

Zulässigkeit und Grenzen von **Ärzte-** und **Klinik-Rankings** und **Bewertungsportalen**



Dr. Martin Gerecke, M. Jur. (Oxford)
CMS Hasche Sigle, Hamburg

Einführung

- Digitaler Ärztepranger oder Optimierung der Versorgungsqualität?
 - Persönlichkeitsinteresse vs. Informationsinteresse?
- "Die besten Ärzte Deutschlands"
 - Werbung oder wichtige Entscheidungshilfe?
- "Ich wurde falsch behandelt."
 - Meinung oder Tatsache?

Inhalt

I. Rankings

II. Bewertungsportale

1. Persönlichkeitsrecht vs. Meinungsfreiheit

2.1. Das Freitextfeld

2.2. Providerhaftung

3. Der AOK-Arztnavigator

4. Das "ideale" Bewertungsportal

I. Rankings

- Focus Ärzte-Liste 1993: "Die 500 besten Ärzte Deutschlands", Auswahlkriterien:
 - Häufigkeit durchgeführter Eingriffe
 - Wissenschaftliche Reputation
 - Empfehlungen von Ärzten
 - Teilnahme an Kongressen
- BGH (Urt. v. 30.04.1997): Unzulässig, denn:
 - Superlative Bewertung ist Angabe zur Förderung fremden Wettbewerbs
 - Kriterien genügen nicht dem Maßstab der Objektivität
 - Liste entspricht nicht den wissenschaftlichen Standards für Bewertungsverfahren
- BGH (Urt. v. 09.02.2006): Rechtsanwalts-Ranglisten "JUVE" zulässig

I. Rankings

- In Fällen, in denen keine Vermutung für das Vorliegen einer Wettbewerbsförderungsabsicht besteht, bedarf es der **Feststellung konkreter Umstände** für die **Wettbewerbsförderungsabsicht**
- JUVE-Fall: Keine sittenwidrige Förderung fremden Wettbewerbs (§ 6 UWG, § 1 UWG a.F.), da
 - keine übermäßig anpreisende Darstellung, mit der der Boden sachlicher Information verlassen wird
 - Subjektivität der Einschätzung wird deutlich (in zweifacher Weise)
 - Fachkreise sind zu einer kritischen Würdigung in der Lage

I. Rankings

- Grundsatz: (Stiftung Warentest) ein gewisser Beurteilungsspielraum ist erforderlich
- Prozeduraler Sorgfaltsstandard:
 - Untersuchung **neutral, objektiv, sachkundig**
 - Ergebnis zumindest **vertretbar**
 - Methode der Ermittlungen und Auswahlkriterien **offenlegen**
- Marktauswahl zulässig, wenn:
 - Repräsentativer Querschnitt
 - Hinweis auf fehlende Vollständigkeit
 - Hinweis auf subjektive Einschätzung
 - Keine übermäßig anpreisende Darstellung, sondern sachliche Informationen

I. Rankings

Prüfung:

- Auf welchem **Wege** wurden die Daten eingeholt?
- Sind die Daten **richtig wiedergegeben**? Ist die **Berechnung** der Werte **korrekt**?
- Sind die verwendeten Daten **vollständig**? Sind die Daten **aktuell** (z.B. aktuelle strukturierte Qualitätsberichte, neueste AQUA-/QSR-Daten,)?

II. Bewertungsportale

- Querschnittsstudie der Universität Erlangen-Nürnberg unter 1.505 Teilnehmern im Auftrag von *jameda.de* (01/2013):
 - 63 % der Befragten suchen ihren Arzt über das Internet.
 - Davon nutzen 58 % Online-Arztverzeichnisse wie Arztbewertungsportale.
 - 65 % der befragten Nutzer von Arztbewertungsportalen geben an, schon einmal einen bestimmten Arzt aufgrund seiner Online-Bewertungen gewählt zu haben.
 - Dagegen erklären 52 %, sich aufgrund von Bewertungen schon einmal gegen den Besuch bei einem bestimmten Arzt entschieden zu haben.

II. Bewertungsportale

1. Persönlichkeitsrecht vs. Meinungsfreiheit

Geschützte Rechtsgüter:

- Krankenhaus / Arzt / Pfleger / Sonstige:
 - Allgemeines Persönlichkeitsrecht (APR; Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG):
 - Schutz vor Unwahrheit
 - Schutz vor Schmähkritik
 - Schutz der Selbstbestimmung und Selbstdarstellung des Einzelnen
 - (Recht am eigenen Bild)
 - Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ("sonstiges Recht")

II. Bewertungsportale

1. Persönlichkeitsrecht vs. Meinungsfreiheit

Patient / Betroffener / Presse:

- Meinungs- und Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG)
 - Tatsache oder Meinung?
 - "Arzt war herablassend und unfreundlich."
 - "Die Instrumente waren schmutzig."
 - "Qualität" ausgedrückt durch Rangfolgen, Noten, Anzahl von Sternen
= subjektive Wertungsfrage (nicht beweisbar)
- Grundrechtskollision
 - schonender Ausgleich durch Abwägung

II. Bewertungsportale

1. Persönlichkeitsrecht vs. Meinungsfreiheit

Problem: Objektivität? Nachvollziehbarkeit?

