



HARTMANN
BERATUNG IM GESUNDHEITSMARKT

Die Berechtigung zur qualitativen Empfehlung von Leistungserbringerinnen

Gutachterliche Stellungnahme der
HARTMANN RECHTSANWÄLTE®
Partnerschaftsgesellschaft

Oktober 2020

HARTMANN RECHTSANWÄLTE®
Am Brambusch 24 · 44536 Lünen
Tel. 0231.9860-456 · Fax 0231.9860-455
E-Mail: b.reuter@hartmann-rechtsanwaelte.de.de

Inhaltsverzeichnis

I.	Fragestellung	3
II.	Zusammenfassung	4
III.	Rechtliche Erwägungen	5
1.	Ärztinnen	5
a)	Empfehlung.....	6
b)	Hinreichender Grund	7
aa)	Zulässige Gründe	7
bb)	Unzulässige Gründe	7
c)	Empfehlung auf Bitten der Patientin	8
2.	Krankenhäuser	8
3.	Unabhängige Patientenberatung Deutschland	9
4.	Krankenkassen	10
a)	§ 1 SGB V, §§ 13, 14 und 15 SGB I.....	12
b)	§ 136b Abs. 7 SGB V.....	12
c)	§ 305 Abs. 3 SGB V.....	13
5.	Qualitätsgebundene Empfehlungen durch sonstige Dritte	14
a)	Meinungsbildungs- und Informationsfreiheit	14
b)	Rechtsschutz betroffener Leistungserbringerinnen.....	15
c)	Anforderungen an qualitative Anbieterempfehlungen.....	16
6.	Nationales Gesundheitsportal	17
a)	Einbindung von Content-Partnern.....	17
b)	Inhalte des Nationalen Gesundheitsportals	18
c)	Zulässigkeit der qualitativen Anbieterempfehlung und Berufsfreiheit der Leistungserbringerinnen.....	18
aa)	Gewährleistungsbereich und Grundrechtseingriff	18
bb)	Qualitative Anbieterempfehlungen als Grundrechtseingriff.....	19
cc)	Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs	20
dd)	Zurechnung der Veröffentlichung Dritter.....	20
ee)	Rechtsgrundlage für qualitative Anbieterempfehlungen.....	20
7.	Alternativen zur Schaffung einer eigenständigen Rechtsgrundlage	21
8.	Informationsgrundlage für qualitative Anbieterempfehlungen.....	22

I. Fragestellung

Die Förderung der Gesundheitskompetenz in der Bevölkerung steht seit einigen Jahren im Mittelpunkt wissenschaftlicher und politischer Diskussionsprozesse.¹ Neben der allgemeinen Förderung der Möglichkeit Gesundheitsinformationen zu finden, verstehen, bewerten und umzusetzen² wird auch die konkrete Auswahl einer Leistungserbringerin³ durch die Patientin als Teil der Gesundheitskompetenz angesehen⁴. Während jedoch das Ziel einer informierten Auswahl geeigneter Leistungserbringerinnen durch die Patientinnen allgemein als sinnvoll und erstrebenswert angesehen werden dürfte, begegnet die konkrete Umsetzung in der Praxis jedoch erheblichen Schwierigkeiten. Von besonderer Bedeutung ist, dass die verschiedenen Akteurinnen im Gesundheitswesen aufgrund unterschiedlichster Berechtigungen und Beschränkungen nur eingeschränkt oder überhaupt keine Empfehlungen gegenüber Patientinnen mit Blick auf die Auswahl einer Leistungserbringerin geben dürfen.

Vor diesem Hintergrund soll der Frage nachgegangen werden, welchen konkreten Beschränkungen einzelne Akteurinnen im Gesundheitswesen mit Blick auf die Empfehlung anderer Leistungserbringer unterliegen, welche Möglichkeiten das zukünftig durch das Bundesministerium für Gesundheit angestrebte Nationale Gesundheitsportal in diesem Zusammenhang bietet und welche darüberhinausgehenden Ansätze zur Etablierung einer qualitativen Empfehlung von Leistungserbringern im Gesundheitswesen zur Verfügung stehen.

Als Empfehlung einer Leistungserbringerin soll dabei ausschließlich die an Qualitätsgesichtspunkten ausgerichtete Hilfe und Beratung durch Leistungserbringer oder Dritte bei der Auswahlentscheidung der Patientinnen zwischen verschiedenen Leistungserbringerinnen in den Blick genommen werden.

¹ Zusammenfassend: BT-Drs. 19/13196

² BT-Drs. 19/13196 S. 2

³³ Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird im Folgenden die weibliche Form genutzt

⁴ Vgl. IQWiG-Berichte – Nr. 654, Konzept für ein nationales Gesundheitsportal, Stand: 31.08.2018, S. 63

Angesichts des Umstandes, dass Patientinnen regelmäßig aufgrund fehlender medizinischer Sachkenntnisse und/oder mangelnder Informationsgrundlage nicht in der Lage sind, ohne die Hilfe Dritter zwischen verschiedenen Leistungserbringerinnen eine an Qualitätsgesichtspunkten ausgerichtete Auswahlentscheidung zu treffen, kommt der so verstandenen Empfehlung durch Dritte aus der Sicht der Patientinnen eine besondere Bedeutung zu. Die qualitative Empfehlung von Leistungserbringern ist daher von der bloßen Darstellung sämtlicher Leistungserbringerinnen, die für die konkrete Leistung im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung zugelassen sind, zu unterscheiden und richtet sich auf die konkrete Auswahl eines oder mehrerer Leistungserbringerinnen auf der Grundlage von qualitativen Erwägungen, die über die bloße Zulassungsvoraussetzung im System der gesetzlichen Krankenversicherung, sonstige staatliche Berufszulassungsvoraussetzungen oder ihren regionalen Bezug hinausgehen.

II. Zusammenfassung

Ärztliche Leistungserbringerinnen unterliegen mit Blick auf ihre Berechtigung zur Empfehlung anderer Leistungserbringerinnen starken Einschränkungen. Das ärztliche Berufsrecht sieht - außerhalb der direkten Frage der Patientinnen nach Empfehlungen - die Berechtigung der Ärztinnen zur Empfehlung anderer Leistungserbringerinnen nur in Ausnahmefällen vor. Es ist daher Ärztinnen grundsätzlich verwehrt, ohne besondere Umstände, Empfehlungen für andere Leistungserbringerinnen gegenüber Patienten abzugeben.

Der gleiche Befund gilt aufgrund der ebenfalls bestehenden Bindung der angestellten Ärztinnen in Krankenhäusern faktisch auch für die Leistungserbringung in Krankenhäusern.

Die jeweils geförderte Einrichtung nach § 65b SGB V ist zumindest mit Blick auf die Förderbedingungen durchaus berechtigt, qualitative Anbieterempfehlungen vorzunehmen. Hierbei muss jedoch beachtet werden, dass die Förderbedingungen eine Bindung der jeweils geförderten Einrichtung (aktuell: unabhängige Patientenberatung Deutschland) an evidenzbasierte Informationen vorsehen. Es ist diesbezüglich unklar, ob und in welcher Form hierdurch eine weitergehende Einschränkung der Möglichkeit zur qualitativen Anbieterempfehlung im Verhältnis zu sonstigen Dritten begründet wird.

