

Werberecht der Synergetik Methode

Kurzgutachten im Auftrag des Berufsverbandes der Synergetik
Therapeutinnen und Therapeuten e.V.

von

Prof. Dr. Harald Herrmann
Universität Erlangen-Nürnberg

Gliederung

Abkürzungsverzeichnis

Teil 1: Die Heilmittel - Werbepraxis im BVST

I. Gutachtenauftrag und Zielsetzung.....	5
II. Zur Heilmethode und Professionalisierung des Berufsstandes.....	6
1. Rechtserhebliche Aspekte (8)	
2. Psychotherapeutische Fremdheilung und technische Hilfe zur Selbstheilung (9)	
3. Synergetik und Berufsverband (11)	
III. Werbung für erlaubnisfreie Wellness-Dienste.....	11
1. Unlauterer und gesetzwidriger Wettbewerb gem. § 3 UWG (13)	
2. Unanwendbarkeit des HeilprG (14)	
a. Rechtsprechungsstand (14)	
b. Zur fehlenden Hypnose und Gesundheitsgefährlichkeit (17)	
c. Biochemische Reaktionen und Psychotherapieferne wegen Technikorientierung (18)	
d. Einschätzungsprärogative und justiziable Fehler (20)	
e. Abgleich zum Gefahrenschutz des UWG und des Arzthaftungsrechts (21)	
IV. Keine Wiedergabe von Krankengeschichten i.S. § 11 Nr. 3 HMWG.....	21
1. Zur Werbung des BVST (23)	
2. Der Kreis unzulässiger Erzähler (24)	
a. Ärzte, Heilpraktiker und zulassungsfreie Dienstleister (24)	
b. Laien und Patienten (24)	
3. Krankengeschichten als Schilderung von Krankheitsverläufen (25)	
a. Teilgeschichten und Abgrenzung von empirischer Dokumentation (25)	
b. Geschichte als Verlaufsbeschreibung versus Krankheitsdiagnostik (27)	
4. Unzulässige Hinweise (27)	
5. Fachkreise und Internet-Publikation (28)	
a. Gesetzliche Definition und anerkannte Fallgruppen (28)	
b. Fachliche Qualifikation der Synergetik-Profiler (29)	
c. Allgemein zugänglichkeit via Internet (29)	
V. Sonstige Werbeverbote.....	28
1. Keine Behandlungswerbung i.S. § 12 Abs. 2 HMWG (30)	
a. Beseitigung und Linderung von Krankheiten (30)	
b. Behandlung und Verfahren: Meinungsstand (31)	
c. Stellungnahme und Folgerungen (32)	
2. Kein psychischer Kaufzwang i.S. § 4 Nr. 1 UWG (33)	
3. Kein übertriebenes Anlocken i.S. § 4 Nr. 1 UWG (33)	
4. Zulässige Vergleichswerbung (34)	
a. Wettbewerbsverhältnis und Bezugnahme auf Wettbewerber (35)	
b. Dienstleistungsvergleich und Objektivität i. S. § 6 Abs. 2 Nr. 1/2 UWG (35)	
c. § 4 Nr. 7 UWG und Systemvergleich (36)	
5. Internet-Verlinkung und Disclaimer (36)	
VI. Zusammenfassung.....	35
Verzeichnis der zitierten Literatur.....	38

Abkürzungsverzeichnis

Die hier nicht aufgeführten Abkürzungen folgen dem Standard von Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache auf der Grundlage der für den Bundesgerichtshof geltenden Abkürzungsregeln, 6. Aufl. 1992.

ABl.	Amtsblatt
AGBs	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AMWG/AMG	Arzneimittelwerbegesetz
ApoR	Apotheke und Recht (Zeitschrift)
BayVGH	Bayrischer Verwaltungsgerichtshof
BfB	Bundesverband freier Berufe
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Amtliche Entscheidungssammlung des BGH
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Entscheidungssammlung des BVerfG
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Amtliche Entscheidungssammlung des BVerwG
BVST	Bundesverband der Synergetik Therapeutinnen und Therapeuten
DFB	Deutscher Fußballbund
ES-HWG	Entscheidungssammlung zum HSWG
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GG	Grundgesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
HeilPrG	Heilpraktikergesetz
h.M.	herrschende Meinung
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
MedR	Medizinrecht (Zeitschrift)
MD	Magazin Dienst (Zeitschrift)
MMR	Multimedia und Recht (Zeitschrift)
m.w.Nachw.	mit weiteren Nachweisen
Nds.	Niedersachsen/niedersächsisch
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report (Zeitschrift)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Zeitschrift)
OLG	Oberlandesgericht

OVG	Oberverwaltungsgericht
OWi.	Ordnungswidrigkeit
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten i.d.F. v. 19.2.1987(BGBl. I, S. 156)
PartGG	Partnerschaftsgesellschaftsgesetz
Pharma Recht	Pharma Recht (Zeitschrift)
RG	Reichsgericht
RGBL.	Reichsgesetzblatt
Richtl.	Richtlinie
Rspr.	Rechtsprechung
Sc.	scilicet, lateinisch: ergänze
Slg.	Sammlung
StGB	Strafgesetzbuch
UWG	Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb
VGH	Verwaltungsgerichtshof
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (Zeitschrift)

Teil 1: Die Werbepraxis im BVST

I. Gutachtauftrag und Zielsetzung

Der Berufsverband der Synergetik Therapeutinnen und Therapeuten e.V. hat den Unterzeichneten beauftragt,

- die Anwendbarkeit des Heilmittelwerbegesetzes auf die aktuellen Werbemaßnahmen seiner Mitglieder zu untersuchen.
- Dafür sollen die Ansicht des OVG Lüneburg in seiner Entscheidung v. 27.5.2004¹ zur Befreiung von der Erlaubnispflicht nach dem HeilpraktikerG überprüft und mit Blick auf den Beschluss des BVerfG v. 2.3.2004² zur Erlaubnisfreiheit bei Geistheilung vertieft werden.
- Es ist zu prüfen, ob die Publikationen im Session-Heft 7 als Wiedergabe von Krankengeschichten oder Behandlungswerbung gem. § 11 Nr. 3 und § 12 Abs. 2 HMWG anzusehen sind.
- Auch entsprechende Internet-Publikationen sollen in diese Prüfung einbezogen werden.
- Naheliegende UWG-Tatbestände sind ebenfalls zu behandeln.
- Soweit rechtliche Bedenken bestehen, sollen Möglichkeiten aufgezeigt werden, die mit dem Wettbewerbsrecht besser in Einklang zu bringen sind. Die Analyse ist insofern rein hypothetisch und soll auf keinen Fall die Entscheidung zur Grundfrage der Anwendbarkeit des Gesetzes präjudizieren.

Auf der Grundlage dieser Vorgaben lassen sich folgende Untersuchungsgegenstände und -ziele hervorheben:

Nachdem bereits eine Reihe von widersprüchlichen Gerichtsentscheidungen zu den Fragestellungen vorliegt – bisher allerdings nur zum einstweiligen Rechtsschutz – scheint die fachjuristische Argumentation noch längst nicht ausgestanden. Es geht deshalb in erster Linie darum, die Erlaubnisfreiheit der synergetischen Berufsausübung nach *Joschko* und der daraus folgenden werberechtlichen Unterscheidung von heilberuflichen Verbotsvorschriften rechtswissenschaftlich zu untersuchen. Das geschieht trotz der Beauftragung durch den Interessenverband in voller wissenschaftlicher Unabhängigkeit, da vor Auftragsübernahme eine unbeeinflusste Voruntersuchung stattgefunden hat, die das Ergebnis der Endbegutachtung bereits klar und eindeutig erkennen ließ.

In weiterem Zusammenhang soll auch ein Beitrag zum allgemeinen Recht freier Berufe geleistet werden. Verf. hat bereits wiederholt für andere neu entstandene oder neuartig entwickelte Berufe die Ausgestaltung und Anerkennung als freie Berufe beraten. Insbes. hat er bestimmte Technik- und Psychologieberufe untersucht und sowohl zur Verkammerung beratender Ingenieure und zur steuerlichen Anerkennung der Vermessungsingenieure beigetragen³, als auch eine umfassende Analyse zum Freiberufsrecht beratender Psychologen vorgelegt.⁴ Die hierzu gewonnenen Einsichten sollen für die Abgrenzung psychotherapeutischer und synergietechnischer Berufsausübung fruchtbar gemacht werden.

¹ Az. 8 ME 41/04 und 8 ME 42/04; 5 B 7/04 und 5 B 13/04, abrufbar unter www.heilpraktikergesetz.de/ovg-lueneburg.html.

² Az. 1 BvR 784/03, abrufbar unter www.vfp.de/recht/urt_07.php.

³ S. *Herrmann*, *Recht der Kammern und Verbände freier Berufe*, 1996, S. 440 ff., betr. Vermessungsingenieure; S. 384 ff., betr. Ingenieurkammern.

⁴ *Herrmann*, *Freiberufsrecht psychologischer Gutachter und Berater. - Rechtsgutachten für die Sektion freiberuflicher Psychologen des BDP*, maschinenschriftliche Fassung 2005.

Wenn gleichwohl im Folgenden viele Kernfragen der Freiberuflichkeit der Berufsausübung und der daraus folgenden Berufspflichten und Berufsrechte ausgespart werden, so geschieht das lediglich aus Zeitgründen und unter dem Vorbehalt künftiger Untersuchung.

Noch eine weitere Zielsetzung ist mit dem Vorigen verbunden. Die immer noch zunehmende Tendenz überkommener Wissenschaftsbereiche, in Spezialfeldern mit anderen Wissenschaften zusammen zu arbeiten, findet in der Berufspraxis zwar weitgehend Anerkennung, doch sind auch vielfach noch Vorbehalte unübersehbar, die mit wissenschaftlicher Vorsicht unzureichend erklärt werden können. Vielmehr scheinen bekannte Phänomene der Marktabschottung gegenüber Newcomern allzu oft bestimmend. Verf. ist schon seit etwas mehr als 30 Jahren für die Öffnung traditionell ständischer Verbandsstrukturen eingetreten⁵ und hat diese Intention bis zuletzt fortgesetzt.⁶ Vielfach werden sogar lauterkeitsrechtliche Instrumente von Verbänden dazu missbraucht, Marktzutrittskandidaten oder Marktneulingen das Leben schwer zu machen. Auch solchen Praktiken ist der Verf. in den genannten Publikationen entgegengetreten. Es liegt deshalb nahe, dass dieser Zusammenhang im Folgenden mit bedacht wird.

Der Aufbau folgt in beiden Teilen den mitgeteilten Gutachtenfragen. Die Zweiteilung erwies sich als zweckmäßig, um zunächst neben dem Meinungsstand von Rspr. und Lehre die eigene Ansicht des Verf. deutlich zu machen. Getrennt hiervon kann sodann gezeigt werden, auf welchem Wege verbleibende Rechtsunsicherheiten und Rechtsrisiken bewältigt werden können. Dabei kommt eine Methode des rechtlichen Risikomanagement zur Anwendung, die sich zwar in der Praxis der Unternehmensberatung schon länger bewährt hat, aber rechtstheoretisch noch weitgehend unbekannt ist. Deshalb sind einige methodische Erläuterungen eingefügt, die den Rahmen des Gutachtens vielleicht etwas überschreiten, aber zum Verständnis der wissenschaftlichen Fundierung unabdingbar notwendig erscheinen.

Mit der Untersuchung wird allerdings keine Garantie übernommen, dass die behandelten Rechtsrisiken ausgeräumt oder auch nur bestmöglich vermindert sind. Doch darf versichert werden, dass die Risikoanalyse aufgrund sorgfältiger Prüfung der Sach- und Rechtslage durchgeführt wurde.

II. Zur Heilmethode und Professionalisierung des Berufsstandes

1. Rechtserhebliche Aspekte. Der Gutachter kann als Rechtswissenschaftler auf keinen Fall auch technische, medizinische oder sonstige heilberufliche Kompetenzen für sich in Anspruch nehmen. Demzufolge bleibt die Untersuchung im Folgenden darauf beschränkt, das juristisch Wesentliche aus den technischen und heilmethodeischen Angaben der Fachdiskussion herauszufiltern und nur insoweit für die juristische Beurteilung zu übernehmen, als diese nach dem Eindruck des Fachfremden unstrittig sind.

Soweit kontroverse heilmethodeische Ansichten rechtserheblich sind, bleibt nur der Weg einer alternativen Beurteilung der juristischen Konsequenzen. Beide Gegenmeinungen werden auf ihre Rechtsfolgen hin untersucht. Nur soweit sich im juristischen Ergebnis kein Gegensatz ergibt, kann unvorbehalten mit der weiteren Rechtsprüfung fortgefahren werden. Andernfalls muss ein Vorbehalt sachverständiger Fachprüfung gemacht werden. Soweit dies im Folgenden der Fall ist, wird es deutlich hervorgehoben.

⁵ Vgl. *Herrmann*, WuW 1975, 149 ff., betr. DFB-Lizenzen; *ders.* Recht freier Berufe, in: Sahner (Hrsg.), Zur Lage der freien Berufe, 1989, S. 299 ff.; *ders.*, Recht der Kammern und Verbände freier Berufe, a.a.O.

⁶ S. *Herrmann*, in Ehlermann (Hrsg.), Competition Policy, 2005, abrufbar unter www.iue.it/FMPro.

2. Psychotherapeutische Fremdheilung und technische Hilfe zur Selbstheilung.

Heilmethodischer Hauptaspekt des Folgenden ist die Frage, ob die synergetischen Methoden, wie sie von den Mitgliedern des Berufsverbandes der Synergetik Therapeutinnen und Therapeuten (BVST) praktiziert werden, als Ausübung der Heilkunde i.S. § 1 Abs. 2 HeilPrG⁷ anzusehen sind. Die Vorschrift definiert als Heilkunde „jede berufsmäßig vorgenommene Tätigkeit zur Feststellung, Heilung oder Linderung von Krankheiten, Leiden oder Körperschäden bei Menschen...“. Nach den Angaben des BVST soll es hieran fehlen, weil die synergetischen TherapeutInnen nicht selbst lindern oder heilen, sondern dies dem Patienten vollständig selbst überlassen. Es werde lediglich eine Hilfe zur Selbstheilung und Selbstlinderung gewährt. Ein weiterer bisher weniger beachteter Begründungsansatz geht dahin, dass es im Kern um eine besondere Form der Bionik i.S. der Technikwissenschaft geht.⁸ Dieser Aspekt wird im Folgenden besonders hervorgehoben.

An dieser Stelle geht es noch nicht darum, die Anwendbarkeit des § 1 HeilPrG zu beurteilen.⁹ Vorerst kommt es allein darauf an, den heilmethodischen Denkansatz zu kennzeichnen, soweit dieser rechtserheblich ist. Dazu liegt zwar der Einwand nahe, dass es kaum einen medizinischen Heilerfolg gibt, der unabhängig vom Heilungswillen des Patienten und von dessen psychosomatischer Kooperation abhängt. Doch bedeutet das noch nicht, dass keine grundsätzlichen heilmethodischen Unterschiede zur Synergetik und deren Methode der Hilfe zur Selbsthilfe bestehen. Die Trennungslinie verläuft dort, wo die Mitwirkung des Patienten zur dominanten Größe im Genesungsprozess wird und wo die technische Qualifikation der Behandlungsmethode den Ausschlag gibt. Folgende Grundannahmen und werblichen Kernaussagen sind hervorzuheben¹⁰:

Es wird ein sog. Synergetik-Profilung bei Problemen psychischer (mentaler oder emotionaler) Natur, insbes. bei psychischen Veränderungen durch Depressionen, Phobien, Traumata etc. und bei körperlichen Symptomen angeboten, das Aufschluss geben kann, woher diese Krankheiten und Leiden kommen, und helfen soll, diese von innen her durch Selbsthilfe des Körpers vermittels Neuverknüpfung neuronaler Muster zu bewältigen. Die Synergetik setzt an der „feinstofflichen“, d.h. psychischen Ebene an und sei derart kraftvoll, dass ihre Wirkung auf die grobstoffliche körperliche Ebene durchdringt. Dieser Vorgang wird als Bearbeitung elektromagnetischer Felder und Frequenzen des Gehirns vorgestellt, bei der angenommen wird, dass das Gehirn ein offenes, sich selbst regulierendes System ist, das sich in Resonanz mit allen umgebenden elektromagnetischen Feldern befindet.

Die Arbeit mit dem Kunden setzt deshalb bei der Hilfe zur Selbsterkennung sog. neuronaler Fraktalen an, d.h. bei inneren Bildern, Symbolen, Persönlichkeitskomponenten und Träumen, die durch Konfrontation mit dem Bewusstsein zu einer Änderung angeregt werden. Sie sollen sich in einem frei laufenden Prozess analog dem neuen, bewusst geschaffenen Kontext zu neuen, gewünschten Bildern zusammensetzen. Bei mehrmaliger Bearbeitung ändere sich die neuronale Struktur der Fraktalen dauerhaft, so dass sich bei den Klienten die Wahrnehmung und die Verarbeitung der Wahrnehmung mit anschließender Emotionsbildung dauerhaft und im Einklang mit seiner psychischen Disposition stabilisieren kann. Die neuronalen Neuverknüpfungen sollen direkte Auswirkungen auf die Psyche des Klienten mit der Wirkung haben, dass das Immunsystem und weitere Regelkreise des Körpers sowie die Gesamtheit der körperlichen Gesundheit positiv beeinflusst werden.

⁷ Gesetz über die berufsmäßige Ausübung der Heilkunde ohne Bestallung v. 17.2.1939 (RGBl. I, S. 251), geändert durch Art. 53 des EGStGB v. 2.3.1974 (BGBl. I, S. 469).

⁸ Vgl. vorerst nur die Angaben von *Joschko*, Psychobionik, in Synergetische Innenweltenreisen, Okt. 2004, 23 ff.

⁹ Dazu s.u. zu III.2.

¹⁰ Die Darstellung lehnt sich im Folgenden bewusst an die Ausführungen des BayVGH, aaO., S. 2 ff. an, um im Weiteren zu zeigen, dass das Gericht trotz richtiger tatsächlicher Erfassung des Behandlungssphänomens falsche rechtliche Schlüsse gezogen hat.

Im Einzelnen geht es um Selbstheilungen durch Hintergrundbearbeitung von Krankheiten, Schmerzen, Ängsten, Depressionen, Schocks, Missbrauch, Beziehungskonflikten und dergl. Es werden 100 Beispiele von A bis Z beschrieben, zu denen gehören: Alkoholabhängigkeit, Allergien, Angstzustände, Asthma, Brustkrebs, Depressionen, Diabetes, Epilepsie, Hautkrebs, Hepatitis, Herzbeschwerden, Herzinfarkt, Herzrhythmusstörungen, Leukämie, multiple Sklerose, Nierenversagen, Panikfälle, Rückenmarksentzündungen, senile Demenz, etc.

Bei alledem wird keine Diagnose oder Therapie im medizinischen Sinne, sondern Hilfe zur Selbsthilfe in Aussicht gestellt und betont, es handele sich um ein Angebot der Wellness-Industrie. Die Aufgabe des Synergetikers beschränke sich darauf, die Klienten durch Abspielen von Musik, Vorlesen von Entspannungstexten, Rückwärtszählen-Lassen und das Suggestieren des Herabsteigens in die eigene Seele sowie des Öffnens von inneren Türen in den gewünschten Zustand der Entspannung zu versetzen. Es handele sich um eine „Innenweltreise“.

Die skizzierte Behandlungsmethode unterscheidet sich zunächst erheblich von den geläufigen Methoden der Psychoanalyse und der Selbsterfahrung. Denn hier ist die methodisch fundierte Deutung der Träume, Erlebnisse und Widerstände neben der Schilderung des Patienten derart wichtig, dass der Heilungserfolg wesentlich von der wissenschaftlich angeleiteten und schulmäßig spezialisierten Fähigkeit des Therapeuten abhängig ist. Ein Psychoanalytiker wird deshalb stets von den aktuellen Erlebniserfahrungen auf die Herkunft in der Lebensgeschichte des Patienten zurückgehen und auf Bewältigung von Störungen in dieser Hinsicht hinwirken. Methoden der Selbsterfahrung unterscheiden sich davon, um nur noch eine Therapierichtung zu nennen, nicht prinzipiell. Sie zielen nicht auf die Deutung, Bewusstmachung und den Abbau von Widerständen, sondern haben eine ganzheitliche Erlebnismethode zum Gegenstand. Aber es liegt doch wesentlich an der Konzeption der Erlebnisdeutung, wie die Heilungshilfen ansetzen.

