

Abschlussfälle zu Art. 12 GG (Rn 817)

In jüngster Zeit mussten sich die Gerichte mit zahlreichen Klagen hinsichtlich der bereits genannten Werbebeschränkung für Ärzte und Rechtsanwälte auseinandersetzen. Im Kern ging es um die Frage, ob und inwieweit in einer Gesellschaft, in der der Konkurrenzdruck stetig steigt, Werbebeschränkungen auf der Grundlage von §§ 43b BRAO, §§ 6 I, 7 BORA oder von Vorschriften der Berufsordnungen für Ärzte mit Art. 12 I GG überhaupt noch vereinbar sein können.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Auf den ersten Blick mag die Prüfung von Werbebeschränkungen für Ärzte und Rechtsanwälte als schwierig empfunden werden. Man sollte sich aber nicht aus dem Konzept bringen lassen und nach dem gewohnten Schema vorgehen:

Zunächst ist die **Eröffnung des Schutzbereichs** zu prüfen. Dabei ist festzustellen, dass in den Bereich der durch Art. 12 I GG geschützten berufsbezogenen Tätigkeiten selbstverständlich auch die berufliche Außendarstellung der Grundrechtsberechtigten einschließlich der Werbung für die Inanspruchnahme ihrer Dienste fallen muss, somit auch die fragliche Werbung des Arztes oder des Rechtsanwalts vom Schutzbereich erfasst ist.

Sodann ist der **Eingriffsakt** zu benennen. Dieser werden regelmäßig die Abmahnung der Kammer oder eine Gerichtsentscheidung sein.

Schließlich ist zu prüfen, ob dieser Eingriffsakt **verfassungsrechtlich gerechtfertigt**, also mit Art. 12 I GG vereinbar ist. Dazu ist zunächst auf die Verfassungsmäßigkeit der dem Eingriffsakt zugrunde liegenden Rechtsgrundlage einzugehen. Als Rechtsgrundlage kommen §§ 43 b BRAO, §§ 6, 7 BORA für Rechtsanwälte und die standesrechtlichen Vorschriften der Ärztekammern in Betracht. Bei der Frage nach deren Verfassungsmäßigkeit ist zu beachten, dass es sich nach st. Rspr. des BVerfG bei den Werbebeschränkungen um **Berufsausübungsregelungen** handelt¹, also um Maßnahmen, die bereits dann gerechtfertigt sind, wenn **vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls** diese für zweckmäßig erscheinen lassen. So soll die abstrakt-generelle Werbebeschränkung für **Ärzte** verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein, soweit sie verhindert, dass eine Werbung Verunsicherungen bei der Bevölkerung auslösen würde, und eine Werbebeschränkung für **Rechtsanwälte**, wenn dadurch das Vertrauen gestärkt wird, der Anwalt werde nicht aus Gewinnstreben zu Prozessen raten (Verhinderung übermäßiger Inanspruchnahme der Justiz) oder die Sachbehandlung an Gebühreninteressen ausrichten. Für die Falllösung entscheidend ist somit die **Verfassungsmäßigkeit des Einzelakts** (also i.d.R. eine Abmahnung der Kammer oder eine Gerichtsentscheidung). Hier kommt es darauf an, ob die in der Einzelmaßnahme vorgenommene Auslegung der Rechtsgrundlage die Tragweite des Grundrechts hinreichend berücksichtigt hat. Beachtet man diese Grundsätze, ist die Fallbearbeitung nicht schwierig.

Entscheidung 1 (Werbung durch Fachanwälte mit Stichworten zur Tätigkeit)²:

Sachverhalt: F ist Fachanwalt für Strafrecht. In der Ausgabe vom 26.6.2001 schaltete er in der Zeitung „Der Neue Tag“ eine Anzeige, in der er unter seinem Namen angab: „Rechtsanwalt Fachanwalt für Strafrecht Strafrechtliche Tätigkeitsgebiete: - Allgemeines Strafrecht - Jugendstrafrecht - Straßenverkehrsstrafsachen - Umweltstrafverfahren - Ordnungswidrigkeitenverfahren - Rechtsmittelverfahren - Steuer- und Wirtschaftsstrafrecht insbesondere Revision - Kapitalstrafverfahren und Rechtsbeschwerde - Betäubungsmittelstrafrecht - Strafvollstreckung und -vollzug“.

Die Rechtsanwaltskammer hielt diese Anzeige für unzulässig und mahnte F ab. Gleichzeitig forderte sie ihn zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung auf. Die streitgegenständliche Anzeige verstoße gegen § 7 I S. 3 BORA, da sie nicht die von der Berufsordnung für Rechtsanwälte vorgeschriebenen Begriffe Interessen- und/oder Tätigkeitsschwerpunkte verwende, sondern nur allgemein von „Tätigkeitsgebieten“ spreche. Auch § 7 I S. 2 BORA werde verletzt, weil F sich nicht damit begnüge, mit dem ihm unstreitig verliehenen „Fachanwalt für Strafrecht“ zu werben, sondern den Eindruck erwecke, daneben auf zehn einzeln aufgeführten Rechtsgebieten „nachhaltig“ tätig zu sein.

