
Ethikforum der Ethikkommission am Bethesda

Werbung im Gesundheitsbereich - Rechtliche Rahmenbedingungen

Dr. iur. Mirjam Olah, Anwältin

walderwyss rechtsanwälte

Ablauf

- Begriff der Werbung
- Grundsatz und Schranken der Werbefreiheit
- Überblick über die allgemeinen Rahmenbedingungen
- Einschränkungen gemäss UWG im Besonderen
- Überblick über die branchen- und produktspezifischen Rahmenbedingungen
- Ausgewählte Leistungserbringer im Besonderen
- Fallbeispiele

Ablauf

Begriff der Werbung

Grundsatz und Schranken der Werbefreiheit

Überblick über die allgemeinen Rahmenbedingungen

Einschränkungen gemäss UWG im Besonderen

Überblick über die branchen- und produktspezifischen
Rahmenbedingungen

Ausgewählte Leistungserbringer im Besonderen

Fallbeispiele

Begriff der Werbung

Definition der Werbung in der Rechtsprechung:

«Werbung und Anpreisung sind Handlungen, die begriffsnotwendig **nicht durch Unterlassen** begangen werden können. Die Werbung ist vielmehr eine **Tätigkeit**, die dazu bestimmt ist, **bei den Angesprochenen einen Mangel an Bereitschaft zu überwinden**. Dabei kommt es darauf an, **Vertrauen zu erwecken** und gleichzeitig zu „**imponieren**“, um den Umworbenen **zu einem bestimmten Verhalten zu bewegen**. Bei der Werbung handelt es sich keineswegs nur um ein Bekanntmachen im Sinne einer Mitteilung, vielmehr kommt noch eine **willensbeeinflussende Mitwirkung des Werbenden** hinzu.»

⇒ «Alle Massnahmen, die darauf abzielen, den Adressaten zu einem bestimmten Denken, Verhalten oder Handeln zu veranlassen.»

⇒ **Spannungsverhältnis** zwischen Ermöglichen einer marktgerechten Auswahl des «optimalen» Leistungserbringers und Konsumentenschutz in einem besonders sensiblen Bereich.

Grundsatz und Schranken der Werbefreiheit

- Der Grundsatz der Werbefreiheit bildet einen Teilgehalt der **Wirtschaftsfreiheit** gemäss Art. 27 BV.
- Als Grundrecht kann die Werbefreiheit unter den allgemeinen Voraussetzungen nach Art. 36 BV eingeschränkt werden:
 - **öffentliches Interesse** (öff. Gesundheit/Sicherheit);
 - **gesetzliche Grundlage** (Bundesgesetz/kantonales Gesetz);
 - **Verhältnismässigkeit**;
 - Keine Einschränkung des **Kerngehalts**.

Ablauf

Begriff der Werbung

Grundsatz und Schranken der Werbefreiheit

Überblick über die allgemeinen Rahmenbedingungen

Einschränkungen gemäss UWG im Besonderen

Überblick über die branchen- und produktspezifischen
Rahmenbedingungen

Ausgewählte Leistungserbringer im Besonderen

Fallbeispiele

Überblick über die allgemeinen Rahmenbedingungen

Im Kontext der **Werbung** grundsätzlich stets zu beachten:

- Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (**UWG**);
- Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (**Kartellgesetz, KG**):
 - Unzulässige Wettbewerbsabreden i.S.v. Art. 5 KG;
 - unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen i.S.v. Art. 7 KG.
- Immaterialgüterrechte, wie z.B. Urheber- und Markenrechte (vgl. URG / MSchG);
- Persönlichkeitsschutz (vgl. Art. 27 ff. ZGB);
- Datenschutz (vgl. DSG sowie kantonale Datenschutzgesetze).