- Noten/Sternchen = Werturteil; niemals Schmähkritik

Problem: Aussagekraft? Missbrauchsgefahren?

- Für jedermann erkennbar und dadurch relativiert

Problem: Dauerhafte Abrufbarkeit?

- Markt und Wettbewerb
- Meinungsfreiheit umfasst freie Wahl des Verbreitungsmediums
- "Recht auf Vergessenwerden", EuGH Urt. v. 13.05.2014 (Rechtssache C-131/12)

Problem: Anonymität?

- Vermeidet Selbstzensur
- Sensibilität der Krankheitsdaten

II. Bewertungsportale

2.1 Das Freitextfeld

– Fallbeispiel aus LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 08.05.2012:

»Dieser Arzt arbeitet leider nur nach Quantität, als auf Qualität zu setzen und ist ganz schnell mit Kronen-Einsetzen, obwohl es vielleicht noch gar nicht nötig wäre. Hatte durch Unfall einige Kronen bekommen, die leider für ihren Preis von mehreren Tausend EUR sehr schlecht im Mund eingearbeitet wurden, sodass ich seitdem immer Zahnfleischbluten habe und anfangs öfters die eine Krone verloren habe, bis ich zu einem anderen Arzt ging. Die Farbe der Keramik passt mit der Farbe meiner Zähne nicht überein, Implantate sind gegenüber meinen anderen Zähnen zu groß usw. – könnte hier jetzt noch mehr aufzählen, was ich mit diesem Arzt erlebt habe, aber diese würde das Ganze hier nur sprengen. Wenn ihr eure Zähne behalten wollt, dann geht woanders hin ...«

II. Bewertungsportale

2.1 Das Freitextfeld

- Gefahr: unwahre Tatsachenbehauptung und Schmähkritik.
- Tatsache oder Meinung? Hier:
 - Die Äußerungen sind sämtlich dem Beweis zugänglich.
 - Tatsachenbehauptung im Vordergrund → Kein Schutz durch Art. 5 GG
 - Wer eine ehrwürdige Tatsachenbehauptung aufstellt, muss diese beweisen können (Strafbarkeit nach § 186 StGB). Hier: (-)

II. Bewertungsportale

2.1 Das Freitextfeld

- Ansprüche gegen den Äußernden auf Unterlassung, Beseitigung und Schadensersatz aus
 - §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 BGB analog, Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG
 - §§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. 185 ff. StGB (Ehrschutz)
 - §§ 824, 826 BGB (Kreditgefährdung, sittenwidrige Schädigung)
- Sonderfall: Anschwärzung z.B. durch anderen Arzt, § 4 Nr. 8 UWG:
"Unlauter handelt insbesondere, wer (...) über die Waren, Dienstleistungen oder das Unternehmen eines Mitbewerbers oder über den Unternehmer oder ein Mitglied der Unternehmensleitung Tatsachen behauptet oder verbreitet, die geeignet sind, den Betrieb des Unternehmens oder den Kredit des Unternehmers zu schädigen, sofern die Tatsachen nicht erweislich wahr sind; (...)"
- Voraussetzung: Identität des Anspruchsgegners muss bekannt sein
→ Auskunftsanspruch gegen Plattform? (-), s. BGH v. 01.07.2014 (Az. VI ZR 345/13)

II. Bewertungsportale

2.2 Providerhaftung

- Unterlassungsanspruch gegen die Bewertungsplattform?
(§ 1004 Abs. 1 BGB)
- Bewertungsplattform = Hostprovider
 - Hält als Anbieter fremde Inhalte für andere Nutzer bereit, ohne sich diese zu Eigen zu machen
- Allgemeine Störerhaftung (§ 7 Abs. 2 S. 2 TMG)
 - = jeder, der – ohne Täter oder Teilnehmer zu sein – in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal an der Herbeiführung einer rechtswidrigen Beeinträchtigung mitgewirkt hat
 - Verschuldensunabhängig
- Grundsatz-Entscheidung: BGH 2011 ("blogspot.com")
 - Kläger nahm *Google* als Betreiber des Blog-Dienstes *blogspot.com* auf Unterlassung in Anspruch, weil ein Dritter in einem von Google gehosteten Blog Unwahrheiten über den Kläger behauptet hatte.