Dem hält F entgegen, § 7 I S. 1 BORA sei verfassungsrechtlich zu beanstanden, weil die Vorschrift ausschließe, dass ein Fachanwalt umfassend über Tätigkeitsschwerpunkte informiere, die in engem Zusammenhang zu der von ihm erworbenen Fachanwaltsqualifikation stünden. Dies stelle einen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 12 GG auf freie Berufsausübung dar, der nicht verhältnismäßig sei, weil er weder geeignet noch erforderlich bzw. zumutbar sei. Er habe eine besondere Qualifikation erworben; deshalb müsse es ihm auch erlaubt sein, über die Voraussetzungen zum Erwerb der Qualifikation - nämlich die nachzuweisenden besonderen Kenntnisse in Teilbereichen des Strafrechts sowie den Erwerb der besonderen praktischen Erfahrungen in diesen Bereichen -

¹ Vgl. aber den bereits gewürdigten Fall BVerfG NJW **2003**, 879 ff. !

² In Anlehnung an BVerfG NJW **2001**, 1926 f. Vgl. auch BVerfG NJW **2001**, 2461; BGH NJW **2001**, 1138, OLG Nürnberg NJW **2001**, 2481, und AnwGH Nds NJW **2004**, 1536, 1537.

zu unterrichten, soweit es sich um eine tatsächlich ausgeübte Tätigkeit auf den benannten Teilgebieten handele.

Ist F zu raten, die der Abmahnung beigefügten strafbewehrten Unterlassungserklärung zu unterschreiben?

Lösungsgesichtspunkte:

F ist zur Abgabe der strafbewehrten Unterlassungserklärung nur dann zu raten, wenn die Abmahnung begründet ist. Begründet ist die Abmahnung, wenn sie im ordnungsgemäßen Vollzug der berufsrechtlichen Vorschriften über die Werbebeschränkung ergangen ist und diese Vorschriften ihrerseits verfassungsgemäß sind. Prüfungsmaßstab ist Art. 12 I GG.

A. Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 I GG

Die Tätigkeit als Rechtsanwalt ist eine erlaubte Tätigkeit, die auf Dauer angelegt ist und in ideeller und materieller Hinsicht der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient, mithin ein Beruf i.S.d. Art. 12 I GG. Da in den Bereich der durch Art. 12 I GG geschützten berufsbezogenen Tätigkeiten selbstverständlich auch die berufliche Außendarstellung der Grundrechtsberechtigten einschließlich der Werbung für die Inanspruchnahme ihrer Dienste fallen muss, ist auch die von F geschaltete Werbeanzeige vom Schutzbereich des Grundrechts auf Berufsfreiheit erfasst. In dieses Grundrecht ist durch die Abmahnung der Rechtsanwaltskammer auch eingegriffen worden.

B. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs

Abmahnung und Aufforderung zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung wären nur verfassungsgemäß, wenn sie auf der Grundlage einer verfassungsmäßigen Norm basierten und die Kammer bei Anwendung und Auslegung dieser Norm die grundlegende Bedeutung des Art. 12 I GG berücksichtigt hätte.

I. Rechtsgrundlage für die Werbebeschränkung

Art. 12 I GG, der dem Rechtsanwalt im Grundsatz Werbung erlaubt, führt dazu, dass nicht die Gestattung der Anwaltswerbung der Rechtfertigung bedarf, sondern deren Einschränkung.³ Da eine solche Einschränkung aber einen Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung darstellt, ist eine Rechtsgrundlage erforderlich. Eine solche ist vorliegend mit § 3 UWG und § 59 b II Nr. 3 i.V.m. § 7 BORA gegeben. Diese Vorschriften sind nach ständiger Rspr. des BVerfG auch verfassungsgemäß, weil sie das Vertrauen der Rechtssuchenden stärken, der Anwalt werde nicht aus Gewinnstreben zu Prozessen raten oder die Sachbehandlung an Gebühreninteressen ausrichten. Der grundlegenden Bedeutung des Art. 12 GG würden sie dadurch gerecht, dass sie dem Rechtsanwalt nicht kategorisch jegliche Werbung verbieten würden, sondern diese erlaubten, soweit sie über die berufliche Tätigkeit in Form und Inhalt sachlich unterrichte und nicht auf die Erteilung eines Auftrags im Einzelfall gerichtet sei.⁴

II. Rechtmäßigkeit der Einzelfallentscheidung

Die Verfassungsmäßigkeit der Eingriffsnormen führt zu dem Erfordernis, die gegenläufigen Interessen in der konkreten Einzelfallentscheidung im Rahmen einer praktischen Konkordanz gegeneinander abzuwägen. Entscheidend kommt es daher darauf an, ob die von der Rechtsanwaltskammer vorgenommene Anwendung und Auslegung der o.g. Normen die Tragweite des Grundrechts auf Berufsfreiheit hinreichend berücksichtigt haben.