Einschränkungen gemäss UWG im Besonderen I

- Das UWG statuiert die Grundsätze, die allgemein für Anpreisungen gelten.
- Sinn und Zweck ist die Gewährleistung eines **lauteren** und **unverfälschten Wettbewerbs**.
- Allgemeine Gebot der **Wahrheit** und **Klarheit**:
 - Um dem Wahrheitsgebot zu genügen, müssen die beworbenen Tatsachen objektiv belegbar sein.
 - Es muss klar hervorgehen, welches Produkt mit welchen Eigenschaften beworben wird.
- Beurteilungsmassstab bildet die Auffassung des durchschnittlichen Konsumenten des Zielmarkts.
- Generalklausel in Art. 2 UWG untersagt jedes **täuschende** und in **anderer Weise** gegen den Grundsatz von **Treu** und **Glauben** verstossende Verhalten.
- Die Inhalte der Generalklausel werden in Art. 3 UWG konkretisiert.

Einschränkungen gemäss UWG im Besonderen II

Gemäss Art. 3 UWG handelt unlauter, wer insbesondere:

- über sich, seine **Firma**, seine **Geschäftsbezeichnung**, seine **Leistungen**, deren Preise oder über seine **Geschäftsverhältnisse unrichtige** oder **irreführende Angaben** macht oder in entsprechender Weise Dritte im Wettbewerb begünstigt (Art. 3 lit. b UWG);
- unzutreffende **Titel** oder **Berufsbezeichnungen** verwendet, die geeignet sind, den **Anschein besonderer Auszeichnungen** oder **Fähigkeiten** zu erwecken; (Art. 3 lit. c UWG);
- Massnahmen trifft, die geeignet sind, **Verwechslungen** mit den **Leistungen** oder dem **Geschäftsbetrieb** eines anderen herbeizuführen (**Verwechslungsgefahr**, Art. 3 lit. d UWG);
- sich, seine Leistungen oder deren Preise in **unrichtiger, irreführender**, unnötig herabsetzender oder **anlehnender Weise** mit **anderen**, ihren **Leistungen** oder deren Preisen **vergleicht** (**unzulässige Vergleiche**, Art. 3 lit. e UWG).

Einschränkungen gemäss UWG im Besonderen III

Potenzielle **Rechtsfolgen** eines Verstosses gegen die Bestimmungen des UWG:

- **Klage** durch betroffene Marktteilnehmer und/oder Konsumenten bzw. entsprechende Organisationen (Art. 9 f. UWG):
 - Unterlassungsanspruch;
 - Feststellungsanspruch;
 - Schadenersatz / Genugtuung / Gewinnherausgabe;
 - Veröffentlichung des Urteils («Pranger-Funktion»).
- **Strafbestimmungen** (Art. 23 ff. UWG):
 - Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren; oder
 - Geldstrafe bis CHF 100'000.-.

Exkurs: Lauterkeitskommission

- Die **Schweizerische Lauterkeitskommission (SLK)** bildet das Selbstkontrollorgan der Werbewirtschaft und hat u.a. die «**Grundsätze Lauterkeit in der kommerziellen Kommunikation**» erlassen.
- Vorliegend zwei **Grundsätze** relevant:
 - Nr. 2.4 betreffend die Einschränkung der Verwendung von Medizinalpersonal für Produkte, die mit der Gesundheit in Verbindung gebracht werden;
 - Nr. 5.7 bezüglich Werbung für quasikosmetische und -medizinische Produkte.
- Die Spruchkammer der SLK entscheidet auf Beschwerde hin über Verletzungen der von ihr statuierten Grundsätze und beurteilt insb. auch Werbung im Gesundheitsbereich => Entwicklung einer entsprechenden Praxis.
- **Sanktionsmöglichkeiten** gemäss Art. 20 Abs. 2 Geschäftsreglement:
 - Publikation des Entscheides unter voller Namensnennung («Pranger-Funktion»);
 - Empfehlung auf Ausschluss aus Fachverbänden;
 - Aufforderung an die Werbeträger, die als unlauter befundene kommerzielle Kommunikation nicht mehr aufzunehmen.

