

Karl-Jürgen Bieback (Hg.)

Neue Mitgliedschaft in der Sozialversicherung

Auf dem Weg in die Volksversicherung?

LIT

2010

Sozialrecht und Sozialpolitik in Europa

Schriftenreihe des Instituts für Sozialrecht
und Sozialpolitik in Europa der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel
und der Forschungsstelle für Sozialrecht
und Sozialpolitik an der Fakultät für Rechtswissenschaft der
Universität Hamburg

herausgegeben von

Gerhard Igl (Kiel)

und

Dagmar Felix (Hamburg)

Band 16

LIT

Wettbewerb der Krankenkassen um Mitglieder

Prof. Dr. Andreas Hänlein (Universität Kassel, Institut für Wirtschaftsrecht)

I. Einleitung

Welche Regeln für den Wettbewerb der Krankenkassen um Mitglieder maßgeblich sind, schien eine ganze Zeit lang durch das Urteil des BSG vom 31.3.1998¹ geklärt. Inzwischen kann jedoch von Klarheit keine Rede mehr sein. Dies liegt nicht zuletzt an der Rechtsprechung des BGH, der für gewisse Konstellationen der ordentlichen Gerichtsbarkeit einen Zugriff auf die Problematik eröffnet hat. Dies hat gewissermaßen zu einem wettbewerbsrechtlichen Wettbewerb der Gerichtsbarkeiten geführt. Deshalb gibt es nun reichlich einschlägiges Rechtsprechungsmaterial, das im Folgenden dargestellt und analysiert wird. Nach einem Überblick über die gesetzlichen Rahmenbedingungen des Kassenwettbewerbs um Mitglieder wird es vor allem um die in diesem Wettbewerb zu beachtenden materiellen Lauterkeitsregeln gehen. Dabei soll die Auseinandersetzung mit der vorliegenden Rechtsprechung eine erhebliche Rolle spielen. Im Anschluss sollen noch einige Rechtsschutzprobleme thematisiert werden.

II. Gesetzlicher Rahmen des Kassenwettbewerbs um Mitglieder

1. Generelles Kassenwahlrecht

Wettbewerb zwischen Krankenkassen um Mitglieder gibt es schon lange.² Richtig entfacht wurde dieser Wettbewerb jedoch erst durch das Gesundheitsstrukturgesetz (GSG) von 1992.³ Damals wurde mit Wirkung zum 1.1.1996 das zuvor weithin geltende Zuweisungssystem mit wenigen Ausnahmen abgeschafft. Seitdem haben grundsätzlich alle Versicherten das Recht, zwischen Ortskrankenkassen und Ersatzkassen sowie u.U. auch Betriebs- und Innungskrankenkassen zu wählen. Zusätzliche Wahlmöglichkeiten ergaben sich aus der ebenfalls auf das GSG zurückgehenden Möglichkeit der Öffnung von Betriebskrankenkassen. Zuletzt wurden die Wahlmöglichkeiten nochmals ausgedehnt durch das GKV-WSG,⁴ das nun auch die Deutsche Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See in den Kreis der wählbaren Kassen einbezogen hat.⁵

Freie Kassenwahl bedeutet umgekehrt Wettbewerb der Kassen um die Versicherten. Der Gesetzgeber des GSG hatte sich bemüht, mit flankierenden Maßnahmen die Fähigkeiten der Kassen zu stärken, in diesem Wettbewerb zu bestehen, insbesondere durch die Einführung

1 BSG, Urteil v. 31.3.1998 – B 1 KR 9/95 R – BSGE 82, 78.

2 Beispiel: BSG, Urteil v. 2.2.1984 – 8 RK 41/82 – BSGE 56, 140.

3 Gesetz zur Sicherung und Strukturverbesserung der gesetzlichen Krankenkassen (Gesundheitsstrukturgesetz) vom 21.12.1992, BGBl. I, S. 2266.

4 Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV-WSG) vom 17.12.1992, BGBl. I 1993, S. 2.

5 Dazu *Kruse/Hänlein*, LPK-SGB V, 3. Aufl., 2009, § 4 Rn. 20 f.

des Risikostrukturausgleichs und die Straffung der Verwaltungs- und Organisationsstrukturen.

Die Ausdehnung der Kassenwahlrechte auf grundsätzlich alle Versicherte hatte nicht zuletzt verfassungsrechtliche Hintergründe.⁶ Die zuvor bestehenden Unterschiede in den Wahlrechten der Arbeiter und der Angestellten waren nicht länger vertretbar. Und die Verallgemeinerung des Wahlrechts entschärfte damals die verfassungsrechtliche Brisanz der Beitragssatzunterschiede unter den Krankenkassen, denn nun bestand die Möglichkeit, als überhöht empfundenen Beitragssätzen zu entkommen.

Die Modalitäten des Kassenwahlrechts wurden zwischenzeitlich vor allem durch das Gesetz zur Neuregelung der Kassenwahlrechte von 2001⁷ modifiziert.⁸ Seitdem gilt eine 18-monatige Bindungsfrist (§ 175 Abs. 4 S. 1 SGB V); nach Fristablauf kann – auch unterjährig – die Mitgliedschaft gekündigt werden, wenn zugleich eine Mitgliedschaft in einer neuen Kasse begründet wird (§ 175 Abs. 4 S. 2 – 4 SGB V). Die Bindungsfrist kann durch Satzungsregelung außer Kraft gesetzt werden, wenn eine Mitgliedschaft bei einer Krankenkasse der gleichen Kassenart begründet werden soll (§ 175 Abs. 4 S. 9 SGB V). Das GKV-WSG hat eine auf drei Jahre verlängerte Bindungsfrist für Mitglieder eingeführt, die sich für einen Wahltarif entschieden haben (§ 53 Abs. 8 S. 2 SGB V).

Umgekehrt sind für den Mitgliederwettbewerb die Sonderkündigungsrechte ohne Einhaltung der Bindungsfrist von Bedeutung. Nach bisherigem Recht konnte die Mitgliedschaft im Falle einer Beitragssatzerhöhung ohne Beachtung der Bindungsfrist gekündigt werden (§ 175 Abs. 4 S. 5 SGB V a.F.). Nach geltendem Recht ist eine solche Kündigung möglich, wenn ein Zusatzbeitrag eingeführt wird (§ 175 Abs. 4 S. 5 SGB V n.F.). Werden die Rahmenbedingungen eines Wahltarifs verändert, indem die darin vorgesehenen Prämien verringert werden, kann ebenfalls sofort gekündigt werden (§ 175 Abs. 4 S. 5 SGB V n.F.). Außerdem ist – bezogen auf Wahltarife – in der Satzung ein Sonderkündigungsrecht für Härtefälle vorzusehen (§ 53 Abs. 8 S. 3 SGB V).

2. Wettbewerbsparameter und Wettbewerbsanreize

a. Wettbewerbsparameter

Vor dem 1.1.2009 wurde der Wettbewerb vornehmlich über die unterschiedliche Höhe der Beitragssätze ausgetragen. Dieser Wettbewerbsparameter hat mit dem durch das GKV-WSG eingeführten einheitlichen Beitragssatz seine Bedeutung verloren. Als Differenzierungsmöglichkeit bei der Gestaltung der Beitragssätze verbleibt jetzt nur noch der Zusatzbeitrag, dessen Festlegung Sache der Krankenkassen ist. Weitere ähnliche Differenzierungsmöglichkeiten bietet das Instrument der Wahltarife, u.a. durch die Möglichkeit der Einführung von Prämien, die an Versicherte gezahlt werden können (§ 53 Abs. 2, 3 u. 7 SGB V).