Prinzipiell anders sind die synergetischen Heilungshilfen strukturiert. Es geht nicht um methodisch fundierte Fremd- oder Selbstdeutung vergangener Erlebnisse, sondern um die Freisetzung von den im Klienten selbst vorhandenen Kräften, die in Anlehnung an physikalische Konzepte als Energien aufgefasst werden. Ist durch die angeleiteten (Selbst-) Gesprächssitzungen der Anschluss hieran gefunden, so läuft der Heilungsvorgang nach der Aussage der Synergetiker ohne weitere Heilungshilfen wesentlich von selbst ab. Der Klient ist nicht wie ein Patient auf Heilung angewiesen, sondern er heilt sich selbst.

Hinzu kommt und wesentlich ist, dass die Selbstheilung nicht nur als Bewusstmachungsvorgang und Anschlussbearbeitung vorgestellt ist, sondern psychobionische Energien freigesetzt werden sollen. In einem allgemeinverständlichen Aufsatz über „Psychobionik“ schreibt *Joschko*¹¹, seine Behandlungsmethode habe ihr „Wirkungsprinzip“ aus der Bionik abgeleitet, wonach die Evolution der Natur als optimierende Mutation und Selektion biologischer Strukturen ablaufe und selbstverständlich auch das Gehirn erfasse. Diese Ansicht geht zurück auf eine Schrift des Mathematikers und Physikers *Hermann Haken* über „Erfolgsgeheimnisse der Natur“ von 1982, in der bestimmte autopoietische Systemveränderungen naturwissenschaftlich analysiert wurden. Auch biochemische Parallelforschungen von *Prigogine*, *Manfred Eigen* u.a., die die Konzepte der „molekularen Selbstorganisation“ und der „chemischen Hyperzyklen“ prägten, waren für *Joschko* grundlegend.¹² Die Autopoiesis-Forschung hat zudem die soziologischen Systemtheorien bis hin zu rechtssoziologischen Arbeiten stark beeinflusst.¹³ Als eigener interdisziplinärer Forschungszweig mit primär biologischen und technischen Kernkompetenzen ist die Bionik erst in den 90er Jahren auf breitere Anerkennung gestoßen,

¹¹ *Joschko*, Psychobionik, in Synergetische Innenweltreisen, Okt. 2004, 23 ff.

¹² Ebd. S. 23 m.w.Nachw.

¹³ Vgl. nur *G. Teubner*, Das Recht als autopoietisches System, 1989, dazu Th. Raiser, Das lebende Recht, 1995, S. 73 u.ö.

wobei sich bereits Spezialisierungen auf den Gebieten der Konstruktionsbionik, Strukturbionik, Verfahrensbionik und der Informationsbionik herausgebildet haben. Ohne genaue Zuordnung hierzu fügt *Joschko* noch den Bereich der von ihm sog. Psychobionik hinzu.¹⁴

Auf dieser methodischen Grundlage werden die Erlebnisse und Eindrücke des Menschen bis hin zu Glaubenssätzen über sich selbst und die Welt als Energiebilder in neuronaler Form verstanden, die mit kollektiven Überlieferungen in einem „morphogenetischen Feld“ verbunden sind. In den Gesprächssitzungen wird versucht, diese individuellen Verfestigungen und kollektiven Anbindungen durch Entspannungszustände und engergetische Schübe aufzubrechen. Es entsteht ein psychosomatisches Ungleichgewicht („Chaos“), dessen Neuordnung als autopoietische Optimierung vorgestellt ist. Der Vorgang wird sogar anhand einer sog. Mutationsmaschine exemplifiziert und in mathematische Formeln gefasst.¹⁵ Doch soll dies hier nur als allgemeiner Hinweis auf die geistige Herkunft der Konzeption vorgestellt und nicht weiter vertieft werden.

Selbstverständlich kann diese technik-biologische Sichtweise kritisch kommentiert werden, zumal sie die mechanistischen Einflussfaktoren stark in den Vordergrund stellt und die mehr geistigen Wirkungen von Ideologien, Glaubenswelten und dergl. übergeht. Aber darum geht es hier nicht. Im Gegenteil, gerade der physikalisch-technische Denkansatz der *Joschko*'schen Synergiemethode unterstreicht den schon hervorgehobenen Unterschied zur Psychotherapie. *Joschko* ist der geistigen Herkunft nach kein Psychologe, sondern Techniker, und dies ist er bis heute im Kern geblieben, auch wenn er immer wieder betont, die „Zusammenarbeit“ mit Ärzten, Heilpraktikern, Psychotherapeuten und „Heilern“ sei dringend geboten.¹⁶

3. Synergetik und Berufsverband. Die im Vorigen skizzierte Selbstheilungsmethode ist keine vereinzelte Invention eines interdisziplinär arbeitenden Technikers geblieben, sondern sie hat sowohl eine gewisse Verbreitung in Deutschland erfahren, als auch über Deutschland hinaus manche Bestätigungen gefunden. Man kann in dieser Entwicklung u. U. eine Professionalisierung sehen, die den Beruf des Synergetik-Profilers als freien Beruf im soziologischen und im rechtlichen Sinne einordnen lässt. Doch soll diese Frage hier späterer Untersuchung vorbehalten bleiben. Nur einige Eckpunkte dazu sind im Folgenden hervorgehoben.

Nach § 1 Abs. 2 PartGG ist als freier Beruf anerkannt, die „persönliche, eigenverantwortliche und fachlich unabhängige Erbringung von Dienstleistungen höherer Art im Interesse der Auftraggeber und der Allgemeinheit“, sofern diese „...auf der Grundlage besonderer beruflicher Qualifikation oder schöpferischer Begabung“ beruht. Die Merkmale der Dienstleistung „höherer Art“ und der besonderen Qualifikation werden nicht notwendig durch ein Hochschulstudium erfüllt, sondern können auch bei anderweitiger wissenschaftlicher Fundierung und entsprechender Ausbildung gegeben sein. Insoweit kann vorläufig auf die Ausführungen zur Synergetik-Methode verwiesen werden, die zwar in erster Linie das Ziel verfolgen, die Abgrenzung zur Psychotherapie zu begründen, aber doch zugleich auch zeigen, dass die Fundierung in der Psychobionik ein hohes interdisziplinäres Niveau hat.

Auch weitere Typusmerkmale der Freiberuflichkeit sind mit Blick auf die Verbandsorganisation im BVST erfüllt. Die deutsche Entwicklung setzte mit der Gründung des Berufsverbandes der Synergetik Therapeutinnen und Therapeuten im Juni 2002 in Bischoffen-Roßbach ein. Damals waren 32 Mitglieder beteiligt, die mit der Methode vertraut

¹⁴ A. a. O. S. 24.

¹⁵ Ebd. S. 26 ff.

¹⁶ Ebd. S. 25.

waren. Bis Juli 2004 wuchs die Mitgliederzahl auf 150.¹⁷ Der satzungsmäßige Förderzweck war von Anfang an auf die gesellschaftliche Anerkennung des Berufes konzentriert. Dazu gehört nach dem Selbstverständnis des Verbandes, dass der Beruf überall in Deutschland frei, d.h. ohne Einschränkungen durch das HeilpraktikerG ausgeübt werden kann. Auch soll der Verband zur Erhöhung des Bekanntheitsgrades der Behandlungsmethode, zur Weiterentwicklung des Berufsbildes und zur sonstigen Öffentlichkeitsarbeit beitragen. Vor allem aber erfolgt im Bischoffen-Roßbacher Stammhaus des Verbandes die Ausbildung zum behandelnden Fachdienstleister.

Im Januar 2005 wurde ein weiteres Ausbildungszentrum in Starzach-Bierlingen nahe Tübingen eingerichtet, das aufgrund seiner süddeutschen Lage die Verbindung zu den angrenzenden Ländern Österreich, Liechtenstein, Schweiz und Frankreich erleichtern soll. Weitere Häuser im europäischen Ausland oder darüber hinaus gibt es aber bisher nicht. Der Verband verfügt über keine genauen Zahlen der bisher mit dieser Methode behandelten Klienten, doch wirbt er damit, dass seine Mitglieder ihren vollen Lebensunterhalt mit der Berufsausübung verdienen können. Demzufolge kann man mit einiger Sicherheit bereits von 5-stelligen Klientenzahlen ausgehen.

Für die Professionalisierung des Berufes der Synergetik-Profiler sind aber weniger die Zahlen zur quantitativen Bedeutung wichtig, sondern es kommt mehr die Anerkennung und aufsichtsrechtliche Kontrolle der laut § 1 Abs. 2 PartGG typusbildenden Grundsätze an. Dazu ist hervorzuheben, dass der BVST einen Ethikkodex erlassen hat, auf den alle Teilnehmer der Synergetik-Ausbildung im Ausbildungszentrum des BVST von Anfang an verpflichtet werden. Das hat zwar keine über den Verlauf der Ausbildung hinausreichende rechtsverpflichtende Wirkung. Doch müssen sich sämtliche Mitglieder des BVST bei Beitritt zu diesem Berufsverband erneut den Ethikrichtlinien unterwerfen; und sie laufen Gefahr, vom Verband ausgeschlossen zu werden, wenn sie aufgrund eines Disziplinarverfahrens vor einer Verbandsversammlung einer schwerwiegenden und auf Abmahnung nicht eingestellten Berufspflichtverletzung für schuldig befunden werden.¹⁸

Die Ethikrichtlinien sehen zur Berufsaufgabe zunächst den Grundsatz „verantwortungsvoller Leistungserbringung“ vor (Präambel Abs. 1), worunter neben der Erfüllung der sogleich näher erläuterten Pflichten zur Qualitätssicherung auch die Pflicht zu einer Art ideologischer Neutralität zu verstehen ist. Die Präambel (Abs. 2 S. 2) formuliert dazu: „Die Synergetik Therapie ist keinem Weltbild verpflichtet. Sie kann mit jedem Weltbild arbeiten und zielt auch nicht darauf ab es zu verändern.... Er (der Profiler) darf dem Klienten weder Weg noch Ziel vorgeben, ist aber bestrebt, den Klienten bei seiner Selbstheilung synergetisch zu unterstützen“. Wie man sieht, folgt die ideologische Neutralitätspflicht aus dem Prinzip der Selbstheilung, das im selben Abs. der Präambel noch einmal, wie folgt, festgelegt ist: „Basis seiner (des Profilers) Arbeit ist die Selbsterfahrung des Klienten mit seinen inneren Bildern in Form von freilaufenden synergetischen Innenweltreisen“.

Zur Qualitätssicherung werden Fortbildungspflichten in Nr. 2.3, wie folgt, geregelt: „Synergetik Therapeuten...verpflichten sich,

- a. sich regelmäßig fortzubilden und an den Weiterbildungsveranstaltungen des Synergetik Therapie Instituts teilzunehmen (oder geeignete Seminare, die der Berufsverband anerkannt hat).
- b. Andere ganzheitliche Therapiemethoden zu achten und ihren Berufskollegen mit Respekt und Aufrichtigkeit zu begegnen.“

Damit ist bereits die auch sonst in Freiberufsrechten typische Kollegialitätspflicht aufgeführt, die ebenfalls unter die eingangs erwähnte Berufsaufsicht des BVST gestellt ist. Den Abschluss des Pflichtenkatalogs bildet die Hinweispflicht auf ergänzende Arztbehandlung:

¹⁷ Schreiben des BVST v. 18.7.2005; zu 2004 vgl. *Meßmer*, in: Synergetische Innenweltreisen, a.a.O. S. 82.

¹⁸ Ethikrichtlinien Nr. 3.

- ... d. Klienten darauf aufmerksam zu machen, dass die Synergetik Therapie keinen Arzt, Psychotherapeuten oder Heilpraktiker ersetzt und dass der Klient sich während der Therapie weiterhin mit seinem Arzt des Vertrauens beraten sollte. Die Zusammenarbeit ist erwünscht und wichtig.“

III. Werbung für erlaubnisfreie Wellness-Dienste

Damit ist Darstellung zur Heilmethode und zur Professionalisierung abgeschlossen. Die rechtliche Untersuchung setzt nicht bei der derzeit wohl aktuellsten Frage zum Vorwurf der Wiedergabe von Krankengeschichten, sondern damit an, das logisch vorgelagerte Problem unlauterer Werbung bei gesetzlich verbotener Berufstätigkeit zu analysieren. Erst im Anschluss daran kann das Spezialproblem zu § 11 Nr. 3 HMWG angegangen werden.

1. Unlauterer und gesetzwidriger Wettbewerb gem. § 3 UWG. Das UWG ist im Jahre 2004 aufgrund einer europäischen Richtlinie grundlegend geändert worden.¹⁹ Dabei sind nicht nur der Sittenwidrigkeitsbegriff als große Generalklausel (jetzt § 3) gestrichen und statt dessen der Lauterkeitsbegriff eingeführt worden sowie der aus der langjährigen Rspr. entwickelte Verbotskatalog des § 4 neu geregelt worden, sondern die Einwirkung des europarechtlichen Verbraucherbegriffs auf das nationale Recht ist nunmehr vollends unumgänglich geworden. Demzufolge darf für die Einschätzung der Gefahren der Irreführung, unsachlichen Beeinflussung etc. nicht von einem Durchschnittsverbraucher mit Hilfsschulbildung und großer Unachtsamkeit ausgegangen werden, wie die Rspr. es bis zuletzt noch häufiger getan hat²⁰, sondern der Durchschnittstyp ist ein informationsbereiter und „mündiger“ Verkehrsteilnehmer.²¹ Das entsprach an sich schon nach altem Recht der h.M.²², doch ist die Gegenansicht zur nationalen Besonderheit des Verbraucherschutzniveaus²³ nunmehr nach der Novellierung des UWG in Umsetzung der EU-Richtlinie zwingend aberkannt geworden.²⁴ Das gilt nicht nur für den Verbraucherbegriff bei der Zweckangabe des Gesetzes in § 1, sondern auch für die im Folgenden erheblichen §§ 3 f., die ebenfalls den Verbraucherbegriff enthalten.

Auf diese Neuerung wird nachfolgend immer wieder zurückzukommen sein. Doch geht es vorab nicht um die Unlauterkeit im weiteren Sinn, sondern darum, dass gesetzwidriger Wettbewerb immer dann als unlauter anzusehen ist, wenn das Gesetz keine Ausnahme von dieser Regel erkennen lässt.²⁵ Das war auch schon nach altem Recht so und ist von der Absenkung des Verbraucherschutzniveaus nach einhelliger Ansicht unberührt geblieben. Die Rspr. hat speziell zur Ausübung der Heilkunde ohne die nach § 1 HeilprG²⁶ erforderliche Erlaubnis seit Langem geurteilt, dass sittenwidriger Wettbewerb i.S. § 1 UWG a.F. vorliegt.²⁷ Daran ist auch nach der UWG-Novelle von 2004 unverändert festzuhalten.

¹⁹ Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb v. 3.7.2004, BGBl. I, S. 1414.

²⁰ Vgl. nur BGHZ 36, 33; Palandt/Heinrichs, § 133 BGB, Rdn. 9.

²¹ Vgl. – grundlegend – EuGH Slg. 1995 I, 1923 „Verein gegen Unwesen im Handel und Gewerbe e.V. gegen Mars GmbH“; neuerdings EuGH, Slg. 2000, I-2321, 2334, 2336, Tz. 20, 28 „Darbo“; zu § 3 UWG a.F. auch BGH NJW-RR 1999, 1490; w.Nachw. b. *Emmerich*, Unl. Wettb., S. 266.

²² S. insbes. BGH NJW-RR 2000, 1490 - Orientteppiche.

²³ Nachw. bei *Emmerich*, Unlauterer Wettbewerb, a.a.O. S. 265 ff.

²⁴ Zu den Gesetzesmotiven s. Begr., BT-Drs. 15/ 1487, S. 19; vgl. *Emmerich*, a.a.O. S. 268.

²⁵ Eine solche Ausnahme ist etwa anzunehmen, wenn Verletzungen des Gesetzes unter dem besonderen Schutz einer Behörde und/oder einer speziellen Gerichtszuständigkeit gestellt sind, wie es nach dem GWB mit dem Schutz durch die Kartellbehörden und der Zuständigkeit der Kartellgerichte der Fall ist; dazu und zur sog. Vorfeldwirkung s. *Sack*, GRUR 1975, 297 ff.; *Herrmann*, Interessenverbände und Wettbewerbsrecht, 1984, S. 407 ff.

²⁶ v. 17.2.1939, zuletzt geändert 23.10.2001, BGBl. I, S. 2702.

²⁷ Vgl. nur BGH GRUR 1981, 665, 666 „Knochenbrecherin“; BGH GRUR 1999, 512, 513 „optometrische Leistungen I“.

§ 1 Abs. 1 HeilprG enthält ein sog. Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. D.h. grundsätzlich ist es verboten, „Heilkunde“ auszuüben, „...ohne als Arzt bestellt zu sein“. Die vorbehaltene Erlaubnis ist entweder die der ärztlichen Approbation oder die der gesundheitsbehördlichen Entscheidung nach §§ 1 Abs. 1, 7 HeilprG. i.V. der Ersten Durchführungsverordnung zum HeilprG (DVO).²⁸ Nach § 3 DVO ist für die Heilpraktikererlaubnis die untere Landesverwaltungsbehörde, also meist die Kreisverwaltung zuständig, die im Benehmen mit dem örtlichen Gesundheitsamt zu entscheiden hat. Die Verfügung setzt insbes. nach § 2 Abs. 1 lit. i DVO voraus, dass sich aus einer Überprüfung der Kenntnisse und Fähigkeiten des Antragstellers durch das Gesundheitsamt ergibt, dass die Berufsausübung keine „Gefahr für die Volksgesundheit“ bedeuten würde.

Zur Unlauterkeit nach § 3 UWG ergibt sich, dass die erlaubnislose Betätigung ohne Gefahrenkontrolle für die Volksgesundheit erfolgen würde. Damit wäre sowohl das Interesse der Allgemeinheit i.S. § 1 UWG verletzt als auch jeder einzelne Patient einer für ihn nachteiligen Gefahr ausgesetzt. Deshalb erschöpft sich die Bedeutung des HeilprG nicht in den durch das Gesetz selbst angeordneten Sanktionen der behördlichen Abmahnung und der Strafbarkeit, sondern privatrechtliche Unterlassungs-, Beseitigungs-, Schadensersatz- und Gewinnabschöpfungsansprüche von Kunden und/oder Mitbewerbern treten nach §§ 8-10 UWG ergänzend daneben.

2. Unanwendbarkeit des HeilprG. Der Wortlaut des HeilprG ist nach moderner Ansicht viel zu weit gefasst. Das hängt mit den historischen Gegebenheiten im Gesetzgebungsjahr 1939 zusammen. Nach Inkrafttreten des Grundgesetzes war die Berufsfreiheit mit hohem Verfassungsrang geregelt (Art. 12 Abs. 1 GG), so dass Einschränkungen nur noch unter strengen Voraussetzungen der Gefahr für ein wichtiges Allgemeingut, der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit zulässig geworden sind.²⁹

a. Rechtsprechungsstand. Deshalb hat schon 1972 der BGH geurteilt, dass es nicht der Sinn und Zweck des Gesetzes sein kann, sämtliche heilkundliche Verrichtungen, die nicht die Behandlung von Patienten betreffen, sondern diese nur von außen vorbereiten oder unterstützen, unter das Ausübungsverbot fallen zu lassen. Deshalb wurde es als zulässig angesehen, dass Heilpraktiker, denen persönlich eine Erlaubnis erteilt ist, sich zu einer GmbH zusammenschließen. Die organisatorischen und sonstigen Hilfsleistungen der GmbH hielt der BGH für erlaubnisfrei, soweit dafür weder ärztliche Fachkenntnisse erfordert sind noch erhebliche Gesundheitsgefahren drohen.³⁰ Entsprechendes gilt nach der weiteren Rspr. auch für optometrische Leistungen³¹ und dergleichen „handwerkliche oder technische“ (sic!) Verrichtungen.³² Aber das Fallmaterial zeigt doch, dass bis zur jüngsten Entscheidung des BVerfG im Fall Geistheiler von 2004³³ nur behandlungsvorbereitende, nachbereitende oder begleitende Tätigkeiten dispensiert wurden.