Die gesetzlichen Krankenkassen verfügen aktuell nicht über den Auftrag zur Empfehlung einzelner Leistungserbringer auf der Grundlage einer qualitativen Bewertung, soweit nicht das SGB V besondere Rechtsgrundlagen (§136b SGB V) vorsieht.

Auf der Grundlage der aktuell zur Verfügung stehenden Informationen wird auch das, durch das Bundesministerium für Gesundheit, geplante Nationale Gesundheitsportal nicht ohne gesonderte Rechtsgrundlage qualitative Anbieterempfehlungen veröffentlichen dürfen. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um die Einbindung von Informationen Dritter oder eigene Informationen handelt.

Damit das Nationale Gesundheitsportal qualitative Anbieterempfehlungen abgeben kann, müsste eine Rechtsgrundlage für die Veröffentlichung dieser Informationen geschaffen werden.

Alternativ könnte das Nationale Gesundheitsportal oder eine spezielle Einrichtung zur Veröffentlichung von qualitativen Anbieterempfehlungen auch in Form einer Stiftung des privaten Rechts ohne Grundrechtsbindung (entsprechend der bereits bestehenden Stiftung Warentest) erfolgen.

III. Rechtliche Erwägungen

Nachfolgend sollen die rechtlichen Rahmenbedingungen für die qualitative Empfehlung von Leistungserbringerinnen im Gesundheitswesen durch die im Gesundheitswesen vorhandenen Akteure beleuchtet werden. Hierbei beschränken sich die Ausführungen auf ärztliche Leistungserbringerinnen, Krankenhäuser, gesetzliche Krankenkassen, die unabhängige Patientenberatung Deutschland, das Nationale Gesundheitsportal sowie sonstige Dritte, die keine Leistungserbringer im Sinne des SGB V sind.

1. Ärztinnen

Von besonderer Bedeutung für die Möglichkeit einer informierten Auswahl zwischen Leistungserbringerinnen durch Patientinnen ist die Information durch Ärztinnen anlässlich der Behandlung der Patientin.

Die behandelnde Ärztin ist neben ihrer Funktion als Verordnerin von weiteren medizinischen Leistungen und Überweiserin an andere Leistungserbringerinnen (zumindest aus Sicht der Patientin) auch die berufene Ansprechpartnerin mit Blick auf etwaige Fragen der Patientin zur Auswahl anderer Leistungserbringerinnen. Diesbezüglich unterliegen Ärztinnen jedoch maßgeblichen berufsrechtlichen Beschränkungen auf der Grundlage von § 31 Abs. 2 MBO-Ä, die nachfolgend dargestellt werden sollen.

Die Musterberufsordnung der Ärztinnen enthält in § 31 Abs. 2 MBO-Ä folgende Regelung:

Sie dürfen ihren Patientinnen und Patienten nicht ohne hinreichenden Grund bestimmte Ärztinnen oder Ärzte, Apotheken, Heil- und Hilfsmittelerbringer oder sonstige Anbieter gesundheitlicher Leistungen empfehlen oder an diese verweisen.

Diese, im Jahr 2011 in die Musterberufsordnung aufgenommene Beschränkung der Empfehlungsmöglichkeiten der Ärztinnen ergänzt das Verbot der Zuweisung gegen Entgelt in § 31 Abs. 1 MBO-Ä, dass bereits vorher die entgeltliche oder mit Vorteilen verbundene Empfehlung verbot. Die weitergehende Regelung, die bereits bloße Empfehlungen reglementiert, greift die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Hörgeräteversorgung auf⁵, die auch unverbindliche Empfehlungen als Zuweisung im Sinne des Zuweisung-gegen-Entgelt-Tatbestandes angesehen hat und führt ein Verbot von Empfehlungen ein, das nur im Fall des Vorliegens eines hinreichenden Grundes, durch die explizite Aufforderung zur Empfehlung durch die Patientin oder aus Gründen einer besonderen Fürsorgepflicht aufgehoben wird. Es handelt sich dabei um eine Marktverhaltensvorschrift im Sinne des § 3a UWG,⁶ die im Fall ihrer Verletzung Wettbewerberinnen einen Anspruch auf Unterlassung gegenüber den handelnden Leistungserbringern sowie einen, an die Verletzungshandlung, anschließenden Schadensersatzanspruch begründet.⁷

a) Empfehlung

Empfehlung im Sinne des § 31 Abs. 2 MBO-Ä ist jede Handlung, aus der die Patientin das Ziel der Empfehlung (die andere Leistungserbringerin) erkennen kann und dies als Ratschlag wahrnimmt⁸. Gegenstand der Empfehlung können sowohl ärztliche als auch nicht ärztliche Leistungserbringerinnen⁹ oder auch Gruppen dieser Leistungserbringerinnen¹⁰ sein. Dies ist nicht nur im Fall ausdrücklicher Hinweise auf das vermeintlich qualitativ hochwertige Leistungsangebot gegeben, sondern umfasst auch konkludente¹¹ oder in sonstiger Art und

⁵ BGH, Urt. v. 13.01.2011 – I ZR 111/08, MedR 2011, 500.

⁶ BGH, Urt. v. 24.07.2014 – I ZR 68/13, MedR 2015, 729.

⁷ BGH, Urt. v. 28.09.2000 – I ZR 141/98, NJW- RR 2001, 407

⁸ Scholz, in: Spickhoff, Medizinrecht, 3. Auflage 2018, § 31 Rn. 16.

⁹ OLG Stuttgart, Urt. v. 23.08.1996 - 2 U 120/96, NJWE-WettbR 1997, 43-.

¹⁰ OLG Koblenz, Beschl. v. 11.07.2007 - 4 U 155/07, WRP 2008, 145

¹¹ Vgl. zur Übergabe einer Visitenkarte einer anderen Leistungserbringerin: LG Frankfurt a. M. Urt. v. 01.07.2014 – 2/3 O 284/13, WRP 2015, 255.

Weise umschreibende Hinweise der Vorzüge einer Leistungserbringern¹². Hiervon abzugrenzen ist die neutrale und sachliche Information der Patientin über die möglichen Versorgungswege und ihrer allgemeinen Vor- und Nachteile, soweit dies nicht mit einer konkreten Empfehlung einer Leistungserbringerin verbunden ist¹³. Damit die Benennung mehrerer Leistungserbringerinnen gegenüber der Patientin nicht den Tatbestand der Empfehlung erfüllt, müsste die Ärztin sämtliche in Betracht kommenden Leistungserbringerinnen nennen¹⁴.

b) Hinreichender Grund

Vor dem Hintergrund der durch die Vorschrift intendierten Einschränkung der Empfehlungsmöglichkeiten von Ärztinnen darf das Vorliegen eines hinreichenden Grundes nur in Ausnahmefällen angenommen werden¹⁵. Im Fall des Vorliegens eines hinreichenden Grundes dürfte dieser auch gegenüber der Patientin zu offenbaren sein¹⁶ :

aa) Zulässige Gründe

Als hinreichende Gründe kommt insbesondere die Unmöglichkeit der Auswahl der Leistungserbringern aufgrund von Behinderung oder Gebrechlichkeit in Betracht¹⁷. Auch wird teilweise angenommen, dass es zulässig sein soll, wenn eine Ärztin in komplexen Einzelfällen eine Empfehlung ausspricht¹⁸.

bb) Unzulässige Gründe

Grundsätzlich unzulässig ist eine Empfehlung, soweit die Ärztin diese vor dem Hintergrund einzelner negativer Erfahrungen mit einem oder mehreren in Betracht kommenden Leistungserbringerinnen ausspricht. Damit ein hinreichender Grund für eine Empfehlung angenommen werden kann, müsste die Qualität der Versorgung bei allen sonstigen in

¹² Vgl. zu dem Hinweis an die Patientin, dass diese bei einem Leistungserbringer in „guten Händen“ sei: LG Landau, Urt. v. 08.07.2015 - HKO 44/14, zit. n. juris.