Im Übrigen kann der Wettbewerb um Mitglieder auch über kassenspezifische Gestaltungen des Leistungsrechts ausgetragen werden. Solche Gestaltungen ermöglicht das Gesetz in vielfältiger Weise, so durch Verträge nach den §§ 73 a – c SGB V, durch Modellvorhaben

6 Dazu *Kruse/Hänlein*, a.a.O., Vorbemerkungen §§ 173-176 Rn. 4 f.; *Becker*, Maßstäbe für den Wettbewerb unter den Kranken- und Pflegekassen, in: Soziale Sicherheit und Wettbewerb, SDSRV Band 48, 2001, S. 7-55 (9).

7 Gesetz zur Neuregelung der Krankenkassenwahlrechte vom 27.07.2001, BGBl. I, S. 1946.

8 Dazu *Kruse/Hänlein*, a.a.O., § 175 Rn. 9 ff.

(§§ 63 – 65 SGB V), durch strukturierte Behandlungsprogramme bei chronischen Krankheiten (§ 137f SGB V), durch die integrierte Versorgung (§§ 140a – 140 h SGB V) oder durch Satzungsmehrleistungen.

Die schwarz-gelbe Koalition hat angekündigt, auf längere Sicht den Krankenkassen wieder mehr Beitragsautonomie zu gewähren. Sollte dieser Plan verwirklicht werden, wird der Beitragssatz als Wettbewerbsparameter wieder eine größere Rolle erlangen als derzeit.

b. Anreize zum Wettbewerb

Warum ist es für die Krankenkassen interessant, um Mitglieder zu konkurrieren? Nach bisherigem Recht war es für die Krankenkassen vor allem interessant, sich um finanzkräftige Mitglieder mit geringem Krankheitsrisiko zu bemühen. Die von solchen Mitgliedern gezahlten hohen Beiträge flossen unmittelbar an die Krankenkassen. Über den Risikostrukturausgleich wurden zwar auch Unterschiede unter den Krankenkassen hinsichtlich der Finanzkraft ausgeglichen (§ 266 Abs. 1 S. 2 SGB V a.F.). Der Finanzkraftausgleich führte jedoch nicht zu einer vollständigen Nivellierung, sondern erfasste nur 92 % des Unterschieds.⁹ Dieser Anreiz ist im geltenden Recht inzwischen entfallen, da die Beitragszahlungen unmittelbar an den Gesundheitsfonds gehen, aus dem die Mittel an die einzelnen Kassen verteilt werden, ohne dass dabei das von den Kassen erzielte Beitragsaufkommen eine Rolle spielen würde. Im Hinblick auf die Einnahmeseite bleibt für die Krankenkasse ein Interesse an der Zahl der Versicherten, die sich auf die Höhe der Zuweisung aus dem Gesundheitsfonds auswirkt. Wenn eine Kasse einen Zusatzbeitrag erhebt, muss sie überdies ein Interesse an Versicherten haben, die in der Lage und bereit sind, den Zusatzbeitrag zu bezahlen.

Die Kassen können im Übrigen ein Interesse daran haben, möglichst gesunde Versicherte zu gewinnen, die nur geringe Ausgaben auslösen. Diesen Anreiz versucht das Instrument des Morbi-RSA zu konterkarieren, das darauf abzielt, Unterschiede in der Morbidität auszugleichen (§ 268 SGB V). Allerdings berücksichtigt der Morbi-RSA nur ausgewählte Krankheiten, so dass die Kassen nach wie vor an gesunden Mitgliedern ein Interesse haben müssen. Vorstellbar ist überdies, dass im Morbi-RSA der Aufwand infolge einzelner ausgewählter Krankheiten nicht genau kompensiert wird. Daraus kann sich Interesse bzw. Desinteresse an den betroffenen kranken Versicherten ergeben.

In der Wirklichkeit findet jedenfalls allem Anschein nach auch unter dem reformierten SGB V Mitgliederwettbewerb unter den Kassen statt.

III. Lauterkeitsregeln für den Wettbewerb um Mitglieder

1. Gesetzliche Regeln

a. Vorschriften des Sozialgesetzbuch

Die Modalitäten des Kassenwettbewerbs sind im Gesetz nicht explizit geregelt. Einige Vorschriften spielen gleichwohl in den recht zahlreichen gerichtlichen Entscheidungen immer wieder eine Rolle. Zu nennen ist zunächst § 4 Abs. 3 SGB V. Diese Regelung verpflichtet die Krankenkassen, im Interesse der Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit der gesetzlichen Krankenversicherung miteinander eng zusammenzuarbeiten. Dieselbe Verpflichtung

⁹ Daubenbüchel, Systemveränderungen durch den Gesundheitsfonds, Vortrag beim 7. Kölner Sozialrechtstag, 1.4.2009, Folie 9.

findet sich, ohne spezifischen Bezug zur gesetzlichen Krankenversicherung, in § 86 SGB X. Danach haben die Leistungsträger bei der Erfüllung ihrer Aufgaben eng zusammenzuarbeiten. Aus den §§ 13 – 15 SGB I schließlich ergibt sich eine Pflicht zur sachgerechten Information der Versicherten.

b. Vorschriften des UWG

Regelungen über die Grenzen zulässigen Verhaltens im Wettbewerb bietet selbstredend das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Dieses Gesetz enthält heute im Kapitel mit allgemeinen Bestimmungen sehr konkrete inhaltliche Maßstäbe für das Verhalten im Wettbewerb. Es bietet des Weiteren ein Kapitel mit Rechtsfolgen (Beseitigung und Unterlassung / Schadensersatz / Gewinnabschöpfung). Das dritte Kapitel enthält Verfahrensregelungen und im vierten Kapitel stehen Straf- und Bußgeldvorschriften. Das UWG ist in den vergangenen Jahren mehrfach reformiert worden.

Auf das Jahr 2004 geht eine vollständige Neufassung des Gesetzes zurück.¹⁰ Damals ging es um eine Modernisierung und zugleich europaverträgliche Ausgestaltung des Gesetzes.¹¹ Erstmals wurde der Verbraucherschutz ausdrücklich als Ziel des Gesetzes erwähnt (vgl. § 1 UWG). Die im Wettbewerb geltenden Verhaltensmaßstäbe wurden sehr viel konkreter beschrieben als im alten, von der Generalklausel des § 1 UWG a.F. geprägten Gesetz.

Danach wurde das neue Gesetz bereits mehrfach wieder geändert. Zu erwähnen ist hier insbesondere das Gesetz vom 22.12.2008.¹² Dieses Gesetz zielt auf die Umsetzung einer weiteren europäischen Richtlinie, der RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken.¹³ Diese Richtlinie dient dem Verbraucherschutz und bezweckt eine Vollharmonisierung.¹⁴ Auch nach der Umsetzung der RL 2005/29 verfolgt das UWG aber bewusst einen „integrierten Ansatz“, indem es sowohl den Schutz der Mitbewerber wie denjenigen der Verbraucher regelt. In der Begründung des Regierungsentwurfs wird dazu ausgeführt, dieser Ansatz trage dem Umstand Rechnung, dass das Verhalten von Unternehmen am Markt im Prinzip unteilbar sei.¹⁵ Das UWG ist mithin heute europarechtlich grundiert. Zum einen stehen Richtlinien dahinter, denen es um den fairen Wettbewerb im Verhältnis der Wettbewerber untereinander geht, zum anderen solche, die auf den Schutz der Verbraucher abzielen.

