung von Ärzten ergangen ist.⁶ Dies mag unter anderem Ausschlag dafür gewesen sein, dass anlässlich des 105. Deutschen Ärztetages in Rostock im Jahre 2002 eine weitere Öffnung des Werberechts Einzug gehalten hat. Die maßgeblichen Normen der neuen Musterberufsordnung wurden nunmehr generalklauselartig verfasst. Das starre Konzept, wie es die alte Musterberufsordnung vorsah, ist nunmehr aufgegeben worden.

Die zentralen Normen des ärztlichen Werberechts, § 27 MBO und § 28 MBO wurden nunmehr bewusster offen formuliert.

Berufswidrige Werbung, § 27 MBO

Innerhalb dieses Normengefüges ist § 27 MBO die praxisrelevanteste Regelung. Zweck von § 27 MBO ist die Gewährleistung des Patientenschutzes durch sachgerechte und angemessene Information und die Vermeidung einer dem Selbstverständnis des Arztes zuwider laufenden Kommerzialisierung des Arztberufes. Deshalb sind dem Arzt nur sachliche berufsbezogene Informationen

¹ Die Autoren werden in den folgenden Ausgaben die für das ärztliche Werberecht maßgeblichen Gesetze und Verordnungen darlegen und anhand einer abschließenden Einzelfalldarstellung auf besonders praxisrelevante Beispiele eingehen.

² Weimer, T.: Klinikwerberecht – Marketing und Strategie, PKR 2005, S. 73

³ Stebner, F.A.: Werbung: Es ist mehr gestattet, als viele meinen, Ärztezeitung vom 22.11.2006 <http://www.aerztezeitung.de/docs/2006/11/22/210a1401.asp>

⁴ Ebert, S.: Marketing und Werbung für Mediziner, S. 49

⁵ Rieger, H.: Lexikon des Arztrechts, Rdnr. 9 zu 5530

⁶ Klinkhammer, G.: Werbeverbot für Ärzte gelockert, DÄBL 2002, A1571 f

gestattet. Berufswidrige Werbung ist dem Arzt hingegen untersagt. Berufswidrig soll insbesondere eine anpreisende, irreführende oder vergleichende Werbung sein. Wie sich aus dem Wort „insbesondere“ ergibt, ist der Katalog der anpreisenden, irreführenden und vergleichenden Werbung nicht abschließend. Vielmehr kann auch aus anderen Gründen eine Werbemaßnahme gegen die Musterberufsordnung verstoßen.

Anpreisende Werbung

Unter anpreisender Werbung versteht man allgemein eine gesteigerte Form der Werbung, insbesondere wenn sie mit reißerischen und marktschreierischen Mitteln arbeitet. Auch aufdringliche und übertriebene Äußerungen fallen unter die Definition der anpreisenden Werbung.¹ In erster Linie ist dabei an Blickfangwerbung, Verwendung von Superlativen, Eigenlob, Bezugnahme auf Empfehlungsschreiben und Danksagungen zu denken.² Es muss jedoch betont werden, dass die Beurteilung, ob eine Werbemaßnahme anpreisend im Sinne der Musterberufsordnung ist, einzelfallbezogen erfolgen muss. Das Urteil wird nicht zuletzt vom orts- und gebietsüblichen Werbeverhalten abhängen, das seinerseits in einer steten Entwicklung begriffen ist. Dabei kommt es auch wesentlich auf den Adressatenkreis des Werbeverhaltens an.

Das Kriterium der irreführenden Werbung

Das Kriterium der irreführenden Werbung wird in der Berufsordnung nicht definiert. Die Bundesärztekammer geht davon aus, dass eine Werbung irreführend ist, die „Angaben“ enthält, die geeignet sind, potentielle Patienten über die Person des Arztes, über die Praxis und über die Behandlung irre zu führen und Fehlvorstellungen von maßgeblicher Bedeutung für die Wahl des Arztes hervorzurufen. Dies kann unter anderem durch mehrdeutige, unvollständige und unklare Angaben und durch verschwiegene Tatsachen geschehen.³

Dabei ist wichtig für die Beurteilung der Irreführung, ob eine irreführende Aussage getroffen wird, die beim durchschnittlichen Empfänger, also dem Laien, einen objektiv unrichtigen Eindruck entstehen lässt.