Nach § 7 I S. 1 BORA dürfen unabhängig von der Angabe von Fachanwaltsbezeichnungen als Teilbereiche der Berufstätigkeit nur Interessen- und/oder Tätigkeitsschwerpunkte benannt werden. Insgesamt sind nicht mehr als fünf Benennungen zulässig, davon höchstens drei Tätigkeitsschwerpunkte (§ 7 I S. 2 BORA).

F hat in der streitgegenständlichen Anzeige unter seiner Bezeichnung „Fachanwalt für Strafrecht“ seine strafrechtlichen Tätigkeitsgebiete aufgeführt. Hierbei handelt es sich um Angaben, die den Fachanwaltsbereich konkretisieren und auffächern. Diese Erläuterungen sind nicht unabhängig von der Fachanwaltsbezeichnung; sie betreffen nicht sonstige Tätigkeitsschwerpunkte. Auch der Deutsche Anwaltverein weist darauf hin, dass die genannten Tätigkeitsbereiche - mit Ausnahme der zwei Angaben: „Kapitalverbrechen“ und „Umweltstrafverfahren“ - in § 13 Nr. 2 und 3 Fachanwaltordnung (FAO) als nachzuweisende besondere Kenntnisse für die Verleihung der Fachanwaltsbezeichnung „Strafrecht“ zwingend vorgeschrieben sind. Die beiden in der FAO nicht aufgeführten Bereiche gehören indessen ebenfalls zum Kernbereich der Tätigkeit eines Fachanwalts für Strafrecht. Es ist daher nicht ersichtlich, dass die Präzisierung der strafrechtlichen Tätigkeitsgebiete geeignet sein könnte, die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege und das Vertrauen der Rechtssuchenden zu beeinträchtigen, und zu der Annahme veranlasst, der Rechtsanwalt werde aus Gewinnstreben zu Prozessen raten oder die Sachbehandlung an Gebühreninteressen ausrichten. Die Fachanwaltsbezeichnung hat gerade den Sinn, über den Erwerb einer Qualifikation zu informieren. Dabei kommt es auf das Informationsbedürfnis der Adressaten an, denen das Spektrum der Tätigkeiten, die für den Erwerb der Fachanwaltsbezeichnung vorausgesetzt werden, nicht geläufig sein dürfte. Solange die Hinweise wahrheitsgemäß sind, können weder

³ Vgl. dazu auch BVerfG NJW 2001, 2788.

⁴ In der Fallbearbeitung wäre die Rechtmäßigkeitsprüfung ausführlicher angezeigt.

ein Irrtum noch ein verzerrtes Bild des von einem Fachanwalt angebotenen Spezialwissens entstehen. Gemeinwohlbelange, die ein Informationsverbot, das auch dem Maßstab des Art. 5 I GG standhalten müsste, rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich.

Bei einer verfassungskonformen Auslegung der Vorschrift ist somit kein Raum für eine Unterlassungsverfügung. Die von der Rechtsanwaltskammer vorgenommene Auslegung des Satzteils „unabhängig von der Angabe von Fachanwaltsbezeichnungen“ ist daher mit Wortlaut und Sinn von § 7 BORA kaum noch vereinbar; sie trägt jedenfalls der wertsetzenden Bedeutung von Art. 12 I 1 GG nicht hinreichend Rechnung.

C. Ergebnis

Die Abmahnung der Rechtsanwaltskammer beruht auf dem dargelegten Verstoß gegen Art. 12 I GG. F hat daher keine Konsequenzen zu befürchten, wenn er die Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung nicht unterschreibt.⁵

Ein weiteres Beispiel betreffend die Anwaltswerbung (hier: **Angaben auf dem Briefbogen**) und die (Un)Vereinbarkeit einer Vorschrift der Berufsordnung Rechtsanwälte mit Art. 12 I GG findet sich unter Rn 191 (zur Satzung).

Entscheidung 2 („Zahnklinik GmbH“)⁶:

Sachverhalt: Nach § 29 des Gesetzes des Bundeslandes X über die Kammern und die Berufgerichtsbarkeit für die Heilberufe (Heilberufegesetz) sind die Kammermitglieder verpflichtet, ihren Beruf gewissenhaft auszuüben und dem ihnen im Zusammenhang entgegengebrachten Vertrauen zu entsprechen. Nähere Bestimmungen über die Berufspflichten treffen die Kammern durch Satzung (sog. Berufsordnung), insbesondere über die Einschränkung der Werbung gem. § 30 Heilberufegesetz. Zuwiderhandlungen können mit einer Geldbuße versehen werden, § 31 Heilberufegesetz.

