

Cordes, Christoph: Anspruch des Arztes auf Wiederveröffentlichung gelöschter positiver Bewertungen auf einem Ärzteportal – Anmerkung zu LG München I, Urteil vom 16.4.2019 – 33 O 6880/18 (ZUM-RD 2019, 404)

ZUM-RD 2019, 413

Dr. Christoph Cordes, LL.M. (Georgetown)

## **Anspruch des Arztes auf Wiederveröffentlichung gelöschter positiver Bewertungen auf einem Ärzteportal – Anmerkung zu LG München I, Urteil vom 16.4.2019 – 33 O 6880/18 (ZUM-RD 2019, 404)**

Das LG München I hat als erstes Gericht über den Anspruch eines Arztes gegen den Betreiber eines Ärztebewertungsportals auf Wiederveröffentlichung gelöschter positiver Bewertungen entschieden. Das Gericht wendet dabei die vom BGH in der »Jameda«-Entscheidung (ZUM-RD 2016, 355 ff.) entwickelten Kriterien für das Vorliegen eines Abwehranspruchs gegen die Veröffentlichung einer negativen Bewertung »spiegelbildlich« an. Im vorliegenden Fall kommt es zu einer Abweisung der Klage. **Das LG München I hält die erfolgreiche Geltendmachung eines Wiederveröffentlichungsanspruches jedoch grundsätzlich für möglich.**

### I. Hintergrund

Geht es um Ärztebewertungsportale, stand bislang die Frage im Fokus, ob der bewertete Arzt oder die bewertete Ärztin sich gegen die Veröffentlichung einer negativen Bewertung wehren kann. Das ist nur in engen Grenzen möglich, weil eine Bewertung grundsätzlich der Meinungsfreiheit unterfällt. Hingegen hat der Arzt oder die Ärztin naturgemäß keine Veranlassung, sich gegen positive Bewertungen zu wenden. Positive Bewertungen spielten daher bis dato allenfalls eine Rolle im Rahmen von Konkurrentenklagen – gestützt darauf, dass es sich um »gekaufte« Bewertungen handelte, also eine Form der Schleichwerbung bzw. der Irreführung des angesprochenen Verkehrs. Diese Problematik nimmt zu. Ganze Agenturen sollen sich inzwischen damit beschäftigen, »Fake-Bewertungen« zu erstellen und damit die Leistungen ihrer Kundschaft »anzuhübschen« (vgl. Lichtnecker, GRUR 2014, 523, 525).

Diese Entwicklung stellt für Ärztebewertungsportale eine ernstzunehmende Bedrohung dar. Bewertungsportale sind daher schon vor Jahren dazu übergegangen, der Veröffentlichung von Bewertungen entgegenzuwirken, die erkennbar nicht valide sind, d. h., denen kein Patientenkontakt zugrunde liegt oder auf deren Inhalt der bewertete Arzt erkennbar Einfluss genommen hat. Das Bestreben, nicht valide positive Bewertungen zu löschen, dürfte zwar geringer ausgeprägt sein als dasjenige, nicht valide negative Bewertungen zu eliminieren. Denn dem bewerteten Arzt kommt es vorrangig auf eine Vielzahl positiver Bewertungen an – und die bewertete Ärzteschaft ist für Ärztebewertungsportale nach wie vor die vorrangige oder gar alleinige Einnahmequelle für Werbeeinnahmen. Gleichwohl sind beide Formen nicht valider Bewertungen für ein Ärztebewertungsportal potenziell schädlich: Das Geschäftsmodell lebt davon, dass die auf dem Portal veröffentlichten Bewertungen als glaubwürdig wahrgenommen werden. Nur dann werden hohe Besucherzahlen generiert und nur dann können die Werbemöglichkeiten des Portals gewinnbringend vermarktet werden.

### II. Sachverhalt

Der Kläger ist niedergelassener Zahnarzt. Er ist im hohen Maße spezialisiert und seine Patienten kommen aus dem gesamten Bundesgebiet.

