



HWG-Reform – Relevante Änderungen für die zahnärztliche Werbung UND kein Abschied von der Zahnarztfrau

Im Rahmen des im Herbst 2012 in Kraft getretenen Zweiten Gesetzes zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften (16. AMG-Novelle), wurden auch zahlreiche Vorschriften des Heilmittelwerbegesetzes (HWG) geändert. Wir wollen hier die aus unserer Sicht wesentlichsten Änderungen, die für die zahnärztliche Werbung relevant sind, näher besprechen. Des Weiteren gilt es mit einem sich in diesem Zusammenhang verbreitenden Irrtum aufzuräumen, nämlich, dass man mit der Änderung des HWG Abschied nehmen müsse von der Zahnarztfrau:

Katri H. Lyck, Sandra Keller



Katri H. Lyck

/// ÄNDERUNGEN HWG

Zur Erinnerung vorab: Das HWG findet nur Anwendung, wenn es um sog. Produktwerbung, also bspw. die Anpreisung bestimmter Behandlungsmethoden, geht; nicht einschlägig ist das HWG bei der bloßen sog. Unternehmenswerbung, bei der die Imagepflege und die Darstellung der Zahnarztpraxis im Vordergrund stehen.

Im Kern betrifft die HWG-Reform den § 11 HWG, der Verbote für die Heilmittelwerbung außerhalb von Fachkreisen regelt, die sog. Publikumswerbung. Im Einzelnen:

/// WEGFALL VON VERBOTSTATBESTÄNDEN

Die folgenden bisher geltenden Verbote entfallen gänzlich:

- Das bisher in § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 HWG a.F. enthaltene Verbot mit Gutachten, Zeugnissen, wissenschaftlichen oder fachlichen Veröffentlichungen sowie mit Hinweisen darauf zu werben, entfällt. Demnach ist es künftig grundsätzlich erlaubt, die genannten Veröffentlichungen für Werbemaßnahmen zu verwenden. Dabei werden die formalen Vorgaben des § 6 HWG zu berücksichtigen sein, die sicherstellen sollen, dass nur solche Veröffentlichungen Verwendung finden, die von wissenschaftlich oder fachlich berufenen Personen stammen und bei denen der Adressat die Herkunft der Veröffentlichung feststellen kann.
- Das bisher in § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 HWG a.F. enthaltene Verbot der Abbildung in Berufskleidung oder

bei Ausübung der Berufstätigkeit von Angehörigen der Heilberufe ist nunmehr gänzlich aufgehoben worden. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH, Urteil vom 01.03.2007, Az.: I ZR 51/04) hatte im Zusammenhang mit Krankenhauswerbung bereits zu einer Lockerung des Verbots in § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 HWG a.F. geführt. In dem Urteil hatte der BGH entschieden, dass die bloße Darstellung von Personen in Berufsbekleidung nicht zu einem Verstoß führe. Die Werbung müsse vielmehr geeignet sein, „das Laienpublikum unsachlich zu beeinflussen und dadurch zumindest eine mittelbare Gesundheitsgefährdung zu bewirken“. Es ist daher also beispielsweise möglich, für bestimmte Behandlungsmethoden zu werben und dabei eben den Zahnarzt in Berufsbekleidung zu zeigen. Davon streng zu trennen ist die sog. Fremdwerbung, d.h. eine Werbung, in der eine Person in Berufsbekleidung beispielsweise für eine Zahnpasta eines fremden Unternehmens wirbt. Hier ist der Rückgriff auf die Zahnarztfrau nach wie vor erforderlich (dazu sogleich).

- Das Verbot der Werbung mit fremd- und fachsprachlichen Bezeichnungen in § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 HWG a.F. wurde gestrichen.
- Aufgehoben wurde ferner das in § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 10 HWG a.F. enthaltene Verbot zur Verleitung zu einer falschen Selbstdiagnose.

/// MODIFIKATION VON VERBOTSTATBESTÄNDEN

Eine Modifikation haben die folgenden Verbotstatbestände erfahren:

1. Das Verbot der fachlichen Empfehlung in § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 HWG a.F. wurde dahingehend modifiziert, dass „mit Angaben oder Darstellungen, die sich auf

eine Empfehlung von Wissenschaftlern, von im Gesundheitswesen tätigen Personen, [...] oder anderen Personen, die auf Grund ihrer Bekanntheit zum Arzneimittelverbrauch anregen können, beziehen", nicht geworben werden darf.