Ob und ggf. wie das UWG auf den Kassenwettbewerb anzuwenden ist, ist die zentrale Frage meines Themas. Ausdrückliche Regeln enthält das SGB dazu nicht.

10 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Unlauterer-Wettbewerb-Gesetz - UWG) vom 3.7.2004, BGBl. I, S. 1414. Regierungsentwurf BT-Drs. 15/1487.

11 Folgende Richtlinien wurde durch das UWG 2004 umgesetzt: Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 84/450 EWG über irreführende Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung (RL 97/55/EG, ABl. EG Nr. L 290 S. 18); Richtlinie über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (RL 2002/58/EG, ABl. EG Nr. L 201, S. 37).

12 Art. 1 des Ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb v. 22.12.2008, BGBl. I, S. 2949; Regierungsentwurf BT-Drs. 16/10145.

13 RL 2005/29/EG v. 11.5.2005, ABl. L 149/22.

14 Dazu Erwägungsgrund 6 der RL 2005/29/EG.

15 BT-Drs. 16/10145, S. 11.

2. Rechtsprechung der Sozialgerichtsbarkeit zur Anwendung des UWG

Die Leitentscheidung des BSG aus dem Jahr 1998 betraf zwar einen Fall aus der Zeit vor dem GSG.¹⁶ Gleichwohl hat sich der Erste Senat bereits mit dem damals neuen Recht des Kassenwettbewerbs beschäftigt.

Im Ausgangsfall hatte eine Ersatzkasse ein Papier verbreitet, in dem sie ihre eigenen Leistungen mit denen der beklagten AOK verglich. Dieses Papier hatte, wie es im Urteil des BSG heisst, „teilweise unrichtigen, teilweise irreführenden bzw. diskriminierenden Inhalt“. Auf eine Abmahnung der AOK verpflichtete sich die Beklagte, die beanstandete Werbung bei Meidung einer für jeden Fall der Zuwiderhandlung verwirkten Vertragsstrafe in Höhe von 10.000 DM zu unterlassen. Die AOK wollte freilich mehr, nämlich: Auskunft über das Ausmaß der Verbreitung des umstrittenen Papiers, Ersatz des entstandenen und künftig entstehenden Schadens, die Veröffentlichung der Unterlassungserklärung auf Kosten der Beklagten sowie Erstattung von Rechtsanwaltskosten. Mit diesen Petita hatte die AOK schließlich im Berufungsverfahren Erfolg. Das LSG stützte sich dabei auf analog anzuwendende Regeln des alten UWG. Nach Ansicht des BSG war demgegenüber die Klagabweisung durch das Sozialgericht richtig gewesen.

Die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen untereinander seien vom öffentlichen Recht geprägt, dem auch die Regeln für die Mitgliederwerbung zu entnehmen seien. Daran habe die Ausdehnung der Wahlrechte durch das GSG nichts geändert. Darin liege „keine qualitative, sondern nur eine quantitative Veränderung“. Von einem Paradigmenwechsel könne keine Rede sein.

Das BSG hat dann einige Vorschriften des SGB V benannt, die den Spielraum der Kassen bei der Mitgliederwerbung einschränkten. Genannt werden: die §§ 13 – 15 SGB I über die Aufklärung, Beratung und Information der Versicherten sowie § 4 Abs. 3 SGB V über die Pflicht der Kassen zur Zusammenarbeit. Dieser Pflicht entspreche eine Pflicht zur Unterlassung von Tätigkeiten, die das gesetzliche vorgeschriebene Verhalten konterkarieren. Dementsprechend seien die Kassen verpflichtet, bei ihrer Mitgliederwerbung sachbezogen zu informieren und auf die Belange anderer Kassen Rücksicht zu nehmen. Bei einer Verletzung dieser Pflicht könnten die beeinträchtigten Träger Unterlassung verlangen. Für weitergehende Schadensersatz- oder Folgenbeseitigungsansprüche gebe es keine Rechtsgrundlage. Der Gesetzgeber habe in beredtem Schweigen auf solche Regelungen verzichtet. Es fehle überdies an einer Basis für eine analoge Anwendung der Regeln des privaten Wettbewerbsrechts, weil der Wettbewerb unter den Krankenkassen sich von demjenigen unter privaten Unternehmen unterscheide. Krankenkassen gehe es nicht darum, die eigene Marktposition zu Lasten der Konkurrenten auszubauen und diese nach Möglichkeit vom Markt zu verdrängen. Außerdem sei die Situation im Hinblick auf das Schadensrisiko nicht vergleichbar, denn die Folgen von Wanderungsbewegungen unter den Kassen würden durch den jährlichen Risikostrukturausgleich abgemildert.

Die übrigen Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit folgen vielfach dem BSG. Zu erwähnen ist etwa ein noch recht junger Beschluss des Schleswig-Holsteinischen LSG, das ebenfalls die Anwendbarkeit des UWG bestritt:¹⁷ Krankenkassen seien, so das LSG, keine Unternehmen,

16 BSG, Urteil v. 31.3.1998 – B 1 KR 9/95 R – BSGE 82, 78.

17 LSG Schleswig-Holstein, Urteil v. 26.9.2007 - L 5 B 522/07 KR ER – Breith 2008, 189.

deren Schutz als Mitbewerber das UWG bezwecke, denn das Verhältnis der Krankenkassen zu ihren Mitgliedern sei rein hoheitlich organisiert.

3. Die „Gemeinsamen Wettbewerbsgrundsätze der Aufsichtsbehörden“

In der Praxis versucht man, die im SGB fehlende Regelung des wettbewerblichen Verhaltens durch zwischen den Aufsichtsbehörden abgestimmte Verwaltungsvorschriften zu kompensieren. Dies sind die „Gemeinsamen Wettbewerbsgrundsätze der Aufsichtsbehörden der gesetzlichen Krankenversicherung“.¹⁸ Derzeit „gilt“, wenn man das so ausdrücken will, die Version vom 19. März 1998 in der Fassung vom 9.11.2006.¹⁹ In Abschnitt I der Grundsätze zur „Ausgangslage“ heißt es, den Krankenkassen stehe einerseits grundsätzlich die Möglichkeit offen, sich und ihre Aktivitäten den potentiellen Versicherten darzustellen. Dabei hätten sie die allgemeinen Wertungsmaßstäbe der §§ 1, 3 UWG zu beachten; ihre Werbung dürfe also nicht unlauter sein. Andererseits seien die Krankenkassen als Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung im Wettbewerb untereinander besonderen Bedingungen unterworfen, die über die des UWG hinausgingen. Zur Begründung wird insoweit angegeben, dass die Ausgaben beitragsfinanziert seien, dass die Kassen gesetzlich zu sparsamer und wirtschaftlicher Mittelverwendung verpflichtet seien und dass ihr Wettbewerb ihrem sozialen Auftrag angemessen sein müsse.