Auf dieser Grundlage wurde die Berufsordnung der Zahnärztekammer des Landes X erlassen. Diese Berufsordnung bestimmt in § 17 I:

„Dem Zahnarzt sind sachliche Informationen über seine Berufstätigkeit gestattet. (...) Berufswidrige Werbung ist dem Zahnarzt untersagt. Berufswidrig ist insbesondere eine anpreisende, irreführende oder vergleichende Werbung. Der Zahnarzt darf eine berufswidrige Werbung durch andere weder veranlassen noch dulden. Dies gilt auch für die anpreisende Herausstellung von Ärzten in Ankündigungen von Sanatorien, Kliniken, Institutionen oder anderen Unternehmen. Der Zahnarzt darf nicht dulden, dass Berichte oder Bildberichte veröffentlicht werden, die seine ärztliche Tätigkeit oder seine Person berufswidrig werbend herausstellen.“

Dr. A betreibt in der Rechtsform einer GmbH eine im Handelsregister eingetragene Zahnklinik. Die von ihm angebotenen zahnärztlichen Leistungen werden von Dr. Z erbracht, der in demselben Gebäude auch eine Praxis als niedergelassener Zahnarzt unterhält. Die Zahnklinik verfügt über ein Zimmer mit zwei Betten für einen stationären Aufenthalt von Patienten.⁷ Unter der Bezeichnung „Zahnklinik am Ostufer – Zentrum für Implantologie GmbH“ warb Dr. A für Implantatbehandlungen und prothetische Behandlungen mit einem farbigen Faltposter, das in der Klinik auslag. In diesem Faltposter werden Technik und Ablauf von Implantatbehandlungen als eine Methode der Zahnbehandlung geschildert, die anders als herkömmliche Behandlungen mehr Lebensqualität sichern könne („Der Natur ein Stück näher ... sicher“; „Implantate – ein guter Weg“; „Zahn für Zahn mehr Lebensqualität“; „sicher – bequem – ästhetisch“; „Ihre Gesundheit ist unser Anliegen“). Die Zahnärztekammer des Landes X hat gegen diese Werbung nach erfolgloser Abmahnung eine wettbewerbsrechtliche Unterlassungsklage erhoben. Das zuständige Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung blieb erfolglos. Dagegen hat der BGH der Klage in vollem Umfang stattgegeben (vgl. NJW 1999, 1784). Die Zahnklinik GmbH rügt nun durch ihren gesetzlichen Vertreter Dr. A mit einer Verfassungsbeschwerde die Verletzung ihres Grundrechts aus Art. 12 I GG.⁸

⁵ Aufgrund einer Kammerentscheidung des BVerfG (NJW 2004, 2656 ff.), wonach die Regelungen der § 43b BRAO, §§ 6, 7 BORA, soweit sie die Bezeichnung „Spezialist für Verkehrsrecht“ verbieten, gegen Art. 12 I GG verstoßen, sind mittlerweile von der Bundesrechtsanwaltskammer sechs neue Fachanwaltschaften beschlossen worden: der Fachanwalt für Medizinrecht, für Miet- und Wohnungseigentumsrecht, für Verkehrsrecht, für Bau- und Architektenrecht, für Erbrecht und für Transport- und Speditionsrecht. Entsprechende Änderungen der §§ 1, 5 und 14 der Fachanwaltsordnung (FAO) treten nach Genehmigung durch das Bundesjustizministerium voraussichtlich am 1.5.2005 in Kraft.

⁶ Nach BVerfG NJW 2000, 2734 (Werbung für Zahnarztklinik) mit Bespr. von Laufs, NJW 2001, 1768 und Schwerin, NJW 2001, 1770. Vgl. auch Zuck, NJW 2001, 2055 ff. und Simon/Schmittmann, MedR 2001, 228 ff.

⁷ Die Bezeichnung „Klinik“ erfordert die Möglichkeit einer stationären Aufnahme (BGH NJW 1996, 3083; Schwerin, NJW 2001, 1770).

⁸ Wegen des sachlichen Zusammenhangs mit Art. 12 I GG soll vorliegend nicht auf die mögliche Verletzung der Meinungsfreiheit (Art. 5 I GG) eingegangen werden. Je nach Fallgestaltung wäre aber auch dieses Grundrecht zu prüfen.

Lösungsgesichtspunkte:

A. Zulässigkeit der von Dr. A erhobenen Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde des Dr. A als gesetzlicher Vertreter der Zahnklinik-GmbH ist zulässig, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen des Art. 93 I Nr. 4a GG und der §§ 23, 90 ff. BVerfGG erfüllt sind.

I. Die Zuständigkeit des BVerfG für Verfassungsbeschwerden ergibt sich aus Art. 93 I Nr. 4a, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG.

II. Die Zahnklinik-GmbH müsste auch **beschwerde- bzw. beteiligtenfähig** sein. Beteiligter in einem Verfassungsbeschwerdeverfahren kann gem. § 90 I BVerfGG „jedermann“ sein. Das ist derjenige, der Träger oder Inhaber des als verletzt gerügten Grundrechts oder grundrechtsgleichen Rechts ist. Die Zahnklinik-GmbH beruft sich durch ihren gesetzlichen Vertreter Dr. A auf einen Grundrechtsschutz aus Art. 12 I GG. Es handelt sich bei der Beschwerdeführerin nicht um eine natürliche Person. Deshalb richtet sich die Beantwortung der Frage, ob sie eine Trägerin des genannten Grundrechts ist, nach Art. 19 III GG. Nach dieser Bestimmung gelten die Grundrechte auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind. Das ist immer dann der Fall, wenn sich die juristische Person in einer mit einer natürlichen Person vergleichbaren grundrechtstypischen Gefährdungslage befindet. Negativ formuliert darf das Grundrecht nicht an die natürliche Qualität des Menschen anknüpfen. Bei der Zahnklinik-GmbH handelt es sich gem. § 13 GmbH-Gesetz um eine juristische Person (des Privatrechts) und gem. §§ 1 ff. HGB um einen „Kaufmann“. Da ein Gewerbe als Unterfall des Berufs nicht an die natürliche Qualität des Menschen anknüpft, sondern gerade darauf ausgelegt ist, auch von Handelsgesellschaften ausgeübt zu werden, ist Art. 12 I GG auch auf eine GmbH anwendbar. Die Zahnklinik-GmbH ist deshalb Trägerin des Grundrechts aus Art. 12 I GG, sodass sie beteiligtenfähig i.S.d. § 90 I BVerfGG ist.