Außerdem hat das BVerfG in einer Entscheidung von 2000 festgelegt, dass schon mittelbare Gefährdungen ausreichen, wenn das frühzeitige Erkennen ernster Leiden, das ärztliches Fachwissen voraussetzt, durch die technische Hilfsleistung verzögert wird und die Wahrscheinlichkeit einer solchen Gefahr nicht nur geringfügig ist.³⁴ In der Folge dieser Entscheidung war wiederum ein Ausufern der Verbotstätigkeit festzustellen, weil die Behörden für sich in Anspruch nahmen, bei der Beurteilung der mittelbaren Gefahr einen

²⁸ V. 18.2.1939, zuletzt geänd. 4.12.2002, BGBl. I, S. 4456.

²⁹ Sog. Drei-Stufen-Lehre, vgl. – grdl. – BVerfGE 7, 377, 402 f.; dazu *Herrmann*, in Sahner (Hrsg.), 299, 314 ff.

³⁰ BGH NJW 1972, 1132, 1133; BVerwGE 94, 269 m.w.Nachw.

³¹ BGH NJW 2000, 2736, 2737 „Optometrische Leistungen“.

³² Baumbach/Lauterbach/Köhler, § 4 UWG, Rdn. 11.78.

³³ Beschluss v. 2.3.2004, Az. 1 BvR 784/03, GewA 2004, 329, auch abrufbar www.vfp.de/recht/urt_07.php.

³⁴ BVerfG NJW 2000, 2736, 2737 „optometrische Leistungen II“.

gerichtlich nicht überprüfaren Entscheidungsspielraum zu haben.³⁵ Auch dem hat nun das BVerfG 2004 in Sachen Geistheilung³⁶ bis zu einem gewissen Grade Einhalt geboten.

Es ging um einen Antragsteller einer Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG. Die Berufstätigkeit beschrieb er selbst zwar als „geistiges Heilen“, doch war sie mit energetischen Wirkungen aufs Engste verbunden. Der Geistheiler gab an, er versuche die Seele des Kranken zu berühren, indem er mit Hilfe seiner Hände positive Energien auf das Zielorgan übertrage und dadurch Selbstheilungskräfte seiner Klienten aktiviere. Weder Diagnosen noch Medikamente würden zur Heilung eingesetzt, und er rate den Kranken dringend zu, einen Hausarzt oder Spezialisten zu konsultieren. Seine Mitgliedschaft im Dachverband Geistiges Heilen e.V. müsse für eine Überprüfung seiner hinreichenden Fähigkeiten zur Ausübung dieses Berufes ausreichen.

Im Gegensatz zu den meisten Verfahren gegen die *Joschko*'sche Synergetik hatte der Geistheiler einen Antrag auf Heilpraktikererlaubnis bei der für ihn zuständigen Behörde gestellt, dafür aber die Ablegung der Heilpraktikerprüfung i.S. § 2 lit i DVO abgelehnt. Da ihn die Behörde hiervon nicht freistellte und einen dahingehenden Ablehnungsbescheid erteilt hatte, waren erfolgloser Widerspruch, Anfechtungsklage und Berufung bis zur Erschöpfung des Rechtsweges betrieben worden, so dass die Verfassungsbeschwerde gem. § 90 Abs. 1 BVerfGG zulässig war.

Das Gericht gab dem Geistheiler Recht und bestätigte zunächst die bereits zitierte Ansicht, dass bei Tätigkeiten ohne ärztliche Funktion besondere Gesundheitsgefahren nachzuweisen sind. Das gelte auch für die Handauflegungen des Geistheilers, obgleich hierin eine unmittelbar behandelnde Tätigkeit zu sehen war. Dieser rechtsfortbildende Entwicklungsschritt wird zwar weder vom BVerfG selbst noch in der folgenden Rspr. und Fachliteratur besonders hervorgehoben. Er ist aber erheblich und wird auch von der bisher vorliegenden Rspr. zu Synergetik-Behandlung – trotz erheblicher Widersprüche im Übrigen – übereinstimmend nicht in Frage gestellt.

Das BVerfG bezieht des Weiteren im Einklang mit der bisherigen Rspr. auch mittelbare Gesundheitsgefahren in die Beurteilung ein, die darin bestehen, dass frühzeitiges Erkennen ernster Leiden, das ärztliches Fachwissen voraussetzt, durch die technische Hilfsleistung verzögert wird. Aber hierzu wird jetzt nicht mehr allein auf die Schwere der Gefährdung, sondern zudem darauf abgestellt, dass die Gefahrenlage durch den Berufsausübenden selbst konkret herbeigeführt oder verstärkt wird. Wörtlich heißt es: Gesteht man Verwaltung und Gerichten im Hinblick auf die Eignung der Erlaubnispflicht nach dem HeilprG zur Abwehr mittelbarer Gefahren für die Volksgesundheit eine Einschätzungsprärogative zu, ...muss lediglich sichergestellt werden, dass ein solches Unterlassen (sc. Versäumen ärztlicher Hilfe) nicht vom Beschwerdeführer veranlasst oder gestärkt wird... Es muss gewährleistet sein, dass der Beschwerdeführer die Kranken zu Beginn des Besuchs ausdrücklich darauf hinweist, dass er eine ärztliche Behandlung nicht ersetzt. Das kann etwa durch einen gut sichtbaren Hinweis in seinen Räumen oder durch entsprechende Merkblätter, die zur Unterschrift vorgelegt werden, geschehen“.³⁷

Das Zitat zeigt, dass das BVerfG einen Entscheidungsspielraum der Behörde (Einschätzungsprärogative) annimmt, diese aber durchbricht, soweit die Einschätzung nicht auf konkrete Gefahrenumstände gestützt ist. Hat der Behandelnde zum Zeitpunkt des Beginns des Besuches in besonders hervorgehobener Weise darauf aufmerksam gemacht, dass er keinen Arzt ersetzt, so genügt dies dem BVerfG. Der Hinweis braucht nicht bereits in der Werbung außer Hauses zu erfolgen, sondern er muss erst dann vorliegen, wenn die Behandlung unmittelbar bevorsteht. Zum Erfordernis deutlicher Wahrnehmbarkeit sind Beispiele genannt, die selbstverständlich nicht als abschließender Katalog zu verstehen sind.

³⁵ Sog. Einschätzungsprärogative, dazu sogleich näher.

³⁶ A.a.O., Fn. 33.

³⁷ A.a.O zu Nr. II.2.b mit Hinw. auf LG Verden, MedR 1998, 183 m. Anm. *Taupitz*.

Doch bedarf es hierfür einer systematisierenden Einordnung und Abstimmung auf die allgemeinen Informationsanforderungen des Arzt- und Produkthaftungsrechts.³⁸

Die Folgerechtsprechung zur Synergetik nach *Joschko* ist, wie gesagt, uneinheitlich. Teils wird die Vergleichbarkeit zum Geistheiler wegen der Ausrichtung auf die Selbstheilungskräfte bejaht³⁹, teils wegen erheblicher Unterschiede verneint.⁴⁰ Folgende Hauptgründe sind ersichtlich:

Das OVG Lüneburg lehnt für die Methode *Joschko* eine ärztlichen Fachverband erfordernde Therapie ab, weil wesentlich auf die Selbstheilung des Klienten abgezielt werde. Im Einklang mit der dargestellten Rspr. wird dennoch auf die Möglichkeit unmittelbarer Gesundheitsgefährdung abgestellt, aber gesagt, dass eine solche bei der im einstweiligen Rechtsschutz gebotenen vorläufigen Betrachtung nicht feststellbar sei. Zudem werden mittelbare Gefährdungen unter Hinweis darauf abgelehnt, dass durch verschiedene Informationen betont wird, keine arztsetzende Tätigkeiten auszuüben. Das Gericht lässt es ausreichen, dass die Klienten „schon bei der ersten Probesitzung“ einen Hinweis darauf erhalten, ein Arztbesuch und die Zusammenarbeit mit diesem würden „begrüßt“.⁴¹

Im Gegensatz dazu betont der BayVGH zunächst, dass im Geistheilerfall eine gewisse spirituelle Wirkung im Spiel war, die bei der *Joschko*'schen Synergetik fehle.⁴² Zudem komme es mit einem älteren Urteil des BVerwG⁴³ weniger auf die subjektiven Zwecke des Berufsausübenden, sondern mehr auf die objektive Wirkung auf den Patienten an, so dass „maßgeblich (ist), ob das Erscheinungsbild des Tätigwerdens noch einigermaßen in der Nähe einer medizinischen Behandlungsart liegt oder sich davon so weit entfernt, dass nicht der Eindruck eines Ersatzes für direkte medizinische Betreuung erweckt werden kann.“⁴⁴

Zudem sei eine unmittelbare Gesundheitsgefahr auch bei vorläufiger Prüfung deshalb erkennbar, weil die Behandlung eine Tiefenentspannung ähnlich der Hypnose herbeiführe, bei der bei Rückführung ins Vollbewusstsein Verzögerungen und Störungen auftreten könnten, die nach der Einschätzung des Gerichts gutachterlich hinreichend erwiesen seien.⁴⁵ Die gegenteilige Ansicht des OVG Lüneburg wird bemerkt, aber unter Hinweis auf die eingeholten Gutachten des Falles abgelehnt.⁴⁶ Es genüge auch nicht, dass überhaupt auf die Erwünschtheit von Arztbesuchen hingewiesen werde, sondern dies müsse in besonders deutlicher Form geschehen. In der betroffenen Praxis sei diese Information nur in einem „nebenbei mitenthaltende(n) Informationsblatt“ gegeben worden, so dass den „strengen Anforderungen“ des BVerfG im Geistheilerbeschluss nicht genügt worden sei. Nicht einmal absatzweise und fettgedruckte Hervorhebung seien ausreichend, weil ein Widerspruch zur Werbung vorliege. Denn in der Werbung sei neben der Synergetik auch von „Therapie“ die Rede, wodurch eine Widersprüchlichkeit zum Arztverweis ausgelöst werde, die nur durch gut sichtbaren Hinweis in den Praxisräumen oder noch deutlichere Merkblätter (??) hinreichend ausgeräumt werden könne.⁴⁷ Eine vertiefende Erwägung zum Verhältnis dieser Anforderungen zum allgemeinen Recht vorvertraglicher Informationspflichten fehlt ebenso, wie schon zum Geistheiler-Beschluss des BVerfG festgestellt.

³⁸ Näher s.u. zu III.2e.

³⁹ OVG Lüneburg v. 27.5.04, Az. 8 ME 41/04 und 8 ME 42/04, 5 B 7/04 und 5 B 13/04.

⁴⁰ BayVGH v. 5.7.05, Az. 21 CS 04.2729, M 16 SE 04.2831.

⁴¹ Kopie des Beschlussoriginals S. 7

⁴² Maschinenschr. Fassung S. 14.

⁴³ BVerwGE 94, 269.

⁴⁴ Maschinenschr. Fassung S. 14; gegen diese Art objektiver Würdigung spricht aber, dass der Zweck des § 1 HeilprG nicht auf Irreführungsgefahren in der Werbung, sondern auf die Abwehr von Gesundheitsgefahren gerichtet ist.

⁴⁵ Maschinenschr. Fassung S.19.

⁴⁶ Maschinenschr. Fassung S. 21.

⁴⁷ Maschinenschr. Fassung S.23.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass der Geistheiler-Beschluss des BVerfG wichtige Neuerungen gebracht, aber auch manche Zweifelsfrage aufgeworfen hat. Einhellig geklärt scheint die Erstreckung von Ausnahmen des heilberuflichen Zulassungserfordernisses auf unmittelbar behandelnde Tätigkeiten. Die Synergetik-Methode kommt also als genehmigungsfreie Berufsausübung in Betracht. Doch besteht über zahlreiche Voraussetzungen dafür Uneinigkeit. Die Rechtsprechung ist nicht nur deswegen widersprüchlich, weil verschiedenartige gesundheitswissenschaftliche Fachgutachten zur vollkommenen Rückführung aus dem Behandlungszustand vorgelegt worden sind, sondern auch aus Rechtsgründen. Das betrifft sowohl die Einschätzung der Ähnlichkeit der Synergetik-Methode mit hypnotischen und psychotherapeutischen Heilpraktiken (s. u zu b-d), die eindeutig der Zulassung nach § 1 HeilprG bedürfen, als auch die Annahmen zur mittelbaren Gefährlichkeit (s. u. zu e/f). Diese Aspekte werden im Folgenden gesondert behandelt.

b. Zur fehlenden Hypnose und Gesundheitsgefährlichkeit. Vorab muss aber nochmals betont werden, dass es sich bei beiden besprochenen OVG-Entscheidungen nicht um endgültige Verfahrensabschlüsse sondern um solche des einstweiligen Rechtsschutzes handelt. Die Beschwerdeführer haben sich gegen die Verbotsverfügungen nicht nur mit Argumenten zur materiellen Rechtswidrigkeit, sondern auch damit zur Wehr gesetzt, dass ihnen durch die Dauer des Hauptsacheverfahrens wesentliche Nachteile entstehen, zu deren Abwehr die nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO ergangene behördliche Anordnung der sofortigen Vollziehung aufzuheben sei. Zwar gibt es gegen die Anordnung nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO keinen Rechtsbehelf, doch kann im Verfahren der Anfechtungsklage erster Instanz ein erneuter Antrag auf Aufhebung der sofortigen Vollziehung nach § 80 Abs. 4 VwGO gestellt werden, und so dürfte auch tatsächlich verfahren worden sein. Da die Verwaltungsgerichte durch Beschluss zu entscheiden hatten, war nach § 146 Abs. 1 VwGO die Beschwerde zum OVG zulässig. In beiden Hauptsacheverfahren liegt nach Kenntnis des Gutachters noch kein Urteil vor.

Wie gezeigt, gehen die materiell wichtigsten Fragen aller Verfahren dahin, ob suggestive hypnoseähnliche Praktiken verwendet werden und ob bei der Rückführung des Klienten aus dem Entspannungszustand erhebliche Gesundheitsstörungen auftreten können, so dass allein deswegen ärztliche oder heilberuflich zugelassene Berufstätigkeit erforderlich ist. Der Bay. VGH räumt zwar ein, dass Suggestion und Hypnose das Auffinden und selbständige Verändern innerer Bilder, das für die Synergetik-Methode zentral ist⁴⁸, behindern würde. Doch wird dies nicht voll ausgeschlossen, sondern im Gegenteil in Anlehnung an eine Publikation des Facharztes für Psychiatrie, Neurologie sowie Psychotherapie Dr. Hole im Deutschen Ärzteblatt 1994, Heft 49 als „indirekte“ oder „neue“ Hypnose bezeichnet⁴⁹, so dass das Beweisergebnis des Hauptsacheverfahrens abgewartet werden muss.

Zur näheren rechtlichen Einschätzung dieser Fragen kommt es darauf an, ob, wie der Bay. VGH meint, die „Gefahr eines fließenden Übergangs zur hypnotischen Induktion“ besteht. Das Gericht meint, dies sogar aus dem vom Beschwerdeführer vorgelegten Gutachten des Prof. Rost v. 25.2.2005 entnehmen zu können, obgleich dieses gerade feststellt, dass gegen solche indirekten Hypnoseinduktionen „in der Regel Vorsorge getroffen werde“.⁵⁰ Die Auslegung des Gutachtens gehört zur Beweiswürdigung, die dem Gericht gem. § 108 Abs. 1 VwGO freisteht. Andererseits sind die für die Hauptsacheverfahren zuständigen Gerichte ihrerseits frei in ihrer eigenen Beweiswürdigung und deshalb an die Würdigung des Obergerichts einstweiligen Rechtsschutzes nicht gebunden.

⁴⁸ S.o. zu II.2.

⁴⁹ A.a.O. S. 20.

⁵⁰ Ebd. S. 20.

Deshalb scheint der Hinweis angebracht, dass dem Bay. VGH insoweit ein schwerwiegender Fehler in der Beweiswürdigung unterlaufen ist, wenn *Rost* seine Bemerkung über die regelmäßige Vorsorge so gemeint haben sollte, wie dies bei näherem Verständnis der Synergie-Methode nahe liegt. Der hier unterzeichnete Rechtsgutachter hat deshalb das medizinische Gutachten von *Rost* eingesehen und dabei folgenden Eindruck gewonnen: *Rost* meint, dass allein dadurch die notwendige Vorsorge gegen indirekte Hypnose-Induktionen bewirkt ist, dass die Methode schulmäßig ausgeübt wird. An besondere Vorsorgemaßnahmen zur Abwehr einer konkreten und in Einzelfällen etwa verstärkt auftretenden Gefahr ist im Gutachten von *Rost* gar nicht gedacht. Vielleicht kann dieses Missverständnis im Hauptsacheverfahren ausgeräumt werden.

c. Biochemische Reaktionen und Psychotherapieförderung wegen Technikorientierung.

Wie erwähnt, haben die Sitzungen der Synergie-Methode äußerlich eine gewisse Ähnlichkeit mit Selbsterfahrungsgruppen, die eindeutig als psychotherapeutische Verfahren eingeordnet werden. Das BVerwG hat Behandlungen psychisch gestörter Menschen durch Diplompsychologen und andere Personen als Heilkunde i.S. § 1 HeilprG eingeordnet, sofern sie nicht ausschließlich die Aufarbeitung oder Überwindung sozialer Konflikte oder sonstige Zwecke außerhalb der Heilkunde zum Gegenstand haben.⁵¹ Doch wurde bereits im Abschnitt über die Heilmethode (o. II.2) herausgearbeitet, dass die Synergetik-Methode nach *Joschko* im Kern der Bionik zuzurechnen und damit primär technikwissenschaftlicher Natur ist. Was folgt daraus für die Einordnung nach dem HeilprG?

Zunächst ist noch einmal hervorzuheben, dass die Rspr. schon seit Langem gerade die heilkundlichen Verrichtungen handwerklicher und technischer Art von § 1 HeilprG ausgenommen hat, indem sie die Vorschrift teleologisch restriktiv ausgelegt hat.⁵² Das gilt u.A. für optometrische Leistungen⁵³, für die Anpassung von Kompressionsstrümpfen⁵⁴, oder das praxiseigene Zahnlabor.⁵⁵ Entsprechendes liegt auch für die Synergetik-Methode nach *Joschko* nahe.

Andererseits werden biochemische Behandlungen zur Heilpraktik gerechnet.⁵⁶ Die Nähe der Synergetik zur biochemischen Wissenschaft ist entwicklungsgeschichtlich gut belegt.⁵⁷ Das heißt aber noch lange nicht, dass die Synergetik-Methode ebenso wie biochemische Verfahren dem Zulassungserfordernis des § 1 HeilprG unterliegt. Vielmehr ist in diesem Zusammenhang erheblich, dass keinerlei biochemische Anwendung vorliegt, die etwa die Verabreichung chemischer Wirkstoffe oder eine sonstige Beeinflussung biochemischer Reaktionen von außen bedingt. Worum es allein geht, ist die energetische Anreizung biochemischer Vorgänge, die der Körper von sich aus bewirkt, wenn er zur Optimierung bildhafter Vorstellungskräfte angeregt wird. Dabei handelt es sich nicht um biochemische Anwendungen, sondern um ein technisch-synergetisches Verfahren, das biochemische Reaktionen im Wege der Selbstheilung des Klienten hervorruft.