¹³ BGH, Urt. v. 24.07.2014 – I ZR 68/13, MedR 2015, 729

¹⁴ Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urt. v. 14.01.2013 – 6 U 16/11, ZMGR 2013, 201

¹⁵ BGH, Urt. v. 13.01.2011 - I ZR 111/08, MedR 2011, 500

¹⁶ BGH, Urt. v. 13.01.2011 - I ZR 111/08, MedR 2011, 500

¹⁷ BGH, Urt. v. 29.06.2000 - I ZR 59/98, NJW 2000, 2745; BGH, Urt. v. 15.11.2001 - I ZR 275/99, NJW 2002, 962.

¹⁸ VG Köln Urt. v. 11.12.2015 – 31 K 3353/12, BeckRS 2016, 41640

Betracht kommenden Leistungserbringerinnen nicht sichergestellt sein¹⁹. Auch die ausschließliche Empfehlung einer Leistungserbringerin aus allgemeinen Qualitäts Gesichtspunkten ist unzulässig²⁰. Soweit eine generelle Praxis der Verweisung an eine sonstige Leistungserbringerin festgestellt werden kann, ist dies ebenfalls unzulässig²¹. Etwaige, über die zulässigen Gründe mit Blick auf die Behinderung oder Gebrechlichkeit der Patientin hinausgehende, Gründe zur Annahme der Zulässigkeit einer Empfehlung aus der Sphäre der Patientinnen bestehen nicht. Insbesondere eine etwaige räumliche Nähe ist nicht ausreichend²².

c) Empfehlung auf Bitten der Patientin

Unabhängig vom Vorliegen eines hinreichenden Grundes ist eine Empfehlung durch die Ärztin dann zulässig, wenn die Patientin konkret um die Empfehlung einer Leistungserbringerin gebeten hat²³. Bei Vorliegen konkreten Bitten der Patientin auf Empfehlung einer Leistungserbringern dürfen, im Unterschied zur Empfehlung aus hinreichendem Grund, auch Hinweise zu etwaigen Kostenbelastungen bzw. kostengünstigen Versorgungs gegeben werden²⁴. Von besonderer Bedeutung ist darüber hinaus, dass der Ärztin grundsätzlich nicht verwehrt ist, auf die Möglichkeit einer Empfehlung auf konkrete Bitte der Patientin hinzuweisen²⁵.

2. Krankenhäuser

Im Bereich der nach § 108 SGB V zugelassenen Krankenhäuser besteht mit Blick auf die Krankenhausträgerin kein vergleichbares Empfehlungsverbot. Einige Landeskrankenhausgesetze (insbesondere Nordrhein-Westfalen und Bremen) sehen mittlerweile ein ausdrückliches Verbot der Zuweisung gegen Entgelt auch aus Sicht des Krankenhausträgers vor. Diese Regelungen haben jedoch die im Bereich der Musterberufsordnung der Ärztinnen vorgenommene Erweiterung auf bloße Empfehlungen

¹⁹ Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urt. v. 14. Januar 2013 – 6 U 16/11, ZMGR 2013, 201

²⁰ OLG Hamm, Urt. v. 22.11.2007 - 4 U 113/07, BeckRS 2007, 65499; LG Karlsruhe, Urt. v. 08.07.2011 – 14 O 108/10 KfH III, WRP 2012, 1165.

²¹ BGH, Urt. v. 24.06.2010 - I ZR 182/08, MedR 2011, 158.

²² BGH, Urt. v. 09.07.2009 – I ZR 13/07, NJW 2009, 3582; BGH, Urt. v. 13.01.2011 - I ZR 111/08, MedR 2011, 500; Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urt. v. 14.01.2013 – 6 U 16/11 , ZMGR 2013, 201.

²³. BGH, Urt. v. 13.01.2011 - I ZR 111/08, MedR 2011, 500; LG Hannover, Urt. v. 20.08.2013 - 18 O 167/12, WRP 2013, 1539; LG Dessau-Roßlau, Urt. v. 31. Juli 2013 – 3 O 63/12 – GuP 2014, 71.

²⁴ LG Dortmund, Urt. v. 29.08.2013 – 13 O 24/07, MPR 2014, 20.

²⁵ BGH, Urt. v. 24.06.2010 - I ZR 182/08, MedR 2011, 158.

nicht übernommen. Allerdings gelten für die tatsächliche Behandlung und Beratung der Krankenhauspatientinnen die gleichen Einschränkungen mit Blick auf bloße Empfehlungen, soweit diese Empfehlungen durch die Krankenhausärztinnen ausgesprochen werden sollen. Sämtliche angestellte Ärztinnen im Krankenhaus sind ebenfalls an die berufsrechtlichen Einschränkungen des § 31 Abs. 2 MBO-Ä gebunden, sodass sich Unterschiede erst dann ergeben würden, wenn die Empfehlung nicht durch eine Ärztin ausgesprochen werden würde und die, für die Behandlung verantwortliche Ärztin, sich die Handlung der nichtärztlichen Kraft nicht zurechnen müsste.

3. Unabhängige Patientenberatung Deutschland

Nach § 65b Abs. 1 Satz 1 SGB V fördert der Spitzenverband Bund der Krankenkassen eine unabhängige Patientenberatung, aktuell die Unabhängige Patientenberatung Deutschland.

§ 65b Abs. 1 Satz 1 SGB V:

Der Spitzenverband Bund der Krankenkassen fördert Einrichtungen, die Verbraucherinnen und Verbraucher sowie Patientinnen und Patienten in gesundheitlichen und gesundheitsrechtlichen Fragen qualitätsgesichert und kostenfrei informieren und beraten, mit dem Ziel, die Patientientorientierung im Gesundheitswesen zu stärken und Problemlagen im Gesundheitssystem aufzuzeigen.

Danach ist es Aufgabe der geförderten Einrichtungen, die Verbraucherinnen und Patientinnen zu gesundheitlichen und gesundheitsrechtlichen Fragen zu beraten und allgemein zu informieren. Neben der Information über medizinische Tatsachen gehört auch die Benennung zuständiger Stellen, die Hilfe bei der Suche geeigneter Leistungserbringerinnen sowie das Aufzeigen etwaiger Interessenlagen von Akteurinnen im Gesundheitswesen²⁶ zu den Aufgaben der geförderten Einrichtungen²⁷. Die Angebote der geförderten Einrichtungen müssen in sachlicher Hinsicht korrekt, evidenzbasiert sowie allgemeinverständlich und neutral gehalten sein²⁸.

Mit Blick auf die Beratung im Zusammenhang bei der Suche geeigneter Leistungserbringerinnen dürfte dieser Teil der Beratungsleistungen zumindest nach den

²⁶ Roters, in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, Werkstand: 109. EL Mai 2020, § 65b Rn. 6.