Die Beklagte betreibt ein Ärztebewertungsportal. Sie bietet Ärzten an, ein »Premiumpaket« zu buchen, das dem Arzt erlaubt, sein Profil werbewirksam auszugestalten. Auch ohne einen solchen Vertrag werden für jeden gelisteten Arzt ein sogenanntes Basis-Profil angelegt und Bewertungen von Patienten (auch in anonymer Form) veröffentlicht.

Der Kläger kündigte mit Schreiben vom 10.1.2018 das von ihm gebuchte »Premiumpaket Gold« zum Ende des Jahres 2018. Die Beklagte löschte daraufhin in der Zeit vom 11. bis 18. Januar 2018 – ohne Ankündigung und Begründung sowie ohne dem Kläger Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben – zehn zugunsten des Klägers abgegebene positive Bewertungen, deren Noten bei einem an Schulnoten orientierten Bewertungssystem von 1,0 bis 1,4 reichen. Es verblieben 51 Bewertungen, die die Leistungen des Klägers mit sehr gut bis gut bewerteten.

Der Kläger verlangt die Wiederveröffentlichung der gelöschten zehn Bewertungen. Es liege auf der Hand, dass die Beklagte damit die Vertragskündigung des Klägers sanktionieren wolle. Die Beklagte verteidigt sich damit, dass es ihr darum gehe, eine Veröffentlichung nicht valider Bewertungen zu unterbinden. Einzelheiten ihres Prüfverfahrens und ihres Prüfalgorithmus wolle sie nicht offenbaren, weil es sich um Geschäftsgeheimnisse handele und anderenfalls die Gefahr bestünde, dass Ärzte und von diesen eingeschaltete Agenturen ihr Verhalten darauf einstellten.

### III. Entscheidung des LG München I

Das LG München I hat die Klage abgewiesen und dies wie folgt begründet:

1. Die Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht durch die Löschung der Bewertungen scheidet aus, weil sich der Vertragsgegenstand des »Premiumpaketes Gold« nicht auf die Veröffentlichung von Bewertungen erstreckt. Nach den Vertragsbedingungen sei die Buchung eines Premiumpaketes ohne Einfluss auf die Veröffentlichung von Bewertungen des betreffenden Arztes durch seine Patienten.

2. Auch ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (§ 823 Abs. 1 BGB), gerichtet auf Naturalrestitution in Form der Wiederveröffentlichung der gelöschten Nutzerbewertungen, bestehe nicht.

Es fehle bereits an der Betriebsbezogenheit des monierten Eingriffs: Die Löschung der Bewertungen sei nach ihrer objektiven Stoßrichtung nicht gegen den betrieblichen Organismus des Klägers gerichtet. Mehr als die zeitliche Koinzidenz zwischen

Cordes, Christoph: Anspruch des Arztes auf Wiederveröffentlichung gelöschter positiver Bewertungen auf einem Ärzteportal – Anmerkung zu LG München I, Urteil vom 16.4.2019 – 33 O 6880/18 (ZUM-RD 2019, 404)(ZUM-RD 2019, 413)

414

der Kündigung des »Premiumpaketes Gold« und der Löschung der Bewertungen habe der Kläger nicht aufgezeigt. Die Beklagte habe aber unbestritten vorgetragen, dass sie auch bereits vor Ausspruch der Kündigung positive Bewertungen der zahnärztlichen Leistungen des Klägers nach einem negativ verlaufenen Prüfverfahren gelöscht habe. Ein erster Anschein, dass die Löschung der Bewertungen eine Reaktion auf die Vertragskündigung des Klägers sei, werde hierdurch beseitigt. Weitere belastbare Anhaltspunkte dafür, dass die Löschung der Bewertungen nicht ausschließlich der Qualitätswahrung diene, seien vom Kläger weder vorgetragen noch ersichtlich.

