|  |  |
| --- | --- |
| image011 | Logo_forum_neu_2008 |
| Gemeinsamer Monitoring-Ausschusszur Anwendung der Leitsätze der Selbsthilfe für die Zusammenarbeit mit Personen des privaten und öffentlichen Rechts, Organisationen und Wirtschaftsunternehmen, insbesondere im Gesundheitswesen von BAG SELBSTHILFE und Forum im PARITÄTISCHEN |

**(Neue) Abgrenzung Information/ Werbung**

1. **Problemaufriss**

Die Grenze zwischen Werbung, Empfehlung und Information ist seit jeher schwer zu ziehen. Hinzu kommt, dass der Begriff der Werbung in unterschiedlichen Bereichen relevant ist (z.B. UWG, HWG) und jeweils unterschiedliche Schutzzusammenhänge bestehen.

Der Monitoring Ausschuss hat sich in der Vergangenheit immer wieder mit der Abgrenzung befasst und diese an den Umständen des Einzelfalls orientiert vorgenommen.

Es stellt sich die Frage, ob diese Position revidiert werden muss.

1. **Position des FSA**

Der FSA vertritt die sehr weitgehende Position, dass die Trennlinie im Grund rechtlich sicher kaum zu ziehen sei:

„Wann die Grenze zur Werbung (und damit die Abgrenzung zur zulässigen Imagewerbung eines Unternehmens) überschritten ist, hängt fast ausschließlich vom Einzelfall ab. Insoweit liegt es in der Bewertung jedes Unternehmens, wo es im Sinne der eigenen Risikoprävention eine Grenze zieht. Im Rahmen des Wettbewerbsrechts ziehen bekanntlich die Gerichte eine sehr weite Grenze. In einer inzwischen schon älteren Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs hat dieser entschieden, dass die Möglichkeit zur Werbung bereits dann bestehen kann, wenn ein unbeteiligter Dritter (im konkreten Fall ein Journalist, der unstreitig keinen Bezug zum Pharma-Unternehmen hatte) in einer Berichterstattung ein Arzneimittel und dessen Wirkweise aufgreift. Diese weite Auslegung fließt gegebenenfalls bei der Bewertung in die Handhabung des Kodex mit ein. Wenn man dieses Beispiel überträgt, wäre sogar aus meiner Sicht nicht auszuschließen, dass die Berichterstattung innerhalb der Zeitschrift einer Selbsthilfeorganisation über ein neues Produkt bei einer weiten Auslegung durch die zuständigen Behörden/die Gerichte als Werbung ausgelegt werden könnte, selbst wenn nachweislich keinerlei Beziehungen zu dem jeweiligen Unternehmen besteht. Einen solchen Fall hatten wir in der Schiedsstelle bislang jedoch nicht.

*Vor diesem Hintergrund wird sich aus Sicht des FSA zumindest keine generelle Regel finden lassen, in welchen Konstellationen man unstreitig nicht von Werbung sprechen kann.* Im Ergebnis müssen sich wohl die jeweiligen Partner auf ein gemeinsames Verständnis der konkreten Maßnahme verständigen. Da den Unternehmen auf der einen Seite vorgeworfen wird, dass alles, was sie tun Werbung sei, können Sie sicherlich verstehen, wenn diese auf der anderen Seite bei dieser Frage vielleicht bewusst zurückhaltend sind. Die reine Nennung des Wirkstoffnamens anstelle des Produktnamens ist jedenfalls eine Voraussetzung für die Zertifizierung von wissenschaftlichen Fortbildungsveranstaltungen, die von den Ärztekammern gefordert werden. Hintergrund ist die gesetzliche Vorgabe, dass solche Veranstaltungen „frei von wirtschaftlichen Interessen Dritter" sein müssen. Vielleicht kann man diesen Gedanken stärker nutzen.“

1. **Auswirkungen des weiten Verständnisses auf die Leitsatzkonformität von redaktionellen Berichten über Produkte von Wirtschaftsunternehmen**

Die Berichterstattung innerhalb der Zeitschrift einer Selbsthilfeorganisation über ein neues Produkt oder eine neue Methode könnte als Werbung ausgelegt werden, selbst wenn nachweislich keinerlei Beziehungen zu dem jeweiligen Unternehmen bestehen. Im Ergebnis dürften Selbsthilfeorganisationen nicht mehr über neue Produkte (Arzneimittel, Hilfsmittel, medizinische Methode) berichten, da die Grenze zwischen Information und Werbung nicht mehr zu ziehen ist.