2. Die Verbote in § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, 5 und 11 HWG a.F. wurden in ähnlicher Weise modifiziert:

- Nach § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 HWG a.F. wurde das **Verbot der Wiedergabe von Krankengeschichten sowie mit Hinweisen hierauf** gelockert. Eine solche Werbung ist erlaubt, wenn diese nicht „in missbräuchlicher, abstoßender oder irreführender Weise erfolgt oder durch eine ausführliche Beschreibung oder Darstellung zu einer falschen Selbstdiagnose verleiten kann“.
- Das **Verbot bestimmter bildlicher Darstellungen** des § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 5a, b und c HWG wurde gelockert und in einen Verbotstatbestand zusammengefasst. Eine „bildliche Darstellung, die Veränderungen des menschlichen Körpers aufgrund von Krankheiten oder Schädigungen oder die Wirkung eines Arzneimittels im menschlichen Körper oder in Körperteilen

verwendet“ ist nur noch dann verboten, wenn sie „in missbräuchlicher, abstoßender oder irreführender Weise“ geschieht. Dies hatte die Rechtsprechung in Bezug auf Arzneimittel zu § 11 Abs. 1 Nr. 5 a HWG a.F. bereits ebenfalls so richtlinienkonform einschränkend ausgelegt (OLG Hamburg, Urteil vom 10.04.2008, Az.: 3 U 182/07). Für die Praxis bedeutet das, dass nach dieser Maßgabe nun ausdrücklich mit Vorher-Nachher-Bildern geworben werden darf. Ausgenommen hiervon sind allerdings operative plastisch-chirurgische Eingriffe, für die § 11 Abs. 1 S. 3 HWG gilt.

- Schließlich wurde das **Verbot der Werbung mit Äußerungen Dritter** wie folgt modifiziert: Eine solche ist nach § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 11 HWG nur noch dann verboten, wenn sie „in missbräuchlicher, abstoßender oder irreführender Weise“ erfolgt. In diese Richtung hatte der BGH bereits auch schon den § 11 Abs. 1 Nr. 11 HWG a.F. gemeinschaftsrechtskonform einschränkend ausgelegt (BGH, Urteil vom 20. 11. 2008, Az.: I ZR 94/02).

Bei der Auslegung, was unter einer Werbung zu verstehen ist, die „in missbräuchlicher, abstoßender oder irre-

Anzeige

Wir machen Occlusion sichtbar®. Seit 60 Jahren.

Seit 1953 stellen wir Artikulations- und Occlusions-Prüfmittel her, mit dem Ziel, eine möglichst naturgetreue Darstellung der Occlusionsverhältnisse zu erreichen. Durch konsequente Weiterentwicklung und Innovation bieten wir ein umfassendes Sortiment von verschiedenen Artikulationspapieren und Occlusionsprüffolien in unterschiedlichen Stärken, Formen und Farben an. Die sichtbare Markierung, auch auf schwierig zu prüfenden Oberflächen wie Keramik oder Gold, hat für uns oberste Priorität.



Dr. Jean Bausch GmbH & Co. KG • Oskar-Schindler-Str. 4 • D-50769 Köln • Telefon: 0221-70936-0 • info@bauschdental.de • www.bauschdental.de



führender Weise“ erfolgt, kann folgende Entscheidung helfen: Der Europäische Gerichtshof (EuGH, Urteil vom 08.11.2007, Az.: C-374/05, „Gintec“) hatte dies in Bezug auf eine Werbung für Arzneimittel angenommen, „wenn die heilenden Wirkungen dieser Arzneimittel übertrieben dargestellt würden, so dass zu ihrem Verbrauch angeregt werden könnte, oder so, dass Angst vor den Folgen ihrer Nichtanwendung geweckt wird, oder auch, wenn ihnen Merkmale zugesprochen würden, die sie nicht besitzen, und der Verbraucher dadurch in Bezug auf ihre Wirkweise und ihre therapeutischen Wirkungen in die Irre geführt würde.“ In welchen Fällen eine Beschreibung oder Darstellung allerdings zur Selbstdiagnose verleiten kann, ist erst noch von der Rechtsprechung zu klären.

3. Das Verbot, mit Angstgefühlen zu werben in § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 HWG a.F., wurde dahingehend geändert, dass nur noch Werbeaussagen verboten sind, „die nahelegen, dass die Gesundheit durch die Nichtverwendung des Arzneimittels beeinträchtigt oder durch die Verwendung verbessert werden könnte“.

4. Das Verbot der Werbung mit Preisausschreiben, Verlosungen oder anderen Verfahren, deren Ergebnis vom Zufall abhängig ist, gilt künftig nach § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 13 HWG a.F. nur noch dann, wenn die Werbung einer unzumutbaren oder übermäßigen Verwendung von Arzneimitteln Vorschub leisten kann.