Ablauf

Begriff der Werbung

Grundsatz und Schranken der Werbefreiheit

Überblick über die allgemeinen Rahmenbedingungen

Einschränkungen gemäss UWG im Besonderen

Überblick über die branchen- und produktspezifischen
Rahmenbedingungen

Ausgewählte Leistungserbringer im Besonderen

Fallbeispiele

Überblick über die branchen- und produktspezifischen Rahmenbedingungen I

Bundesebene

- Medizinalberufegesetz (MedBG) / Gesundheitsberufegesetz (GesBG)
- Heilmittelgesetz (HMG) / Lebensmittelgesetz (LMG)
- Krankenversicherungsgesetz (KVG)

Kantonale Ebene

- Gesundheits- und Spitalgesetze

Soft Law

- Standesordnung FMH
- Medizin-ethische Richtlinien der SAMW
- Verhaltenskodex der pharmazeutischen Industrie in der Schweiz vom 4.12.2003, rev. 6.9.2013
- SWISS MEDTECH-Kodex zum ethischen Geschäftsverhalten vom 12.6.2017

=> Aufgrund der unterschiedlichen Zwecksetzungen (öffentliche Gesundheit und öffentliche Sicherheit) sind diese Bestimmungen **kumulativ** zu denjenigen des UWG anzuwenden.

Überblick über die branchen- und produktspezifischen Rahmenbedingungen II

Die **rechtliche Erfassung** der Werbung im Gesundheitsbereich erfolgt durch punktuelle teils bloss implizit anwendbare Normierungen auf:

- unterschiedlichen **Regelungsebenen**
 - Bund und Kanton
- verschiedenen **Regelungsstufen**
 - Verfassungs-, Gesetzes- und Verordnungsrecht
- im Rahmen unterschiedlicher sachlicher **Regelungsgegenstände**
 - Berufsrecht, Sozialversicherungsrecht und gesundheitsrechtliche Spezialgesetzgebung.

=> Sie weist dadurch einen **fragmentarischen Charakter** auf.

Ausgewählte Leistungserbringer im Besonderen: **Ärzteschaft I – Überblick**

Bundesrecht und Kantonales Recht

- Berufsrechtliche Vorgaben
 - MedBG;
 - kantonale GesG.
- Implizite Vorgaben in der Spezialgesetzgebung
 - HMG / LMG;
 - KVG («WZW»).

Soft Law

- Standesordnung FMH
 - Art. 20 f. StaO FMH;
 - Anhang 2 StaO FMH.
- SAMW-Richtlinien
 - Rechtliche Grundlagen im medizinischen Alltag - Ein Leitfaden für die Praxis.

Ausgewählte Leistungserbringer im Besonderen: **Ärzeschaft II – Berufsrecht (MedBG)**

- Gemäss Art. 40 lit. e MedBG machen die universitären Medizinalberufe nur Werbung, die **objektiv** ist, dem **öffentlichen Bedürfnis entspricht** und weder **irreführend** noch **aufdringlich** ist.
- Angaben zu Spezialisierung und bevorzugten Tätigkeiten sind grundsätzlich zulässig. Nicht aufdringlich im Sinne des MedBG sind normale Werbemassnahmen, wie Inserate, Plakate oder die Schaltung von Fernseh- oder Radiospots.
- **Sanktionen** bei einem Verstoss => Disziplinar-massnahmen gemäss Art. 43 Abs. 1 MedBG: Verwarnung; Verweis; Busse bis zu CHF 20'000; befristetes oder definitives Berufsausübungsverbot.

Ausgewählte Leistungserbringer im Besonderen: Ärzeschaft II – Berufsrecht (kantonale GesG)

- Nach **§ 26 Abs. 1 GesG BL** darf Werbung für medizinische und pflegerische Dienstleistungen nicht irreführend oder aufdringlich sein.
- Diese Regelung wird im Ausführungsrecht wie folgt konkretisiert:
 - § 14 GesV BL verbietet jede Ankündigung oder Werbung, die **nicht wahrheitsgetreu** oder **irreführend** ist, namentlich in Bezug auf die bewilligte und ausgeübte Tätigkeit, die absolvierte Aus- und Weiterbildung, besondere Fähigkeiten des Bewilligungsinhabers oder **zu erwartende Therapieerfolge** (Abs. 1).
 - Hinweise auf besondere Fachkenntnisse und Schwerpunkttätigkeiten sind nur zulässig, wenn besondere Kenntnisse und Fähigkeiten in diesem Fachbereich nachgewiesen werden können (Abs. 2).
 - Jede Ankündigung und Werbung muss gut erkennbar den Namen und die Berufsbezeichnung des Bewilligungsinhabers enthalten (Abs. 3).
 - Erfolgt die Ankündigung oder Werbung unter dem Namen einer Firma, einer Gemeinschaftspraxis oder dergleichen sind zusätzlich Namen und Berufsbezeichnungen gemäss Absatz 3 gut erkennbar aufzuführen (Abs. 4).
- **Sanktionen** bei einem Verstoss => Disziplinar massnahmen gemäss § 16 GesG BL analog MedBG.