²⁷ Leopold, in: Hauck/Noftz, SGB, 04/16, § 65b SGB V R. 20 ff.

²⁸ Kaempfe, in: Becker/Kingreen, SGB V, Gesetzliche Krankenversicherung, 7. Auflage 2020, § 65b Rn. 6.

Förderungsbedingungen des § 65b SGB V im Rahmen der Zurverfügungstellung von Informationen zu den jeweils am Markt verfügbaren Leistungserbringerinnen auch qualitätsgebundene Empfehlungen umfassen. Mit Blick auf die Anforderungen der sachlichen Korrektheit, der Evidenzbasiertheit und der Neutralität dürften geförderte Einrichtungen nach § 65b SGB V nicht auf ausschließlich subjektive Bewertungskriterien zurückgreifen, sondern müssten ihre Empfehlungen auf der Grundlage von objektiven Daten herleiten. Als objektive Datengrundlage kommen insbesondere auch die Qualitätsberichte der Krankenhäuser nach § 136b SGB V in Betracht. Nicht hingegen Bewertungsportale privater Anbieter, die sich ausschließlich auf subjektive Eindrücke und Erfahrungen von Patientinnen stützen.

In Abgrenzung zu dem Recht sonstiger Dritter zur qualitativen Anbieterempfehlung auf der Grundlage der Test-Rechtsprechung dürften an die evidenzbasierte qualitative Anbieterempfehlung durch die unabhängige Patientenberatung Deutschland wesentlich höhere Anforderungen zu stellen seien. Hierbei ist jedoch unklar, welche Anforderungen insbesondere an die Evidenzbasiertheit und der Neutralität der Beratung im Hinblick auf eine qualitative Anbieterempfehlung zu stellen sind.

4. Krankenkassen

Das SGB V sieht, mit Ausnahme einiger besonderer Ermächtigungen, z.B. in § 136b Abs. 7 für Krankenhäuser) keine Berechtigung der gesetzlichen Krankenkassen zur Beratung ihrer Versicherten bei der Auswahl zwischen zugelassenen Leistungserbringerinnen vor, soweit damit ein Eingriff in die Grundrechte der Leistungserbringerinnen verbunden ist. Die Berechtigung der gesetzlichen Krankenkassen zur Beratung und Auskunft richtet sich nach den §§ 1, 305 Abs. 3 SGB V und §§ 13,14,15 SGB I.

§ 1 SGB V

Die Krankenversicherung als Solidargemeinschaft hat die Aufgabe, die Gesundheit der Versicherten zu erhalten, wiederherzustellen oder ihren Gesundheitszustand zu bessern. Das umfasst auch die Förderung der gesundheitlichen Eigenkompetenz und Eigenverantwortung der Versicherten. Die Versicherten sind für ihre Gesundheit mitverantwortlich; sie sollen durch eine gesundheitsbewusste Lebensführung, durch frühzeitige Beteiligung an gesundheitlichen Vorsorgemaßnahmen sowie durch aktive Mitwirkung an Krankenbehandlung und Rehabilitation dazu beitragen, den Eintritt von Krankheit und Behinderung zu vermeiden oder ihre Folgen zu überwinden. Die Krankenkassen haben den Versicherten dabei durch Aufklärung, Beratung und Leistungen zu helfen und auf gesunde Lebensverhältnisse hinzuwirken.

§ 305 Abs. 3 SGB V

Die Krankenkassen informieren ihre Versicherten auf Verlangen umfassend über in der gesetzlichen Krankenversicherung zugelassene Leistungserbringer einschließlich medizinische Versorgungszentren und Leistungserbringer in der besonderen Versorgung sowie über die verordnungsfähigen Leistungen und Bezugsquellen, einschließlich der Informationen nach § 73 Abs. 8, § 127 Absatz 3 und 5. Die Krankenkasse hat Versicherte vor deren Entscheidung über die Teilnahme an besonderen Versorgungsformen in Wahltarifen nach § 53 Abs. 3 umfassend über darin erbrachte Leistungen und die beteiligten Leistungserbringer zu informieren. § 69 Absatz 1 Satz 3 gilt entsprechend.

§ 13 SGB I

Die Leistungsträger, ihre Verbände und die sonstigen in diesem Gesetzbuch genannten öffentlich-rechtlichen Vereinigungen sind verpflichtet, im Rahmen ihrer Zuständigkeit die Bevölkerung über die Rechte und Pflichten nach diesem Gesetzbuch aufzuklären.

§ 14 SGB I

Jeder hat Anspruch auf Beratung über seine Rechte und Pflichten nach diesem Gesetzbuch. Zuständig für die Beratung sind die Leistungsträger, denen gegenüber die Rechte geltend zu machen oder die Pflichten zu erfüllen sind.

§ 15 SGB I

(1) Die nach Landesrecht zuständigen Stellen, die Träger der gesetzlichen Krankenversicherung und der sozialen Pflegeversicherung sind verpflichtet, über alle sozialen Angelegenheiten nach diesem Gesetzbuch Auskünfte zu erteilen.

(2) Die Auskunftspflicht erstreckt sich auf die Benennung der für die Sozialleistungen zuständigen Leistungsträger sowie auf alle Sach- und Rechtsfragen, die für die Auskunftssuchenden von Bedeutung sein können und zu deren Beantwortung die Auskunftsstelle imstande ist.

(3) Die Auskunftsstellen sind verpflichtet, untereinander und mit den anderen Leistungsträgern mit dem Ziel zusammenzuarbeiten, eine möglichst umfassende Auskunftserteilung durch eine Stelle sicherzustellen.

(4) Die Träger der gesetzlichen Rentenversicherung sollen über Möglichkeiten zum Aufbau einer staatlich geförderten zusätzlichen Altersvorsorge produkt- und anbieterneutral Auskünfte erteilen.

a) § 1 SGB V, §§ 13, 14 und 15 SGB I

Während sich § 1 Satz 3 SGB V aufgrund seiner Bezugnahme auf § 1 Satz 2 SGB V bereits auf die Unterstützung der Versicherten im Rahmen der Entfaltung ihrer Eigenbemühungen beschränkt, daher keine darüber hinausgehende nachfrageunabhängige Beratung vorsieht, beschränken sich die Verpflichtungen und Berechtigungen der gesetzlichen Krankenkassen nach §§ 13, 14 und 15 SGB I auf die Auskunft, Beratung und Aufklärung über die spezifischen Rechte der Versicherten gegenüber dem jeweiligen Leistungsträger²⁹. Hierzu gehört einerseits die Benennung des tatsächlich zuständigen Leistungsträgers und der Rechte und Pflichten des Versicherten gegenüber dem jeweils zuständigen Leistungsträger. Mit Blick auf die leistungsbezogene Auskunft, Beratung und Aufklärung der Versicherten beschränkt sich die Berechtigung der gesetzlichen Krankenkassen auf allgemeine Informationen und Maßnahmen über Krankheitsverhütung und Früherkennung von Krankheiten, Behandlungsmethoden und Versorgungsstrukturen und Versorgungsformen³⁰.