III. Die **Prozessfähigkeit** ist im BVerfGG nicht geregelt. In Analogie zu sonstigem Verfahrensrecht ist die Prozessfähigkeit zu bejahen, wenn der Beschwerdeführer Prozesshandlungen selbst oder durch einen Vertreter vornehmen kann (vgl. §§ 51 ff. ZPO). Eine GmbH kann in Ermangelung einer Handlungsfähigkeit nicht selbst Prozesshandlungen vornehmen. Sie muss sich durch ihren gesetzlichen Vertreter, vorliegend durch Dr. A, vertreten lassen.

IV. Möglicher **Beschwerdegegenstand** einer Verfassungsbeschwerde ist jeder Akt öffentlicher Gewalt, § 90 I BVerfGG. Wie sich aus Art. 1 III, 20 II GG sowie aus §§ 93 III, 94 III, 95 BVerfGG ergibt, sind unter dem Begriff „öffentliche Gewalt“ die Legislative, die Exekutive und die Judikative zu verstehen. Die Zahnklinik-GmbH wendet sich mit ihrer Verfassungsbeschwerde gegen das letztinstanzliche Gerichtsurteil, mithin gegen einen Akt öffentlicher Gewalt.

V. Die Zahnklinik-GmbH müsste gem. § 90 I BVerfGG geltend machen, durch das Urteil des BGH in ihren oben genannten Grundrechten verletzt zu sein, und diese geltend gemachte Grundrechtsverletzung müsste zumindest möglich erscheinen – **Beschwerdebefugnis**. Da das Urteil des BGH zur Folge hat, dass das Faltblatt nicht mehr ausgelegt werden darf, ist eine Verletzung des Art. 12 I GG durchaus möglich. Die Zahnklinik-GmbH ist daher auch beschwerdebefugt.

VI. Die erforderliche **Rechtswegerschöpfung** liegt vor. Die Einhaltung von **Form- und Fristvorschriften** (§§ 23 I S. 1 und 2, 93 BVerfGG) wird unterstellt.

B. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

Die durch Dr. A eingereichte Verfassungsbeschwerde der Zahnklinik-GmbH ist begründet, wenn das Urteil des BGH sie in ihrem Grundrecht aus Art. 12 I GG verletzt.

I. Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 12 I GG

Ein Beruf ist jede erlaubte Tätigkeit, die auf Dauer angelegt ist und in ideeller und materieller Hinsicht der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient. Geschützt werden jede berufsbezogene Tätigkeit und damit auch die berufliche Außendarstellung einschließlich der Werbung. Durch das BGH-Urteil wird Dr. A untersagt, die beschriebene Werbung durchzuführen. Damit wird ihm eine von Art. 12 GG geschützte Tätigkeit untersagt, sodass der Schutzbereich des Art. 12 I GG eröffnet ist.

II. Eingriff in den Schutzbereich

Durch die Untersagung weiterer Werbung in der beschriebenen Form stellt das Urteil des BGH auch einen Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit dar.

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs

Gem. Art. 12 I S. 2 GG kann die Berufsausübung durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden. Eine Regelung ist aber nur dann verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn sowohl die eingreifenden gesetzlichen Bestimmungen als auch deren Auslegung und Anwendung im konkreten Fall (hier: bei der Urteilsfindung) verfassungsgemäß sind.

1. Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der Berufsordnung

Da es sich vorliegend um Eingriffe in Grundrechte (Berufsfreiheit, Art. 12 I, Meinungsfreiheit, 5 I S. 1 GG) handelt, genügt für das Werbeverbot nicht die allgemeine Befugnis der Ärztekammer, in ihrem Bereich durch die Rechtsform der Satzung Recht zu setzen. Vielmehr muss sich das Werbeverbot auf eine formell-gesetzliche Grundlage stützen lassen. Sie findet sich in § 30 Heilberufegesetz.

2. Rechtmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage

§ 30 Heilberufegesetz müsste aber seinerseits gültig sein.