Ausgewählte Leistungserbringer im Besonderen: **Ärzeschaft III – Soft Law**

Standesordnung der FMH

- Ärzte dürfen ihre fachlichen Qualifikationen sowie alle anderen für Patient und Patientin bzw. Kollege und Kollegin notwendigen Informationen in **zurückhaltender** und **unaufdringlicher** Weise bekanntgeben (**zulässige Information**; Art. 20 Abs. 1).
- Sie haben sich in ihrer ärztlichen Tätigkeit jeder **unsachlichen**, auf **unwahren Behauptungen beruhenden** oder das **Ansehen des Arztberufes beeinträchtigenden** Werbung zu enthalten (**unzulässige Werbung**, Art. 20 Abs. 2).
- Sie setzen sich dafür ein, dass nicht ein Dritter zu ihrem direkten oder indirekten Vorteil unzulässige Werbung betreibt (Art. 20 Abs. 3).
- Diese Vorgaben werden in den Richtlinien «Information und Werbung» in Anhang 2 zur Standesordnung konkretisiert.

Sanktionen bei einem Verstoss => als Disziplinar massnahmen im Sinne von Art. 47 StaO FMH können u.a. ausgesprochen werden: Verweis; Busse bis CHF 50'000.-; Suspendierung der Mitgliedschaft auf bestimmte Zeit; Ausschluss aus der Gesellschaft / FMH

Ausgewählte Leistungserbringer im Besonderen: **Ärzeschaft III – Soft Law**

Zulässige Informationen im Sinne von Art. 20 Abs. 1 StaO FMH

- Die Information gilt für das Publikum als notwendig, wenn mit ihrer Kenntnis die Auswahl des geeigneten Arztes erleichtert wird. Die Auswahl wird erleichtert mit Informationen über:
 - die fachlichen Qualifikationen;
 - den beruflichen Werdegang, das Alter, die Sprachkenntnisse;
 - die Durchführung von Hausbesuchen, die Annahme von neuen Patienten, die Sprechstundenzeiten;
 - Hinweise auf Zusammenarbeitsformen oder Zusammenarbeitspartner (z.B. Gruppenpraxis mit Ärzten und/oder anderen Medizinalpersonen, Belegarztverhältnisse, Chefarztfunktion, vertragliche Beziehungen zu einem Krankenversicherer im Rahmen von besonderen Versicherungsformen);
 - Dienstleistungsangebote (z.B. eigene Physiotherapie, Selbstdispensation, Praxis-Ops, Röntgen);
 - die Zugehörigkeit zu ärztlichen Vereinigungen.
- Die Information über die eigenen medizinischen Tätigkeitsgebiete, insbesondere auch der Hinweis auf die Spezialisierung in diagnostischen und therapeutischen Methoden ist erlaubt, soweit sie den erworbenen fachlichen Qualifikationen gemäss Weiterbildungsordnung entspricht. Die Nennung von ausländischen Facharzttiteln erfolgt unter Angabe der verleihenden Organisation.
- Firmenbezeichnungen (Institut für..., **Tagesklinik**, **Gesundheitszentrum** etc.) für nicht stationäre Einrichtungen sind - soweit sie überhaupt mit den gesetzlichen Vorschriften im Einklang stehen - nur in begründeten Fällen zugelassen, namentlich wenn ein sachlicher Zusammenhang zu den angebotenen Dienstleistungen besteht.