In den weiteren acht Abschnitten der Wettbewerbsgrundsätze finden sich eine Reihe von Konkretisierungen, u.a. auch Vorgaben zum zulässigen Finanzvolumen, das für die Mitgliederwerbung ausgegeben werden darf (Abschnitt II 3, Rdnrn. 17 f.).

In der Rechtsprechung der Sozialgerichtsbarkeit werden diese Grundsätze, die dogmatisch als akkordierte normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften einzuordnen sind, mehr oder minder wie gesetzliche Regeln angewendet.²⁰

Zu erwähnen ist etwa ein Fall des LSG Nordrhein-Westfalen zum Flyer einer geschlossenen BKK mit dem Text: „Wir sind die Nummer 1: Exklusiv für sie da“.²¹ Das LSG ging – unter Berufung auf die Wettbewerbsgrundsätze – von der „Faustformel“ aus, „dass zunächst alle Werbemaßnahmen von Krankenkassen, die gegen §§ 1, 3 UWG verstoßen, unzulässig sind“; in der umstrittenen Werbemaßnahme sah es eine irreführende Werbung im Sinne von § 3 UWG (a.F.).

Das LSG Rheinland-Pfalz hat sich in einem Beschluss aus dem Jahr 2006²² auf die „Vorschriften der §§ 1, 3 UWG i.V. mit den Bestimmungen der Wettbewerbsgrundsätze“ gestützt. Es ging damals um die Beurteilung von Werbeprämien, die Mitgliedern für die Werbung von Mitgliedern versprochen wurden. Die Kasse hatte das in den Grundsätzen vorgesehene Finanzvolumen um mehr als das Vierfache überschritten.

18 Zu diesen näher BSG, Urteil v. 2.2.1984 – 8 RK 41/82 – BSGE 56, 140 (142).

19 Erhältlich über die Website des Bundesversicherungsamtes: www.bva.de.

20 *Luxenburger/Wölk*, Mitgliederwerbung gesetzlicher Krankenkassen zwischen Konkurrenz und Kooperation - Wettbewerbsrechtliche Auseinandersetzungen zwischen den gesetzlichen Krankenkassen und anderen, ZMGR 2008, 111 (117): „Ersatzrechtsnorm“.

21 LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 28.5.2002 – L 5 B 29/02 KR ER – NZS 2002, 502.

22 LSG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 14.6.2006 – L 5 ER 57/06 – NJOZ 2006, 2815.

Hinzuweisen ist noch darauf, dass die Wettbewerbsgrundsätze die Änderungen des UWG in den letzten Jahren noch nicht verarbeitet haben.

4. Die Rechtsprechung der ordentlichen Gerichtsbarkeit zur Anwendbarkeit des UWG

Rechtsschutz gegen unlauteres Verhalten beim Kassenwettbewerb wird teils durch die Sozialgerichtsbarkeit, andernteils durch die Zivilgerichtsbarkeit gewährt. Der Rechtsweg hängt seit einer Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2006 davon ab, wer diesbezügliche Ansprüche geltend macht. Bei Streitigkeiten unter Krankenkassen respektiert die Zivilgerichtsbarkeit die Zuständigkeit der Sozialgerichtsbarkeit. Bei anderen Klägern sieht es anders aus. In Betracht kommen einerseits private Krankenversicherungsunternehmen, andererseits Unternehmens- oder Verbraucherverbände, auch Industrie- und Handelskammern und Handwerkskammern (§ 8 Abs. 3 Nrn. 2 - 4 UWG). Solchen Klägern ist nach Auffassung des BGH der ordentliche Rechtsweg eröffnet,²³ wenn ausschließlich wettbewerbsrechtliche Normen in Rede stehen, die eine Krankenkasse beachten müsse, wie jeder andere Wettbewerber auch.

Gelangen Fälle des Kassenwettbewerbs auf diese Weise an die Zivilgerichte, werden keine Probleme hinsichtlich der Anwendbarkeit der Vorschriften des UWG gesehen. Zu erwähnen ist hier etwa ein Urteil des OLG Celle vom 2.4.2009.²⁴

Im Ausgangsfall hatte die (Verfügungs-)Beklagte im Internet unter der Überschrift „Der Gesundheitsfonds kommt“ wie folgt geworben:

„Wer die B.M.O. verlässt, bindet sich an die Neue für die nächsten 18 Monate. Somit entgehen Ihnen attraktive Angebote, die Ihnen die B.M.O. im nächsten Jahr bietet und Sie müssen am Ende möglicherweise draufzahlen, wenn Ihre neue Kasse mit dem zugeteilten Geld nicht auskommt und deswegen einen Zusatzbeitrag erhebt.“

Diese Werbung war unumstritten irreführend, weil bei Einführung eines Zusatzbeitrages das bereits erwähnte Sonderkündigungsrecht nach § 175 Abs. 4 S. 5 SGB V besteht. Die Beklagte wurde von einem Verband zur Förderung gewerblicher oder selbstständiger beruflicher Interessen auf Unterlassung in Anspruch genommen.

Nach Auffassung des OLG war ein Verfügungsanspruch gegeben; es handele sich um irreführende Werbung im Sinne von § 5 Abs. 1 UWG a.F. bzw. § 5 Abs. 1 Nr. 7 UWG n. F. Ausdrücklich stellt das OLG klar, dass die beklagte Kasse als „Gewerbtreibende“ im Sinne der RL 2005/29 anzusehen sei, und zwar „angesichts des zwischen den gesetzlichen Krankenkassen bestehenden Wettbewerbs um Mitglieder und des mit der streitigen Information verfolgten Zwecks, eigene Mitglieder von einem Wechsel in eine andere gesetzliche Krankenkasse abzuhalten.“

5. Stellungnahme

Die Aussage des BSG, das UWG sei auf den Kassenwettbewerb nicht anzuwenden, überzeugt nicht. Zumindest überzeugt sie heute nicht mehr. Im Folgenden möchte ich zunächst die Begründung des Urteils von 1998 kritisieren und anschließend den Gegenstandspunkt begründen.

23 BGH, Beschluss v. 9.11.2006 – I ZB 28/06 – NJW 2007, 1819 – Gesamtzufriedenheit.

24 OLG Celle, Urteil v. 2.4.2009 – 13 W 16/09 – WRP 2009, 867.

a. Kritik des Urteils des BSG aus dem Jahr 1998

M.E. verdient die Entscheidung des BSG Kritik hinsichtlich beider Begründungsstränge.