Des Weiteren führt die oben (zu II.2) nachgewiesene Technikorientierung zu der Folgerung, dass die Synergetik-Methode keine Unterart der Psychotherapie ist, sondern sich von dieser im Kern wesentlich unterscheidet. Dazu ist bereits durch vielfältige Stellungnahmen der Prozessparteien und des BVST deutlich geworden, dass es bei der Synergetik-Methode mehr als in jedem Verfahren der Selbsterfahrung oder anderer

⁵¹ BVerwGE 66, 367; vgl. *Liebau*, Berufskunde für Heilpraktiker, S. 35, 109.

⁵² S. die Nachw. o. III.2a; und *Baumh./Hefermehl/Köhler*, § 4 UWG, Rdn. 11.78.

⁵³ BGH GRUR 1999, 512, 513 „Optometrische Leistungen I“, 2001, 1170, 1172 „optometrische Leistungen II“.

⁵⁴ BGH GRUR 2001, 352, 354.

⁵⁵ BGH GRUR 1980, 246; 2000, 1080, 1081.

⁵⁶ *Liebau*, a.a.O. S. 18 f. ohne nähere Begründung.

⁵⁷ Nachw. s.o. II.2.

psychotherapeutischer Behandlungsarten auf bloße Anreize zur Selbstheilung ankommt. Freilich ist unverkennbar, dass auch eindeutig heilpraktische Verfahren wesentlich auf Selbstheilungskräfte abstellen.⁵⁸ Für die Abgrenzung ist deshalb die Methodik der anreizenden Impulsgebung entscheidend. Denn diese prägt die Kompetenz des Therapeuten bzw. des bioenergetischen Dienstleisters. Ist der Anreiz im Grundwissen der Psychotherapie oder in einer der Schulrichtungen dieser Wissenschaft fundiert, so handelt es sich um Psychotherapie. Basiert die Kompetenz des Anreizenden dagegen im Kern auf den Kenntnissen der Psychobionik, so kann man nicht ernstlich von Psychotherapie sprechen.

Nochmals sei in diesem Zusammenhang auf die Entstehungsgeschichte der Synergetik-Methode im Entdeckungsverlauf durch ihren Begründer *Joschko* hingewiesen.⁵⁹ Auch ist zu beachten, dass während der Sitzungen hauptsächlich⁶⁰ die Energieveränderungen beeinflusst werden, anstatt Deutungen oder Deutungsmuster psychotherapeutischer Art zu geben. Einerseits wird die Tiefenentspannung gefördert, so dass Energiekräfte absinken, andererseits werden die Klienten zu extrem energiegeladenen Aktionen, wie Schlagen, Schreien etc. aufgefordert, um chaotische Szenarien zu erzeugen, die den Vorgang der Neurooptimierung in Gang setzen.

Die Abgrenzung kann an der insoweit treffenden Einschätzung des BayVGH ansetzen, wonach nicht dichotomisch zwischen Psychotherapie und Nicht-Psychotherapie unterschieden, sondern ein Kontinuum medizinischer und -ferner Berufsausübungen angenommen wird.⁶¹ Das Gericht spricht hierzu treffend von „Ferne von einer heilkundlichen Tätigkeit“. Wie im Geitheiler-Fall⁶² die spirituelle Orientierung auf Medizinferne und Ferne von der Psychotherapie schließen ließ, so kann die Technikorientierung der Synergetik-Methode abgrenzend wirken.

Allerdings kommt ein Zusammenwirken mit Ärzten und Therapeuten in Betracht, da regelmäßig darauf hingewiesen wird, dass die Synergetik-Methode den Gang zum Arzt nicht ersetzen kann.⁶³ Auch betont *Joschko* in seinen Publikationen zur Psychobionik, das „...eine Zusammenarbeit zwischen allen Bereichen der Medizin dringend geboten (ist): Ärzte, Heilpraktiker, Psychotherapeuten, Heiler und Synergetik Therapeuten.“⁶⁴ Soweit solche Kooperationen tatsächlich vorliegen, liegt der Sachverhalt ähnlich wie bei Behandlungshilfen anderer Techniker, beispielsweise von Zahntechnikern, Optometrikern, etc. Für solche Dienste hat die Rspr., wie gezeigt, den viel zu weit gefassten Wortlaut des § 1 HeilprG teleologisch restringiert, um der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG Rechnung zu tragen und nur solche Tätigkeiten dem Zulassungserfordernis zu unterwerfen, für deren Ausübung heilberuflicher Sachverstand erforderlich ist.⁶⁵

Sowohl die Einzeltätigkeit als auch die Kooperation mit Ärzten und Therapeuten sind deshalb vom Zulassungserfordernis des § 1 HeilprG ausgenommen. Etwas Anderes kann sich nur dann ergeben, wenn sich die Einschätzung des Gutachters im geschilderten Verfahren vor dem Bay. VGH bestätigt, wonach bei der Rückführung aus den Entspannungszuständen Störungsgefahren drohen. Dazu kann hier in medizinischer Hinsicht nicht Stellung genommen werden. Doch ergibt sich aus der soeben herausgearbeiteten Psychotherapieferne

⁵⁸ Vgl. *Liebau*, a.a.O. S. 18 f., der die „Begünstigung der Selbstheilungskräfte zu einem natürlichen Heilverlauf“ für ein Wesensmerkmal der Heilpraktik hält.

⁵⁹ S. nochmals o. II.2.

⁶⁰ Das schließt nicht aus, dass häufiger auch Deutungsansätze vorkommen (vgl. etwa Session-Heft 7: Hintergründe von Krankheiten, S. 87: „...richtet sie die Aggression nach Innen...“. Nach den Recherchen des Verf. gehen solche Bemerkungen aber nie ins Detail und finden keinerlei wissenschaftlich angeleitete Vertiefung.

⁶¹ Beschluss v. 5.7.2005, a.a.O. S. 14.

⁶² S.o. zu III.2a.

⁶³ Zur Art und Weise dieses Hinweises s.u. zu III.2f.

⁶⁴ *Joschko*, Psychobionik, a.a.O. S. 25.

⁶⁵ S. die Nachw. o. zu III.2a.

noch ein wichtiger rechtlicher Aspekt für die Beweiswürdigung in solchen gutachterlichen Beweisverfahren. Je größer die Entfernung von medizinischen oder psychotherapeutischen Methoden ist, desto geringer muss man die Notwendigkeit ärztlicher oder arztähnlicher Kenntnisse einschätzen. Die Heilpraktikererlaubnis darf deshalb nicht schon dann verlangt werden, wenn der Gutachter zu dem Ergebnis kommt, er könne nicht mit Sicherheit ausschließen, dass es bei Rückführung aus der Tiefenentspannung zu Störungen aufgrund „indirekter Hypnosens“ oder „unvermeidbar fließender Übergänge zur hypnotischen Induktion“ kommt.⁶⁶ Die Gefahr muss entweder durch tatsächliche Vorkommnisse belegt sein, oder es muss doch zumindest eine wissenschaftliche Erklärung solcher Zusammenhänge vorliegen. Ob dafür die Entdeckung von *Hole* ausreicht⁶⁷, auf die sich der BayVGH für seine Beweiswürdigung im summarischen Verfahren stützt, muss zumindest für das Hauptsacheverfahren bezweifelt werden. Denn bei *Hole* ist zwar von „indirekten“ und „neuen“ Prognosen die Rede. Aber ein Zusammenhang mit der Synergetik-Methode nach *Joschko* fehlt. Ob das Gutachten von *Revensdorf* insofern mehr bietet, entzieht sich der Kenntnis des Rechtsgutachters.

d. Einschätzungsprärogative und justiziable Fehler. Damit kann die Begutachtung unmittelbarer Gesundheitsgefahren i.S. § 1 HeilprG abgeschlossen und zur Frage mittelbarer Risiken übergegangen werden, die dadurch entstehen, dass die ärztliche Krankheitsdiagnose und Behandlung verzögert wird, wenn neuartige Behandlungsmethoden Erfolg zu versprechen scheinen. Die Rspr. hat diese mittelbaren Gefahren, wie gezeigt, seit langem ausreichen lassen, um das Zulassungserfordernis gem. § 1 HeilprG zu bejahen⁶⁸ und dafür sogar eine – wenngleich begrenzte – Einschätzungsprärogative der zuständigen Behörde angenommen⁶⁹ Bevor die praktisch erheblichen Einzelheiten dazu erörtert werden, bedarf es einer rechtssystematischen Analyse der Prärogative als solcher und ihrer Grenzen.

Der Begriff der Prärogative (Gestaltungsspielraum) umfasst zweierlei: den Ermessensspielraum und den Beurteilungsspielraum.⁷⁰ Ein Ermessen wird der Behörde eingeräumt, wenn die für das Handeln maßgebende Rechtsgrundlage einen Verhaltensspielraum einräumt, der sich entweder auf die EntschlieÙung zum Tätigwerden als solche (EntschlieÙungsermessen) oder auf die Auswahl zwischen verschiedenen Modalitäten (Auswahlermessen) bezieht. Meist wird dies mit dem Wörtchen „kann“ oder „soll“ anstatt „muss“ oder dergl. ausgedrückt. Die EntschlieÙungs- oder Auswahlkriterien dürfen durch das Gericht nur in begrenztem Umfang nachgeprüft werden. Lediglich ein Ermessensfehlgebrauch, der etwa in der Verletzung eines Grundrechts liegen kann, ist justizierbar.

Beim Beurteilungsspielraum geht es darum, dass die Behörde bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen zwar tätig werden muss, also kein Ermessen hat; aber ihr obliegt die Auslegung der Rechtsgrundlage, soweit diese eine Güterabwägung beinhaltet. Lediglich offenkundige und schwerwiegende Abwägungsfehler sind justizierbar.

Die stark vereinfachenden Angaben machen deutlich, dass es bei der Entscheidungsprärogative zur heilberufsrechtlichen Zulassungspflicht um einen Beurteilungsspielraum geht, da die Auslegung des Heilkundebegriffs in § 1 HeilprG betroffen ist. Die Behörde muss tätig werden, wenn berufsmäßige Heilkunde vorliegt, darf aber im Kern gestaltungsfrei entscheiden, wenn eine mittelbare Gefahr durch verzögerte Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe anzunehmen ist.

⁶⁶ Vgl. das Gutachten des Prof. *Revensdorf* im Verfahren des Bay. VGH, a.a.O. S. 20.

⁶⁷ Deutsches Ärzteblatt, 1994, Heft 49; dazu s. nochmals Bay. VGH, a.a.O. S. 20.

⁶⁸ Vgl. nur BVerfG NJW 2000, 2736, 2737; BGH GRUR 2001, 1170, 1172 „optometrische Leistungen II“.

⁶⁹ Vgl. BVerfG GewA 2004, 329 „Geistheiler“; o. zu III. 2a.

⁷⁰ Zum Folgenden s. *Ehlers*, in: *Erichsen/Ehlers* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 1 Rdn. 45; *Ossenbühl*, ebd. § 10 Rdn. 3 ff.

Fragt man auf dieser Grundlage, wie die Einengung des Beurteilungsspielraums durch den Geistheiler-Beschluss des BVerfG dogmatisch einzuordnen ist, so ergibt sich, dass die Prerogative auf einen Teilbereich beschränkt wird, um den Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG im Rahmen der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit zu halten.. Bloße Annahmen über abstrakte Gefahren genügen dem Gericht nicht. Vielmehr muss die Gefahrverwirklichung konkret indiziert sein, d.h. die Behörde hat ihre Annahme zur Arztvermeidung auf Umstände des Einzelfalles zu stützen, die eine allgemeine Gefahrenlage in Besonderheiten erkennbar machen und/oder diese verschärfen. Ist aber eine solche konkrete Betrachtung zu Grunde gelegt, so bleibt die Entscheidung der Behörde innerhalb dieses Rahmens injustiziabel, d.h. frei von gerichtlicher Kontrolle. Das Gericht darf seine Beurteilung nicht an die Stelle der der Behörde setzen.

Zu dieser dogmatischen Sicht passt es, dass das BVerfG für die konkrete Gefahreinschätzung und deren Abwehr lediglich Beispiele aufzählt: gut sichtbare Hinweise in Praxisräumen, ein Merkblatt, das zur Unterschrift vorgelegt wird.⁷¹ Der BayVGH hat nun geurteilt, dass ein Informationsblatt mit absatzweisem und fettgedrucktem Hinweis nicht genügt, zumal wenn ein „Widerspruch zur Werbung“ und eine größere Therapienähe als im Fall Geistheiler vorliegen.⁷² Indessen geht eine solche Ausübung des Gestaltungsspielraums durch die zuständige Gesundheitsbehörde nicht aus der Sachverhaltsschilderung des Beschlusses des BayVGH hervor. Dort heißt es lediglich, „...die Tätigkeit der Antragstellerin könne auch zumindest mittelbar eine Gesundheitsgefährdung der Klienten mit sich bringen, so dass sie ohne den Nachweis gewisser medizinischer Kenntnisse nicht gefahrlos durchgeführt werden könne. Insbesondere drohe die Gefahr, dass Klienten wegen der Tätigkeit der Antragstellerin auf gebotene medizinische Behandlung verzichteten oder deren Inanspruchnahme verzögerten.“⁷³ Die Formulierung erweckt den Eindruck, dass die Behörde im zu entscheidenden Fall lediglich abstrakte Gefahrumstände zugrunde gelegt hat.⁷⁴ Das aber ist mit den zwingenden Anforderungen des BVerfG auch dann unvereinbar, wenn ein Gericht nachträglich feststellt, worauf die Behörde ihre Entscheidung hätte stützen können. Die Behörde hat die mittelbare Gefahr in ähnlich abstrakter Weise eingeschätzt, wie dies im Fall Geistheiler geschehen war. Das ist mit Blick auf den Geistheiler-Beschluss verfassungsrechtlich zu beanstanden, weil es das Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG verletzt.

e. Abgleich zum Gefahrenschutz des UWG und des Arzthaftungsrechts. Für andere Fälle fragt sich, ob die Anforderungen wirklich soweit gehen dürfen, wie der BayVGH meint. Dafür spricht, wie im vorigen Abschnitt gezeigt, die vom BVerfG eingeräumte Einschätzungsprerogative. Denn sicher sind das Unterschriftserfordernis oder der deutliche Aushang in Praxisräumen konkrete Merkmale, anhand derer die Behörde die Arztvermeidungsgefahr festmachen kann.

Dennoch bestehen Zweifel aus der Sicht des Wettbewerbsrechts sowie der arzt- und produkthaftungsrechtlichen Informationsvorschriften. Die Informationsanforderungen des BayVGH stehen offenbar noch ganz im alten Licht des Verbraucherschutzes. Oben (zu III.1) wurde bereits darauf hingewiesen, dass die 2004er UWG-Novellierung zwingend davon Abschied genommen und das Leitbild mündiger und informationsbereiter Verbraucher eingeführt hat. Entsprechendes gilt auch für das Privatrecht, wie sogleich zu zeigen ist. Das öffentliche Recht des HeilprG ist hieran zwar nicht zwingend gebunden und kann über die

⁷¹ BVerfG, a.a.O. zu Nr. II.2b

⁷² BayVGH, a.a.O. S. 23.

⁷³ BayVGH, ebd. S. 5.

⁷⁴ Sogar in abstrakter Hinsicht hat das Gericht nicht genügend berücksichtigt, dass Nr. 2.3d der Ethikrichtlinien des BVST den Synergetik-Profiler als Mitglied im Verband dazu verpflichtet, den „...Klienten darauf aufmerksam zu machen, dass die Synergetik Therapie keinen Arzt...ersetzt und dass der Klient sich während der Therapie weiterhin mit seinem Arzt des Vertrauens beraten sollte“.

allgemeinen Informationspflichten vor Vertragsschluss hinausgehen. Doch sollten die Anforderungen nicht überspannt werden. Es dient deshalb der sinnvollen Ausschöpfung des Gestaltungsspielraums, wenn der Zusammenhang zum Privatrecht Arzt- und Produkthaftung gewahrt wird.

Grundlegend war bereits vor Novellierung des UWG das Urteil des BGH im Fall Orientteppichmuster, das bei der Vertragsanbahnung zum Kauf von Teppichen auf eine „situationsadäquate Aufmerksamkeit des verständigen Durchschnittsbetrachters“ abstellte, um die Irreführungsgefahr i. S. § 5 UWG (damals § 3) zu beurteilen. In einer Fußnote der Werbung war darauf hingewiesen, dass nicht jede der angebotenen echten Orientteppiche handgeknüpft und ohne synthetische Stoffe gefertigt sei. Das Gericht meinte, der Durchschnittskonsument werde solche Fußnoten zur Kenntnis nehmen, wenn er sich für ein relativ aufwändiges Geschäft, wie den Teppichkauf, interessiere und dafür die vorhandenen Marktinformationen zusammenstelle.⁷⁵ An diesem Verbraucherleitbild hat der BGH auch in der Folgezeit festgehalten.⁷⁶

Allerdings sind weitergehende Anforderungen in besonderen Gefahrenbereichen festzustellen. Aus Gründen der Sachnähe ist zu allererst an die Aufklärungspflichten des Arztes zu denken. Hier ist aber die Verabreichung von Informationsblättern ohne Unterschrift seit Langem als vollkommen ausreichend anerkannt. Selbst wenn angesichts des besonderen Risikos eine schonungslos harte Belehrung mit Fotos über den zu erwartenden Endzustand erfordert wird, ist allein die deutliche und hervorgehobene Information erforderlich⁷⁷, nicht eine Gegenzeichnung des Patienten. Wenn gleichwohl in der Praxis sehr verbreitet ist, dass die Informationstexte unterschrieben werden, so dient dies allein der Beweissicherung zu Gunsten des Arztes. Damit stimmt es überein, dass im allgemeinen Produkthaftungsrecht das Beifügen von Packzetteln mit klein gedruckten Gefahrhinweisen den sog. Instruktionsgefahren hinreichend vorbeugt.⁷⁸ Man stelle sich nur vor, dass in jeder Apotheke sichtbare Praxisaushänge oder unterschriebene Merkblätter anstelle der Beipackzettel erfordert würden.

Vergleicht man hiermit die wiedergegebene Einschätzung des BayVGH, dass hervorgehobene Passagen eines Merkblattes, welches dem Klienten vor Beginn der Verhandlungen übergeben wird, nicht ausreichen, so scheint der vorsorgende Gefahrenschutz überzogen. Die hier geforderte systematische Abstimmung ist zwar, wie erwähnt, verwaltungsrechtlich nicht zwingend vorgeschrieben. Doch wäre es aus Gründen der Einheit der Rechtsordnung sehr unpassend, wenn das Privatrecht in Einzelbereichen durch unpassende öffentlich-rechtliche Informationsvorschriften überlagert wird. Hinzu kommt, dass es nach h.M., wie gezeigt, ohne Weiteres als unlauterer Wettbewerb i.S. § 3 UWG gilt, wenn eine nach § 1 HeilprG erforderliche Erlaubnis fehlt. Dadurch wird ein systematischer Zusammenhang des öffentlichen Zulassungsrechts und des Wettbewerbsrechts begründet, der über das allgemeine Erfordernis der Einheit der Rechtsordnung noch hinausgeht. Zwar hat die Behörde die Einschätzungsprärogative, doch sollte der präventive Gefahrenschutz nicht so weit gehen, Vorsorgemaßnahmen zu verlangen, die dem privaten Haftungsrecht und dem Lauterkeitsrecht auch in schwersten Gefahrenlagen fremd sind.

⁷⁵ BGH NJW-RR 2000, 1490 „Orientteppichmuster“.

⁷⁶ Vgl. nur BGHZ 156, 250, 252 f. „Marktführerschaft“; w. Nachw. b. *Emmerich*, Unlauterer Wettbewerb, S. 267.

⁷⁷ BGH NJW 1991, 2349; OLG Düsseldorf, VersR 1999, 61, OLG Oldenburg, VersR 2001, 1381; Palandt/*Sprau*, BGB-Kommentar, § 823 Rdn. 155 m.w.Nachw. über besonders weit reichende Aufklärungspflichten, die aber nie mit Signierungserfordernissen verbunden werden.

⁷⁸ S. zum Begriff der Darstellung nach § 3 ProdHG bei besonders schwerwiegenden Verdachtsmomenten BGHZ 106, 273; Palandt/*Sprau*, § 3 ProdHG, Rdn. 5 m.w.Nachw.