Eine Berechtigung zur Empfehlung einer zugelassenen Leistungserbringerin zulasten anderer zugelassener Leistungserbringerinnen besteht hingegen nicht, soweit nicht spezialgesetzliche Rechtsgrundlagen (insbesondere § 136b Abs. 7 SGB V zur Qualität der Krankenhausbehandlung) vorhanden sind oder es sich um eine zulässige bloße Informationstätigkeit der Krankenkasse ohne Grundrechtseingriff handelt.

b) § 136b Abs. 7 SGB V

Im Fall des § 136b Abs. 7 SGB V, der die Krankenkassen dazu ermächtigt, die Versicherten auf der Basis der Qualitätsberichte auch vergleichend über die Qualitätsmerkmale der Krankenhäuser zu informieren und Empfehlungen auszusprechen, erschöpft sich die Berechtigung der Krankenkassen zur Empfehlung von Leistungserbringerinnen ausweislich des Gesetzestextes gerade nicht in der bloßen Publikation der Qualitätsberichte. Empfehlungen auf anderer Tatsachengrundlage, insbesondere mit Blick auf etwaige Kosten

²⁹ Vgl. *Schlegel/Knispel* in: *Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V*, 4. Aufl., § 1 SGB V Rn. 85 ff.

³⁰ Vgl. *Noftz* in: *Hauck/Noftz, SGB*, 04/17, § 1 SGB V Rn. 61 ff.

der Leistungserbringung, dürfen hingegen nicht auf der Grundlage von § 136b Abs. 7 SGB V ausgesprochen werden.³¹

Das Gesetz sieht vielmehr vor, dass die Krankenkassen „auf der Basis der Qualitätsberichte“ Vergleiche publizieren und Empfehlungen aussprechen dürfen. Mit Blick auf die von den Krankenkassen genutzte Tatsachengrundlage (Informationen über tatsächliche Behandlungsverläufe) dürfte sich die Berechtigung der Krankenkassen darauf beschränken, auf die Informationen der Qualitätsberichte zurückzugreifen. Mangels weiterer Konkretisierung durch den Gesetzgeber dürfte im Zusammenhang mit der Empfehlung von Leistungserbringerinnen durch Krankenkassen nur zu fordern sein, dass die (wertende) Empfehlung nicht willkürlich, sachlich und soweit sie auf Tatsachen Bezug nimmt, zutreffend ist.

Im Übrigen wird man von den Krankenkassen verlangen müssen, dass diese jeweils sämtliche zugelassenen Leistungserbringerinnen in etwaige Vorüberlegungen zur Abgabe einer Empfehlung einbeziehen. Ein Anspruch der Leistungserbringerinnen auf eine Empfehlung besteht hingegen nicht.

Die Berechtigung der Krankenkassen zur Information von Vertragsärzten über die Qualität von Krankenhäusern und dem Ausspruch von Empfehlungen gegenüber Vertragsärzten steht auch nicht im Widerspruch zu der berufsrechtlichen Regelung des § 31 Abs. 2 MBO-Ä, die Empfehlungen durch Ärzte gegenüber Patienten einschränkt, da die Empfehlung von Krankenhäusern durch Krankenkassen der sachgerechte Ausübung der Verordnung von Krankenhausbehandlung nach § 6 Abs. 1 Satz 6 Krankenhauseinweisungs-Richtlinie/KE-RL durch Vertragsärzte dient. § 6 Abs. 1 Satz 6 Krankenhauseinweisungs-Richtlinie/KE-RL sieht gerade vor, dass der verordnende Vertragsarzt jeweils die beiden nächsterreichbaren, für die vorgesehene Krankenhausbehandlung geeigneten Krankenhäuser in der Verordnung angeben soll.

c) § 305 Abs. 3 SGB V

Hinsichtlich der bloßen Informationstätigkeit der gesetzlichen Krankenkassen ohne Grundrechtseingriff ist umstritten, ob diese durch § 305 Abs. 3 SGB V legitimiert wird. Teilweise wird dies unter Hinweis auf eine Sperrwirkung des Systems der Qualitätssicherung nach § 136b SGB V abgelehnt.³²

³¹ Vgl. LSG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 11.06.2014 – L 1 KR 301/13 B ER, GesR 2014, 567.

³² Schnapp: NZS 2014, 281.

Die Rechtsprechung erkennt jedoch eine Berechtigung zur vergleichenden Anbieterempfehlung durch die Krankenkassen auf der Grundlage von § 305 Abs. 3 SGB V an (AOK-Krankenhausnavigator), soweit durch die Information kein Grundrechtseingriff erfolgt³³. Diese Empfehlung kann auch subjektive Bewertungen Dritter berücksichtigen.

Daraus folgt, dass gesetzliche Krankenkassen auf der Grundlage von § 305 Abs. 3 SGB V auch vergleichend über Leistungserbringerinnen informieren dürfen, wenn die Information nicht dazu führt, dass die Leistungserbringerin erheblich in ihren Möglichkeiten und Marktchancen zur Behandlung von Patienten im Einzelfall beschränkt wird. Letzteres ist nur im Einzelfall unter Einbeziehung der konkreten Wirkung einer vergleichenden Information zu prüfen.

5. Qualitätsgebundene Empfehlungen durch sonstige Dritte

Neben ärztlichen Leistungserbringerinnen, Krankenhäusern, der unabhängigen Patientenberatung und den Krankenkassen gibt es weitere, nicht durch das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung gebundene, Akteurinnen im Gesundheitswesen, die als Empfehlende in Betracht kommen. Neben den „Bewertungsportalen“, die ausschließlich subjektive Bewertungen von Patientinnen zusammen mit allgemein zugänglichen Kontaktdaten der Leistungserbringerinnen veröffentlichen, kommen ebenfalls privatrechtlich verfasste Akteurinnen in Betracht, die (ohne mit Leistungserbringerinnen in einem Wettbewerbsverhältnis zu stehen) qualitätsgebundene Empfehlungen zur Auswahl einer Leistungserbringern durch Patientinnen veröffentlichen.

a) Meinungsbildungs- und Informationsfreiheit

Insbesondere die letztgenannten Akteurinnen können sich mit Blick auf qualitätsgebundene Empfehlungen ihrerseits auf die durch Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG geschützte Freiheit, Meinungen zu äußern, auch als juristische Person des Privatrechts berufen, da Art. 5 GG diesbezüglich ein Grundrecht im Sinne von Art. 19 Abs. 3 GG ist.

Der Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG nennt unter anderem Äußerungsformen, die nicht nur natürlichen Personen möglich sind³⁴.

³³ Vgl. LSG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 11.06.2014 – L 1 KR 301/13 B ER, GesR 2014, 567.

³⁴ Grabenwarter, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 80. EL Juni 2017, Artikel 5 Rn. 34

Neben Werturteilen werden durch Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG auch die Mitteilung von Tatsachen geschützt, wenn und soweit die Tatsachenbehauptung Voraussetzung der Bildung von Meinungen ist. Ebenfalls von Artikel 5 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 GG geschützt ist auch die Freiheit eine Meinung zu verbreiten. Diese Meinungsverbreitungsfreiheit ist auch neutral im Hinblick auf das genutzte Medium. Dementsprechend ist auch die Onlineveröffentlichung vom Grundrecht der Meinungsverbreitungsfreiheit erfasst.

