



Ralph Schäfer



Astrid Tomczak

2 Richtig werben, aber wie? – Update zum Heilmittelwerberecht (Teil II)

Interview mit A. Tomczak und R. Schäfer, München

Im zweiten Teil unserer Mini-Serie zum Heilmittelwerberecht befassen wir uns mit Werbeaussagen, die die spezielle Qualität eines Produkts, einer Behandlung oder eines Behandlers hervorheben sollen. Medizinconsultant Astrid Tomczak LL.M. (Pharmarecht) und Rechtsanwalt Ralph Schäfer werden dabei auch einige besondere Werbeformen auf ihre Zulässigkeit hin bewerten.

Ästhetische Dermatologie:

“Not macht erfinderisch”, heißt es ja oft. Inwiefern zeigt sich das im Markt für Ästhetische Medizin?

R. Schäfer:

Der Druck oder die “Not”, sich vom Wettbewerb abzuheben ist tatsächlich sehr stark. Viele Anbieter “trommeln” daher besonders laut, um auf ihr Angebot aufmerksam zu machen.

Ein Beispiel hierfür ist die Werbung über Plattformen wie “Groupon” oder “Daily Deal”. Dabei verkauft der Behandler medizinische Behandlungen wie z.B. Hyaluronsäureunterspritzungen oder Fadenliftings in Form von Gutscheinen an Endverbraucher. Die Zahl der Gutscheine ist begrenzt, der Preis weit unter dem üblichen Marktpreis. Da die Plattformen gut im Internet platziert sind, werden häufig in kürzester Zeit 200 bis 300 Behandlungen umgesetzt. Auf den ersten Blick kann dies also eine attraktive Werbeform sein. Dazu hat der Bundesgerichtshof (BGH) festgestellt, dass eine Werbung dieser Art nicht grundsätzlich rechtswidrig ist (Urt. v. 21.5.2015 –I ZR 183/13). Im Einzelfall sei aber dann zu überprüfen, ob für den Arzt aufgrund der Vereinbarung mit der Plattform das Patientenwohl oder sein eigenes wirtschaftliches Interesse im Vordergrund stehe.

Sollte die Werbung Arztleistungen in übertriebener Art anpreisen, z.B. sehr billig, kann dies außerdem berufsrechtswidrig sein. Auch eine reklamehafte Darstellung stark preisreduzierter Selbstzahlerleistungen drängt den potentiellen Kunden evtl. zum Vertragsabschluss. Dies sei mit der ärztlichen Berufsordnung grundsätzlich nicht vereinbar (LG Hamburg, Urt. v. 12.1.2012 327 O 443/11, LG Köln, Urt. v. 21.6.2012 31 O 767/11). Letztlich muss also, wie immer, der Einzelfall betrachtet werden.

A. Tomczak:

Nicht nur minimal-invasive Behandlungen werden immer aggressiver beworben. Wir sehen diese Entwicklung auch im Bereich der sogenannten Schönheitsoperationen. Zuletzt war ein Radiogewinnspiel, welches eine Schönheitsoperation verlost, Gegenstand einer gerichtlichen Entscheidung. Unter dem Motto “Arno zahlt Deine Schönheits-OP” wurden Hörerinnen aufgefordert, Bilder ihrer Problemzone an den Radiosender zu schicken. Sobald der Name der Hörerin genannt wurde, sollte sich diese beim Sender telefonisch melden, um die Schönheits-OP zu gewinnen.

Das Kammergericht Berlin (Beschl. v. 22.5.2017 5 W 94/17) sah in dieser Art der Werbung einen Verstoß gegen das Heilmittelwerberecht (§ 7 HWG “Zuwendungsverbot”). Das sogenannte Zuwendungsverbot untersagt es, unentgeltliche Werbegaben anzubieten, anzukündigen oder zu