IV. Keine Wiedergabe von Krankengeschichten i.S. § 11 Nr. 3 HMWG

Liegt demgemäß nicht schon deswegen unlautere Werbung für die Synergetik-Methode nach *Joschko* vor, weil es im Regelfall an der Heilberufserlaubnis fehlt, so fragt sich weiter, ob § 11 Nr. 3 HMWG verletzt ist, wenn im Internet und in der Zeitschrift *Session-Heft* anonymisierte Wortprotokolle über Sitzungen von Klienten mit Synergetik-Profilern und Kurzschilderungen abgedruckt werden. Die wesentlichen Tatumstände sind folgende:

1. Zur Werbung des BVST. Neben der üblichen Werbung mit Kurzkennzeichen auf Praxisschildern, in Telefonbüchern und auf Internetseiten, die auf die Bekanntmachung der Identität der Praxen und zudem auf Image-Verbesserungen abzielt, gibt es auch Werbung mit Informationsinhalten über die Methode der *Joschko'schen* Synergetik. Da diese wesentlich auf der Selbstheilung und der Entwicklung eigener Energien durch den Klienten beruht, ist ein wesentlicher Teil der Berufswerbung ebenfalls hierauf gestützt. Die Klienten kommen zumeist selbst zu Wort, indem bestimmte Sitzungsabläufe tonbandmäßig mitgeschnitten und als Beispiele für die Behandlungsmethode veröffentlicht werden. Das geschieht teils durch Verbreitung des *Journal* *Session-Heft* als Print-Medium, teils via internet. Nur in der Größenordnung von etwa 2 % gibt es protokollierende Zusammenfassungen durch behandelnde Synergetik-Profiler.⁷⁹

Die wörtlichen Gesprächswiedergaben bleiben anonym sowohl hinsichtlich der Praxis, in der die Gespräche stattgefunden haben, als auch im Hinblick auf die Patienten, deren Äußerungen wiedergegeben werden. Wegen der fehlenden Praxis-Identifizierung handelt es sich um eine Form der Gemeinschaftswerbung aller im BVST zusammengeschlossenen Synergetik-Praxen. Nicht ganz sicher ist, in welchem Umfang die Einzelpraxen selbst über die veröffentlichten Gesprächsmitschnitte informiert sind. Doch kann davon ausgegangen werden, dass jedenfalls diejenigen Praxen Kenntnis hiervon haben, aus deren Betrieb die Mitschnitte stammen. Auch andere Praxen sind u. U. beteiligt, doch ist nicht näher bekannt, ob dies aktiv geschieht, indem auch von diesen bestimmte Beiträge zur Auswahl durch den Verband eingeschickt werden, oder ob die Selektion anders abläuft. Aber aufgrund des relativ engen Zusammenhalts über die Ausbildung zum Profiler im Verbandsinstitut darf davon ausgegangen werden, dass die Gemeinschaftswerbung von den meisten Verbandsmitgliedern wesentlich gebilligt und gefördert wird.

Der Aufbau der Gesprächsmitschnitte ist folgender: Am Anfang wird eine kurze Kennzeichnung des Krankheitsbildes beim Klienten gegeben, die nicht von diesem selbst stammt, sondern von einem Redakteur des *Session-Heftes* oder von dem Profiler, aus dessen Praxis der Mitschnitt kommt. Auch insoweit ist die Veröffentlichung also anonym. Ein Beispiel lautet: „In diesem Fallbeispiel handelt es sich um eine Probesitzung zum Thema ‚Diabetes‘.“⁸⁰ Z.T. ist die Kennzeichnung aber auch ausführlicher, z.B. „Die junge Frau leidet seit vielen Jahren an starker Schuppenflechte. Sämtliche Therapien bleiben bisher erfolglos. Mit Hilfe der Synergetik Therapie konnte sie sich langsam immer mehr von ihrer schweren Krankheit befreien...“⁸¹ Oder es heißt unter der Überschrift „Myom – Weiblichkeit – „Innere Frau“: „...Klientin (ca. 50 J.) teilte mit, dass der Gynäkologe eine Zyste und ein Myom in der Gebärmutter festgestellt hatte. Darüber hinaus litt sie unter Durchblutungsstörungen im Ohr, Verspannungen im Körper... Schon als Kind galt sie als sehr autoaggressiv. Die Klientin hat sich nie sonderlich für ihren Körper interessiert. Nach einem Therapieaufenthalt von 5 Sitzungen waren die Symptome aufgelöst.“⁸²

⁷⁹ *Session-Heft* 7, S. 94-96.

⁸⁰ *Session-Heft* 7, S. 47.

⁸¹ *Session-Heft* 7, S. 38.

⁸² Ebd. S. 59.

Oft enden die sodann folgenden Mitschnitte ohne weiteren Kommentar. Das ist insbes. dann der Fall, wenn, wie in den zuletzt zitierten Beispielen, am Anfang bereits über den Sitzungserfolg etwas gesagt ist. Aber auch im Diabetes-Beispiel klingt der Dialog mit dem Profiler ohne jeden Kommentar aus, obgleich am Anfang keinerlei Erfolgsmitteilung erfolgt ist.

Wesentlich anders sind die Protokolle strukturiert, die allerdings, wie gesagt, nur einen ganz geringen Bruchteil der Veröffentlichungen ausmachen. Hier ist der Name des Synergetik-Profilers abgedruckt und über den Behandlungsverlauf mit mehreren Sitzungen berichtet. Teils konzentrieren sich die Mitteilungen allein auf die Sitzungsprotokolle, teils sind eigene Ansichten und Wertungen des Berichterstatters eingefügt, die insbes. das Verhältnis zur Schulmedizin betreffen.⁸³

2. Der Kreis unzulässiger Erzähler. Die rechtliche Würdigung hat daran anzusetzen, wer die Adressaten des Verbots der Wiedergabe von Krankheitsgeschichten nach § 11 Nr. 3 HMWG sind. Die Formulierung des Gesetzes ist insoweit wenig weiterführend, weil passivisch gesagt wird: „... darf ... nicht geworben werden... mit der Wiedergabe von Krankengeschichten...“. Gleichwohl ist nicht jede öffentliche Erzählung von Krankengeschichten von diesem Werbeverbot erfasst, sondern es geht nur um solche Personen, von deren Erzählungen eine besondere Unsachlichkeit der Beeinflussung der Werbeadressaten ausgeht.⁸⁴

a. Ärzte, Heilpraktiker und zulassungsfreie Dienstleister. In erster Linie gehören dazu natürlich die Personen des besonderen Patientenvertrauens, d.h. Ärzte und Heilpraktiker. Denn deren Bericht wird vom Werbeadressaten mit besonderem Vertrauen in die Therapierelevanz aufgenommen, obgleich die Krankengeschichte keine sachlichen Informationen über die Heilungsmethode und deren wissenschaftliche Fundierung enthält, sondern primär auf gefühlsmäßige Reaktionen im Publikum abzielt. Freiberufler und sonstige hoch qualifizierte Fachleute sollen nicht dadurch Vertrauen erwecken, dass sie Geschichten erzählen, sondern indem sie ihre Methoden erläutern und deren wissenschaftliche Grundlagen transparent machen. Unter dem bereits mehrfach erwähnten europaweit gültigen Aspekt des Schutzes mündiger und informationsbereiter Verbraucher kann dieser Gedanke nicht nachhaltig genug betont werden.

Deshalb stellt § 11 Nr. 3 HMWG aufgrund seiner passivischen Formulierung auch nicht darauf ab, ob eine heilberufrechtliche Zulassung nach § 1 HeilprG erforderlich ist oder nicht. M.a.W. trotz der im vorigen Abschnitt begründeten Ausnahme der Synergetik-Profiler von der Zulassungspflicht gilt § 11 Nr. 3 HMWG auch für sie ohne jede Einschränkung. Der passivische Wortlaut der Vorschrift ist insoweit eindeutig.

Allerdings hat sich schon zur Reichweite des § 1 HeilprG gezeigt, dass der Wortlaut allein nicht maßgebend ist, weil das vorkonstitutionelle Gesetzgebungsdatum noch keine Rücksicht auf Art. 12 Abs. 1 GG garantiert.⁸⁵ Doch lässt sich zum Sinn und Zweck zudem sagen, dass auch der Beruf der Synergetik-Profiler ein erhebliches Vertrauen in die fachliche Kompetenz und wissenschaftliche Fundiertheit erweckt. Demzufolge ist die Erstreckung des Werbeverbots auf Synergetiker i.S. der *Joschko*'schen Methode nicht nur vom Wortlaut der Vorschrift, sondern auch von deren Zielsetzung voll gedeckt.

b. Laien und Patienten. Ganz Anderes gilt nach umstrittener aber zutreffender Ansicht für Krankengeschichten von Laien und Patienten. Die entgegen gesetzte h.M. bezieht diesen

⁸³ S. den Beitrag von *Hantschick*, ebd. S. 94 f.

⁸⁴ Vgl. nur *Doepner*, HMWG-Kommentar, § 11 Nr.3 Rdn. 12 m.w.Nachw. zur im übrigen umstr. Frage, ob auch Laien unzulässige Erzähler sind (dazu näher u. zu b.).

⁸⁵ S.o. zu III.2a.

Personenkreis v.a. deshalb ein, weil von den Krankengeschichten eine Art Identifikationsneigung ausgeht und diese nicht daran anknüpfe, dass die Geschichte von einem Arzt oder einer sonstigen Fachperson ausgeht, sondern an dem dargestellten Erfolg festmacht.⁸⁶ Daran ist richtig, dass auch von Krankengeschichten von Laien und Patienten unsachliche Beeinflussungen ausgehen können. Doch sind diese nicht spezifisch für die Heilmittelwerbung und werden deshalb von den allgemeinen lauterkeitsrechtlichen Verboten des psychischen Kaufzwangs und des übertriebenen Anlockens erfasst. Darauf wird zurückzukommen sein.⁸⁷

Das HMWG zielt jedenfalls nicht auf die allgemeinen lauterkeitsrechtlichen Wirkungen ab, sondern ist speziell auf die Berufsausübung durch Ärzte, Heilpraktiker und sonstige fachlich qualifizierte und deshalb ein Vertrauen in Anspruch nehmender Personen ausgerichtet.⁸⁸ Demzufolge müssen Personen, die keine typischen Vertrauensträger sind, vom Verbotsumfang ebenso ausgenommen werden, wie dies aufgrund der teleologischen Restriktion zu § 1 HeilprG der Fall ist und von der Rspr., wie gezeigt⁸⁹, seit Langem akzeptiert wird.

Die hier bekämpfte h.M. betont, dass gerade der Laienbericht eine besondere „Identifikationsneigung“ auslöse, weil das Gefühl gleichen Krankheitserlebnisses verbinde.⁹⁰ Das mag bei echten Erzählungen Kranker über ihr Krankheitserlebnis zutreffen, passt aber nicht bei den hier zu beurteilenden Gesprächsmitschnitten. Der Leser, der mit der Publikation erreicht werden soll, ist bisher nicht mit der Synergetik-Methode bekannt und erfährt also etwas über eine Gesprächssituation, die er selbst noch nie erlebt hat. Von einer verbindenden gemeinsamen Erfahrung kann insoweit keine Rede sein.

Konkret ergibt sich, dass die oben gekennzeichneten Sitzungsmitschnitte als Äußerungen von Laien keine Krankengeschichten i.S. § 1 Nr. 3 HMWG sind. Sie erwecken typischerweise kein Vertrauen in die überlegene Fachkenntnis von Heilberuflern und sonstigen Dienstleistern. Etwaige Wirkungen psychischen Kaufzwangs oder übertriebenen Anlockens bleiben der Verbotsnorm der §§ 3 f. UWG überlassen.

Anders sind in diesem Punkt die Expertenprotokolle zu beurteilen, die zwar von ganz untergeordneter Bedeutung, aber doch in der Vergangenheit auch vorgekommen sind.⁹¹ Hier melden sich die Synergetik-Profiler und Heilpraktiker selbst zu Wort und schildern Krankheits- bzw. Heilungsverläufe. § 11 Nr. 3 HMWG ist eindeutig verletzt.

3. Krankengeschichten als Schilderung von Krankheitsverläufen. Bei der bisherigen Stellungnahme wird nicht übersehen, dass die Gemeinschaftswerbung der Praxen im BVST nicht nur aus Mitschnitten der Sessions besteht, sondern dass auch, wie gezeigt, einleitende und abschließende Kurzschilderungen des Eingangszustandes und des Behandlungserfolges vorkommen. Wie sind diese Mitteilungen nach § 11 Nr. 3 HMWG zu beurteilen?

a. Teilgeschichten und Abgrenzung von empirischer Dokumentation. Zunächst ist allgemein anerkannt, dass nicht nur Voll-Erzählungen von Krankheitsverläufen, sondern auch Teilberichte und Wiedergaben von Auszügen des Krankheitsgeschehens vom Werbeverbot des § 11 Nr. 3 HMWG erfasst sind.⁹² Dem ist auch zuzustimmen, soweit durch Teilschilderungen ein ähnliches Vertrauen erweckt wird wie durch Wiedergaben im Volltext. Es kommt auf die Vertrauenswirkung beim Patienten bzw. beim Klienten an; und diese kann bei Teiltexen u.U. gleich oder sogar noch gesteigert sein wie bei Volltextwiedergaben.

⁸⁶ OLG Düsseldorf, SRH X, 250; *Doepner*, HMWG-Kommentar, a.a.O., § 11 Nr. 3 Rdn. 12; a.A. *Bernhardt*, S.68; skeptisch auch *Erbs/Kohlhaas*, § 11 Rdn. 6; *Zipfel*, § 11 HWG, Rdn. 12.

⁸⁷ S.u. zu V.2 bis 4.

⁸⁸ S.o. zu III.2a.

⁸⁹ S.o. zu III.2a.

⁹⁰ *Doepner*, HMWG-Kommentar, a.a.O., § 11 Nr. 3; Rdn. 12.

⁹¹ S.o. zu IV.1 am Ende.

⁹² Vgl. KG ES-HWG § 11 Nr. 3 und *Doepner*, HMWG-Kommentar, a.a.O., § 11 Nr. 8; Rdn. 13.

Doch enthalten die Gesprächsmitschnitte keine Geschichten oder Teilgeschichten, sondern es handelt sich um Wiedergaben von Originalsituationen. Nach h.L. soll allerdings in ähnlichen Fällen das Werbeverbot des HMWG eingreifen, da auch die Einkleidung in Erfolgsberichte, Stories oder Protokolle nach dem Sinn und Zweck der Norm erfasst sei.⁹³ Leichte Einschränkungen zu dieser Ansicht werden mit Blick auf die EU-Richtlinie über Heilmittelwerbung v. 31.3.1992⁹⁴ vertreten, soweit keine „abstrakte“ Gefahr einer falschen Selbstdiagnose nahe gelegt sei.⁹⁵ Denn nach Art. 5 i der Richtlinie darf die Öffentlichkeitswerbung für Arzneimittel keine Elemente enthalten, die zu einer falschen Selbstdiagnose verleiten könnten. Diese Einschränkung ist bei der Auslegung des HMWG richtlinienkonform zu berücksichtigen. Darauf wird zurückzukommen sein.

Vorab muss aber darauf geachtet werden, dass die Gesprächsmitschnitte der Synergetik-Werbung keine „Stories“ oder „Protokolle“ sind. Denn Beides betrifft nicht Originalaussagen aus Gesprächssitzungen, sondern Aussagen über etwas, das als Krankheits- oder Heilungsvorgang in der Vergangenheit abgelaufen ist. Die Mitschnitte sind Dokumentationen und keine Geschichten.

Die Gegenansicht will aber offensichtlich auch Dokumentationen mit zum Verbot des § 11 Nr. 3 HMWG ziehen und lässt sogar Krankenbilder von dieser Vorschrift erfasst sein⁹⁶, obgleich diese nach § 11 Nr. 5a-c besonders verboten sind. Damit wird das systematische Verhältnis von Nr. 3 zu Nr. 5a-c grundlegend verkannt. Wenn Bilder Krankengeschichten wären, bräuchten sie in Nr. 5a-c nicht gesondert verboten zu werden. Genau der Gegenschluss ist richtig. Da Nr. 3 Dokumentationen nicht erfasst, war es für die besonders gefährliche Form der Bilddokumentation sinnvoll, ein gesondertes Verbot zu regeln.

Da die zuvor begründete Ansicht in der Literatur bisher noch nicht vertreten worden ist, sei hilfsweise noch auf die o.a. Einschränkung zur richtlinienkonformen Auslegung zurückgegriffen. § 11 HMWG soll danach nur eingreifen, wenn eine zumindest abstrakte Gefahr falscher Selbstdiagnose bestehe. Diese Gefahr wird durch die Synergetik-Werbung nicht begründet, da die Gesprächsmitschnitte keinerlei Diagnose enthalten. Diagnosen sind Umschreibungen von Krankheitsbildern, die in der Fachwelt mehr oder weniger anerkannt sind. Schon bei laienmäßigen Bezeichnungen, wie Herzbeschwerden, Magenschmerzen und dergl. kann man nicht von einer Diagnose sprechen. Aber nicht einmal solche Bezeichnungen kommen in den Gesprächsmitschnitten vor, sondern werden allenfalls im Gesprächsrahmen mitgeteilt. Kommen im Text der Publikation aber keine Diagnosen vor, so kann deren Veröffentlichung auch keine abstrakte Gefahr falscher Selbstdiagnosen hervorrufen.

Zweifel ergeben sich aber mit Blick auf die Gesprächsrahmen, also diejenigen Teile am Anfang und am Ende der Gesprächsmitschnitte, die vom Synergetik-Profiler selbst stammen. Hier werden Teilgeschichten mitgeteilt und diagnoseähnliche Begriffe i.S. von laienhaften Krankheitsbezeichnungen verwendet. Zunächst zu den Geschichtesteilen. Sie sind nach einhelliger und auch hier geteilter Ansicht Krankengeschichten i.S. § 11 Nr. 3 HMWG. Doch darf man auch diese Ansicht nicht überziehen. Wenn etwa – wie für die Synergetik-Werbung gezeigt⁹⁷ – der Umfang des Teilberichts derart gering ist, dass der Mitschnitt des Wortlauts des Klienten textmäßig mehr als 99 oder 98 % des Gesamttextes ausmacht, ist der Geschichtesteil unerheblich. Dazu soll hier die Ansicht vertreten werden, dass bei derart untergeordneter Bedeutung des Expertenberichts keine Verletzung des § 11 Nr. 3 HMWG vorliegt. Dagegen lässt sich zwar einwenden, dass die qualitative Bedeutung der Expertenaussage trotz quantitativer Geringfügigkeit erheblich sein kann. Doch trifft dieser Aspekt dann nicht zu, wenn die Angaben des Experten gar nicht von dessen überlegenem

⁹³ *Bülow/Ring*, § 11 Nr. 3 Rdn. 7; *Kleist/Hess/Hoffmann*, Kommentar zum HMWG, § 11 Rdn. 18.

⁹⁴ Richtl. 92/28 EWG, ABl. EH Nr. L 113/13.

⁹⁵ So *Gröning*, WRP 1994, 355, 368; *Doepner*, a.a.O., Rdn. 17, 19.

⁹⁶ *Doepner*, a.a.O., Rdn. 17.

⁹⁷ S.o. zu IV.1.

Sachverstand getragen sind, sondern sozusagen nur Drehbuchhinweise für das folgende Gespräch enthalten.

Nicht alle Einleitungs- und Schlussbemerkungen der Synergetik-Profiler sind durch diese Beurteilung aus dem Anwendungsbereich des § 11 Nr.3 HMWG nach hier vertretener Ansicht herauszunehmen. Verallgemeinernd kann man sagen: Je kürzer die Rahmentexte gefasst sind und je weniger sie diagnostische Bemerkungen enthalten⁹⁸, um so eher kann man eine Verletzung des HMWG verneinen. Vorsichtshalber sei zudem gesagt, dass die hier vertretene Ansicht bislang weder in der Literatur noch in der Rspr. Anerkennung gefunden hat.