(1) Zum einen erscheint es zumindest ex post als Fehleinschätzung, dass die Erweiterung der Wahlrechte der Mitglieder nur eine quantitative, nicht jedoch eine qualitative Veränderung gewesen sei. Im Rückblick hat sich der Wettbewerb unter den Krankenkassen überaus lebhaft entwickelt. Dies belegen die zahlreichen wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten, die in den vergangenen Jahren anhängig gemacht wurden. Die Krankenkassen sind durch das GSG geradezu auf den Wettbewerb hin getrimmt worden. Nicht umsonst hatte dieses Gesetz auch die Organisationsstrukturen der Kassen verschlankt; die Selbstverwaltung wurde geschwächt, die Unternehmensleitung wurde schlagkräftiger ausgestaltet. Dies hat sich deutlich im Verhalten der Krankenkassen niedergeschlagen. Zumindest im Rückblick ist mithin die Erweiterung der Kassenwahlrechte als qualitativer Sprung einzuordnen. Mit Recht hat Ulrich Becker von einer Systementscheidung für den Kassenwettbewerb gesprochen, die der Gesetzgeber des Gesundheitsstrukturgesetzes getroffen habe.²⁵

(2) Zum anderen verdient das schadensrechtliche Denken des BSG Kritik. Genau besehen ging es dem BSG weniger darum, den Krankenkassen die Beachtung der inhaltlichen Verhaltensmaßstäbe des Lauterkeitsrechts zu ersparen. Im Zentrum des Urteils stehen vielmehr die Rechtsfolgen: Schadensersatz wird als unangemessene Sanktion für zweifelhaftes Wettbewerbsverhalten erachtet. Das BSG nimmt dabei allein die Ausgleichsfunktion des Schadensersatzrechts in den Blick, wenn es darlegt, dass die Folgen von Mitgliederverlusten, die durch unzulässige Werbung ausgelöst werden, durch den Risikostrukturausgleich abgemildert würden. Damit wird gesagt, dass es in solchen Fällen an einem auszugleichenden Schaden mehr oder weniger fehle. Dem Institut des Schadensersatzes kommt jedoch neben dem Ausgleich des Schadens auch eine präventive Funktion zu. Dies ist zumal im Wettbewerbsrecht nicht zu unterschätzen. Dass Bedarf an einem wirksamen Instrument besteht, das die Krankenkassen zur Beachtung von Lauterkeitsregeln veranlasst, zeigt erneut die einschlägige Kasuistik.

(3) Eine dritte Anmerkung zum Urteil des BSG bezieht sich auf ein Detail: Unter einem gewissen Aspekt ist die Entscheidung nämlich durch eine anderweitige sozialrechtliche Entwicklung überholt: Die klagende Krankenkasse hatte auch Erstattung von Anwaltskosten geltend gemacht. Diesem Anliegen könnte man heute bereits durch Anwendung des durch das 6. SGG-ÄndG²⁶ reformierten Kostenrechts Rechnung tragen (vgl. §§ 197a SGG mit §§ 154, 162 VwGO).

b. Gegenthese: Anwendbarkeit des UWG auf den Kassenwettbewerb

Die Rechtsprechung der Zivilgerichtsbarkeit, die das UWG auch auf den Kassenwettbewerb anwendet, ist demgegenüber überzeugend.

Wenn man die Krankenkassen schon zum Wettbewerb ermuntert, erscheint es allein konsequent, ihr Wettbewerbsgebaren denselben Verhaltensregeln zu unterwerfen, die für reguläre Märkte entwickelt worden sind. Es ist schwerlich einzusehen, dass Krankenkassen am Markt aggressiver auftreten dürfen als dies etwa privaten Krankenversicherungen erlaubt ist. Kon-

²⁵ Becker, a.a.O., S. 8 ff.

²⁶ Sechstes Gesetz zur Änderung des Sozialgerichtsgesetzes vom 17.08.2001, BGBl. I, S. 2144.

sistent ist vielmehr allein eine Lösung, die sowohl Wettbewerber wie auch Verbraucher dem Schutz der auch sonst üblichen Standards unterwirft.

Dies gilt zumal vor dem Hintergrund der Reformen des Lauterkeitsrechts. Das UWG enthält heute nicht mehr nur eine Generalklausel, die durch eine schwer zu überschauende Rechtsprechung konkretisiert wird. Vielmehr bietet es heute zahlreiche gesetzliche Vorgaben, die in der Praxis gut zu handhaben sein dürften. Eine Rolle muss auch der deutliche Wandel des UWG zum – auch – Verbraucherschützenden Gesetz spielen. Auf den heute in § 7 UWG kodifizierten Schutz der Kunden vor unzumutbaren Belästigungen sollten sich auch umworbene Versicherte berufen können.

Ein Einwand gegen die hier vertretene These könnte lauten, dass sie die Krankenkassen als Unternehmen im Sinne des Lauterkeitsrechts sieht, während der EuGH in seinem Urteil zu den deutschen Festbeträgen für Arzneimittel die Krankenkassen nicht als Unternehmen eingeordnet hat,²⁷ während die hier vertretene Auffassung die Krankenkassen als Unternehmen im Sinne des Lauterkeitsrechts sieht. Dem wäre jedoch entgegenzuhalten, dass sich diese Entscheidung auf das europäische Kartellrecht bezieht, dass aber im hier diskutierten Kontext der Verbraucherschutz in Rede steht. Es ist eher wahrscheinlich, dass der EuGH das Gegenüber eines umworbene Kunden als Unternehmen ansehen würde, um so zur Anwendung des Lauterkeitsrechts und damit zu einem effektiven Verbraucherschutz zu gelangen.

Autoritativ absichern lässt sich der hier vertretene Standpunkt mit dem Hinweis, dass ähnliche Auffassungen inzwischen auch vom BSG oder dessen Umfeld vorgetragen werden:

Schlegel hält es für eine Aufgabe der Rechtsprechung, „die geltenden Maßstäbe unter Berücksichtigung der Wertungen des UWG fortzuentwickeln“; hierbei müsse berücksichtigt werden, dass das UWG nicht allein den Schutz der Mitbewerber bezwecke, sondern dass es auch um den Schutz der Versicherten als Verbraucher gehe.²⁸ Engelmann hat vorgeschlagen, unlauteren Kassenwettbewerb mit dem wettbewerbsrechtlichen Schadensersatzanspruch nach § 9 UWG zu sanktionieren (§ 9 UWG).²⁹ In der Literatur gibt es im Übrigen bereits seit längerem eine Reihe von Stimmen, die vergleichbare Positionen vertreten.³⁰

Nach der hier vertretenen Auffassung müssen Sozial- wie Zivilgerichte gleichermaßen das UWG anwenden, wenn sie über Fragen eines lautereren Kassenwettbewerbs zu entscheiden haben. Da hinter den Verbraucherschützenden Aspekten des UWG EG-Sekundärrecht steht, das eine Vollharmonisierung intendiert, dürften strengere Maßstäbe als diejenigen des UWG jedenfalls insoweit nicht angewendet werden, wie es um wettbewerbsrechtlichen Verbraucherschutz geht. Vorgaben, die mit der Bewertung des wettbewerbslichen Verhaltens nichts zu tun haben, wie etwa die Deckelung des Werbeetats nach den „Gemeinsamen Wettbewerbsgrundsätzen“, wären demgegenüber nicht zu beanstanden. Der europarechtliche Hintergrund spricht im Übrigen auch dafür, von einer unmittelbaren Anwendbarkeit des UWG auszugehen. Spielräume, wie sie sich aus einer entsprechenden Anwendung ergeben würden, wären jedenfalls insoweit kaum hinzunehmen, wie es um den Schutz der Verbraucher geht.

27 EuGH, Urteil v. 16.3.2004, Rs C-264/01, C-354/01 und C-355/01 (AOK Bundesverband).

28 Schlegel, Wettbewerbsrechtliche Schranken eines selektiven Vertragswettbewerbs, in: Pitschas (Hrsg.), Gesetzliche Krankenversicherung und Wettbewerb, 2008, S. 23 – 47 (37).