Ausgewählte Leistungserbringer im Besonderen: **Ärzeschaft III – Soft Law**

Unzulässige Werbung im Sinne von Art. 20 Abs. 2 StaO FMH

- **Unsachlich** ist eine Information, welche die gebotene medizinische Objektivität und Erfahrung nicht wahrt oder die nach Form oder Inhalt dem Informationsbedürfnis von Patienten bzw. Kollegen nicht entspricht.
- **Unwahr** ist eine Information, die den Tatsachen nicht entspricht.
- Die Information **beeinträchtigt** das **Ansehen des Arztberufes** insbesondere,
 - wenn sie vergleichend Bezug nimmt auf Berufsangehörige wie z.B. herabsetzende Äusserungen über Kollegen, ihre Tätigkeit und deren medizinischen Methoden;
 - wenn sie **Empfehlungen** etc. **von Patienten** einbezieht;
 - wenn sie der **Selbstanpreisung** der **eigenen Person** dient oder die eigene ärztliche Tätigkeit darstellt durch reklamehaftes Herausstellen in aufdringlicher oder marktschreierischer Weise;
 - wenn sie beim Publikum **ungerechtfertigte Erwartungen** weckt oder sonst **irreführenden** oder **täuschenden Charakter** hat;
 - wenn sie **unwürdig** oder **unseriös** ist oder die **guten Sitten** verletzt;
 - wenn sie **primär** auf einen **Werbeeffekt** abzielt.

Ausgewählte Leistungserbringer im Besonderen: Spitäler und APH

- Regelungen für die Ärzteschaft und die reglementierten Gesundheitsberufe gelten gemäss Rechtsprechung und Lehre *mutatis mutandis* auch für Spitäler und APH.
- Art. 92 GesG VS statuiert z.B. ausdrücklich, dass die Bestimmungen über die Werbung durch Berufe des Gesundheitswesens auch für die bewilligten Krankenanstalten und -institutionen gelten.
- Aufgrund von Art. 20 Abs. 3 StaO FMH haben bspw. Ärzte darauf hinzuwirken, dass nicht ein Dritter (Spital/APH) zu ihrem direkten oder indirekten Vorteil unzulässige Werbung betreibt.

Exkurs: Produktspezifische Schranken – Heilmittel

HMG

- Werbung für **rezeptfreie** Arzneimittel / Medizinprodukte => gemäss Art. 31 Abs. 1 HMG **grundsätzlich zulässig**.
- **ABER:** unzulässig ist nach Art. 32 Abs. 1 HMG insbesondere Werbung, die irreführend ist oder der öffentlichen Ordnung und den guten Sitten widerspricht; die zu einem **übermässigen, missbräuchlichen** oder **unzweckmässigen Einsatz von Arzneimitteln verleiten kann**; für Arzneimittel, die in der Schweiz nicht in Verkehr gebracht werden dürfen.
- Werbung für **rezeptpflichtige** Arzneimittel / Medizinprodukte:
 - Publikumswerbung unzulässig (Art. 32 Abs. 2 lit a HMG);
 - Fachwerbung grundsätzlich zulässig (Art. 31 Abs. 1 lit. b HMG).

KVG

- Gemäss Art. 65 Abs. 2 und Art. 68 Abs. 1 lit. d KVV werden Arzneimittel nicht in die SL aufgenommen bzw. gestrichen, für die direkt oder indirekt Publikumswerbung betrieben wird.

Soft Law

- Verhaltenskodex der pharmazeutischen Industrie in der Schweiz vom 4.12.2003, rev. 6.9.2013;
- SWISS MEDTECH-Kodex zum ethischen Geschäftsverhalten vom 12.6.2017;
- Richtlinien der SAMW.