Was die Diagnose-ähnlichen Angaben der Rahmentexte angeht, so steht deren laienmäßige Formulierung einer Anwendung des § 11 Nr. 3 HMWG nicht entgegen. Die für den Verbotstatbestand wesentliche Gefahr einer falschen Selbstdiagnose steigt sogar, je volkstümlicher die betr. Krankheit diagnostiziert wird. Doch handelt es sich bei der Verbindung mit den Gesprächsmitschnitten nicht um diagnostisches Arbeiten, sondern um bionische Energieprozesse der Selbstheilung, die nach allen verfügbaren Aussagen zur Synergie-Methode ohne Diagnosen auskommen. Nicht einmal eine abstrakte Gefahr falscher Selbstdiagnose kann deshalb von den Rahmentexten ausgehen.

b. Geschichte als Verlaufsbeschreibung versus Krankheitsdiagnostik. Von unzulässigen Teilgeschichten sind des Weiteren zu unterscheiden die bloß punktuellen Angaben über einen Krankheitszustand oder Diagnosen. In Rspr. und Lehre besteht Einigkeit, dass Krankengeschichten i.S. § 11 Nr. 3 HMWG Schilderungen von Abläufen sind und eine Abfolge von Ereignissen enthalten müssen, um den Verbotstatbestand zu erfüllen.⁹⁹ Andererseits reicht die Wiedergabe eines Auszugs aus einem Krankheitsgeschehens aus.¹⁰⁰

Wo die genaue Abgrenzungslinie verläuft, ist der Literatur noch nicht mit aller Schärfe zu entnehmen. Doch genügt ganz sicher schon die Erwähnung von zwei punktuellen Ereignissen, zwischen denen ein Ablaufzusammenhang explizit angenommen wird. Auch die bloße Andeutung eines solchen Zusammenhanges dürfte ausreichen, da dem Leser schon hierdurch nahe gebracht wird, dass die Synergetik-Methode eine Wirkung gezeigt hat. Hingegen genügt es nicht, wenn lediglich der Ausgangspunkt der Behandlung genannt wird und etwa mit laienmäßigen Begriffen von Asthma, Schuppenflechte und dergl. bezeichnet wird, dann aber vom Klienten im Rahmen des Gesprächsmitschnitts gesagt wird, er fühle sich erleichtert, ein bestimmter Raum, den er als Bild erlebt hat, sei jetzt hell erleuchtet o.ä. In dieser Hinsicht liegt zwar mehr oder weniger andeutungsweise eine Abfolge vor, doch wird über diese nicht berichtet i.S. einer Krankengeschichte, sondern die Dokumentation des Gesprächs legt den Schluss auf eine mehr als punktuelle Abfolge nahe. Da der zweite Bezugspunkt der Abfolge nicht in der Geschichte vorkommt, ist § 11 Nr. 3 HMWG nicht verletzt.

Auch zu dieser Ansicht muss allerdings vorsorglich gesagt werden, dass dem Verf. keine Stellungnahme der Literatur bekannt ist, die diese Ansicht teilt. Allerdings gibt es auch keine Gegenansicht, da es sich, wie eingangs dieses Abschnitts erwähnt, um ein Spezifikum der Synergetik-Methode handelt, den sich selbst heilenden Klienten unmittelbar zu Wort kommen zu lassen.

4. Unzulässige Hinweise. Neben Teilgeschichten sind auch Hinweise auf solche verboten. Dieser Verbotsteil geht zurück auf das Gesetz zur Neuregelung des Arzneimittelrechts v. 24.8.1976 (BGBl. I, 2445) und soll auch solche Werbeaussagen

⁹⁸ Was ganz selten über die laienmäßige Bezeichnung von Astma, Platzangst und dergl. hinausgeht, s. aber Session-Heft 7, a.a.O. S.41 „Diabetes“.

⁹⁹ Vgl. nur OLG Hamburg, ES-HWG § 11 Nr. 3/Nr. 3; *Doepner*, a.a.O. Rdn. 13.

¹⁰⁰ KG, ES-HWG § 11 Nr. 3/Nr. 8.

erfassen, die selbst nicht einmal eine Teilgeschichte enthalten, aber auf eine solche oder eine volle Krankengeschichte hinweisen. Die Bedeutung dieser Bestimmung wird allgemein als gering eingestuft, weil Hinweise meist selbst Teilgeschichten seien.¹⁰¹ Doch könnte dem Hinweisverbot dann erhebliches Gewicht zukommen, wenn man mit der hier begründeten Ansicht solche Geschichtsteile nicht von § 11 Nr. 3 HMWG erfasst sieht, die nur ganz unwesentlich sind und hinter dem Veröffentlichungsteil, der keine Teilgeschichte ist, völlig zurücktreten.¹⁰² Sind solche untergeordneten Passagen dann als Hinweise verbotswidrig?

Die Frage ist dann zu verneinen, wenn es sich bei den unerheblichen Teilgeschichten nicht um Verweise auf andere Publikationen handelt, die ihrerseits als Krankengeschichten oder Geschichtsteile zu beurteilen sind. Genau dies ist aber bei den hier betrachteten Rahmentexten der Fall. Folgt man der hier vertretenen Ansicht, so verweisen sie nicht auf Krankengeschichten, sondern auf Gesprächsmitschnitte, die bloße Dokumentationen enthalten.

Weitere praktische Bedeutung kommt dem Hinweisverbot zu, wenn man die Zusammenstellung von Texten in Journalen oder auf Internetseiten mit oder ohne Verlinkung als Hinweise betrachtet. Denn dann sind mit der Verbotswidrigkeit auch nur geringfügiger Teile der Zusammenstellung die gesamten Texte und Textverlinkungen verbotswidrig.

Jedoch sind Hinweise schon nach allgemeinem Sprachgefühl mehr als bloße Querverweise innerhalb von Sammelpublikationen oder gar vernetzten Einzelpublikationen. Der Hinweisende muss sich den verwiesenen Beitrag jedenfalls insofern zu eigen machen, dass er eine oder mehrere von dessen inhaltlichen Angaben unterstützt oder zur Unterstützung seiner eigenen Aussage heranziehen will. Davon kann bei einer Zusammenfügung in ein Inhaltsverzeichnis einer Sammelveröffentlichung keine Rede sein.

Bei Vernetzung durch Internet-Links kommt es darauf an, ob die Links nur einen gliederungsmäßigen Zusammenhang ermöglichen sollen, oder ob eine inhaltliche Unterstützung der eigenen Aussage gewollt ist. Nur im letzteren Fall liegt ein Hinweis i.S. § 11 Nr. 3 HMWG vor. Konkret ergibt sich zum Session-Heft 7, dass die Gliederung auf S. 3 keinerlei Hinweis i.S. § 11 Nr. 3 HMWG enthält. Auch anderweitige Hinweise mit konkreter inhaltlicher Bezugnahme sind dem Verf. bei Durcharbeitung dieses Heftes und weiterer Publikationen nicht aufgefallen.

5. Fachkreise und Internet-Publikation. Nicht ganz eindeutig einzuschätzen ist, in welcher Breite die Session-Hefte publiziert werden. In erster Linie werden sie den Mitgliedern im BVST zugänglich gemacht, so dass insoweit keine Publikumswerbung vorliegt.

a. Gesetzliche Definition und anerkannte Fallgruppen. § 11 Nr. 3 HMWG verbietet lediglich die Werbung mit Krankengeschichten „außerhalb der Fachkreise“. Sind die Verbandsmitglieder als Fachkreise i. S. dieser Vorschrift anzusehen, und ist die Publikation auf diese Kreise begrenzt, so kommt das Werbeverbot dieser Vorschrift allein deshalb nicht zur Anwendung.

Fachkreise sind nach § 2 HMWG zunächst dahingehend definiert, dass es sich um „Angehörige der Heilberufe“ handelt. Synergetik-Profiler sind nach hier vertretener Ansicht keine Heilberufler. Demzufolge kommen sie auch nicht als heilberufliche Fachkreise i. S. § 2 HMWG in Betracht.

Die Vorschrift zählt aber zu den Fachkreisen auch noch „sonstige Personen, soweit sie mit Arzneimitteln, Verfahren, Behandlungen, Gegenständen oder anderen Mitteln erlaubter Weise Handel treiben oder sie in Ausübung ihres Berufes anwenden“. Zu dieser Personengruppe zählen anerkanntermaßen Kosmetiker, Fußpfleger, Diätassistenten,

¹⁰¹ Vgl. nur *Doepner*, a.a.O. Rdn. 18.

¹⁰² Dazu s.o. IV.3a.

Zahntechniker und Optiker. Sie betreiben zwar keinen Handel mit Arzneimitteln oder Gegenständen, wohl aber üben sie ihren Beruf durch Anwendung von „Verfahren“ oder im Wege von „Behandlungen“ aus.¹⁰³ Auch die technischen Heilhilfsberufe, wie medizinisch-technische Assistenten (MTA)¹⁰⁴, pharmazeutisch-technische Assistenten (PTA)¹⁰⁵, Masseure und sogar medizinische Bademeister rechnet man dazu.¹⁰⁶ Abgelehnt wurde die Fachkreiszugehörigkeit dagegen bei den primär verwaltungsmäßig tätigen Heilhilfspersonen, wie kaufmännischen Arztsekretärinnen oder medizinischen Dokumentationsassistentinnen.¹⁰⁷

b. Fachliche Qualifikation der Synergetik-Profiler. Die Belege aus Rspr. und Literatur zeigen, dass nicht jede Behandlung oder jedes Verfahren anerkannt wird, das nur irgendwie auch mit Gesundheitsdiensten zu tun hat. Der wesentliche Unterschied zwischen kaufmännischen und verwaltungsmäßigen Hilfstätigkeiten und den Heilhilfsberufen liegt darin, dass es sich bei Letzteren um spezifische Gesundheitsberufe handelt. Während die Arztsekretärin überwiegend Büroarbeiten verrichtet, die auch in einem Architekturbüro oder in einer Rechtsanwaltskanzlei anfallen, ist die Arbeit eines MTA/PTA oder Masseurs auf den kranken Menschen selbst gerichtet. Sie ist als Gesundheitsdienst im weitesten Sinne des Wortes zu verstehen. Das spricht für die Einbeziehung in den Begriff der Fachkreise i. S. § 2 HMWG.

Ein weiterer Aspekt ist der dieser Untersuchung schon mehrfach angezogene Vergleich mit den technischen Unterstützungsberufen, wie den Optikern, Zahn Technikern etc.¹⁰⁸ Auch für die Anwendung von § 2 HMWG liegt es nahe, hierauf abzustellen. Synergetik-Profiler sind auch nach § 2 HMWG nicht anders zu behandeln als diese Personengruppen. Zwar sind sie wesentlich technisch fundiert und deshalb in erheblicher Heilberufserferne tätig. Aber sie sind doch in spezifischer Weise mit Gesundheitsdiensten befasst, so dass sie wie die anderen technischen Gesundheitsdienste als Fachkreise i. S. § 2 HMWG gelten können.

Auch verläuft die Abgrenzung teilweise¹⁰⁹ unterhalb der Grenze der freien Berufe.¹¹⁰ Demnach kann hier dahingestellt bleiben, ob die Synergetiker nach *Joschko* bereits als Freiberufler im soziologischen oder im rechtlichen Sinne einzuordnen sind.¹¹¹ Dafür sprechen die oben (zu II.3) zusammengestellten Angaben, auch wenn sie für einen vollen Nachweis in dieser Hinsicht nicht ausreichen. Doch geht es darum hier nicht. Vielmehr ist nach § 2 HMWG allein erheblich, dass die Berufstätigkeit auf einem derartigen fachlichen Niveau basiert, dass nicht wie bei Laien die Gefahr besteht, durch fachliche Werbeangaben irreführend oder sonst unsachlich beeinflusst zu werden. Auch diese Voraussetzung ist bei den Synergetik-Profiliern typischerweise erfüllt.

c. Allgemeinzugänglichkeit via Internet. Dennoch führt die Zugehörigkeit zu Fachkreisen nicht zur Befreiung von § 11 Nr. 3 HMWG. Denn die Publikationen sind zwar keine Krankengeschichten, aber wenn man sie als solche – entgegen der hier vertretenen Ansicht – einordnet, dann werden sie derzeit mit Sicherheit über die Fachkreise hinaus verbreitet. Das folgt v.a. eindeutig aus dem Internet-Auftritt. Hierzu ist zwar anerkannt, dass

¹⁰³ Vgl. nur *Erbs/Kohlhaas*, § 2 Rdn. 6; *Doepner*, HMWG-Kommentar, a.a.O., § 2 Rdn. 11.

¹⁰⁴ *Rapp*, NJW 1985, 2179.

¹⁰⁵ LG Ravensburg, ES-HWG § 2/Nr. 3; *Erbs/Kohlhaas*, § 2 Rdn. 2.

¹⁰⁶ *Doepner*, HMWG-Kommentar, a.a.O., § 2 Rdn. 6.

¹⁰⁷ OLG Stuttgart, ES-HWG § 11 Nr. 4/Nr. 13; *Bülow/Ring*, § 2 Rdn. 8.

¹⁰⁸ S.o. zu III.2c.

¹⁰⁹ Eindeutig nicht dazu gehörig z.B. Kosmetiker, anders aber für Fußpfleger und Diätassistenten, *DStR* 1999, 1984 = *BStBl.* II, 2000, 158 (med. Fußpfleger); *BVerfG* v. 29.10.1999 Az.: 2 BvR 1264/90, *BStBl.* II, 2000, S. 0155.

¹¹⁰ So auch *Doepner*, HMWG-Kommentar, a.a.O., § 2 Rdn. 6.

¹¹¹ Dazu grundl. *Deneke*, Klassifizierung der freien Berufe, 1969, S. 13 ff.; *Herrmann*, Recht der Kammern und Verbände, 1996, S. 43 ff.

bei Zugangsbeschränkung über eine Password-Vergabe die Beschränkung auf Fachkreise vorliegen kann.¹¹² Aber wo dies nicht der Fall ist, hat jeder Zugang, auch wenn die Information recht fachspezifisch ist. Jedenfalls über Suchmaschinen finden auch Nicht-Fachkreise Zugang, so dass schon deshalb keine Beschränkung auf Fachkreise gegeben ist. Verf. hat am 26.8.2005 Gesprächsmitschnitte und Expertenberichte, wie sie in Session-Heft 7 enthalten und oben besprochen sind, ganz übereinstimmend unter www.gesundheitsforschung.info/Erfolge/ abgerufen, ohne durch eine Password-Intervention daran gehindert worden zu sein. Ist aber jeder Internet-Surfer in der Lage, die Gesprächsmitschnitte zu lesen und aus ihnen die beabsichtigte Werbeinformation zu entnehmen, so handelt es sich allein deshalb nicht um eine Beschränkung auf Fachkreise.

Z.T. wird allerdings die Ansicht vertreten, dass es nicht die objektive Breitenwirkung und Zugänglichkeit des Werbemediums, sondern auf die subjektive Zielrichtung des Werbemediums ankommt.¹¹³ Danach könnte die Beschränkung auf Fachkreise auch dann gegeben sein, wenn Laien sie ungehindert zur Kenntnis nehmen können, aber dieser Leserkreis nicht zielgerichtet angesprochen wird. Jedoch wird man eine mehr oder weniger objektivierende Betrachtungsweise zumindest mit einzubeziehen haben, da sonst keine hinreichende Abgrenzungsschärfe erreicht wird.¹¹⁴ In jedem Fall sind die Gesprächsmitschnitte und Expertenberichte, die im Markt für Synergetik-Dienste verwendet werden, nicht einmal nach der extrem subjektivierenden Ansicht klar auf Fachkreise begrenzt. Denn schon die verwendete Sprache ist nicht als wissenschaftlicher Fachjargon gefasst, sondern mehr allgemeinverständlich gehalten. Das gilt natürlich für die Gesprächsmitschnitte, aber auch die Expertenberichte enthalten weder in nennenswertem Umfang medizinische Fremdwörter noch solche der Psychobionik oder zusammenhängender technischer Wissenschaften.

Demzufolge kann, wie schon gesagt, jeder Nutzer des Internets die Gesprächsmitschnitte lesen und so weit verstehen, dass er von der beabsichtigten Werbeinformation erreicht wird. Eine Beschränkung auf Fachkreise ist deshalb derzeit nicht gegeben. Doch wird darauf in Teil 2 zurückzukommen sein.

V. Sonstige Werbeverbote

1. Keine Behandlungswerbung i. S. § 12 Abs. 2 HMWG. Unter den sonstigen für Synergetik-Profiler wichtigen Werbeverboten kommt in erster Linie das der Behandlungs- und Verfahrenswerbung gem. § 12 Abs. 2 HMWG in Betracht. Danach darf sich die „Werbung für andere Mittel, Verfahren, Behandlungen oder Gegenstände außerhalb der Fachkreise...nicht auf die Erkennung, Beseitigung oder Linderung dieser Krankheiten oder Leiden beziehen“. Der Tatbestand trennt also zwischen Verfahren und Behandlungen einerseits und deren Zwecken der Krankheitsbekämpfung andererseits. Dadurch kommt es zu einer vom Wortlaut gedeckten Verbotsbreite, die – ähnlich der des § 1 HeilprG – mit Art. 12 Abs. 1 GG nicht vereinbar ist.

a. Beseitigung und Linderung von Krankheiten. Doch zunächst zum unstreitigen Wortlaut: Heilen bedeutet die zumindest zeitweise vollständige Beseitigung von Krankheiten, Leiden und Beschwerden physischer oder psychischer Art. Dabei wird teils mehr an die Heranführung an einen als normal vorgestellten Gesundheitszustand, teils aber auch mehr

¹¹² *Ernst*, Pharma Recht 1998, 195, 199; *Doepner*, HMWG-Kommentar, a.a.O. § 2 Rdn. 15.

¹¹³ *Kleist/Hess/Hoffmann*, HMWG-Komm., a.a.O. § 10, Rdn. 13; *Albrecht/Wronka*, GRUR 1977, 83, 95; für subjektiv-objektive Betrachtung auch OLG München, ES-HWG § 1 „Werbung“/Nr. 37; *Bülow/Ring*, § 10 Rdn. 7.

¹¹⁴ S. auch die Nachw. für subj.-obj. Betrachtung, vorige Fn.

daran gedacht, dass der Patient auf den Zustand zurückgeführt wird, in dem er vor Einsetzen der Krankheit, des Leidens oder der Beschwerden gewesen ist. Die Rspr. erkennt Beides als Beseitigung i. S. § 12 Abs. 2 i.V. § 1 Abs. 1 Nr. 2 HMWG an.¹¹⁵

Auch Lindern im Rechtssinn bedeutet zweierlei: das Herabsetzen (Mindern) der durch die Krankheit usw. hervorgerufenen subjektiven Beschwerden und die Besserung objektiver Befunde, ohne dass es zu voller Gesundheit kommt.¹¹⁶

Alle genannten Behandlungszwecke werden typischer Weise mit der Synergetik-Methode angestrebt. Denn man geht, wie gezeigt (zu II.2), davon aus, dass die Methode zu einer Veränderung der inneren Bilder führt, die als Optimierung abläuft, weil die Ursachen, die in der Vergangenheit zu Fehlbildungen geführt haben, in der Behandlungssituation unwirksam gemacht oder abgeschwächt werden können. Es gibt deshalb gar keinen Zweifel, dass beide Tatbestandmerkmale durch die Werbung für die Synergetik-Methode erfüllt werden.

b. Behandlung und Verfahren: Meinungsstand. Erhebliche Zweifel ergeben sich aber zu den weiteren Tatbestandsmerkmalen. Sowohl Behandlungen als auch Verfahren sind nach einhelligem Verständnis nur insoweit tatbestandsgemäß, als sie unter Anwendung heilkundlicher Erkenntnisse am Menschen oder Tier durchgeführt werden.¹¹⁷ Dabei ist streitig, ob es sich um Heilkunde i.S § 1 HeilprG handeln muss¹¹⁸, oder ob – wie die wohl h.M. annimmt – auch therapeutische Vorrichtungen mehr handwerklicher oder technischer Art durch die Heilhilfsberufe erfasst sind.¹¹⁹

Der Meinungsstreit wird aber in der Literatur oft in zweierlei Hinsicht schief dargestellt. Erstens nimmt man an, der BGH habe in den beiden maßgeblichen Fällen „Krankengymnastik“¹²⁰ und „optometrische Leistungen II“¹²¹ ein Werbeverbot für technische Heilhilfsberufe ausgesprochen und damit einen weiteren Heilberufsbegriff für das HMWG als für das HeilprG angenommen.¹²² Davon kann aber gar keine Rede sein. Denn in beiden Fällen ist aus Gründen der verfassungsrechtlich geboten Verhältnismäßigkeit deutlich gesagt, dass die Tätigkeiten weder als solche verboten sind, noch durch zu weit greifende Werbeverbote in ihrer Existenzgrundlage vernichtet werden dürfen. Deshalb wurde die Sache jeweils an die Berufungsinstanzen zurückverwiesen, damit dort im Tatsächlichen beurteilt werden sollte, wie die Werbeverbote eingeschränkt zu fassen sind, damit sie keine unverhältnismäßig grundrechtsbeschränkende Wirkung mehr haben.