29 Engelmann, jurisPK-SGB V, 1. Aufl., 2008, § 69 Rn. 261 – 281.

30 Becker, a.a.O., S. 26 – 30, weitere Nachweise ebd., Fn. 112; Luxenburger/Wölk, a.a.O., (114 f.).

Der Rechtsklarheit würde es dienen, wenn die Anwendbarkeit des UWG auf den Kassenvettbewerb gesetzlich ausdrücklich angeordnet würde. Ein passender Regelungsort wäre § 4 Abs. 3 SGB V.

6. Kasuistik

Im Folgenden wird einschlägige Rechtsprechung vorgestellt, die die systematischen Ausführungen illustrieren und ergänzen kann.³¹ Dabei wird deutlich werden, wie sehr sich die Art der Streitigkeiten dem angenähert hat, was aus der sonstigen wettbewerbsrechtlichen Praxis bekannt ist.³² Zugleich wird sichtbar, dass sich das UWG als Instrument zum Umgang mit wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten unter Krankenkassen durchaus eignet.

a. Zur Liste beispielhafter unlauterer geschäftlicher Handlungen (§ 4 UWG)

- § 4 Nr. 1 UWG / Verbot der Laienwerbung?

Das Verbot der Laienwerbung („Kunden werben Kunden“) ist aus wettbewerbsrechtlicher Sicht nicht ohne weiteres, sondern nur unter besonderen Umständen als unlauter im Sinne der §§ 3 und 4 Nr. 1 UWG zu beurteilen.³³ Das LSG Rheinland-Pfalz hat demgegenüber aus den Wettbewerbsgrundsätzen ein generelles Verbot der Laienwerbung abgeleitet.³⁴ Dieser Standpunkt, der auf einen über das UWG hinausgehenden Verbraucherschutz hinausläuft, lässt sich im Rahmen der hier eingenommenen Sichtweise nicht rechtfertigen.

- § 4 Nr. 2 UWG / unzulässige Angstwerbung

Im Saarland hatte eine Krankenkasse versucht, Versicherte vom Wechsel zu einer konkurrierenden Kasse abzuhalten, die äußerst günstige Beitragssätze bot. In der umstrittenen Anzeige behauptete die Krankenkasse, die Ärzte im Saarland suchten nach Möglichkeiten, die Behandlung von Versicherten der besagten billigen Kasse zu verweigern. Die Kassenärztliche Vereinigung wolle den Sicherstellungsauftrag insoweit zurückgeben. Das LSG hielt diese Werbemaßnahme selbst für den Fall für unzulässig, dass die Behauptung zutreffen sollte.³⁵ Aus den §§ 13 – 15 SGB I folge eine Pflicht der Krankenkassen zur vollständigen Information der umworbenen Personen. Im vorliegenden Fall sei es jedoch unterlassen worden, die Versicherten auf die rechtliche Bewertung des behaupteten Verhaltens der Ärzte hinzuweisen. Auf diese Weise würden die Versicherten unsachgemäß beeinflusst. Zum selben Ergebnis hätte man auch bei Anwendung des UWG gelangen können. Die Anzeige hätte als unzulässige Angstwerbung im Sinne von § 4 Nr. 2 UWG eingeordnet werden können.³⁶

31 Hinweise auf zahlreiche weitere, überwiegend nicht veröffentlichte Entscheidungen bei *Luxemburger/Wölk*, a.a.O., (S. 112 f., 118 ff.).

32 So auch *dies.*, ebd.

33 BGH, Urteil v. 6.7.2006 – I ZR 145/03 – WRP 2006, 1370; dazu *Boesche*, Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., 2007, Rn. 322a.

34 LSG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 14.6.2006 – L 5 ER 57/06 – NJOZ 2006, 2815; etwas andere Tendenz im Beschluss v. 21.6.2007 – L 5 ER 158/07 KR – NZS 2008, 318 (319).

35 LSG Saarland, Beschl. v. 21.6.2006 – L 2 B 5/06 KR – juris.

36 Ebenso *Luxemburger/Wölk*, a.a.O., (S. 119); allgemein *Boesche*, a.a.O., S. 207 ff.; vgl. auch Nr. 12 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG.

- § 4 Nr. 3 UWG / Trennungsgebot / Anhang zu § 3 Abs. 3 - Nr. 11 UWG

Im gerade angesprochenen Fall des LSG für das Saarland³⁷ war ferner umstritten, ob die werbende Anzeige den Eindruck eines redaktionellen Beitrages erweckte. Das LSG stellte in seinem Beschluss den Grundsatz auf, Werbemaßnahmen einer Krankenkasse müssten ihren werbenden Charakter eindeutig erkennen lassen. Es bezog sich dabei auf das im privaten Lauterkeitsrecht entwickelte Gebot der Trennung von Werbung und redaktionellem Text. Im Fall sei die Anzeige jedoch als solche gekennzeichnet gewesen.

Das besagte Trennungsgebot ergibt sich heute ausdrücklich aus dem UWG. Nach § 4 Nr. 3 UWG handelt unlauter, wer den Werbecharakter von geschäftlichen Handlungen verschleiert (vgl. auch Anhang zu § 3 Abs. 3 – Nr. 11 UWG). Es spricht nichts dagegen, dies auch auf den Kassenwettbewerb anzuwenden

- § 4 Nr. 11 UWG / Rechtsbruch

In einem Verfahren beim LSG Rheinland-Pfalz war von einer Krankenkasse moniert worden, dass die Konkurrentin abgeworbenen Neukunden ein Begrüßungsschreiben sowie die Krankenversichertenkarte bereits zu einem Zeitpunkt hatte zukommen lassen, zu dem eine Kündigungsbestätigung der verlassenen Kasse noch nicht vorgelegt worden war. Dieses Verhalten verstieß nach Ansicht des LSG gegen § 175 Abs. 2 S. 2 SGB V. Die Antragsgegnerin habe vorzeitig den Eindruck erweckt, dass der Kassenwechsel bereits abgeschlossen sei. Auf diese Weise würden Bemühungen der bisherigen Kasse vereitelt, die abgeworbenen Versicherten doch noch zu halten.

Bei Anwendung des UWG hätte das überzeugende Ergebnis des LSG mit § 4 Nr. 11 UWG begründet werden können. Danach handelt unlauter, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.

b. Irreführende geschäftliche Handlungen (§ 5 UWG)

- § 5 Abs. 1 Nr. 3 UWG / Täuschung über Unternehmenseigenschaft

Es handelt sich um unlautere Werbung, wenn der Werbende sich zu Unrecht einer tatsächlich nicht innegehabten Allein- oder Spitzenstellung berührt und wenn die angesprochenen Kreise diese Anpreisung ernst nehmen.³⁸ Ganz im Sinne dieses wettbewerblichen Grundsatzes hat das LSG Nordrhein-Westfalen im Jahr 2002 ein Verdikt ausgesprochen gegen eine Kassenwerbung mit dem oben bereits erwähnten Slogan „Wir sind die Nummer 1“.³⁹ Das Gericht hat sich dabei auf § 3 UWG a.F. bezogen; heute würde man den irreführenden Charakter mit Bezug auf § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG begründen. Danach werden u.a. zu Täuschung geeignete Angaben als irreführend eingeordnet, die sich auf Eigenschaften des Unternehmens wie etwa seine Befähigung beziehen.