Darüber hinaus fehle es an einer Rechtswidrigkeit des Eingriffs: Der BGH habe in der Entscheidung »www.jameda.de« (ZUM-RD 2016, 355 Rn. 43–49) für den Fall der von einem Arzt angestrebten Löschung einer negativen Bewertung die folgenden Grundsätze entwickelt: Darlegungs- und beweisbelastet für die Unrichtigkeit der Bewertung sei der klagende Arzt. Das beklagte Ärztebewertungsportal treffe nur eine sekundäre Darlegungslast. Zunächst müsse daher der klagende Arzt den behaupteten Rechtsverstoß konkret rügen. Dies löse eine Prüfungspflicht des Bewertungsportals aus. Das Portal habe die Beanstandung des Arztes dem Bewertenden zu übersenden und diesen zu einer qualifizierten Stellungnahme samt der Übermittlung etwaiger Unterlagen, welche den Behandlungskontakt belegen, anzuhalten. Dieses für den Fall einer angestrebten Löschung von Negativbewertungen entwickelte Prüfungsschema sei auf die hiesige Konstellation, in der der Kläger die Wiederveröffentlichung positiver Bewertungen verlange, entsprechend zu übertragen. Demnach habe es zunächst dem Kläger obliegen, konkret, wenn auch ggf. anonymisiert, zum jeweiligen Behandlungskontakt und zur Validität jeder einzelnen Bewertung auszuführen. **Der Kläger könne sich nicht darauf berufen, dass es ihm nicht möglich sei, hierzu im Einzelnen näher vorzutragen. Denn die streitgegenständlichen Bewertungen enthielten eine Reihe von Anhaltspunkten, wie den Bewertungszeitpunkt, den Versicherungsstatus des jeweiligen Patienten, ungefähre Altersangaben und gelegentliche Ausführungen zur Krankheitsgeschichte, anhand derer der Kläger die Person des Bewertenden zumindest eingrenzen könne.** An einer Durchsicht seiner Patientenkartei sei der Kläger auch nicht aus datenschutzrechtlichen Gründen gehindert, zumal er ausweislich eines im Prozess vorgelegten Schreibens in Absprache mit seinen Patienten dokumentiere, wann welcher Patient eine Bewertung bei dem Bewertungsportal der Beklagten abgegeben hat. Diesen höchstrichterlichen Anforderungen habe der Kläger im Streitfall nicht genügt, sodass im Weiteren schon keine sekundäre Darlegungslast der Beklagten entstehe. Im Übrigen habe die Beklagte einer sekundären Darlegungslast jedenfalls entsprochen. Sie habe ausgeführt, dass sie zur Validitätsprüfung der auf ihrem Portal veröffentlichten Bewertungen einen automatischen, selbstlernenden Prüfalgorithmus einsetze, dessen Verdachtsmeldungen von ihren Mitarbeitern geprüft würden. Einzelheiten ihres Prüfsystems und insbesondere die Funktionsweise des von ihr verwendeten Prüfalgorithmus brauche die Beklagte nicht offenzulegen, weil es sich dabei erkennbar um Betriebsgeheimnisse handele. Die sekundäre Darlegungslast einer Partei bestehe nur im Rahmen des Zumutbaren, was zur Folge habe, dass Betriebsgeheimnisse nicht offenbart werden müssten.

Ferner sei die Eingriffsintensität im Streitfall derart gering, dass eine Schädigung des Klägers ausgeschlossen erscheine: Nach der Löschung seien dem Kläger noch 51 Bewertungen verblieben und die Gesamtnote des Klägers sei durch die Löschung nicht »deutlich«, sondern nur unmaßgeblich von im Durchschnitt 1,5 auf 1,6 gesunken.