Konkret ging der BGH etwa im Fall des optometrischen Messverfahrens davon aus, dass das betreffende Messverfahren augenärztliche Untersuchungen nicht ersetzen kann, weil weder extrem günstige noch extrem ungünstige Werte absolute Gewissheit darüber verschaffen, ob der Patient Augenkrebs hat oder nicht. Da in jedem Fall ein Arztbesuch erfordert werde, sei zweifelhaft, ob für die berührungslose Augendruckinnenmessung (Tonometrie) überhaupt noch eine sinnvolle Werbeaussage denkbar ist. Denn es sei „fern liegend, dass die (sc. in der Werbung) angesprochenen Personen eine Augendruckinnenmessung und eine Prüfung des Gesichtsfeldes lediglich um ihrer selbst willen – gewissermaßen zur Befriedigung einer nicht diagnostisch orientierten Neugierde – vornehmen lassen.“¹²³ Jedoch hat das Gericht über diesen Zweifel nicht selbst entschieden,

¹¹⁵ OLG Stuttgart, Urt. V. 12.11.1999 – Az. 2 U 98/99, zit. n. *Doepner*, HMWG-Kommentar, a.a.O. § 1 Rdn. 57.

¹¹⁶ OLG Stuttgart, MD 1991, 216, 220; und a.a.O., vorige Fn.

¹¹⁷ BayObLG, ES-HWG § 1 „Verfahren/Behandlungen“/Nr. 6; KG, ebd. Nr. 18, OLG Karlsruhe, ebd. „Krankheit“/Nr. 15; *Doepner*, HMWG-Kommentar, a.a.O. § 1 Rdn. 108 m.w.Nachw.

¹¹⁸ So v.a. *Kernd'l/Marcetus*, HMWG-Kommentar, a.a.O., S. 120.

¹¹⁹ *Bülow/Ring*, § 1 HMWG, Rdn. 113; *Erbs/Kohlhaas*, § 1 Rdn. 13; *Doepner*, HMWG-Kommentar, a.a.O. § 1 Rdn. 108.

¹²⁰ BGH WRP 1990, 688 – Krankengymnast.

¹²¹ BGH GRUR 2001, 1170.

¹²² *Doepner*, HMWG-Kommentar, a.a.O. § 1 Rdn. 108.

¹²³ A.a.O. S. 1173.

sondern insofern an die Berufungsinstanz zurückverwiesen. Schon allein dadurch wird doch deutlich, dass es dem BGH darauf ankam, gründlichst zu prüfen, wie diese neue Behandlungsmethode erlaubt werben kann, damit ihr nicht durch eine unverhältnismäßig strenge Auslegung des § 12 Abs. 2 HMWG die Existenzgrundlage entzogen wird.

Die zweite Fehleinschätzung der h. M. geht dahin, für die Auslegung des Behandlungsbegriffs werde zwar vorausgesetzt, dass nur Behandlungen unter Anwendung heilkundlichen Wissens erfasst sind, aber das Verständnis von Heilkunde sei im Werberecht weiter gefasst als im Zulassungsrecht des HeilprG.¹²⁴ Denn hierfür gibt es keinerlei Belege aus der Rspr. Zwar verweist die Literatur auf die beiden besprochenen BGH-Entscheidungen im Fall Krankengymnastik und optometrische Leistungen II. Doch sind diese Belege, wie gezeigt unzutreffend.

c. Stellungnahme und Folgerungen. Zudem sei mit der Gegenmeinung darauf verwiesen, dass es mit dem Sinn und Zweck beider Vorschriften unvereinbar wäre, unterschiedlich Heilberufsverständnisse zugrunde zu legen. Einhellig soll vor unsachgemäßer Anwendung heilkundlichen Wissens geschützt werden. Es ist nicht ersichtlich, weshalb dieser Schutz im Berufszulassungsrecht des HeilprG weiter gehen sollte als im Werberecht. Dabei würde sich sogar die – mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbare – Konsequenz ergeben, dass ein zulassungsfrei erlaubter Beruf nicht existenzfähig wäre, weil für ihn keine Werbung betrieben werden könnte, die die Behandlungsmethode im Publikum bekannt macht und entsprechende Nachfrage weckt.

Konkret ergibt sich für die Synergetik-Methode folgendes: Anders als vielleicht im Fall optometrische Messung II ist eine sinnvolle Handhabung des Arzthinweises möglich, ohne von der Synergetik-Technik als solcher abzuraten. Denn der Klient kann v. a. durch ein Merkblatt deutlich genug informiert werden, ohne ihn derart zu verängstigen, dass er für eine Gesprächssitzung ungeeignet wäre. Oben (zu III.2d/e) wurde gezeigt, dass dies sogar für den Fall denkbar erscheint, dass eine Unterschrift über den Erhalt des Merkblattes verlangt wird. Wird diesem Erfordernis genügt, so kommt keine mittelbare Gefahr i.S. § 1 Abs.2 HeilprG in Betracht, und es liegt wegen der psychotherapiefernen Technikorientierung der Psychobionik keine zulassungspflichtige Tätigkeit vor. Demzufolge kann man auch nicht davon ausgehen, dass es sich um eine „Behandlung“ oder ein „Verfahren“ i.S. § 12 Abs. 2 HMWG handelt, und deshalb das gegen Heilbehandlungen und Heilverfahren gerichtete Werbeverbot gilt.

Dem Gutachter liegt der Bußgeldbescheid der Regierung Oberbayern v. 7.1.2005¹²⁵ gegen die Praxis *Molnar* vor. Darin wird § 12 Abs. 2 HMWG auf alle Krankheitsbehandlungen ohne Unterschied danach angewendet, ob heilkundliche Kenntnisse angewendet werden oder nicht. Der Bescheid zitiert lediglich § 12 Abs.2 s.1 HMWG und führt zur Begründung aus, dass der Behandlungsbegriff i.S. § 1 Abs. 1 Nr. 2 HMWG zugrunde gelegt wird und folgert: „Eine Krankenbehandlung liegt auch dann vor, wenn der Klient auch selbst noch zu seiner Heilung etwas beitragen muss. Dies ist der Fall bei einer Vielzahl von Behandlungen, auch beispielsweise bei psychotherapeutischen Verfahren...“. Gänzlich unbeachtet bleibt, dass der Heilungsbeitrag des Werbenden unter Anwendung heilberuflicher Kenntnisse erfolgen muss, um unter § 12 HMWG zu fallen. Andernfalls dürfte etwa auch der Geistheiler, den das BVerfG von § 1 HeilprG freigestellt hat, keinerlei Werbung treiben. Das kann nicht richtig sein.

Soweit ersichtlich hat die im Bescheid der Regierung Oberfranken zum Ausdruck kommende Ansicht bisher keine weitere Gefolgschaft gefunden. Es gibt aber einen offenen Brief des Synergetik Instituts v. 6.6.2005¹²⁶, der betont, dass der o. besprochene Bußgeldbescheid der Regierung Oberfranken v.a. insofern von einer fehlerhaften

¹²⁴ S. die Nachw. o. Fn. 119.

¹²⁵ Dortiges Az. 2093-2677-2/2004.

¹²⁶ Abrufbar unter www.gesundheitsforschung.info.

Interpretation der §§ 11 Nr.3, 12 Abs. 2 HMWG ausgeht, als die Anforderungen des BVerfG im Geistheilerbeschluss zur Auslegung des § 1 HeilprG unberücksichtigt bleiben. Das kann hier nur nachhaltig unterstützt werden. Es darf auf keinen Fall zu einer Diskrepanz des Berufszulassungsrechts und des Werberechts kommen, indem nur für Ersteres die Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 GG an die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in das Grundrecht der Berufsfreiheit berücksichtigt, aber bei Anwendung des HMWG ausgeblendet werden.

2. Kein psychischer Kaufzwang i.S. § 4 Nr. 1 UWG. Nur der Vollständigkeit halber seien noch einige Kurzangaben zu § 4 UWG angebracht, zumal nicht auszuschließen ist, dass ein Gericht, das mit den Interpretationen dieses Gutachtens zu §§ 11 Nr. 3, 12 Abs. 2 HMWG konform geht, auf das allgemeine Lauterkeitsrecht zurückgreift. Zum entsprechenden Verhältnis des § 3 UWG und § 1 HeilprG ist bereits im Abschnitt III das Nötige gesagt. Zu § 4 UWG kommt aufgrund seiner inhaltlichen Nähe zu § 11 Nr. 3 HMWG zunächst das Verbot psychischen Kaufzwangs in Betracht.

Doch bevor auf die Tatbestandsmerkmale des § 4 Nr. 1 UWG näher eingegangen wird, muss das Verhältnis zu § 11 Nr. 3 HMWG in genereller Hinsicht geklärt werden. Obgleich es bei beiden Vorschriften um die Verhinderung unangemessen unsachlichen Einflusses auf den Nachfrager geht, schließen sie sich nicht gegenseitig aus. Denn es sind jeweils tatbestandlich besondere Ausprägungen fixiert, die nebeneinander zur Anwendung gelangen.

Obgleich der psychische Kaufzwang seit vielen Jahren eine Fallgruppe der Rspr. darstellt, bei der sittenwidriger – heute unlauterer – Wettbewerb anzunehmen ist, hat § 4 UWG dafür keinen besonderen Tatbestand geschaffen. Er unterfällt der viel weiter gefassten Fallgruppe „unangemessen unsachlichen“ Einflusses i.S. § 4 Nr.1 UWG. Beide Adjektive sind kumulativ zu verstehen. Es genügt also nicht, dass der Käufer oder Klient unsachlich beeinflusst wird, sondern der Einfluss muss auch noch unangemessen intensiv ausgeprägt sein. Andererseits braucht es sich nicht um einen rechtlichen Kaufzwang zu handeln, wie er bei sog. Koppelungsangeboten gegeben ist, bei denen der Nachfrager vertraglich gebunden wird, die gekoppelte Leistung mit einer anderen zusammen zu erwerben, die er typischerweise in erster Linie begehrt.

Der außerrechtliche Koppelungsdruck muss nach h. M. so erheblich sein, dass der Kunde es aufgrund der Umstände als unanständig oder jedenfalls peinlich empfindet, die angebotene Leistung nicht abzunehmen. Meist geht es um unentgeltliche Zuwendungen, die der Anbieter vorleistet, um das Anstandsgefühl der Kaufbereitschaft des verkoppelten Artikels zu erzeugen. Was als peinlich empfundene Drucksituation aufzufassen ist, unterliegt gewiss Änderungen in Anbetracht der massenhaften Verbreitung kostenloser Zusendungen und der Gewöhnung der Verbraucher an die Formen der Geschenkwerbung.¹²⁷

Aber von alledem kann bei der Synergetik-Werbung gar keine Rede sein, werden doch die gewöhnlichen Sitzungen durchweg als bezahlte Dienstleistungen angeboten. Der Verf. ist darüber informiert, dass verbreitet auch kostenlose Probesitzungen angeboten werden, doch sind dies keine verkoppelten Werbegeschenke, sondern Angebote unentgeltlicher Originalleistungen. Auch darin kann unlauterer Wettbewerb liegen, wenn Marktverstopfungsgefahren drohen. Aber dazu gibt es in der gegenwärtigen Marktsituation keinerlei Anhaltspunkte, so dass von einer weiteren Untersuchung in dieser Richtung Abstand genommen werden kann.

3. Kein übertriebenes Anlocken i.S. § 4 Nr. 1 UWG. Diese Fallgruppe gehört ebenfalls zum Tatbestand des § 4 Nr. 1 UWG, setzt aber voraus, dass die Rationalität der

¹²⁷ S. dazu näher *Weiler*, WRP 2002, 871; *Berlit*, WRP 2001, 349, 352.

Nachfrageentscheidung des Verbrauchers ausgeschaltet wird.¹²⁸ Dies ist dann der Fall, wenn auch der durchschnittlich informierte, situationsadäquat aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher durch die Werbung davon abgehalten wird, Preis und Qualität des Gesamtangebots kritisch zu würdigen.¹²⁹ Auch zu dieser Fallgruppe rechnen v. a. Fälle, in denen der Verbraucher durch günstige Preisangebote und Vergünstigungen verführt wird, die sachlich nicht begründet sind.¹³⁰ Jedoch sind hiervon all jene Anlockwirkungen abzugrenzen, die von einem besonders attraktiven Angebot ausgehen. Denn darin liegt eine gewollte Folge des Wettbewerbs, die geradezu dessen Wesen ausmacht. Deshalb ist die Rspr. zur Fallgruppe übertriebenen Anlockens in letzter Zeit und insbes. nach dem Wegfall der Rabatt- und Zugabeverbote deutlich rückläufig. V.a. der bloße Niedrigpreiswettbewerb stellt auch dann kein unzulässiges Anlocken dar, wenn dadurch der Anbieter bei einem Teil seines Sortiments einen Verlust erleidet.¹³¹

Auf Grund dieser Entwicklung kommt § 4 Nr. 1 UWG heute eigentlich nur noch in solchen Fällen zur Anwendung, in denen die Anlockwirkung davon ausgeht, dass nur ein Teil der angebotenen Gesamtleistung besonders vergünstigt ist, der Preis für den übrigen Teil diese Wirkung aber wieder kompensiert. Das ist v. a. bei den speziellen Fallgruppen der Preisausschreiben, Gewinnspiele und sog. Verkaufsförderungsmaßnahmen der Fall, die in § 4 Nr. 4-6 UWG besonders geregelt sind.

Demzufolge ist zunächst jede Unterbietungswirkung im Verhältnis zu ärztlichen Honoraren und Behandlungsentgelten frei vom Vorwurf unlauteren Wettbewerbs. Zwar ist die Konkurrenzsituation der Synergetik-Profiler zu den schulmedizinischen Berufen durchaus gegeben und z. T. sogar nicht selten mit recht aggressiven Werbeaussagen verbunden.¹³² Doch ist dieser sog. Substitutionswettbewerb weder berufsrechtlich verboten noch etwa dann als unzulässiges Anlocken zu würdigen, wenn die Preise für die nicht-medizinischen Leistungen deutlich unter den gesetzlich regulierten Arzthonoraren liegen.

Allenfalls kann man fragen, ob die sog. Probesitzungen¹³³, sollten diese unentgeltlich oder extrem verbilligt sein, überzogene Anlockeffekte haben. Doch wird hiermit gerade das Gegenteil unsachlicher Beeinflussung bewirkt. Der Proband soll in die Lage versetzt werden, eine Sitzung live zu erleben, um auf dieser Grundlage das Verhältnis von Qualität und Preis der Dienstleistung einschätzen zu können. Das ist kein übertriebenes Anlocken, sondern wettbewerblich erwünschte Kundenorientierung.

4. Zulässige Vergleichswerbung. Die §§ 4 Nr. 7, 6 UWG sind aufgrund der Richtlinie 97/55/EG v. 6.10.1997¹³⁴ über irreführende Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung novelliert worden und haben das bis Ende der 90er Jahre in Deutschland geltende¹³⁵ grundsätzliche Verbot der Vergleichswerbung aufgehoben. Nur noch unter den besonderen Voraussetzungen der §§ 4 Nr. 7, 6 Abs. 2 UWG sind Werbevergleiche unlauter. Da die Auseinandersetzung der Synergetik-Profiler mit der herkömmlichen Medizin z. T. in recht scharfem Ton geführt wird, scheint es zweckmäßig, die wettbewerbsrechtlichen Grenzen auch in dieser Hinsicht etwas näher zu umreißen.

¹²⁸ BGH GRUR 2003, 1428, 1429 „Einkaufsgutschein“, Baumbach/Hefermehl/Köhler, § 4 UWG Rdn. 1.35 m.w.Nachw.

¹²⁹ BGH GRUR 2000, 820, 821 „Space Fidelity Peep-Schow“; 2002, 1000, 1002 „Testbestellung“-

¹³⁰ BGH WRP 1999, 516, 517.

¹³¹ Vgl. schon BGH GRUR 1984, 204, 206 „Einstandspreis II“; 1998, 500, 501 „Skibindungsmontage“.

¹³² Vgl. Session-Heft 7, a.a.O., S. 94: „Schulmedizin“ verabreichte Holdol®, das als in Kauf genommene Nebenwirkung „ein bißchen Parkinson“ verursache.

¹³³ Vgl. Session-Heft 7, a.a.O., S. 47

¹³⁴ ABl. EG Nr. L 290, S. 18.

¹³⁵ Für frühere Überwindung durch die Rspr. vgl. T. Krüger, Die Zulässigkeit vergleichender Werbung aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben, 1996.

a. Wettbewerbsverhältnis und Bezugnahme auf Wettbewerber. Ebenso wie die Richtlinie 97/55/EG unterscheidet auch das UWG zwei verschiedene Arten der Vergleichswerbung, die auf Wettbewerber bezogenen (§ 6 Abs. 2 UWG) und die nicht personal bezugnehmenden Vergleiche (§ 4 Nr. 7 UWG). Zur Bezugnahme kommt es zunächst darauf an, dass der Vergleichende und der Vergleichene in einem Wettbewerbsverhältnis zueinander stehen, d.h. es wird aus der Sicht des durchschnittlichen Nachfragers beurteilt, ob dieser bereit wäre, die Waren oder Dienstleistungen gegeneinander auszutauschen. § 6 Abs. drückt das so aus, dass Vergleiche nur dann verbotswidrig sein können, wenn sie „unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber... erkennbar macht“.

Die Formulierung macht deutlich, dass keine Einengung auf bestimmte Branchen und Wirtschaftszweige in Betracht kommt, sondern – wie im sonstigen Lauterkeitsrecht – auch branchenübergreifende Wettbewerbseffekte berücksichtigt werden müssen. Sehr anschaulich wird dies an dem älteren Slogan „Statt Blumen ONKO-Kaffee“.¹³⁶ Obgleich Onko kein Mitbewerber auf Blumenmärkten war, nahm der BGH ein Wettbewerbsverhältnis an, weil die Substitutionsbeziehung vom Werbenden selbst hergestellt worden war. Deshalb berührt auch jede Aussage über das Verhältnis der Synergetik-Methode zur „herkömmlichen“ Medizin, „Apparatemedizin“ oder „Schulmedizin“ selbstverständlich ein Wettbewerbsverhältnis.