Das Kriterium der vergleichenden Werbung

Unter vergleichender Werbung sind Anmerkungen zu verstehen, die ausdrücklich oder implizit einen Vergleich anstellen. Dabei wird entweder auf die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse ärztlicher Kollegen abgehoben oder aber auf die Arztpraxis oder Behandlung durch andere Ärzte Bezug genommen. Sowohl die positive als auch die negative Darstellung Dritter ist als vergleichend anzusehen und somit mit § 27 MBO nicht zu vereinbaren.⁴

Die sachliche Information

Das Pendant zur berufswidrigen Werbung stellt die ausdrücklich zugelassene sachliche berufsbezogene Information durch den Arzt dar. Unstreitig ist, dass man unter sachlichen Informationen diejenigen versteht, die nach § 27 Abs. 4 MBO ausdrücklich benannt werden. So kann der Arzt ohne weiteres nach der Weiterbildungsordnung erworbene Bezeichnungen ankündigen. Auch der Hinweis auf sonstige, nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften erworbene Qualifikationen, ist gestattet. Zuletzt ist auch die Angabe von Tätigkeitsschwerpunkten unter Hinweis auf organisatorische Maßnahmen zulässig.

Allgemein ist von einer erlaubten Information im Sinne der Musterberufsordnung dann auszugehen, wenn sie in einem Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit des Arztes steht, wahr, sachgerecht und für den Patienten verständlich ist.⁵

Das Duldungsverbot

Zu betonen gilt es aber, dass § 27 MBO nicht nur das aktive Tun unter das Werbeverbot stellt, sondern auch unzulässige Werbemaßnahmen, die vom Arzt nur veranlasst oder geduldet werden. Dieses Duldungsverbot beruht ebenfalls auf den Erwägungen, dass einer Kommerzialisierung des Arztberufes entgegen gewirkt werden soll. Darüber hinaus soll es das ärztliche Werbeverbot sichern. Dieses soll nicht dadurch umgangen werden können, dass der Arzt die ihm selber verbotene Werbung durch andere, namentlich durch Journalisten und Patienten besorgen lässt.⁶

Eintragung in Verzeichnisse

Als weitere berufsrechtliche Norm gestattet es § 28 MBO den Ärzten grundsätzlich, sich in Verzeichnisse eintragen zu lassen. Die aktuelle Musterberufsordnung kennt keine Definition des Begriffes „Verzeichnis“. Blickt man jedoch in die MBO in der Fassung des 103. Deutschen Ärztetages 2000, so findet sich ein Anhalt, wonach man als Verzeichnis alle für die Öffentlichkeit bestimmten Informationsmedien verstehen kann.

Die Zulässigkeit des Eintrages setzt voraus, dass die Verzeichnisse den abschließend aufgezählten Anforderungen des § 28 MBO gerecht werden. So müssen die Verzeichnisse allen Ärzten, die den Kriterien des Verzeichnisses entsprechen, zu denselben Bedingungen und zu einem kostenfreien Grundeintrag offen stehen. Darüber hinaus müssen sich die Eintragungen auf die ankündigungsfähigen Informationen beschränken. Schließlich muss noch die Systematik der Verzeichnisse zwischen den nach der Weiterbildungsordnung und nach sonstigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften erworbenen Qualifikationen einerseits und Tätigkeitsschwerpunkten andererseits unterscheiden. Ein Großteil der Anforderungen betrifft daher also die Aufmachung der Verzeichnisse, wengleich auch der Inhalt durchaus von § 28 MBO reglementiert wird. Dabei gilt als Maßstab, dass dasjenige in Verzeichnisse aufgenommen werden kann, was der Arzt auch im Rahmen einer Patienteninformation in der Praxis verwenden dürfte. Als unzulässig wird es aber angesehen, wenn durch die Zusammenstellung von Ärzten in einem Verzeichnis der Eindruck erweckt wird, dass diese im Vergleich zu ihren Kollegen eine Spezialisierung vorweisen.⁷

Werbung für Dritte

Neben den dargestellten Regelungen der Eigenwerbung finden sich in der MBO auch Regelungen, wie das werberechtliche Verhalten von Ärzten zu beurteilen ist, wenn sie für Dritte nach außen hin absatzfördernd in Erscheinung treten.