Etwas anderes ergebe sich auch nicht, wenn man, wie dies bei dem »offenen« Tatbestand des Schutzes des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes nach § 823 Abs. 1 BGB geboten sei, eine umfassende Güterabwägung unter Einbeziehung der betroffenen grundrechtlich geschützten Positionen vornehme. Die Abwägung führe zu dem Ergebnis, dass das Interesse des Klägers an der Wiederveröffentlichung der Bewertungen hinter dem Interesse der Beklagten an einem ordnungsgemäßen Betrieb ihres Portals zurücktreten müsse. Die Kammer verkenne nicht, dass positive Bewertungen auf dem Internetportal der Beklagten für spezialisierte Ärzte mit einer bestimmten Fachausrichtung und einem entsprechend weiten Einzugsbereich von hoher Bedeutung

sein. Es müsse aber der Beklagten zugestanden werden, Bewertungen entweder im Verdachtsfall oder auch stichprobenhaft auf ihre Validität zu überprüfen, um einen ordnungsgemäßen Betrieb ihres Portals zu gewährleisten. Es sei der Beklagten daher zuzugestehen, Bewertungen, deren Validität nicht feststehe, im Zweifel zu löschen, vorausgesetzt, die Löschung erfolge nicht willkürlich. Für Letzteres fehlten jedoch tragfähige Anhaltspunkte.

3. Schließlich ergebe sich der begehrte Schadensersatzanspruch auch nicht aus dem UWG unter den Gesichtspunkten der Förderung fremden Wettbewerbs sowie der Irreführung (§ 5 UWG). Es sei nicht erkennbar, dass eine Bevorzugung von Mitbewerbern des Klägers intendiert sei. Auch lasse das Löschen der streitgegenständlichen Bewertungen angesichts der erheblichen Anzahl verbleibender positiver Bewertungen und des nur geringfügigen Absinkens der Gesamtnote keine irrigen Vorstellungen über die Qualität der vom Kläger angebotenen zahnärztlichen Leistungen aufkommen.

#### IV. Kritische Würdigung

Ein vertraglicher Anspruch auf Wiederveröffentlichung gelöschter Positivbewertungen dürfte nach den mitgeteilten Vertragsbedingungen in der Tat nicht gegeben sein. Das unterscheidet den vorliegenden Sachverhalt von Social-Media-Fällen, in denen sich Nutzer, gestützt auf die Nutzungsbedingungen der Social-Media-Betreiber, erfolgreich gegen die Löschung ihrer Beiträge wendeten (siehe dazu zuletzt OLG München ZUM-RD 2019, 8).

Zuzustimmen ist dem LG München I auch in der – hier streitentscheidenden – Bewertung, dass in Ermangelung konkreter Anhaltspunkte dafür, dass die Löschung der positiven Bewertungen willkürlich war, als Sanktion der Vertragskündigung des Klägers diene oder den Zweck hatte, Mitbewerber ungerechtfertigt zu bevorzugen, Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB oder dem UWG nicht bestehen können. Auch erscheint die vom Gericht angenommene »spiegelbildliche« Übertragung des in der BGH-Entscheidung »www.jameda.de« entwickelten Prüfungsschemas auf den vorliegenden Fall richtig. Dabei wird man von dem Portalbetreiber nicht verlangen können, Einzelheiten seines Prüfverfahrens und des verwendeten Prüfalgorithmus aufzudecken. Denn dies würde die Wirksamkeit derselben gefährden (so auch KG MMR 2016, 352 Rn. 8 – Bewertungsauswahl bei Yelp).