5. Schließlich wurde das Verbot der Werbung mit Mustern oder Proben und Gutscheinen für Arzneimittel durch die Abgabe von Arzneimitteln in § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 14 selbst verschärft.

/// KEIN ABSCHIED VON DER ZAHNARZTFRAU

Wie oben bereits erwähnt, werden wir uns nicht von der Zahnarztfrau verabschieden müssen. Von einer Fremdwerbung in Berufsbekleidung ist unabhängig von den Änderungen des HWG nämlich nach wie vor dringend abzuraten. Dies basiert auf der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) zu berufswidriger Werbung. So hat das BVerfG zuletzt im Juni 2011 (BVerfG, Beschluss vom 1.6.2011, 1 BvR 233/10) folgendes entschieden: Im konkreten Fall wurde einem Zahnarzt Werbung für den Hersteller eines Tomographen vorgeworfen. Der Zahnarzt trug vor, dass nicht zu erwarten sei, dass Patienten vom Hersteller ein solches Gerät erwerben wollen würden, weshalb der Schutzbereich der unzulässigen Fremdwerbung nicht eröffnet sei. Dieser Argumentation folgte das BVerfG nicht. Vielmehr stellte es auf die herausragende Bedeutung des Vertrauensschutzes der Patienten ab und untersagte jegliche Art von Fremdwerbung, unabhängig davon wie lebensfremd der Erwerb eines Tomographen durch einen Patienten sei. Der Senat begründete seine Entscheidung wie folgt:

„Nicht zu beanstanden ist allerdings, dass die Berufsgenossenschaft die Erwähnung der Herstellerfirma des Tomo-

graphen als berufswidrig eingestuft haben. Eine solche Einschränkung des Werbeverhaltens ist gerechtfertigt, denn Fremdwerbung vermittelt den Anschein, der Zahnarzt werbe für die andere Firma, weil er hiervon finanzielle Vorteile habe. Auf diese Weise kann der Eindruck erweckt werden, die Gesundheitsinteressen der Patienten seien für den Arzt nur von zweitrangiger Bedeutung, was auch geeignet ist, langfristig das Vertrauen in den Arztberuf zu untergraben [...]. Der Einwand des Beschwerdeführers, die Unterstellung, er wolle Fremdwerbung betreiben, sei lebensfremd, weil sich Patienten keine solche Apparatur anschaffen würden, erlaubt keine andere Bewertung. Zum einen genügt bereits der „böse Schein“, um Zweifel an der ärztlichen Integrität zu wecken. Zum anderen ist zumindest im Hinblick auf andere Zahnärzte, die die Werbung in Augenschein nehmen, ein Werbeeinfluss denkbar, der von Arzt und Hersteller durchaus einkalkuliert sein kann.“

/// FAZIT

Im Ergebnis bringt die HWG-Reform gar nicht so viel Neues, da sie zum großen Teil die von der Rechtsprechung bereits implementierten Vorgaben festschreibt. Der werbende Zahnarzt muss sich immer wieder vor Augen führen, dass sich seine Werbung neben den spezifischen HWG-Vorschriften an dem allgemeinen Irreführungsverbot nach § 3 HWG, an den berufsrechtlichen Vorgaben sowie an dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) messen lassen muss. Außerdem verbleiben einige Auslegungsfragen, die bis zur letztlichen Klärung durch die Rechtsprechung, weiterhin Unsicherheiten für den Rechtsanwender mit sich bringen werden. Letztlich ist dem werbenden Zahnarzt zu empfehlen, in der Regel bei einem guten Geschmack zu bleiben und sich vor dem Alleingang von außergewöhnlichen Werbemethoden den Rat eines im Gesundheitsmarkt erfahrenen und spezialisierten Rechtsanwaltes einzuholen. Somit umgeht man eine rechtswidrige Werbung und die daraus folgenden Unannehmlichkeiten!

AUTOREN

Katri Helena Lyck
Rechtsanwältin und Fachanwältin für Medizinrecht,
zertifizierte Mediatorin
Sandra Keller, Rechtsanwältin

KONTAKT

**LYCK &
PÄTZOLD.**

medizinanwälte

Lyck&Pätzold Medizinanwälte
Nehringstr. 2
61352 Bad Homburg
Telefon: 06172/13 99 60
Telefax: 06172/13 99 66
E-Mail: kanzlei@medizinanwaelte.de
Internet: www.praxisvertraege.net