Ablauf

Begriff der Werbung

Grundsatz und Schranken der Werbefreiheit

Überblick über die allgemeinen Rahmenbedingungen

Einschränkungen gemäss UWG im Besonderen

Überblick über die branchen- und produktspezifischen
Rahmenbedingungen

Ausgewählte Leistungserbringer im Besonderen

Fallbeispiele

Fallbeispiele Schweiz

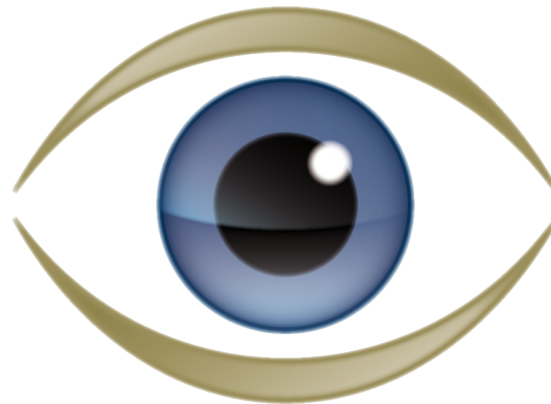
- Die Werbung einer Klinik, die sich zur Bekämpfung des Alters angepriesen hat, ist unlauter, da die Wahrheit dieser Aussage nicht belegt werden konnte (SLK-Entscheid, 1998).
- Ärzte können aus der Wirtschaftsfreiheit kein Recht auf rein kommerzielle Werbung ableiten; die Kantone sind berechtigt, die Werbung durch Ärzte einzuschränken. Diese Einschränkungen gelten sinngemäss auch für die ärztliche Leistungen erbringenden Spitäler (BGE 123 I 201 [=Pra 87, Nr. 18]).
- Animiert ein Arzt mit seinem Geschäftsgebaren (24/7-Verfügbarkeit) seine Patienten, jederzeit bei ihm Leistungen einzufordern und rechnet er diese stets als Notfall ab, verletzt er den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit. Die Kostenfolgen einer daraus entstehenden Überbetreuung hat in der Folge nicht das Kollektiv der prämienzahlenden Krankenversicherten zu tragen (Urteil Schiedsgericht in Sozialversicherungsstreitigkeiten des Kantons Bern vom 10.6.2018).

Fallbeispiele Deutschland I

- **Keine berufswidrige Werbung** durch Teilnahme an einer Fernsehsendung; dem Arzt wurde die mangelnde Sachlichkeit des Fernsehbeitrages (RTL-Sendung Explosiv zum Thema «Fettabsaugung auf Mallorca: Ein bisschen Spass muss sein, schau doch mal beim Chirurgen rein») nicht zur Last gelegt (OVG NRW, 25.4.2007).
- **Unzulässigkeit** einer Werbung für Ärzte auf einer Homepage (leading-medicine-guide.com) mit dem Hinweis, diese nähmen eine Spitzenstellung unter der deutschen Ärzteschaft («**Spitzenmediziner**» / «**Top-Experten**» usw.) ein (OLG Karlsruhe, 7.5.2012).
- **Absolut unzulässig** ist Werbung für ästhetisch-plastische Operationen ohne medizinische Notwendigkeit mit Fotografien, die Patienten vor und nach der Behandlung zeigen; das Gericht untersagte der Klinik, entsprechende Bilder auf der Homepage zu veröffentlichen (OLG Koblenz, 8.6.2016).
- Das allgemeine, zum Zwecke der Werbung veröffentlichte Angebot eines Krankenhauses, Patienten kostenlos zwischen ihrem Zuhause und dem Krankenhaus zu transportieren, um sie dort zu behandeln («**kostenloser Taxi-Service**»), ist **nicht berufswidrig** (OLG Rostock, 14.3.2012).

Fallbeispiele Deutschland II

- Im Kontext der Werbung für **medizinische Behandlungen an Gesunden** bestehen **erhöhte Anforderungen an die Evidenz** von Studien, die zur wissenschaftlichen Absicherung der Werbeaussagen herangezogen werden. Diesen Anforderungen genügten bei Behandlungen in einem nicht-operativen Ästhetik-Center mit dem System CoolSculpting («Eiskalt gegen Fettpolster – entfernt hartnäckige Fettpolster»/ «Vorteil gegenüber einer herkömmlichen Gewichtsabnahme») Studien mit Evidenzlevel I, II und III nicht (LG Hannover, 27.7.2017).
- Ein Gericht verpflichtete eine Zahnärztin, die ohne ihr Zutun in mehreren Internetplattformen fälschlicherweise als «Dr.med.dent.» bezeichnet wurde, diese Verwendung zu unterlassen bzw. zu unterbinden (LG Hamburg, 6.2016).
- Der BGH hat 2015 entschieden, dass ein Arzt gegenüber einem tschechischen Kollegen gestützt auf das deutsche UWG **keinen Anspruch auf Unterlassung von Werbung** für eine (ausländische) **Eizellenspende** hat, obschon diese in Deutschland verboten ist (BGH, 8.10.2015).



walderwyss rechtsanwälte



walderwyss rechtsanwälte