Darüber hinaus sind jedoch auch die Meinungsbildungsfreiheit und Informationsfreiheit der, die Angebote der empfehlenden Dritten nutzenden, Patientinnen zu berücksichtigen. Auch die Entgegennahme oder Beschaffung von Informationen, die zur Meinungsbildung dienen, werden durch Artikel 5 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 GG geschützt. Es muss berücksichtigt werden, dass die Veröffentlichung von qualitätsgebundenen Empfehlungen zur Auswahl von Leistungserbringerinnen im Gesundheitswesen direkt dem Schutz der körperlichen Unversehrtheit der Patientinnen dienen. Diese körperliche Unversehrtheit ist wiederum durch Artikel 2 Abs. 2 Satz 1 GG geschützt. Demgegenüber steht allein das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Leistungserbringer aus Artikel 2 Abs. 1 GG, welches höchstens im Bereich der Sozialsphäre überhaupt berührt sein könnte.

Bei einer Abwägung zwischen den genannten Grundrechten empfehlenden Dritten sowie der, das Angebot der empfehlenden Dritten nutzenden, Patientinnen mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Leistungserbringer im Bereich der Sozialsphäre könnte ausschließlich eine willkürliche Falschbewertung der empfehlenden Dritten geeignet sein, die Meinungs- und Informationsfreiheit einzuschränken.

b) Rechtsschutz betroffener Leistungserbringerinnen

Für das Rechtsverhältnis zwischen den empfehlenden Dritten und dem von einer Empfehlung betroffenen Leistungserbringer sind mangels Bindung der empfehlenden Dritten ausschließlich bürgerlich-rechtliche Vorschriften maßgeblich.

Damit ein Leistungserbringer gegenüber einer empfehlenden Dritten einen Anspruch auf Unterlassung der damit verbundenen Empfehlung auf der Grundlage von § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB analog i. V. m. § 823 Abs. 1 BGB geltend machen kann, müsste der jeweilige Leistungserbringer in seinem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb verletzt sein.

Zum Schutz der Meinungsbildungsfreiheit und Informationsfreiheit setzt die Rechtsprechung hohe Anforderungen an die Annahme eines solchen unzulässigen Eingriffs in das Recht am

engerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb³⁵. Danach muss sich ein Gewerbetreibender (und damit gerade auch eine Leistungserbringerin im Gesundheitswesen) der öffentlichen Kritik ihrer Leistungen stellen. Eine Kritik stellt danach grundsätzlich nicht schon deshalb eine Beeinträchtigung der Tätigkeit dar, nur weil sie für den Leistungserbringer ungünstig ist.

Es muss grundsätzlich eine Abwägung zwischen dem Recht der Meinungs- und Pressefreiheit und dem Interesse des Betroffenen vorgenommen werden. Bei wertenden Urteilen muss die Frage beantwortet werden, unter welchen Umständen eine Äußerung ausnahmsweise unzulässig ist. Dies ist angenommen worden für Schmähkritik und für kritische Äußerungen, die den Persönlichkeitsschutz verletzen. Darüber hinaus können Wertungen aber nicht untersagt werden. Wer sich mit seinen Dienstleistungen auf dem Markt begibt, muss sich einer genauen Überprüfung und auch Kritik an seinen Angeboten gefallen lassen, sofern diese sachlich geäußert wird und weder beleidigend noch unnötige diskriminierend wirkt.

Dabei braucht das Ergebnis der Bewertung nicht sachlich richtig zu sein; entscheidend und genügend ist das Bemühen um die Richtigkeit. Verlässt eine kritische Äußerung nicht den Boden sachlich gerechtfertigter Kritik, so ist sie nicht zu beanstanden und zulässig³⁶.

c) Anforderungen an qualitative Anbieterempfehlungen

Dementsprechend können sonstige Dritte, die nicht in anderer Weise durch das Gesetz (insbesondere das SGB V) gebunden sind, qualitätsgebundene Empfehlungen zu Leistungserbringerinnen im Gesundheitswesen veröffentlichen, soweit sie dabei nicht den Boden der Neutralität, der Objektivität und der Sachkunde verlassen und Tatsachen nicht verzerren, keine unwahren Tatsachen behaupten oder in willkürlicher Weise einzelner Leistungserbringer gegenüber Dritten benachteiligen. In diesem Punkt ergibt sich auch ein erheblicher Unterschied zu den Anforderungen an die nach § 65b Abs. 1 Satz 1 SGB V geförderten Einrichtungen (Unabhängige Patientenberatung Deutschland), da die sonstigen Dritten nicht im gleichen Maße an die Evidenzbasiertheit der von ihnen herangezogenen Informationen gebunden sind.

³⁵ Vgl. hierzu die Rechtsprechung des BGH zu Warentests: BGH Urt. v. 21.06.1966 – VI ZR 261/64, GRUR 1966, 693; BGH Urt. v. 14.01.1969 – VI ZR 196/67, GRUR 1969, 304, BGH Urt. v. 09.12.1975 – VI ZR 157/73, GRUR 1976, 268; BGH Urt. v. 10.03.1987 – VI ZR 144/86, GRUR 1987, 468; BGH Urt. v. 21.02.1989 – VI ZR 18/88, GRUR 1989, 539.

³⁶ Vgl. BGH Urt. v. 17.06.1997 - VI ZR 114/96, GRUR 1997, 942.

Sonstige Dritte sind auch hinsichtlich der gesetzlich ausgestalteten Empfehlungsrechte der Krankenkassen gemäß § 136b SGB V im Bereich der Krankenhäuser privilegiert, da sie nicht nur auf die (eingeschränkte) Tatsachengrundlage der Qualitätsberichte zurückgreifen müssen, sondern sich auch anderer Tatsachengrundlagen bedienen können.

Auch haben Leistungserbringerinnen keinen Anspruch darauf, dass sonstige Dritte sich den gleichen Beschränkungen unterwerfen, die für einzelne andere Akteure im Gesundheitswesen (ärztliche Leistungserbringerinnen, die unabhängige Patientenberatung Deutschland, Krankenkassen und das Nationale Gesundheitsportal) gelten.

6. Nationales Gesundheitsportal

Im Rahmen der Umsetzung des Nationalen Aktionsplans Gesundheitskompetenz verfolgt das Bundesministerium für Gesundheit die Einrichtung eines nationalen Gesundheitsportals auf dem evidenzbasierte und qualitativ hochwertige Gesundheitsinformationen veröffentlicht werden sollen³⁷. Vorbereitend hierzu hatte das Bundesministerium für Gesundheit das IQWiG-Konzept zur Etablierung eines nationalen Gesundheitsportals in Auftrag gegeben³⁸. Im Gegensatz zum IQWiG-Konzept, das noch ausdrücklich ein Modul „Navigator zu Kliniken, Ärztinnen und Ärzten, Pflegeeinrichtungen und anderen Angeboten der Gesundheitsversorgung“ enthielt³⁹ und diesbezüglich sowohl auf die Qualität von Gesundheitsleistungen als auch auf Angebote Dritter Bezug nahm, die weitergehende qualitative Empfehlungen von Leistungserbringern anbieten (z.B. Weisse Liste gGmbH), lässt sich zumindest den bisherigen Veröffentlichungen des Ministeriums für Gesundheit kein Hinweis auf die Einbindung von qualitativen Empfehlungen von Leistungserbringern in das nunmehr geplante Nationale Gesundheitsportal entnehmen.

a) Einbindung von Content-Partnern

Das ursprüngliche IQWiG-Konzept sah vor, dass geeignete Informationen von Content-Partnern in das Nationale Gesundheitsportal eingebunden werden können. Inwieweit dies nunmehr durch das Bundesministerium für Gesundheit umgesetzt wird, ist aktuell noch unklar.