1. **Rechtliche Bewertung der Position des FSA- Entwurfs**

Dem FSA ist insoweit zuzustimmen, dass die Abgrenzung zwischen Werbung und Information immer eine Frage des Einzelfalls ist. Allgemeingültige und einfache Abgrenzungsregeln lassen sich nicht aus der Rechtsprechung herleiten.

Gleichzeitig kann eine Abgrenzung zwischen Werbung und Information im Einzelfall durchaus vorgenommen werden. Es lassen sich zumindest Eckpunkte herausarbeiten, welche für die Beurteilung dieser Fragen hinreichende Leitlinien zulassen.

Insgesamt lassen sich viele Entscheidungen der Rechtsprechung zum Begriff der Werbung im UWG bzw. den entsprechenden europäischen Regelungen nicht so ohne weiteres auf die hier gegenständlichen Fallgestaltungen übertragen. Denn die Gesetze gegen den unlauteren Wettbewerb sollen nicht nur den Wettbewerber vor „unfairen“ und überzogenen Äußerungen seines Konkurrenten schützen, sie sollen auch dem Kunden vor überzogenen Heilsversprechen bewahren. Vor diesem Hintergrund muss es Anliegen der Richter sein, den Anwendungsbereich des Begriffs möglichst weit zu fassen, um Umgehungsversuche – etwa auch durch Verwendung neuer Medien – zu unterbinden.

Dies Maßgaben können auch vorliegend angewandt werden: Dient eine Information ersichtlich dem Ziel der Absatzförderung, so muss sie als Werbung angesehen werden. Angesichts des hohen Stellenwertes des Art. 5 GG ist an die Feststellung dieses Ziels der Absatzförderung ein strenger Maßstab anzulegen:

„Art. 5 GG

(1) Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt.“

Schwieriger ist jedoch die Auseinandersetzung mit dem angesprochenen Urteil des Europäischen Gerichtshofes (EuGH, Urteil vom 02.04.2009, Az.: C-421/07). Hier hatte das Gericht in der Tat es grundsätzlich anerkannt, dass ein redaktionellen Bericht eines Journalisten über ein (in dem Staat nicht zugelassenes) Arzneimittel als Werbung angesehen werden kann; ob im konkreten Fall dann auch wirklich das Ziel der Absatzförderung bei dem Journalisten vorlag, war jedoch dann Sache des nationalen Gerichtes.

Im Rahmen dieses Urteils hat sich das Gericht auch mit der Frage auseinandergesetzt, ob nicht die Meinungsfreiheit des Journalisten verletzt sei. Dies verneinte das Gericht: Sofern die von dem Journalisten verbreiteten Informationen über das Arzneimittel „Werbung“ darstellten, wäre die Verurteilung in Hinblick auf das verfolgte Ziel, nämlich den Schutz der öffentlichen Gesundheit, angemessen und verhältnismäßig, weshalb die Meinungsfreiheit sich nach Art. 10 Abs. 2 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten dem Ziel des Allgemeininteresses unterwerfen müsse.

Diese Position des Gerichtes ist aus meiner Sicht nicht haltbar: Bejaht man den Begriff der Werbung bei jeglicher Information über Arzneimittel, so ist ein redaktioneller Bericht über verschreibungspflichtige Medikamente im Grunde fast nicht mehr möglich, außer man berichtet ausschließlich über die Risiken. In diesem Fall wäre dann das Ziel der Absatzförderung wohl zu verneinen.

Angesichts der gesellschaftlichen und politischen Dimension von manchen Arzneimitteln (<http://www.zeit.de/wissen/gesundheit/2017-03/hepatitis-c-medikament-patent-aerzte-vorgehen> ) würde dies die Pressefreiheit unangemessen beeinträchtigen. Insoweit ist davon auszugehen, dass es sich bei der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes um eine Einzelmeinung handelt, welche keinen Niederschlag in der allgemeinen Rechtsprechung gefunden hat.

1. **Position der Monitoring Ausschüsse**

Ein solches weites Verständnis ist bereits vom Wortsinn her nicht mehr zu vertreten; so besteht nach dem allgemeinen Sprachgebrauch eine klare Unterscheidung zwischen den Begriffen der Information und der Werbung.