Allerdings ist damit noch kein personaler Bezug zu einer individuellen Vergleichsperson oder Vergleichspraxis hergestellt. Zwar genügt es nach § 6 Abs. 1 UWG, dass der Mitbewerber bloß mittelbar erkennbar wird und etwa nur eine Gruppenbezeichnung verwendet wird.¹³⁷ Doch muss dann ein überschaubarer Personenkreis zur Gruppe gehören¹³⁸, oder es muss sich um eine Werbung auf sachlich oder regional derart eng begrenztem Markt handeln, das dort nur wenige Wettbewerber tätig sind.¹³⁹

Demzufolge ist bei Attacken gegen die Schulmedizin zu unterscheiden. Meist wird keine Bezugnahme i. S. § 6 Abs. 1 vorliegen, weil die Werbung bundesweit oder doch regional so weit adressiert ist, dass aus der Vielzahl der dort tätigen Ärzte keine engere Gruppe erkennbar wird. Erscheint die betr. Werbeaussage aber etwa in einer lokalen Zeitung, einer Praxisbroschüre oder dergl., so kann es anders liegen. Nur für diesen Fall gelten die folgenden Überlegungen zu § 6 Abs. 2 UWG.

b. Dienstleistungsvergleich und Objektivität i.S. § 6 Abs. 2 Nr. 1/2 UWG. Die Vorschrift verbietet in Nr. 1 den Vergleich, wenn er sich nicht auf Waren oder Dienstleistungen „für den gleichen Bedarf“ bezieht. Dies ist weit auszulegen, da sonst erwünschter Substitutionswettbewerb verboten würde.¹⁴⁰ Deshalb braucht keine völlige Funktionsidentität vorzuliegen, sondern die Leistungen müssen wiederum bloß aus der Sicht des Durchschnittsnachfragers austauschbar erscheinen.¹⁴¹ Sogar Vergleiche zwischen hochwertigen Luxusprodukten und billiger Massenware ist für den gleichen Bedarf bestimmt.¹⁴²

Schulmediziner und Synergetik-Profiler bieten demzufolge ohne Weiteres austauschbare Dienste an. Gleichermaßen geht es um die Heilung oder Linderung von Krankheiten. Dass es bei der Synergetik-Methode nicht um Therapie im heilberufsrechtlichen Sinn geht, ist für die Bedarfsgleichheit i. S. § 6 Abs. 2 Nr. 1 UWG ohne Belang.

Nr. 2 der Vorschrift hinreichende Objektivität des Vergleichs. Er muss „objektiv auf eine oder mehrere wesentliche, relevante, nachprüfbare und typische Eigenschaften oder den

¹³⁶ BGH GRUR 1972, 553.

¹³⁷ Vgl. schon RG GRUR 1930, 200 „Ramschware“; KG WRP 1999, 339, 340)

¹³⁸ BGH GRUR 2002, 982, 983 „Die Steinzeit ist vorbei“.

¹³⁹ Vgl. nochmals die Onko-Entscheidung a.a.O.

¹⁴⁰ Baumb./Hefermehl/Köhler, a.a.O., § 6 UWG, Rdn. 46.

¹⁴¹ BGHZ 139, 378=GRUR 1999, 501, 502.

¹⁴² Vgl. Scherer, WRP 2001, 89, 91; Baumb./Hefermehl/Köhler, a.a.O., § 6 UWG, Rdn. 48.

Preis... bezogen sein.“ Da die Synergetik-Behandlung bei allen dem Gutachter bekannten von der Schulmedizin durch die andersartige Methode unterschieden und der Schulmedizin auch als solche gegenüber gestellt wird, liegt hinreichende Objektivität durchweg vor. Doch soll noch einmal betont werden, dass es eben auch so sein muss. Die vergleichende oder kontrastiv vergleichende Werbebehauptung muss wenigstens im Ansatz deutlich machen, dass nachprüfbar Unterschiede in der typischerweise verwendeten Behandlungsmethode gegeben sind. Unter dieser Voraussetzung darf dann aber auch betont werden, dass bestimmte Medikamente mit schädlichen Nebenwirkungen im Gegensatz zur Schulmedizin vermieden werden.

In diesem Zusammenhang sei zudem daran erinnert, dass bei Synergetik-Profilern, die keine Heilberufszulassung haben, betont werden muss, dass der Arztbesuch nicht ersetzt werden soll. Das muss zwar nach der hier vertretenen Ansicht nicht in der drastischen Weise geschehen, wie es der BayVGH verlangt. Aber deutlich wahrnehmbar für den Klienten muss es schon sein.

c. § 4 Nr. 7 UWG und Systemvergleich. Sofern der (kontrastierende) Vergleich, wie meist keine personale Bezugnahme aufweist, kommt immer noch das Verbot des § 4 Nr. 7 UWG in Betracht. Dafür bedarf es zunächst eines ebensolchen Wettbewerbsverhältnisses wie zu § 6 Abs. 1 UWG erläutert. Auch hier ist aber keine Branchengleichheit vorausgesetzt, sondern es genügt, wenn die Austauschbarkeit aus der Sicht des Durchschnittskunden gegeben oder sogar nur vom Werbenden selbst hergestellt wird. Sind aber Onko-Kaffee und Blumen austauschbar¹⁴³, so gilt dies erst recht für die Dienstleistungen von zwei Berufen, die beide um die Heilung oder Linderung von Krankheiten bemüht sind.

Materiell verbietet § 4 Nr. 7 UWG gar nicht den Vergleich als solchen, sondern nur das „Herabsetzen“ oder „Verunglimpfen“. Doch kann dies natürlich auch und vor allem durch Vergleichswerbung geschehen, wenn diese eine pauschale Abwertung von Mitbewerbern oder konkurrierenden Angeboten enthält. Das wäre etwa der Fall, wenn die Schulmediziner pauschal als rückständig, altmodisch oder wissenschaftlich überholt hingestellt würden. Andererseits ist stets zu fragen, ob der Verkehr den pauschalierenden Slogan wirklich als ernst zu nehmende Sachaussage versteht, oder ob er nur Aufmerksamkeit erwecken soll. Bekanntes Beispiel für Letzteres ist der Werbeslogan eines Holzhausherstellers: „Die ‚Steinzeit‘ ist vorbei“.¹⁴⁴

In keinem Fall unlauter ist der sog. Systemvergleich. Hierbei werden für bestimmte Waren oder Dienstleistungen die wesentlichen Besonderheiten verschiedener Produktions- oder Vertriebssysteme miteinander verglichen.¹⁴⁵ Auch Behandlungsmethoden können Gegenstand eines Systemvergleichs sein.¹⁴⁶ Daraus ergibt sich, dass der Vergleich der Synergetik-Methode mit der Schulmedizin als Systemvergleich einzuordnen und als solcher wettbewerbsrechtlich völlig unbedenklich ist.

5. Internet-Verlinkung und Disclaimer. Ein weiteres Problem besteht darin, dass die vom BVST im Internet veröffentlichten Gesprächsmitschnitte und Expertenberichte von einigen oder allen Synergetik-Praxen auf deren Internet-Seiten verlinkt werden. Nachdem die Regierung Oberbayern dagegen im oben (zu V. 1b/c) Bußgeldverfahren eingeschritten ist, sind die Praxen z. T. dazu übergegangen, einen sog. disclaimer ins Netz zu legen, der im Wortlaut dem der Bayerischen Staatskanzlei angeglichen ist und, wie folgt, lautet:

„Bei der erstmaligen Verknüpfung mit diesen Internetangeboten hat die...den fremden Inhalt jedoch daraufhin überprüft, ob durch ihn eine mögliche zivilrechtliche oder

¹⁴³ BGH GRUR 1972, 553 und s.o. zu V.4a.

¹⁴⁴ BGH GRUR 2002, 982, 984.

¹⁴⁵ Vgl. schon BGH GRUR 1952, 416 „Dauerdose“; Baumbach/Duden/Köhler, a.a.O. Rdn. 10.142.

¹⁴⁶ BGH GRUR 2003, 353, 355 „Klinik mit Belegärzten“.

strafrechtliche Verantwortlichkeit ausgelöst wird. Sobald die...jedoch feststellt oder von anderen darauf hingewiesen wird, dass ein konkretes Angebot, zu dem es einen Link bereitgestellt hat, eine zivil- oder strafrechtliche Verantwortlichkeit auslöst, wird es den Verweis auf dieses Angebot unverzüglich aufheben, soweit es technisch möglich und zumutbar ist“.¹⁴⁷

Der disclaimer war nach der bisherigen deutschen Rspr.¹⁴⁸ ein geeignetes Instrument, die Verantwortlichkeit von den Einzelpraxen abzuwenden. Doch hat sich dies erheblich geändert durch die europäische Regulierung und die dazu ergangenen deutschen Implementierungen, zuletzt durch den Staatsvertrag über Mediendienste v. 8.-15.10.2004, der am 1.4. 2005 in Kraft getreten ist.¹⁴⁹ Es kommt jetzt nicht mehr darauf an, dass sich der Verlinkende den Inhalt des Verlinkten subjektiv zu eigen macht, sondern darauf, ob er objektiv Einfluss auf die Information oder die Auswahl der Adressaten der Information genommen hat.¹⁵⁰

Demzufolge zeigt der disclaimer nach neuem Recht eigentlich nur noch, dass der Verlinkende Diensteanbieter (Praxis) seine Absicht versichert, die Rechtmäßigkeit der Internet-Publikationen des BVST – selbstverständlich in Abstimmung mit dem Verband – zu überprüfen. Denn selbst wenn die Einzelpraxis keinen Einfluss auf die Inhalte nimmt, so ist sie doch für die Auswahl des BVST-Textes verantwortlich. Das genügt, um die internet-technische Zurechnung sicherzustellen.

Jedoch ist damit auf keinen Fall ohne Weiteres eine strafrechtliche Mitverantwortung begründet, sollte die Rspr. die hier vertretene Ansicht nicht teilen, dass keine vom HMWG verbotene Werbung vorliegt. Denn es bedarf natürlich des Verschuldens des Praxisinhabers, so dass die Grundsätze des Verbotsirrtums zum Tragen kommen, die v.a. dahin gehen, dass angesichts der uneinheitlichen Rspr. derzeit noch unverschuldet davon ausgegangen werden kann, es sei weder eine unzulässige Heilpraktikertätigkeit gegeben, noch sei die Werbung für Behandlungen und Verfahren der Synergetik verboten. Nicht einmal in Bayern muss dies zwingend angenommen werden, da der oben ausgiebig kommentierte Beschluss des BayVGH v. 5.7.2005 im Verfahren einstweiligen Rechtsschutzes ergangen ist und mit der Ansicht des OVG Lüneburg nicht übereinstimmt sowie derart schwerwiegende Fehler aufweist, dass ernstliche Zweifel daran bestehen, das Hauptsacheverfahren werde ebenso zu Ungunsten der Beschwerdeführer ausgehen.

VI. Zusammenfassung

Als Ergebnis der Untersuchung über den Stand der Praxis lässt sich zunächst zur Heilmethode festhalten, dass erhebliche Unterschiede zur psychotherapeutischen Fremdheilung bestehen. Einerseits geht es bei der Synergetik-Methode wesentlich um Selbstheilung statt um Fremdheilung unter Anwendung von wissenschaftlichen Methoden der Psychotherapie. Andererseits gibt es auch für die Synergetik nach *Joschko* eine wissenschaftliche Grundlage, doch besteht diese in der Psychobionik und der für diese grundlegenden Bionik als Technikwissenschaft. (II.2). Diese wissenschaftliche Fundierung ist zudem wichtig für die Frage der Professionalisierung dieser Berufsgruppe, da die höhere geistige Art der Berufsaufgaben typusbildend für die Freiberuflichkeit ist. Auch weitere Typusmerkmale der Freiberuflichkeit sind mit Blick auf die Verbandsorganisation im BVST sowie dadurch erfüllt, dass hier ein Ethikkodex erlassen ist, dem sich alle Verbandsmitglieder unterwerfen müssen, und der bereits Bestandteil des Ausbildungsvertrages des bisher einzigen Ausbildungszentrums im BVST ist. Die Ethikrichtlinien sehen zur Berufsaufgabe

¹⁴⁷ Schreiben des BVST v. 10.6.2005, S.1.

¹⁴⁸ Insbes. unter dem Aspekt des „Sich-zu-eigen-Machens“, vgl. nur – bei wirtschaftlichen Vorteilen – OLG Brandenburg, MMR 2004, 330.

¹⁴⁹ GBl. BW 2005, 197.

¹⁵⁰ Vgl. nur *Spindler*, MMR 2004, 440, 441.

die Grundsätze verantwortungsvoller Leistungserbringung, der ideologischen Neutralität und der Hilfe zur Selbstheilung vor. Zur Qualitätssicherung werden Fortbildungspflichten, Kollegialitätspflichten und die uneingeschränkte Hinweispflicht auf ergänzende medizinische Behandlung geregelt. Auch ein Berufsaufsichtsverfahren ist eingerichtet (II.3).

Die Werbung für die Synergetik-Methode ist nicht schon deshalb lauterkeitswidrig, weil in ihr in Verstoß gegen § 1 HeilprG liegt, der nach § 3 UWG stets als unlauter verboten werden müsste. Bei kontroverser Stand der Rspr. im vorläufigen Rechtsschutz bleiben für die endgültige Einschätzung die Hauptsacheverfahren in Lüneburg und München abzuwarten, die evtl. auch eine Klärung zur etwaigen Gefahr bei der Rückführung aus den Entspannungszuständen bringen können (III.1a/b). Im Vorhinein ist für die rechtliche Beurteilung auf die Psychotherapieförderung wegen Technikorientierung der Synergetikmethode abzustellen, die auf den biochemischen und psychobionischen Reaktionen beruht. Bei einer derart erheblichen Unvergleichbarkeit mit der Psychotherapie liegt die Annahme von Gesundheitsgefahren, die nur mit ärztlicher Hilfe oder mit Hilfe staatlich geprüfter Heilpraktiker kontrolliert werden können, fern (III.2c).

Auch ein Zulassungserfordernis wegen mittelbarer Gesundheitsgefahren ist trotz der entgegengesetzten Ansicht des BayVGH rechtlich nicht haltbar. Zwar hat die Behörde eine Einschätzungsprärogative zur Frage, ob der Berufsausübende hinreichend darauf aufmerksam gemacht hat, dass Arztbesuche oder Behandlungen bei Psychotherapeuten und Heilpraktikern durch die Synergetikmethode nicht überflüssig gemacht werden. Doch darf sie nicht aufgrund abstrakter Gefahreinschätzung urteilen, sondern muss konkrete Gefahren ermitteln, was im Fall des BayVGH ebenso unterblieben ist wie im Fall Geistheiler, den das BVerfG zu Gunsten des Berufsausübenden entschieden hat. In künftigen Fällen sollte die Anforderungen nicht derart überzogen werden, wie es der BayVGH tut, da hierdurch ein systematisches Verhältnis zum Gesundheitsschutz des Arzthaftungsrechts und des Rechts der Produkthaftung nicht gewahrt würde (III.2f).

Die dem Verf. vorliegenden Gesprächsmitschnitte sind nicht als unzulässige Wiedergabe von Krankheitsgeschichten i.S. § 11 Nr. 3 HMWG anzusehen. Zwar zählen auch erlaubnisfreie Dienstleister zum Kreis unzulässiger Erzähler (IV.2a), doch geht es im Wesentlichen nicht um berichtend wiedergebende Angaben dieser Personen, sondern um Gesprächsmitschnitte aus den Sitzungen, die in der Hauptsache sehr direkte und höchst emotionale Äußerungen von Klienten enthalten (IV.2b). Nicht Geschichtswiedergaben, auch nicht Teile davon (IV.3a), sondern Dokumentationen von Laienäußerungen werden wiedergegeben, die keinerlei Identifikationsgefahren für den typischen Werbeadressaten mit sich bringen, weil dieser die Gesprächssituation bisher nicht selbst erfahren hat, sich also auch damit nicht identifizieren kann (IV.3a/b). Auch unzulässige Hinweise i. S. § 11 Nr. 3 HMWG liegen in dieser Hinsicht nicht vor (IV.4).

Auch die Rahmenmitteilungen sind überwiegend rechtmäßig. Zwar enthalten sie z. T. Mitteilungen über Krankheits- und Heilungsabläufe, doch sind sie quantitativ und auch qualitativ von derart untergeordneter Bedeutung, dass sie nicht zur Anwendung von § 11 Nr. 3 HMWG führen sollten. Größere Schwierigkeiten bereiten hingegen die Kurzberichte von Synergetik-Profilern, die ohne Gesprächsmitschnitte publiziert sind und deshalb zweifelsfrei als Wiedergaben von Krankengeschichten angesehen werden müssen (s. zu IV. 3b.). Abhilfen insofern werden u. a. im Teil 2 untersucht.

Kein Ausweg kann in dieser Hinsicht darin gesehen werden, dass die Gesprächsmitschnitte und dergl. im Kern für die im Ausbildungsinstitut der des BVST examinierten Synergetik-Profiler gedacht sind, die als Fachleute keiner Gefahr unsachlicher Beeinflussung durch Krankeninformationen ausgesetzt sind. Zwar sind die Synergetik-Praxen als Fachkreise i. S. § 2 HMWG anzusehen, doch ist die derzeitige Form des Internet-Auftritts nicht hinreichend abgegrenzt von unautorisierten Internet-Surfen (IV.5).

Es liegt keine unzulässige Behandlungs- oder Verfahrenswerbung i. S. § 12 Abs.2 HMWG vor, da nur solche Methoden vom Werbeverbot erfasst sind, die die Anwendung heilberuflichen Wissens betreffen. Dabei ist entgegen z. T. vertretener Ansicht der Lehre darauf zu achten, dass keine Unterschiede zu § 1 HeilprG entstehen. Andernfalls würde die zum Zulassungsrecht des HeilprG mühsam beim BVerfG erkämpfte Freistellung vom Zulassungszwang auf der Ebene des Werberechts wieder verloren gehen (IV.6).

Die Gesprächsmitschnitte enthalten auch keine unzulässige Kundenbeeinflussung i. S. § 4 Nr. 1 UWG, und zwar weder unter dem Aspekt des psychischen Kaufzwangs (V.2) noch unter dem des übertriebenen Anlockens (V.3). Soweit werbliche Vergleiche mit der Schulmedizin erfolgen, sind diese – trotz z. T. festzustellender erheblicher Aggressivität – nicht lauterkeitswidrig (V.4).

Die Internet-Verlinkung der Synergetik-Praxen auf die Web-Pages des BVST ist zwar nach neuem Recht nicht mehr durch disclaimer exculpiert. Doch führen nach zutreffender, wenngleich umstrittener Ansicht die Grundsätze des unvermeidbaren Verbotsirrtums zur Entlastung (V.5).

Verzeichnis der mehrfach zitierten Literatur

- Baumbach/Hefermehl/Bearb. Wettbewerbsrecht, 23. Aufl. 2004
- Bernhardt, Gesetz über die Werbung auf dem Gebiet des Heilwesens, 1966
- Bülow/Ring HMWG-Kommentar, 1996
- Deneke, Klassifizierung der freien Berufe, 1969
- Doepner HMWG-Kommentar, 2. Aufl. 2000
- Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2002
- Emmerich Unlauterer Wettbewerb, 7. Aufl. 2004
- Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Bd. I-III, 1988, Stand 1999
- Gröning, Heilmittelwerberecht, 1998
- Haken/Haken-Krell Erfolgsgeheimnisse der Wahrnehmung, 1994
- Hantschick, Senile Demenz, in Session Heft 7, S. 94
- Herrmann, Grundlehren BGB/HGB, 3. Aufl., Bd. 1 2005
- ders., Recht der Kammern und Verbände freier Berufe, 1996
- ders. Recht freier Berufe, in: Sahner (Hrsg.), Zur Lage der freien Berufe, 1989, S. 299 ff.
- ders./Nägel, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2004
- Kernd'l/Marcetus HMWG-Kommentar, 1965
- Kieninger, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt, 2002
- Kleine-Cosack, Das Werberecht der rechts- und steuerberatenden Berufe, 2. Aufl., 2004
- Kleist/Hess/Hoffmann, Kommentar zum HMWG, 2. Aufl. 1998
- Korbach, Sessionbeispiel, in Session Heft 7, S. 95 f.
- Liebau Berufskunde für Heilpraktiker, 3. Aufl. 1999
- Michalski/Römermann, PartGG. Kommentar zum Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, 2. Aufl. 1999

Murphy, D.D.,	The Structure of Regulatory Competition, 2004
Palandt/Bearbeiter	BGB-Kommentar, 64. Aufl. 2005
Pulverich,	Psychotherapeutengesetz Kommentar, 1999
Zier,	Recht für Diplom-Psychologen, 2002
Zipfel/Rathke,	Lebensmittelrecht, Loseblatt-Ausgabe