37 LSG Saarland, Beschl. v. 21.6.2006 – L 2 B 5/06 KR – juris.

38 Boesche, a.a.O., S. 164 f. m.w.N.; zu dieser Fallgruppe auch Baumbach/Hefermehl, Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb: UWG Kommentar, 27. Aufl., 2009, § 3 Rn. 75.

39 LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 28.5.2002 – L 5 B 29/02 KR ER – NZS 2002, 502.

- § 5 Abs. 1 Nr. 7 UWG / Täuschung über Verbraucherrechte

Der Beschluss des OLG Celle⁴⁰ wurde bereits erwähnt, in dem einer beklagten Krankenkasse verboten wurde, in ihrer Werbung auf die Bindungsfrist austretender Mitglieder in einer neuen Kasse und auf das dort etwa bestehende Risiko der Erhebung eines Zusatzbeitrags hinzuweisen, ohne zugleich auf das in diesem Fall bestehende Sonderkündigungsrecht hinzuweisen. Nach Ansicht des OLG war der von einem Verband geltend gemachte Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 1 UWG gegeben. Die beklagte Kasse hatte die umworbenen Kassensmitglieder unter Anspielung auf die mögliche Erhebung eines Zusatzbeitrages zu Unrecht vor einer 18-monatigen Bindungsfrist bei ihrer bisherigen Kasse gewarnt, denn für den Fall der Erhebung eines Zusatzbeitrages sieht das Gesetz ja gerade ein Sonderkündigungsrecht vor. Das OLG ordnete die Werbemaßnahme als irreführend im Sinne von § 5 Abs. 1 Nr. 7 UWG ein. Danach ist eine geschäftliche Handlung irreführend, wenn sie unwahre Angaben enthält über Rechte des Verbrauchers.

Ebenfalls um Irreführung in Bezug auf Verbraucherrechte ging es in einem Fall des LG Hannover.⁴¹ In dieser Sache hatte die Zentrale zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs e.V. eine Krankenkasse auf Unterlassung in Anspruch genommen, die Versicherten eine „Testmitgliedschaft“ angeboten hatte. Das Landgericht sah darin angesichts der gesetzlichen Bindungsfrist von 18 Monaten eine irreführende Werbung nach § 5 UWG a.F.

c. Irreführung durch Unterlassen (§ 5a UWG)

In Schleswig-Holstein hatte eine Betriebskrankenkasse folgendermaßen geworben:

„Der Gesundheitsfonds kommt. Mit der Einführung des Gesundheitsfonds ab 1. Januar 2009 zahlen die Mitglieder aller Krankenkassen in Deutschland einen einheitlichen allgemeinen Beitragssatz... . Damit gehören Unterschiede beim allgemeinen Beitragssatz zwischen den Krankenkassen der Vergangenheit an und nur der Kundenservice und die Leistungen zählen – und damit setzt die Präventionskasse bundesweit Maßstäbe – siehe hier.“

Ein Wettbewerbsverband erwirkte gegen die Krankenkasse eine einstweilige Verfügung mit einem Gebot, diese Werbemaßnahme zu unterlassen.

Das Schleswig-Holsteinische OLG⁴² sah in der Veröffentlichung dieses Texts eine irreführende Werbung nach § 5 Abs. 1, 2 und 3 UWG a.F., weil die Möglichkeit kassenindividueller Zusatzbeiträge oder Prämienzahlungen verschwiegen würde. Heute würde man hier wohl § 5a Abs. 2 UWG über die Irreführung durch Unterlassen anwenden.

d. Unzumutbare Belästigungen (§ 7 UWG)

Es kommt offenbar vor, dass Krankenkassen ihre Mitglieder anrufen, um sie in ihrem Verhalten als Kunden zu beeinflussen. In einem derartigen Fall hat das OLG Braunschweig solche Anrufe überzeugend als Verstoß gegen § 7 UWG beurteilt.⁴³ Nach dieser Vorschrift ist eine geschäftliche Handlung unzulässig, die einen Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise

40 OLG Celle, Urteil v. 2.4.2009 – 13 W 16/09 – WRP 2009, 867.

41 LG Hannover, Urteil v. 25.11.2008 – 18 O 249/08 – WRP 2009, 649.

42 OLG Schleswig-Holstein, Urteil v. 23.9.2008 – 6 U 28/08 – WRP 2009, 494 im Anschluss an LSG Mainz, 13.12.2007 – L 5 ER 289/07 KR – ZM 2008, 72.

43 OLG Braunschweig, Urteil v. 16.12.2008 – 2 U 9/08 – GRUR-RR 2009, 182.

belästigt. Eine solche Belästigung ist beispielsweise anzunehmen bei Werbung mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher, wenn dessen Einwilligung fehlt (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG).

IV. Rechtsschutz im Kassenwettbewerb

1. Rechtsweg

Hinsichtlich des Rechtswegs sind sich Sozialgerichtsbarkeit und ordentliche Gerichtsbarkeit einig, dass für Verfahren zwischen Krankenkassen, die die Bewertung des Werbeverhaltens einer Krankenkasse zum Gegenstand haben, der Rechtsweg zur Sozialgerichtsbarkeit eröffnet ist. Die einschlägigen Entscheidungen stellten jeweils maßgeblich darauf ab, dass sich die Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen nach öffentlichem Recht richteten.⁴⁴ Für Verfahren, die von anderen als von Krankenkassen eingeleitet wurden, insbesondere von Unternehmens- oder Verbraucherverbänden, hat die Zivilgerichtsbarkeit die Zuständigkeit der Sozialgerichtsbarkeit jedoch nicht akzeptiert.⁴⁵ Der BGH hat diese Rechtsprechung schließlich mit seinem bereits erwähnten Beschluss vom 9.11.2006 gebilligt.⁴⁶ Nach § 51 Abs. 2 S. 1 SGG kommt es dabei auf den öffentlich- oder privatrechtlichen Charakter der Streitigkeit heute nicht mehr an, sondern nur noch darauf, ob es sich um eine Angelegenheit der gesetzlichen Krankenversicherung handelt. Daran fehle es, wenn eine private Krankenversicherung oder eine nach § 8 Abs. 3 Nrn. 2 – 4 UWG klagebefugte Stelle einen wettbewerbsrechtlichen Anspruch geltend macht, denn den wettbewerbsrechtlichen Normen unterlägen die Krankenkassen wie jeder andere Mitbewerber auch.

Dieser Beschluss prägt ungeachtet der weithin geübten Kritik⁴⁷ heute die Praxis des Rechtsschutzes im Kassenwettbewerb. Wie die dargestellte Kasuistik zeigt, betätigen sich heute beide Gerichtsbarkeiten rege auf diesem Feld. Dies ist zwar insoweit erfreulich, als dadurch das UWG wieder stärker in den Blick geraten ist. Aus systematischer Sicht ist die Abhängigkeit des Rechtswegs für gleichartige Streitigkeiten von der Person des Klägers bzw. des Antragstellers jedoch nicht befriedigend. Es empfiehlt sich daher eine Klarstellung durch den Gesetzgeber in § 51 Abs. 2 SGG und ggf. auch im UWG, die diese Streitigkeit der Sozialgerichtsbarkeit zuweisen sollte. Zur Begründung dieses rechtspolitischen Standpunkts lässt sich anführen, dass die Sozialgerichtsbarkeit auch sonst zunehmend mit wirtschaftsrechtlichen Fragestellungen konfrontiert ist.⁴⁸

2. Vorläufiger Rechtsschutz

Rechtsschutz in wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten wird ganz überwiegend im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes in Anspruch genommen. Dies gilt, wie die Verfahrenspraxis

44 BSGE 82, 78; BGH, Beschl. v. 15.1.1998 – I ZB 20/97 – NJW 1998, 2743 im Anschluss an den Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, BGHZ 108, 284.