An der formellen Rechtmäßigkeit bestehen keine Bedenken. Insbesondere besteht hier eine Länderzuständigkeit, da eine konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes gem. Art. 74 I Nr. 19 GG nur hinsichtlich der Zulassung der Ärzte, nicht jedoch hinsichtlich der Berufsausübung bereits zugelassener Ärzte besteht. In materieller Hinsicht ist zu beachten, dass Art. 80 GG nicht gilt.⁹ Gleichwohl gelten vergleichbare Voraussetzungen an Inhalt, Zweck und Ausmaß. Der Gesetzgeber muss also die maßgeblichen Voraussetzungen selbst schaffen und darf sie nicht der satzunggebenden Körperschaft überlassen. In welchem Maße dies geschehen muss, hängt von der Intensität der Grundrechtsbeschränkung ab. Geht es um sog. statusbildende Maßnahmen, also z.B. das „Ob“ der Ausübung eines Berufs, muss die formell-gesetzliche Grundlage die Eingriffsvoraussetzungen im Einzelnen selbst festlegen. Geht es hingegen lediglich um Modalitäten, also z.B. um Fragen der Art und Weise der Berufsausübung, genügt es, wenn der parlamentarische Gesetzgeber festlegt, dass einzelne Bestimmungen nach Ermessen des Satzungsgebers ergehen können.

Vorliegend geht es nicht um statusbildende Maßnahmen, sondern lediglich um Fragen der Art und Weise der Berufsausübung durch die Ärzte nach ihrer Zulassung. Hier genügt es, dass der parlamentarische Gesetzgeber generell festlegt, dass Werbebeschränkungen erlassen werden können. Diese sind dann eigenverantwortlicher Ordnung durch die Berufsverbände zugänglich.¹⁰ Die Satzungsermächtigung ist deshalb hinreichend bestimmt. Auch ist die Satzungsermächtigung mit sonstigem höherrangigen Recht, insbesondere mit Grundrechten, vereinbar. Die in der Satzungsermächtigung genannte Werbebeschränkung für Zahnärzte verstößt nicht gegen Grundrechte, da die Auslegung erst in der Rechtsanwendung (also im Satzungserlass) erfolgt.

3. Rechtmäßigkeit des Satzungserlasses

a. Formelle Rechtmäßigkeit

In formeller Hinsicht bietet die Berufsordnung keinen Anlass zur Prüfung.

b. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Berufsordnung hält sich im Rahmen der Satzungsermächtigung. Insoweit bestehen keine Bedenken hinsichtlich der materiellen Rechtmäßigkeit. Möglicherweise besteht aber ein Verstoß gegen höherrangiges Recht, namentlich gegen Art. 12 I GG.

Speziell zu Art. 12 I GG hatte das BVerfG seinerzeit die sog. **Drei-Stufen-Theorie** als besondere Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entwickelt, in neueren Entscheidungen teilweise aber wieder verworfen. Sofern man sie gleichwohl heranzieht, bilden **Berufsausübungsregelungen**, also Regelungen, die das „Wie“, die Art und Weise der beruflichen Tätigkeit zum Gegenstand haben, die erste Stufe. Eingriffe in die Berufsausübung sind bereits dann gerechtfertigt, wenn **vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls** diese für zweckmäßig erscheinen lassen.

Bei den Eingriffen in die **Berufswahl**, also Regelungen, die das „Ob“ der Betätigung regeln, ist zwischen subjektiven und objektiven Zulassungsvoraussetzungen zu unterscheiden. Die die zweite Stufe bildenden **subjektiven Zulassungsvoraussetzungen** sind in Vorschriften enthalten, welche die Aufnahme oder den Verbleib im Beruf von persönlichen Eigenschaften (etwa Höchstalter) und Fähigkeiten, erworbenen Abschlüssen oder erbrachten Leistungen der Berufsbewerber abhängig machen. Eingriffe in diese Stufe sind verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn sie dem **Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter** dienen.

Die dritte Stufe bilden **objektive Zulassungsvoraussetzungen** (auch objektive Zulassungsschranken genannt). Diese Voraussetzungen oder Schranken knüpfen an Umstände an, die mit der persönlichen Qualifikation des Berufsbewerbers nichts zu tun haben und die dieser auch nicht beeinflussen kann. Eingriffe auf dieser Stufe sind nur durch den **Schutz überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter** gegen nachweisbare oder höchstwahrscheinliche schwere Gefahren verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

⁹ Zum einen gilt Art. 80 GG nur für Bundesgesetze und zum anderen nur für Rechtsverordnungen, nicht für Satzungen.

¹⁰ BVerfGE 71, 162, 172.