Zu denken ist hier insbesondere an die Regelung des § 34 Abs. 3 und 5 MBO. Aber auch § 3 MBO und § 35 MBO sind in diesem Zusammenhang zu nennen.

Verbot der Fremdwerbung

Nach § 34 Abs. 3 MBO ist es Ärzten nicht gestattet, über Arznei-, Heil- und Hilfsmittel

¹ OLG Stuttgart, WRP 2003, 119 ff.

² Ratzel, R. in.: Ratzel, R.; Lippert, H.-D.: Kommentar zur Musterberufsordnung der Deutschen Ärzte (MBO), §§ 27/28, Rdnr. 5, S. 325

³ Die Bundesärztekammer: Arzt-Werbung-Öffentlichkeit, DÄBL 2004, A 294.

⁴ Bundesärztekammer, Arzt-Werbung-Öffentlichkeit, DÄBL 2004, A 294

⁵ Bundesärztekammer, a.a.O.

⁶ BVerfG, NJW 1992, 2341

⁷ OLG Frankfurt, MedR 2004, 447

tel, Körperpflegemittel oder ähnliche Waren Werbeverträge zu halten oder zur Werbung bestimmte Gutachten zu erstellen. Hierbei soll in erster Linie unterbunden werden, dass sich die Ärzteschaft durch Werbung an einen Hersteller von Arzneimitteln ökonomisch bindet und dadurch einer Abhängigkeit auf das Ordnungsverhalten des Arztes entgegengewirkt werden.¹

Zuweisung an Apotheken, Geschäfte und Dienstleistungen

Darüber hinaus bietet die Regelung des § 34 Abs. 5 MBO es Ärzten, Patientinnen oder Patienten ohne hinreichenden Grund an bestimmte Apotheken, Geschäfte oder Anbieter von gesundheitlichen Dienstleistungen zu verweisen. Dieser Vorschrift liegt die Vorstellung zugrunde, dass der Patient nicht nur die freie Wahl hat, welchen Arzt er aufsuchen möchte, sondern auch welche Apotheke oder welches Geschäft er besuchen möchte, um sich die Verordnungen des Arztes zu verschaffen.

Sofern es jedoch einen vernünftigen Grund dafür gibt, etwa eine bestimmte Apotheke zu wählen, so ist diese mögliche Einschränkung der Wahlfreiheit durchweg zulässig.²

Namensgebrauch für gewerbliche Zwecke

Im Zusammenhang mit dem ärztlichen Werberecht kann auch § 3 Abs. 1 Satz 2 MBO relevant werden. Danach ist es Ärzten verboten, ihren Namen in Verbindung mit einer ärztlichen Berufsbezeichnung in unlauterer Weise für gewerbliche Zwecke herzugeben. Darüber hinaus trifft die Ärzte die Verpflichtung, den Gebrauch ihres Namens oder des beruflichen Ansehens zu gewerblichen Zwecken zu untersagen.

Da die Regelungen des § 3 Abs. 1 Satz 2 MBO nur auf zur Verfügungsstellung in „unlauterer Weise“ abhebt, ist also aus dieser Norm kein generelles Verbot der Stiftung der ärztlichen Berufsbezeichnung abzuleiten. So ist beispielsweise die Verwendung des Dr.-Titels in einer eigenen Firma nicht grundsätzlich zu untersagen, vielmehr muss sie mit der Würde des Arztes in Einklang stehen um standesgemäß zu sein. Als Kriterium hierfür scheidet jedoch die Entgeltlichkeit der Hergabe aus. Denn die Gemeinnützigkeit der Handlung als solche ist

kein Indiz für deren Zulässigkeit. Grundsätzlich ist bei der Namensgebung zu berücksichtigen, dass der Verbraucher als Laie Aussagen eines Arztes, der für sich aufgrund des Berufes Vertrauen und Sachkompetenz in Anspruch nimmt, immer größere Bedeutung beimisst, als einer werbenden Behauptung von Dritten.