³⁷ BT-Drs. 19/13196, S. 10.

³⁸ Vgl. IQWiG-Berichte – Nr. 654, Konzept für ein nationales Gesundheitsportal, Stand: 31.08.2018.

³⁹ Vgl. IQWiG-Berichte – Nr. 654, Konzept für ein nationales Gesundheitsportal, Stand: 31.08.2018, S. 46.

b) Inhalte des Nationalen Gesundheitsportals

Bekannt ist, dass die Inhalte des Portals, die mit Bildern, Grafiken und Erklärvideos verständlich aufbereitet sein sollen, zur Grundlage bei Fragen und Erläuterungen zu Krankheiten und Behandlungen von Krankheiten herangezogen werden sollen. Hierbei soll das Portal nutzerorientiert, transparent sowie neutral informieren⁴⁰.

Mit Blick auf die ursprünglich im IQWIG-Konzept enthaltene Einbindung von Inhalten Dritter (Content-Partner) stellt sich die Frage, welche Anforderungen an diese Inhalte zu stellen sind. Dies gilt insbesondere hinsichtlich qualitativer Anbieterempfehlungen, die, wie bereits dargestellt, für Akteurinnen im Gesundheitswesen mit Aufgaben nach dem SGB V nur sehr eingeschränkt möglich sind.

Zumindest auf der Grundlage des IQWIG-Konzeptes erscheint es möglich, dass im Rahmen des nationalen Gesundheitsportals auch die Einbindung von qualitativen Anbieterempfehlungen in das Nationale Gesundheitsportal erfolgen soll.

c) Zulässigkeit der qualitativen Anbieterempfehlung und Berufsfreiheit der Leistungserbringerinnen

Während die bloße Veröffentlichung von evidenzbasierten Gesundheitsinformation in Form von Fragen und Erläuterungen zu Krankheiten und Behandlungen von Krankheiten auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und Bundesverwaltungsgerichts für das Bundesministerium für Gesundheit mit Blick auf die sich aus der Staatsleitung ergebende Kompetenz zum des Ministeriums zu staatlichem Informationshandeln möglich ist⁴¹, stellt sich mit Blick auf weitergehende qualitätsgebundene Anbieterempfehlungen die Frage nach der Notwendigkeit einer eigenständigen Rechtsgrundlage für Anbieterempfehlungen durch das Ministerium.

aa) Gewährleistungsbereich und Grundrechtseingriff

⁴⁰ Drucksache 19/13196, S. 10.

⁴¹ Als Teil staatlicher Verbraucherinformation durch Warnungen, Empfehlungen und Hinweise ist für die Zulässigkeit entsprechender Warnungen, Empfehlungen und Hinweise ohne weitere gesetzliche Rechtsgrundlage erforderlich, dass diese nicht wettbewerbsverzehrend sind, im Rahmen einer staatlichen Aufgabe erfolgen, die Zuständigkeitsordnung zwischen den einzelnen staatlichen Stellen eingehalten wird, die maßgeblichen Informationen sachlich und richtig sein müssen. Vgl. BVerfG, Beschl. v. 26.06.2002 - 1 BvR 558/91, NJW 2002, 2621.

Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts soll staatliches Informationshandeln nur dann in Grundrechte Dritter eingreifen, wenn es sich um diffamierende oder in sonstiger Weise diskriminierende Äußerungen handelt, ansonsten soll es bereits an einer Beeinträchtigung des Schutzbereichs fehlen⁴². Soweit es sich um sachliche und inhaltlich zutreffende Informationen handelt soll der Schutzbereich von zum Beispiel Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz (Berufsfreiheit) ebenfalls nicht berührt sein⁴³.

Abweichend hiervon soll nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts ein Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit staatliches Informationshandeln vorliegen, wenn das staatliche Informationshandeln nach Zielsetzung und Wirkungen als Ersatz für einen Grundrechtseingriff angesehen werden muss oder wenn das staatliche Informationshandeln sich ex post als unzutreffend erweist und nicht richtiggestellt wird⁴⁴.

Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts schützt die Berufsfreiheit die Grundrechtsträger nicht vor Veränderungen der Marktgegebenheiten und Rahmenbedingungen ihrer beruflichen Tätigkeit, da staatliches Informationshandeln, das lediglich faktisch die Wettbewerbssituation beeinflusst, den Schutzbereich der Berufsfreiheit nicht berührt⁴⁵.

Der Schutzbereich der Berufsfreiheit ist nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts jedoch berührt, wenn staatliches Informationshandeln, das die Berufstätigkeit zwar nicht unmittelbar berührt, jedoch in seiner Zielsetzung und seinen mittelbar-faktischen Wirkungen auf die Rahmenbedingungen der beruflichen Tätigkeit faktisch einem Eingriff gleicht. Dies soll der Fall sein, wenn das staatliche Informationshandeln direkt auf die Marktbedingungen individualisierter Grundrechtsträger abzielt, in dem die Rahmenbedingungen am Markt zweckgerichtet beeinflusst werden und auf diesem Weg die Markt- und Wettbewerbssituation zum Nachteil individualisierter Marktteilnehmer beeinflusst⁴⁶.

bb) Qualitative Anbieterempfehlungen als Grundrechtseingriff

Nach den beschriebenen Maßstäben dürfte zumindest die qualitative Anbieterempfehlung, die auf anderen Informationsgrundlagen beruht, als sie Zulassungsstatus, Berufszulassungsvoraussetzungen und sonstige formale Kriterien bieten, aufgrund der damit

⁴² BVerfG, Beschl. v. 26.06.2002 - 1 BvR 670/91, NJW 2002, 2626.

⁴³ BVerfG, Beschl. v. 26.06.2002 - 1 BvR 558/91, NJW 2002, 2621.

⁴⁴ BVerfG, Beschl. v. 26.06.2002 - 1 BvR 558/91, NJW 2002, 2621.

⁴⁵ BVerfG, Beschl. v. 21.03.2018 – 1 BvF 1/13, NVwZ 2018, 1056.

⁴⁶ BVerfG, Beschl. v. 21.03.2018 – 1 BvF 1/13, NVwZ 2018, 1056; hierzu: Cremer, NVwZ 2019, 505.

einhergehenden Hervorhebung und Zurücksetzung einzelner Marktteilnehmer die Markt- und Wettbewerbssituation der betroffenen Leistungserbringerinnen in einigen Fällen gerade entscheidend zum Nachteil derjenigen individualisierten Leistungserbringerinnen beeinflussen, die (im Verhältnis zu anderen Leistungserbringerinnen) nicht mit einer positiven qualitativen Anbieterempfehlung versehen werden.