Die gesetzliche Beschränkung der Arztwerbung betrifft nicht die Berufswahl, sondern greift in die Art und Weise der Berufsausübung zugelassener Ärzte ein und steht damit auf der niedrigsten Eingriffsstufe. Die Werbebeschränkung ist daher bereits dann gerechtfertigt, wenn vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls diese für zweckmäßig erscheinen lassen. Das BVerfG führt dazu aus: „Das Werbeverbot soll eine Verfälschung des ärztlichen Berufsbildes verhindern, die einträte, wenn der Arzt Werbemethoden verwendete, wie sie in der gewerblichen Wirtschaft üblich sind.“¹¹ Zweck dieses Eingriffs ist also, die Gesundheit der Bevölkerung dadurch zu schützen, dass das Vertrauen der Patienten erhalten bleibt, der Arzt nehme die Behandlung und das Verschreiben von Medikamenten ausschließlich aus Gründen der Heilbehandlung vor und nicht aus kommerziellem Gewinnstreben. Dieses Patientenvertrauen kann somit als „vernünftige Erwägung des Allgemeinwohls“ angesehen werden. Im Übrigen ist es auch nicht so, dass jegliches Erwecken der Aufmerksamkeit eine Verfälschung des ärztlichen Berufsbildes darstellt. Insbesondere darf der Arzt seinen Titel und die Bezeichnung „Facharzt“ führen sowie seine Tätigkeit durch ein Praxisschild (Beispiel: „Implantologie“¹²) und die Aufnahme in Adressbücher öffentlich machen. Auch ist ihm gestattet, Beiträge in Fachpublikationen zu veröffentlichen und dabei auch auf den Erfolg der von ihm durchgeführten Behandlungsmethoden hinzuweisen, jedenfalls sofern die Information der Öffentlichkeit und nicht die Anpreisung seiner Person im Vordergrund steht. Vorliegend haben sowohl der parlamentarische Gesetzgeber als auch der Satzungsgeber eine Werbung somit nicht unmöglich gemacht oder unverhältnismäßig eingeschränkt. Die gesetzlichen Regelungen sind daher grundsätzlich mit Art. 12 I GG vereinbar.¹³ Eine andere Frage ist es, ob das Fachgericht bei seiner Entscheidung dem Maßstab des Art. 12 I GG hinreichend gerecht geworden ist.

4. Verletzung spezifischen Verfassungsrechts durch das Fachgericht

Möglicherweise hat das Fachgericht bei Auslegung und Anwendung des § 17 I Berufsordnung grundrechtliche Wertungen nicht beachtet.

Die Beschränkung der Selbstdarstellung auf die genannten Inhalte mag bei einzelnen niedergelassenen Ärzten in der Tat akzeptabel sein. Vorliegend handelt es sich jedoch nicht um einen niedergelassenen Arzt, sondern um eine Zahnklinik. Das BVerfG hat in seiner bahnbrechenden „Sanatoriums-Entscheidung“¹⁴ ärztlichen Inhabern von Sanatorien und Kliniken Werbemaßnahmen bezüglich ihrer Leistungsangebote, Indikationsgebiete und Behandlungsmethoden ausdrücklich gestattet. Im Gegensatz zu einzelnen niedergelassenen Ärzten arbeiteten Sanatorien und Kliniken mit erhöhtem sachlichen und personellen Aufwand und seien zur Sicherung ihrer wirtschaftlichen Existenz darauf angewiesen, auf ihr Leistungsangebot aufmerksam zu machen. An einer sachlich zutreffenden und dem Laien verständlichen Informationswerbung über die angewandten Behandlungsmethoden bestehe ein Allgemeininteresse. Lediglich „unsachliche“ und marktschreierische“ und damit „berufswidrige“ Werbung bleibe vom Werbeverbot umfasst.¹⁵

Für den vorliegenden Fall muss demnach geprüft werden, ob eine „berufswidrige“ Werbung vorliegt; nur dann würde das Urteil des Fachgerichts grundrechtliche Wertungen nicht missachten.

Das BVerfG hat hierzu festgestellt, dass es sich bei dem fraglichen Faltblatt um eine Informationswerbung über eine relativ neue Behandlungsmethode handele. Der Inhalt des Faltblatts diene vor allem der Aufklärung von Patienten, die sich bereits in der Klinik des Dr. A oder in der Praxis des Dr. Z befänden, und würde nicht unverlangt an Patienten verschickt oder gar als Werbebeilage in Zeitschriften o.ä. erscheinen. Insofern sei nicht ersichtlich, dass die Zusätze wie „Der Natur ein Stück näher ... sicher“; „Implantate – ein guter Weg“; „Zahn für Zahn mehr Lebensqualität“; „sicher – bequem – ästhetisch“; „Ihre Gesundheit ist unser Anliegen“ es rechtfertigten, das Faltblatt insgesamt als anpreisende und damit berufswidrige Werbung zu qualifizieren. Diese Zusätze gingen zwar über den Rahmen einer sachangemessenen Information hinaus und unterstrichen die Vorteile der Implantate, bezögen sich aber nicht auf Dr. A als Person. Es gehe nicht um die Anpreisung eines bestimmten Arztes, sondern um die Bewerbung einer bestimmten Methode. Zudem sei kaum vorstellbar, dass durch diese Slogans eine Fehlvorstellung bei den Patienten eintreten könne.

C. Ergebnis

Nach Auffassung des BVerfG hat das Fachgericht bei der Auslegung und Anwendung des § 17 I Berufsordnung grundrechtliche Wertungen nicht beachtet. Folgt man dieser Auffassung, ist nicht auszuschließen, dass das Gericht im Ausgangsverfahren anders entschieden hätte, wenn es die gesetzlich bestimmte Werbebeschränkung verfassungskonform ausgelegt und angewandt hätte. Die angegriffene Entscheidung ist daher

¹¹ Vgl. BVerfGE **85**, 248, 259 f. Im Wesentlichen wiederholt von BVerfG NJW **2000**, 2734, 2735 und BVerfG NJW **2001**, 2788, 2789 (Arztwerbung).