II. Bewertungsportale

2.2 Providerhaftung

- BGH: Verletzung zumutbarer Prüfungspflichten erforderlich
- Das "notice and take down"-Verfahren:
 1. Grundsätzlich keine Überprüfungspflicht (vgl. § 7 Abs. 2 S. 1 TMG)
 2. Verantwortlichkeit erst bei Kenntnis
 3. Hinweis muss hinreichend konkret sein: Rechtsverstoß erkennbar?
 4. Gelegenheit zur Stellungnahme
 5. Keine Stellungnahme → Löschung
 6. Stellungnahme → evtl. Replik / Nachweise → evtl. Löschung

Im Einzelnen viele offene Fragen, da die Fallkonstellationen immer wieder unterschiedlich sind (zuletzt BGH, Urteil vom 19.03.2015, I ZR 94/13 "*Hotelbewertungsportal*").

II. Bewertungsportale

3. Der AOK-Arztnavigator

- Öffentlich-rechtliches Bewertungsportal in Kooperation mit der "Weissen Liste" der Bertelsmann Stiftung; auch Barmer GEK und TK beteiligt
- Vorteile:
 - Keine Freitextfelder → Keine Schmähkritik
 - Veröffentlichung erst ab 5 Bewertungen
 - Grundlage: vorformulierter Fragenkatalog; keine Vergabe einer Gesamtnote; wohl aber Frage zu Gesamteindruck und Weiterempfehlung
 - Klare Trennung von Werbung und Inhalt (keine käuflichen Premieeinträge)
 - Vermeidung der Missbrauchsgefahr durch spezielles Login-Verfahren für jeden Versicherten; Angabe von Kassen- und Versicherungsnummer; nur eine Bewertung pro Arzt pro Versicherter
 - Kommentierungsmöglichkeit für Ärzte → Diskurs möglich

II. Bewertungsportale

4. Das "ideale" Bewertungsportal (ÄZQ)

- Qualifizierte Überprüfung der Zugangsdaten
- Aktualität der Daten (Löschungszyklen) und Kommunizieren derselben
- Veröffentlichung erst bei belastbarer Datengrundlage (z. B. 10 Bewertungen)
- Regelmäßige redaktionelle Kontrolle
- Benachrichtigung der betroffenen Ärzte
- Kommentierungsmöglichkeit für Ärzte
- Beschwerdeverfahren / Möglichkeit eines Einspruchs (siehe Providerhaftung)
- Kriterien für Patienten zuverlässig beurteilbar (nicht fachliche Kompetenz!)
- Hinweis auf beschränkten Aussagegehalt
- Transparenz des Bewertungsschlüssels
- **Nota bene: Ein Missbrauch kann – trotz zahlreicher Schutzmaßnahmen – nie gänzlich ausgeschlossen werden.**

Kontakt

Dr. Martin Gerecke, M.Jur. (Oxford)

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht

CMS Hasche Sigle, Hamburg

Stadthausbrücke 1-3

20355 Hamburg

T +49(0)40-376 30-373

F +49(0)40 376 30 40-716

E martin.gerecke@cms-hs.com

Bitte besuchen Sie uns im Internet unter: www.cms-hs.com

Vielen Dank für Ihr Interesse!

CMS Hasche Sigle ist eine der führenden wirtschaftsberatenden Anwaltssozialitäten. Mehr als 600 Anwälte sind in acht wichtigen Wirtschaftszentren Deutschlands sowie in Brüssel, Moskau, Peking und Shanghai für unsere Mandanten tätig. CMS Hasche Sigle ist Mitglied der CMS Legal Services EEIG, einer europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung zur Koordinierung von unabhängigen Anwaltssozialitäten. CMS EEIG ist nicht für Mandanten tätig. Derartige Leistungen werden ausschließlich von den Mitgliedssozialitäten in den jeweiligen Ländern erbracht. CMS EEIG und deren Mitgliedssozialitäten sind rechtlich eigenständige und unabhängige Einheiten. Keine dieser Einheiten ist dazu berechtigt, im Namen einer anderen Verpflichtungen einzugehen. CMS EEIG und die einzelnen Mitgliedssozialitäten haften jeweils ausschließlich für eigene Handlungen und Unterlassungen. Der Markenname "CMS" und die Bezeichnung "Sozialität" können sich auf einzelne oder alle Mitgliedssozialitäten oder deren Büros beziehen.

www.cmslegal.com

CMS-Standorte:

Aberdeen, Algier, Amsterdam, Antwerpen, Barcelona, Belgrad, Berlin, Bratislava, Bristol, Brüssel, Budapest, Bukarest, Casablanca, Dubai, Düsseldorf, Edinburgh, Frankfurt / Main, Genf, Glasgow, Hamburg, Istanbul, Kiew, Köln, Leipzig, Lissabon, Ljubljana, London, Luxemburg, Lyon, Madrid, Mailand, Maskat, Mexiko-Stadt, Moskau, München, Paris, Peking, Podgorica, Prag, Rio de Janeiro, Rom, Sarajevo, Sevilla, Shanghai, Sofia, Straßburg, Stuttgart, Tirana, Utrecht, Warschau, Wien, Zagreb und Zürich.

CMS Hasche Sigle Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB,

Sitz: Berlin (AG Charlottenburg, PR 316 B), Liste der Partner: s. Website.

www.cms-hs.com