

Fotos im weißen Kittel erlaubt

BGH-Entscheidung führt zur Lockerung des ursprünglichen Abbildungsverbotes

Darf sich ein Apotheker im weißen Kittel ablichten lassen und damit werben, beispielsweise in einer Imageanzeige für seine Apotheke? Diese Frage war bisher mit Nein zu beantworten. Eine gewisse Erleichterung brachte hier eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs. Vorsicht ist allerdings bei Fotos geboten, auf denen der Apotheker im weißen Kittel Produktempfehlungen abgibt.

Das Heilmittelwerbe-gesetz (HWG) zählt zu einem der wichtigsten Gesetze, die ein Apotheker zu beachten hat, wenn er Werbung betreibt (siehe auch „Heilmittelwerberecht – Verbraucherschutz durch reglementierte Werbung“ in Mitteilungen der Apothekerkammer Niedersachsen, Nr. 5/2009, Seite 162). Bei jeder Werbemaßnahme ist zunächst zu prüfen, ob das Heilmittelwerbe-gesetz überhaupt anwendbar ist. Der Anwendungsbereich ergibt sich aus § 1 HWG. Danach unterfällt die Werbung für Arzneimittel und Medizinprodukte den Beschränkungen des HWG. Aber auch andere Mittel (ausgenommen Lebensmittel), Verfahren, Behandlungen oder Gegenstände müssen sich an den Bestimmungen des HWG messen lassen, sofern die Werbeaussagen krankheits-

bezogen sind. Umfangreich, zugleich aber auch für den Nichtjuristen gut lesbar, ist der Katalog des § 11 HWG, der eine Reihe von Werbeformen verbietet, die im Einzelhandel üblich sein mögen, im Gesundheitsbereich aber unerwünscht und daher verboten sind.

Eine der Vorschriften lautet:

„Außerhalb der Fachkreise darf für Arzneimittel, Verfahren, Behandlungen, Gegenstände oder andere Mittel nicht geworben werden mit der bildlichen Darstellung von Personen in der Berufskleidung oder bei der Ausübung der Tätigkeit von Angehörigen der Heilberufe, des Heilgewerbes oder des Arzneimittelhandels.“ (§ 11 Abs. 1 Nr. 4 HWG)

Der Gesetzgeber vertrat – ausgehend von einem noch etwas anderen Verbraucherleitbild als heute – die Auffassung, mit derartigen Abbildungen werde in suggestiver Form eine fachliche Autorität in Anspruch genommen. Der Leser werde, so meinte man, in die Abbildung eine fachliche, möglicherweise unzutreffende Empfehlung hineininterpretieren. Dazu war die Vorschrift, wie alle Vorschriften des Verbotskataloges, als abstrakter Gefahrentatbestand ausgelegt. Das bedeutet, dass derjenige, der gegen diese Vorschrift verstieß, zugleich wettbewerbswidrig handelte, ohne dass jeweils geprüft werden musste, ob sich die Gefährdung im Einzelfall tatsächlich verwirklicht hatte. Die Vorschrift führte zu einigen kuriosen Fallgestaltungen. So ließ sich z. B. ein Zahnarzt im schwarzen Anzug neben seinem Behandlungsstuhl abbilden. Oder im Rahmen eines Abmahnverfahrens wurde gegenüber der Wettbewerbszentrale argumentiert, es handle sich nicht um weiße Berufskleidung, sondern um ein „ganz normales“ weißes T-Shirt.

Eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs bringt hier eine gewisse Erleichterung (Urteil vom 01.03.2007, Az. I ZR 51/04 – Krankenhauswerbung). Der Entscheidung lag der folgende Sachverhalt zugrunde:

Ein Krankenhaus gab eine Informationsschrift heraus, in der Ärzte in der typischen weißen Berufskleidung, zum Teil auch bei der Ausübung von ärztlichen Tätigkeiten, abgebildet waren. Entsprechende Darstellungen enthielt auch der Internetauftritt des Klinikums. Die Kläger hatten die Werbung im Hinblick auf die Vorschrift des § 11 Abs. 1 Nr. 4 HWG als wettbewerbswidrig beanstandet. Der Bundesgerichtshof sah dies anders. Er vertrat die Auffassung, dass man hier nicht wie früher quasi automatisch einen Wettbewerbsverstoß annehmen könne. Vielmehr müsse man die Vorschrift im Hinblick auf das Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit einschränkend auslegen. Die Richter verwiesen die Sache an das Berufungsgericht zurück und gaben diesem mit auf den Weg: Es müsse prüfen, ob der Verbraucher unsachlich beeinflusst und dadurch zumindest eine mittelbare Gesundheitsgefährdung bewirkt werde.

Die Entscheidung hat weitreichende Folgen für den werbenden Apotheker. Nimmt man den typischen Fall an – ein Apotheker lässt sich hinter seiner Ladentheke im weißen Kittel abbilden – so wird dies angesichts der Entscheidung des Bundesgerichtshof nicht mehr zu beanstanden sein. Denn in diesen Fällen wird man dem Apotheker kaum vorwerfen können, er beeinflusse den Verbraucher unsachlich und gefährde damit zumindest mittelbar die Gesundheit des Verbrauchers. Es sind wenig Fälle vorstellbar, in denen diese Punkte zutreffen dürften.

Vorsicht bei Produktempfehlung

Vorsicht ist allerdings geboten bei offensiver Empfehlung von bestimmten

Produkten. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs muss nämlich das HWG europarechtskonform ausgelegt werden. Die Humanarzneimittelrichtlinie 2001/83/EG, die allerdings – wie ihr Name bereits besagt – nur für die Werbung für Arzneimittel gilt, sieht vor, dass Öffentlichkeitswerbung für Arzneimittel keine Elemente enthalten darf, die sich auf eine Empfehlung von Wissenschaftlern beziehen. In der wettbewerbsrechtlichen Literatur gibt es Stimmen, die in der bildlichen Darstellung von Personen der Heilberufe sozusagen eine visuelle Empfehlung von Wissenschaftlern sehen. Entscheidungen hierzu gibt es allerdings noch nicht. Das Foto mit dem Apotheker im Kittel ist daher erlaubt, hielt der Apotheker deutlich sichtbar die Produktpackung des Medikamentes XY in die Kamera, könnte dies auch weiterhin als „wissenschaftliche Empfehlung“ unzulässig sein. Festzuhalten ist aber, dass die Entscheidung des BGH zu einer erheblichen Lockerung des ursprünglichen Abbildungsverbotes geführt hat.

Damit stellt sich die Frage, ob die Erwägungen des BGH auch auf die anderen Bestimmungen des Verbotskatalogs anwendbar sind. Ist also etwa bei dem Verbot der Wiedergabe von Krankengeschichten (§ 11 Abs. 1 Nr. 3 HWG) zu prüfen, ob diese im Einzelfall den Leser unsachlich beeinflussen und damit zu einer mittelbaren Gesundheitsgefährdung führen? Wann liegt eine unsachliche Beeinflussung vor? Und wann ist eine mittelbare Gesundheitsgefährdung zu bejahen? Vermutlich wird der Bundesgerichtshof auch diese Vorschriften einschränkend (sprich: für den Werbenden weniger restriktiv) auslegen. Wer allerdings auf der sicheren Seite sein will, sollte sich strikt an die übrigen Vorgaben des Verbotskatalogs halten solange es keine Änderung der Rechtsprechung oder des Heilmittelwerbe-gesetzes selbst gibt. ■

Rechtsanwältin Christiane Köber,
Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V., Landgrafenstr. 24 B,
61348 Bad Homburg v.d.H.,
E-Mail: koeber@wettbewerbszentrale.de,
Internet www.wettbewerbszentrale.de