Infolgedessen unterscheiden auch die Leitsätze der BAG SELBSTHILFE und des FORUMs im PARITÄTISCHEN klar zwischen Information, Empfehlung und Werbung:

*„Art. 3*

*a.   In Kooperationen mit Unternehmen der pharmazeutischen Industrie, Anbietern von Heil- und Hilfsmitteln sowie Dienstleistungen und anderen Unternehmen, die Produkte für behinderte und chronisch kranke Menschen herstellen oder vertreiben, wird auf eine eindeutige Trennung zwischen Informationen der Selbsthilfeorganisation, Empfehlungen der Selbsthilfeorganisation und Werbung des Unternehmens geachtet. Die Selbsthilfeorganisationen informieren über Angebote, beteiligen sich aber nicht an der Werbung.*

*Werbung von Wirtschaftsunternehmen ist grundsätzlich zu kennzeichnen.*

*b.   Die Selbsthilfeorganisation gibt grundsätzlich weder Empfehlungen für einzelne Medikamente, Medikamentengruppen oder Medizinprodukte, noch Empfehlungen für bestimmte Therapien oder diagnostische Verfahren ab.*

*Die Abgabe einer Empfehlung ist nur dann möglich, wenn diese auf dem Bewertungsergebnis anerkannter und neutraler Expertengremien beruhen. Die Zusammensetzung der Gremien muss öffentlich transparent sein. Ihre Ergebnisse müssen transparent und nachvollziehbar sein.*

*Informationen von Wirtschaftsunternehmen werden kenntlich gemacht sowie nicht unkommentiert weitergegeben.*

*c.   Die Selbsthilfeorganisation informiert über die Erfahrungen von Betroffenen mit Medikamenten, Medizinprodukten, Therapien und diagnostischen Verfahren.*

*d.   Die Selbsthilfeorganisation informiert auch über die Vielfalt des Angebotes und über neue Entwicklungen im Bereich der Prävention, Diagnostik, Behandlung und Rehabilitation unter Angabe der Quellen.*

*e.   Die Selbsthilfeorganisation ist in ihrer fachlichen Arbeit unabhängig und nicht an medizinische Fachrichtungen gebunden.“*

Bereits aus den Leitsätzen lassen sich damit bestimmte Leitlinien für die Abgrenzung zwischen Information und Werbung ableiten:

1. Informationen über Produkten sind nicht per se als Werbung zu verstehen, sondern sind möglich und zulässig nach den Leitsätzen.
2. Es besteht ein Stufenverhältnis zwischen Informationen, Empfehlungen und Werbung.
3. Werbung der Selbsthilfeorganisation für ein Produkt ist unzulässig, gleiches gilt für Beteiligung an Werbung.
4. Die Darstellung von Werbung eines Wirtschaftsunternehmens - etwa im Rahmen einer Anzeige in der Vereinszeitschrift - ist nicht als Beteiligung an Werbung zu werten, soweit die fremde Urheberschaft klar zu erkennen ist.
5. Eine Empfehlung für ein Produkt ist unter bestimmten engen Voraussetzungen möglich.
6. Informationen über Produkte sollen mit der Vielfalt des Angebotes dargestellt und mit Quellenangaben versehen werden.
7. Wenn es sich um Informationen von Wirtschaftsunternehmen handelt, müssen diese kenntlich gemacht und dürfen nicht unkommentiert weitergegeben werden.
8. Erfahrungsberichte von Betroffenen sind grundsätzlich zulässig.

Damit ist das weite Verständnis des europäischen Gerichtshofs nicht mit den Leitsätzen, aus unserer Sicht aber auch nicht mit dem Wortsinn der Begriffe Information und Werbung und der hohen Bedeutung des Art. 5 GG zu vereinbaren.

Von daher wird hier ein engerer Begriff verwendet, welcher sich an den allgemeinen Grundsätzen der Neutralität und Unabhängigkeit orientiert. Insoweit hat sich der Monitoring Ausschuss in der Vergangenheit – im Rahmen von verschiedenen Fällen - bereits mit der Abgrenzung befasst.

Für die Unterscheidung lassen sich mehrere Grundlinien feststellen.

1. Information: Neutrale, umfassende und ausgewogene Darstellung

Damit ein Bericht über ein Produkt oder eine Methode als Information eingestuft werden kann, müssen sowohl Risiken als auch Nutzen des Produktes oder der Methode umfassend, ausgewogen und vollständig dargestellt werden.

1. Strikte räumlich Trennung zwischen Information und Werbung

Bei der Einstufung kann man sich nicht allein auf den Bericht beziehen; vielmehr muss das Umfeld der Information oder des Erfahrungsberichtes (z.B. Anzeige auf der gegenüberliegenden Seite) in die Beurteilung einbezogen werden.

1. Keinerlei Übernahme von Texten und Charts von Wirtschaftsunternehmen

Es ist darauf zu achten, dass keinerlei Texte, Textbausteine oder bildliche Darstellungen von Wirtschaftsunternehmen übernommen werden dürfen.