Zusammenfassung

Die aktuelle Musterberufsordnung enthält eine Vielzahl von Normen, die die Möglichkeiten der ärztlichen Werbung mittelbar oder unmittelbar betreffen. Zu konstatieren ist, dass die ärztliche Berufsordnung in ihrem derzeitigen Reformstand das ärztliche Werbeverhalten nicht mehr grundsätzlich untersagt. Vielmehr wird darauf abgehoben, ob die Werbung berufswidrig ist. Auch stehen Ärzte durchaus die Möglichkeit offen, sich in Verzeichnisse eintragen zu lassen. Die Empfehlung beispielsweise eines medizinischen Dienstleisters und die Namensgebung sind nicht grundsätzlich untersagt, sondern müssen sich an der Intention des ärztlichen Werberechtes, also der Vermeidung einer Kommerzialisierung des ärztlichen Berufstandes und der Bewahrung der Gesundheit der Patienten messen lassen.

Da die zentrale Norm des ärztlichen Berufsrechtes im Zusammenhang mit der Werbung nunmehr als ausfüllungsbedürftige Generalklausel dargestellt ist, steht zu erwarten, dass das ärztliche Werberecht auch in Zukunft einem steten Wandel, der wohl auch eine gewisse weitere Liberalisierung mit sich bringen wird, unterliegt.

Die komplette Musterberufsordnung findet man im Internet auf den Seiten der Bundesärztekammer unter www.baek.de

Artikel bei BDC|Online unter www.bdc.de, Rubrik Recht

Autoren

Rechtsanwalt Peter Hüttl



Fachanwalt Arbeitsrecht,
Fachanwalt Medizinrecht
Kanzlei Dr. jur. Jörg Heberer
& Kollegen
Paul-Hösch-Straße 25a,
81243 München
E-Mail: dr.heberer@arztrechtskanzlei.de
E-Mail: peter.huettl@arztrechtskanzlei.de

Personalia

Prof. Alexander Beck ist seit dem 1. November 2007 Chefarzt der Abteilung Orthopädie, Unfall- und Wiederherstellungschirurgie des Juliusspitals in Würzburg. Außerdem leitet er den Notfalloperationskurs in Ulm. Beck war zuvor an der Universitätsklinik in Ulm tätig.

Dr. Hans Jürgen Hain ist neuer Chefarzt der Allgemeinchirurgischen Klinik des Kreiskrankenhauses Groß-Umstadt. Zuletzt hat Hain als Oberarzt an den Dr.-Horst-Schmidt-Kliniken in Wiesbaden gearbeitet.

Dr. Matthias Lang hat bei den Welttitelkämpfen der Mediziner in Tschechien in der Seniorenklasse Gold und Bronze gewonnen. Gold erhielt er im Straßenrennen über 80 Kilometer, Bronze in der Disziplin Mountainbike.

Dr. Thomas Pausch ist seit dem 1. November 2007 neuer Chefchirurg am Krankenhaus in Mainburg im Bereich der Unfallchirurgie und Orthopädie.

Dr. Rolf Schaarschmidt ist neuer Chefarzt der Chirurgischen Klinik am Klinikum Obergöltzsch in Rodewisch im Vogtland.

Dr. Ulf Warning ist seit dem 1. Oktober 2007 neuer Chirurgenarzt in der chirurgischen Abteilung des Krankenhauses Bad Doberan

Der Berufsverband der Deutschen Chirurgen gratuliert seinen Mitgliedern zu den Auszeichnungen und Ernennungen.

Prof. Dr. med. Michael-Jürgen Polonius
Präsident

¹ Lippert, H.-D. in: Ratzel, R.; Lippert H.-D.: Kommentar zur Musterberufsordnung der Deutschen Ärzte (MBO), § 34 Rdnr. 9, S. 397

² Lippert, H.-D.: a.a.O.