Allerdings sind die datenschutzrechtlichen Implikationen, die das Gericht nur am Rande behandelt, nicht trivial: Die Patientenkartei enthält personenbezogene Daten, die als Gesundheitsdaten einzustufen sind. Schon die bloße Tatsache, dass sich eine Person bei einem Arzt in Behandlung befindet, lässt Rückschlüsse auf deren Gesundheitszustand zu. Das gilt im besonderen Maße für die Behandlung durch einen wie im vorliegenden Fall hoch-

Cordes, Christoph: Anspruch des Arztes auf Wiederveröffentlichung gelöschter positiver Bewertungen auf einem Ärzteportal – Anmerkung zu LG München I, Urteil vom 16.4.2019 – 33 O 6880/18 (ZUM-RD 2019, 404)(ZUM-RD 2019, 413)

415

spezialisierten Zahnarzt. Eine Verarbeitung von Gesundheitsdaten – und schon das Auslesen solcher Daten stellt eine Form der Verarbeitung dar (Art. 4 Nr. 2 DSGVO) – unterfällt dem Schutz des Art. 9 Abs. 1 DSGVO. Wenn der klagende Zahnarzt auf die Patientenkartei zurückgreifen möchte, wie ihm das Landgericht München I nahelegt, bedarf diese Form der Datenverarbeitung daher einer der in Art. 9 Abs. 2 DSGVO aufgeführten Rechtsgrundlagen und muss sich im Rahmen der bei der Datenerhebung festgelegten Zwecke halten.

Als Rechtsgrundlage der Datenverarbeitung dürfte hier Art. 9 Abs. 2 Buchst. f DSGVO eingreifen, wonach personenbezogene Daten im erforderlichen Umfang zur Geltendmachung von Rechtsansprüchen genutzt werden können. Die Regelung ist wohl nicht auf Rechtsstreitigkeiten zwischen behandelndem Arzt und Patienten beschränkt. Ein Lesen der Patientenakte durch den behandelnden Arzt zu dem Zweck, einen Anspruch gegen einen Dritten (nämlich den Betreiber des Ärztebewertungsportals) geltend zu machen, dürfte damit seine Grundlage in Art. 9 Abs. 2 Buchst. f DSGVO finden.

Problematisch ist jedoch eine mögliche Verletzung des Grundsatzes der Zweckbindung: Der Arzt wird die Patientenakte nur zu den Zwecken angelegt haben, seine Behandlung zu dokumentieren und gegebenenfalls Schadensersatzansprüche des Patienten abzuwehren. Er wird diese Daten jedoch nicht zu dem Zweck erhoben haben, Rechtstreitigkeiten mit Betreibern von Ärztebewertungsportalen zu führen. Letzteres liegt außerhalb der Zweckbindung und ist damit grundsätzlich unzulässig (Art. 5 Abs. 1 Buchst. b DSGVO). § 24 Abs. 1 Nr. 2 BDSG n. F. lässt eine Zweckänderung zu, sofern die Verarbeitung der Geltendmachung von zivilrechtlichen Ansprüchen dient. Dies steht jedoch unter dem Vorbehalt, dass die Interessen der betroffenen Personen an dem Ausschluss der Verarbeitung nicht überwiegen – und eben dies ist hier fraglich: Denn das Geheimhaltungsinteresse des Patienten wird gegenüber dem Werbeinteresse des Arztes regelmäßig überwiegen.

Spätestens dann, wenn der Arzt zu namentlich genannten Patienten vortragen muss, wird er daher die Einwilligung des Patienten einholen müssen. Ohne eine solche Einwilligung zur Behandlung namentlich genannter Patienten vorzutragen – und sei es nur, dass ein Behandlungskontakt überhaupt bestand – dürfte den Arzt zudem der Gefahr einer Strafbarkeit nach § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB aussetzen. Der Arzt ist damit gegenüber dem Betreiber eines Ärztebewertungsportals signifikant schlechter gestellt. Denn für den Betreiber eines Ärztebewertungsportals reicht es in der umgekehrten Situation aus, gegebenenfalls anonymisierte Belege für das tatsächliche Bestehen eines Behandlungskontaktes vorzulegen. Die Wahrung der Leistungstransparenz durch Bewertungsportale, die sowohl durch nicht valide negative als auch durch nicht valide positive Bewertungen untergraben wird, lässt aber wohl nichts anderes zu.

Der Verfasser ist Rechtsanwalt bei Esche Schümann Commichau in Hamburg.