cc) Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs

Die Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs setzt jedoch eine gesetzliche Ermächtigung der handelnden Stelle (hier des Bundesministeriums für Gesundheit) voraus, sodass die Publikation qualitativer Anbieterempfehlungen mit Grundrechtsrelevanz durch das Bundesministerium für Gesundheit in einigen Fällen mit hoher Wahrscheinlichkeit mangels Rechtsgrundlage als unzulässig angesehen werden müsste. Damit eine umfassende (verhältnismäßige) Veröffentlichung von qualitativen Anbieterempfehlungen möglich wird, müsste die Berechtigung des Ministeriums zur Vornahme einer solchen Veröffentlichung durch Bundesgesetz eingeführt werden. Sofern jedoch eine Rechtsgrundlage für qualitative Anbieterempfehlungen durch das Bundesministerium für Gesundheit eingeführt wird, dürfte eine an den Grundsätzen der Neutralität und Sachlichkeit ausgerichtete qualitative Anbieterempfehlung auch vor dem Hintergrund der Grundrechte der betroffenen Leistungserbringerinnen unter Berücksichtigung der damit verbundenen Ziele des Gesundheitsschutzes verhältnismäßig sein.

dd) Zurechnung der Veröffentlichung Dritter

Sofern die eigentliche qualitative Anbieterempfehlung durch Veröffentlichungen von nicht grundrechtsgebundenen Dritten erfolgt, ist diese dennoch dem Bundesministerium für Gesundheit zuzurechnen, soweit die Veröffentlichung in das Nationale Gesundheitsportal des Bundesministeriums für Gesundheit integriert wird.

ee) Rechtsgrundlage für qualitative Anbieterempfehlungen

Soll auf der Grundlage der vorgenannten Erwägungen eine eigenständige Rechtsgrundlage für qualitative Anbieterempfehlungen im Rahmen des nationalen Gesundheitsportals eingeführt werden, würde sich deren Einfügung in das SGB V anbieten. Hierbei könnte der

Gesetzgeber die Bundesregierung, eine nachgeordnete Behörde oder auch eine eigens zu diesem Zweck zu gründende Stiftung des öffentlichen Rechts mit dieser Aufgabe betrauen und gleichzeitig die Tatsachengrundlagen benennen, die für den Vergleich von Leistungserbringerinnen und deren Empfehlung herangezogen werden dürfen.

Im Vergleich zu anderen Optionen zeichnet sich die Schaffung einer eigenständigen Rechtsgrundlage zur qualitativen Anbieterempfehlung durch eine Behörde, eine öffentlich-rechtliche Stiftung oder die Selbstverwaltung dadurch aus, dass die Tatsachengrundlage für qualitative Anbieterempfehlungen verbindlich vorgegeben werden könnte.

Auch könnte der Gesetzgeber im Zusammenhang mit der Schaffung einer eigenständigen Rechtsgrundlage auch bereits die notwendige gesetzliche Grundlage für die Zurverfügungstellung der, für eine qualitative Anbieterempfehlung, zwingend notwendigen Informationen von den Akteuren der gesetzlichen Krankenversicherung einführen.

Darüber hinaus würden die bewerteten Leistungserbringerinnen über umfangreichere Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die Publikation der qualitativen Anbieter Empfehlungen erhalten, da es sich in diesem Fall zwingend um staatliches Informationshandeln handelt.

Weiter würde sich der Gesetzgeber eine dauerhafte Einflussmöglichkeit auf die Ausgestaltung der qualitativen Anbieterempfehlung vorbehalten, da er die maßgebliche Rechtsgrundlage jederzeit ändern könnte.

7. Alternativen zur Schaffung einer eigenständigen Rechtsgrundlage

Neben der Einführung einer eigenständigen Rechtsgrundlage für die Veröffentlichung qualitativer Anbieterempfehlungen im Rahmen des nationalen Gesundheitsportals könnte das verfolgte Ziel der Einführung qualitativer Anbieterempfehlungen auch alternativ durch die Gründung einer privatrechtlichen Stiftung mit dem Ziel der Veröffentlichung von qualitativen Anbieterempfehlungen im Bereich des Gesundheitswesens durch die Stiftung selbst oder in Kooperation mit Dritten durch Dritte erfolgen.

Eine solche Stiftung und ihr verbundene Dritte würden, soweit die satzungsrechtlichen Vorgaben erfüllt sind, keiner Grundrechtsbindung unterliegen⁴⁷.

⁴⁷ Franz, in: Fezer/Büscher/Obergfell, Lauterkeitsrecht: UWG, 3. Auflage 2016 Vergleichende Produkttest S 8 Rn. 400.

Entsprechend der bereits bestehenden Stiftung Warentest für Produkttests bestünde gerade keine Bindung an die, vom Bundesverfassungsgericht für staatliches Informationshandeln entwickelten, Vorgaben für grundrechtsgebundene Akteure⁴⁸. Im Rahmen der damit verbundenen Veröffentlichungstätigkeit bestünde ausschließlich eine Bindung an die Test-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Hierdurch wäre auch für die betroffenen Leistungserbringerinnen aufgrund der Verpflichtung zur sachlichen, neutralen und nichtdiskriminierenden Tätigkeit ein hinreichender Schutz ihrer Tätigkeit gewährleistet.

Diese Variante würde sich, im Verhältnis zur unter 8. beschriebenen Einführung einer eigenständigen Rechtsgrundlage, dadurch auszeichnen, dass die Rechtsschutzmöglichkeiten der Leistungserbringerinnen auf die Vorgaben der zitierten Test-Rechtsprechung (vgl. 5. b) beschränkt wären.

Auch wäre eine privatrechtliche Stiftung und ihre Kooperationspartner, soweit die Satzung nicht gegenteiliges bestimmen würde, wesentlich freier bei der Auswahl der Tatsachengrundlagen für eine qualitative Anbieterempfehlung.

Allerdings dürfte man, im Unterschied zur bestehenden Stiftung Warentest, auf die Zurverfügungstellung von Daten über die Tätigkeit der Leistungserbringerinnen angewiesen sein, da ansonsten nur sehr eingeschränkte Möglichkeiten der Informationsbeschaffung bestehen würden.

Bei der Auswahl eines solchen Modells wäre daher zu berücksichtigen, dass die notwendigen Informationen für eine qualitative Anbieterempfehlung durch die Akteure im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt werden müssten.

8. Informationsgrundlage für qualitative Anbieterempfehlungen

Unabhängig von der Frage, ob qualitative Anbieterempfehlungen durch sonstige Dritte, das Nationale Gesundheitsportal des Bundesministeriums für Gesundheit oder eine von staatlichen Stellen gänzlich unabhängige Stiftung des privaten Rechts erfolgen sollen, stellt sich die Frage und die Herausforderung, auf welcher Datengrundlage qualitative Anbieterempfehlungen gestützt werden können. Damit qualitative Anbieterempfehlungen

⁴⁸ Zur Gründungsgeschichte der Stiftung Warentest: *Franz*, GRUR 2014, 1051

unter Beachtung der Kriterien der Test-Rechtsprechung erfolgen können, benötigen die jeweils betroffenen Akteure hinreichend aussagekräftige Daten über die Tätigkeit der betroffenen Leistungserbringerinnen, da ansonsten qualitativ hochwertige Anbieterempfehlungen nicht möglich sind. Während in Teilbereichen (Qualitätsberichte der Krankenhäuser nach § 136b SGB V) diese Datengrundlage bereits in Teilen existiert, besteht insbesondere im Hinblick auf die ambulante Versorgung noch keine vergleichbare Datengrundlage.

Lünen, im Oktober 2020

HARTMANN RECHTSANWÄLTE®

durch:

Dr. Bastian Reuter, Rechtsanwalt

Fachanwalt für Medizinrecht