gewähren, wenn diese zumindest die abstrakte Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung des Werbeadressaten begründen. Dieser Fall liegt hier mit dem möglichen Gewinn einer – normalerweise mehrere tausend Euro teuren – kostenlosen Schönheits-OP vor. In seiner Urteilsbegründung führt das Gericht u.a. aus, dass „... der Reiz der Teilnahme an einem Gewinnspiel, kombiniert mit der Aufgabe ein bestimmtes Radioprogramm zu verfolgen und bei Nennung des eigenen Namens schnell zu reagieren, noch durch den entgegen aller Wahrscheinlichkeit eingetretenen Glücksfall, Gewinner zu sein, gesteigert wird. Dies birgt die Gefahr unüberlegter Entscheidungen, deren Risiken für die Gesundheit vorab nicht durchdacht worden sind. In der emotionalen Ausnahmesituation nach einem Gewinn steht zu befürchten, dass die Risiken, die die Operation mit sich bringt, nicht mehr beachtet werden.“

Gleiches gilt übrigens für Verlosungen dieser Art über das Internet. Da Radiosender und Schönheitschirurg diese Werbemaßnahme offenbar gemeinsam abgesprochen haben, haftet der Sender als Mittäter.

Ästhetische Dermatologie:

Welche anderen Aspekte sind aus Ihrer Erfahrung bei der Werbung für medizinisch-ästhetische Behandlungen noch zu beachten, Herr Schäfer?

R. Schäfer:

Ein wichtiger Punkt ist eine erhöhte Achtsamkeit beim Zitieren wissenschaftlicher Daten zu Methoden oder Geräten. Medizinisch-ästhetische Behandlungen verfolgen kosmetische Verbesserungen des äußeren Erscheinungsbildes der Patienten. Sie sind medizinisch in der Regel nicht notwendig. Daher besteht oft die irrierte Auffassung, dass der Grad wissenschaftlicher Evidenz klinischer Daten geringer sei als in der „echten“ Medizin. Dies ist jedoch gerade nicht der Fall. Möchte man sich in seinen Werbeausagen auf wissenschaftliche Daten stützen, gilt nach wie vor, dass in der Regel nur randomisierte, placebokontrollierte Doppelblindstudien als ausreichender Nachweis anerkannt werden. Alle anderen Arten von Untersuchungen, die als wissenschaftliche Belege angeführt werden, können

irreführend und damit verboten sein. Dies wurde zuletzt auch in Urteilen des Oberlandesgerichts München und des LG Ravensburg über Werbungen zur Kryolipolyse-Werbung bestätigt (OLG München, Urt. v. 14.1.2016 – 29 U 2609/15, LG Ravensburg, Urt. v. 10.7.2014 – 8 O 36/14 KfH).

A. Tomczak:

Um sich vom Wettbewerb zu differenzieren, wird werblich gerne eine CE-Zertifizierung, FDA-Zulassung oder ein Patent herausgestellt. Auch dieses Vorgehen kann zu Abmahnungen führen. Hierzu gibt es aktuell zwei Gerichtsentscheidungen aus 2017. Das KG Berlin stellte in seinem Urteil 5 U 196/16 - v. 02.06.2017, Rn. 4, fest, dass „... eine für die zur Behandlung genutzten Geräte erteilte CE-Kennzeichnung den wissenschaftlichen Nachweis der Wirksamkeit der Therapiemethode nicht ersetzen kann, da es sich bei dem Kennzeichen lediglich um den Nachweis einer Verkehrsfähigkeit des Produktes gem. § 6 MPG handelt. Vergleichbares gilt für das für die Geräte erteilte Patent. Auch aus einer Zulassung der Geräte durch die FDA kann kein Rückschluss darauf gezogen werden, dass die in Aussicht gestellte Wirksamkeit der Behandlungsmethode wissenschaftlich nachgewiesen ist.“ Das Verfahren bezog sich, wie auch im zur gleichen Sache ergangenen Urteil des LG Hannover (Az. 21 O 33/16 - v. 02.06.2017), auf die sogenannte „CoolSculpting-Methode“.

Ästhetische Dermatologie:

Sehr geehrte Frau Tomczak, sehr geehrter Herr Schäfer, wir bedanken uns für das Interview und freuen uns auf unser nächstes Gespräch zum Thema „Abmahnung – wer kann mich abmahnen und was ist in diesem Fall zu tun?“ ■

Das Interview führte S. Höppner.