¹² BVerfG NJW **2001**, 2788, 2789 (Arztwerbung).

¹³ Vgl. BVerfGE **85**, 248, 259 f.

¹⁴ BVerfGE **71**, 183 ff.

¹⁵ BVerfGE **71**, 183, 198 f.

aufzuheben.¹⁶ Die Verfassungsbeschwerde der Zahnklinik-GmbH, vertreten durch Dr. A, ist somit auch begründet.

D. Fazit

Nach dieser Entscheidung werden objektive, sachbezogene Informationen, die einen Zusammenhang zu der Tätigkeit des Arztes aufweisen, stets als zulässig einzustufen sein.¹⁷ Das eigentlich im Vordergrund stehende Problem, inwieweit sich die Tatsache auswirkt, dass die Klinik des Dr. A in der Rechtsform der GmbH betrieben wird, die als juristische Person des Privatrechts jedenfalls nicht unmittelbar an das in den standesrechtlichen Berufsordnungen verankerte Werbeverbot gebunden sein kann, konnte das BVerfG dadurch umgehen, dass es das Faltblatt noch als „standesgemäß“ qualifizierte. Klar ist aber schon jetzt, dass der Tag kommen wird, an dem das Gericht die Frage zu beantworten haben wird, ob ein Arzt, der seine Klinik (oder gar seine Praxis) in der Rechtsform einer juristischen Person des Privatrechts (d.h. einer Kapitalgesellschaft – GmbH oder AG) betreibt, überhaupt an die standesrechtliche Werbebeschränkung in der aufgezeigten Form gebunden sein kann – etwa wenn dieser das noch als zulässig erachtete Maß überschreitet. Vergleichbares dürfte auch hinsichtlich Anwaltskanzleien in Betracht kommen.

Bedenken an eine Werbebeschränkung knüpfen an folgende Überlegung: Eine Kapitalgesellschaft ist „Kaufmann“ i.S.d. §§ 1 ff. HGB und damit unausweichlich Gewerbetreibende; zudem ist sie grundsätzlich Körperschaftssteuer- und gewerbsteuerpflichtig. Wenn der Gesetzgeber es also Ärzten und Rechtsanwälten gestattet, ihre Tätigkeit in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft auszuüben (auch wenn es ihm in erster Linie darum geht, die persönliche Haftung auszuschließen), kommt er nicht umhin einzugestehen, dass es sich um die Ausübung eines Gewerbes handelt. Mit der Ausübung eines Gewerbes untrennbar verbunden ist aber das Recht zur Außendarstellung und damit zur Werbung. Das folgt aus dem bereits dargestellten Grundrechtsschutz aus Art. 12 I GG. Es ist kein mit Art. 12 I GG zu vereinbarender Grund ersichtlich, einem gewerbsteuerpflichtigen Unternehmen ein Werbeverbot bzw. eine Werbebeschränkung aufzuerlegen. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass es sich einmal um steuerrechtliche und ein anderes Mal um standesrechtliche Fragen handelt. Möchte der Gesetzgeber also an dem Werbeverbot bzw. der Werbebeschränkung für Ärzte und Rechtsanwälte festhalten, wird er nicht umhinkommen, entweder diesem Personenkreis die Möglichkeit vorzuenthalten, ihre Arztklinik oder Arztpraxis bzw. Kanzlei als Kapitalgesellschaft zu betreiben, oder aber einen Ausnahmetatbestand hinsichtlich der Gewerbsteuerpflicht zu statuieren.

Außerdem wirft der status quo die Frage nach der Vereinbarkeit mit dem Gleichheitssatz (Art. 3 I GG) auf. Denn betätigt sich ein Arzt in der Rechtsform einer GmbH, ist er hinsichtlich der Einkünfte aus der GmbH gewerbsteuerpflichtig. Der Arzt, der sich außerhalb einer gewerbsteuerpflichtigen Rechtsform betätigt, ist dagegen nicht gewerbsteuerpflichtig.

In die gleiche Richtung geht die jüngste, äußerst unqualifizierte Debatte hinsichtlich der Aufnahme der freien Berufe in die Gewerbsteuerpflicht. Auch hier ist offenbar nicht bedacht worden, dass man bei Heranziehung des genannten Personenkreises zur Gewerbsteuer auch die Ausübung eines Gewerbes und damit verbunden die weitgehende Liberalisierung der Möglichkeit zur Werbung anerkennen muss.

Insgesamt werden also noch viele Problemkreise zu klären sein, deren abschließende Beurteilung nur der Gesetzgeber vornehmen kann.

¹⁶ BVerfG NJW **2000**, 2734, 2735. Vgl. auch *Laufs*, NJW **2001**, 1768, 1769.

¹⁷ Vgl. auch *Schwerin*, NJW **2001**, 1770, 1771.