45 Nachweise bei *Knispel*, Doppelter Rechtsweg für Klagen gegen die Mitgliedererwerbung einer Krankenkasse? – Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 9.11.2006, NZS 2008, 129 (130, Fn. 6).

46 BGH, Beschl. v. 9.11.2006 – I ZB 28/06 – NJW 2007, 1819.

47 *Knispel*, a.a.O., (129 ff.); *Luxenburger/Wölk*, a.a.O., (113)

48 Vgl. zum Konzept einer Zuständigkeit der Sozialgerichtsbarkeit auch für im Sozialrecht auftretende wirtschaftsrechtliche Fragen *Hänlein*, Sozialgerichtsbarkeit – Steuernder Akteur im Wirtschaftsleben, in: Soziale Sicherheit, 2005, S. 273 – 278.

zeigt, auch für den Rechtsschutz im Zusammenhang mit dem Mitgliederwettbewerb der Krankenkassen. Soweit bei der ordentlichen Gerichtsbarkeit einstweilige Verfügungen beantragt werden, gelten die diesbezüglichen Regelungen der ZPO, die teilweise durch die §§ 12 – 14 UWG modifiziert werden. So geht etwa das OLG Celle ganz selbstverständlich davon aus, dass auch in Verfahren, die ein Verband gegen eine Krankenkasse anstrengt, aufgrund der sog. Dringlichkeitsvermutung des § 12 Abs. 2 UWG das Vorliegen eines Verfügungsgrundes vermutet wird.⁴⁹ Soweit jedoch bei den Sozialgerichten einstweilige Anordnungen beantragt werden, taucht die Frage auf, inwieweit die einschlägigen zivilprozessualen Regelungen auch in das sozialgerichtliche Verfahren hineinwirken. Dem oben entwickelten Konzept von der Anwendbarkeit des UWG auf den Kassenwettbewerb würde es entsprechen, den vorläufigen Rechtsschutz im Ergebnis vergleichbaren Regeln zu unterwerfen, unabhängig davon, welche Gerichtsbarkeit mit der Problematik befasst ist. Es verwundert nicht, dass es diesbezüglich Kontroversen unter den Landessozialgerichten gibt. Auf einige der umstrittenen Fragen soll hier noch kurz eingegangen werden.

a. Anordnungsgrund

(1) Dringlichkeitsvermutung des § 12 Abs. 2 UWG

So ist etwa die Frage umstritten, ob auch in sozialgerichtlichen Eilverfahren auf die Glaubhaftmachung eines Anordnungsgrundes verzichtet werden kann, wie es § 12 Abs. 2 UWG für den regulären vorläufigen Rechtsschutz im Wettbewerbsrecht vorsieht. Eine entsprechende Anwendung dieser Regelung wird von einigen Landessozialgerichten abgelehnt,⁵⁰ von anderen hingegen befürwortet.⁵¹ Dem hier vertretenen wettbewerbsrechtlichen Ansatz entspricht es, die Dringlichkeitsvermutung auch im sozialgerichtlichen Wettbewerbsverfahren anzuwenden.

(2) Sonstige Anforderungen an Anordnungsgrund bzw. Rechtsschutzbedürfnis

Nach Auffassung des LSG Schleswig-Holstein fehlt es bei Streitigkeiten um die Mitgliederwerbung an einem Anordnungsgrund, weil zunächst die Aufsichtsbehörde eingeschaltet werden kann, eine Möglichkeit, die auch in den „Gemeinsamen Wettbewerbsgrundsätzen“ angesprochen werde.⁵² In den Bundesländern Rheinland-Pfalz und Nordrhein-Westfalen wird diese Frage mit Recht anders beurteilt,⁵³ denn über die Aufsichtsbehörde wird eine wettbewerblich beeinträchtigte Kasse keinen schnellen Schutz erwirken können, zumal sie sich an diesem Verfahren nicht aktiv beteiligen kann.⁵⁴

Auch die weitere Auffassung des LSG Schleswig-Holstein, es fehle solange an einem Anordnungsgrund, wie die antragstellende Kasse keinen Versuch eines klärenden Gesprächs unternommen hat,⁵⁵ beeinträchtigt die Effektivität des vorläufigen Rechtsschutzes unangemessen.

49 OLG Celle, Urteil v. 2.4.2009 – 13 W 16/09 – WRP 2009, 867.

50 LSG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 26.9.2007 – L 5 B 522/07 KR ER – Breith 2008, 189.

51 LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 28.5.2002 – L 5 B 29/02 KR ER – NZS 2002, 502.

52 LSG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 26.9.2007 – L 5 B 522/07 KR ER – Breith 2008, 189 im Anschluss an LSG Saarland, 14.7.2007 – L 2 B 10/06 KR – juris.

53 LSG Nordrhein-Westfalen, 28.5.2002 – L 5 B 29/02 KR ER – NZS 2002, 502 (503); LSG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 21.6.2007 – L 5 ER 158/07 KR – NZS 2008, 318.

54 Überzeugend *Luxenburger/Wölk*, a.a.O., (S. 122 f.).

55 Erneut LSG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 26.9.2007 – L 5 B 522/07 KR ER – Breith 2008, 189.

b. Ordnungsmittel

Hinsichtlich des Inhalts einer einstweiligen Anordnung nach § 86 b Abs. 2 SGG ist die Frage umstritten, ob die nach der ZPO vorgesehenen Ordnungsmittel beantragt und angedroht werden können, um den wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch durchzusetzen. Dies wird bisweilen hinsichtlich des Ordnungsmittels der Ordnungshaft mit dem Hinweis abgelehnt, die Krankenkassen als Körperschaften des öffentlichen Rechts dürften bei der Erfüllung ihrer Aufgaben nicht auf diese Weise behindert werden.⁵⁶ Diese Sorge erweist sich jedoch als unbegründet, wenn man Ordnungshaft mit der Maßgabe anordnet, dass diese ggf. an einem der vertretungsberechtigten Vorstandsmitglieder zu vollziehen ist, wie es das LSG Rheinland-Pfalz getan hat.⁵⁷

V. Zusammenfassung in Thesen

1. Die Verallgemeinerung des Wettbewerbs unter den Krankenkassen durch das Gesundheitsstrukturgesetz 1992 hat dem Kassenwettbewerb eine neue Qualität verschafft. Die wettbewerbliche Praxis zeigt, dass eine wirksame Regulierung des Wettbewerbsgebarens der Krankenkassen erforderlich ist.
2. Auf den Wettbewerb unter den Krankenkassen ist das UWG anzuwenden. Die anderslautende Rechtsprechung des BSG ist durch die Praxis der ordentlichen Gerichtsbarkeit überholt worden. Der Gesetzgeber sollte durch eine ausdrückliche Regelung die Anwendbarkeit des UWG auf den Kassenwettbewerb klarstellen.
3. Das geltende UWG dient der Umsetzung einer Reihe europäischer Richtlinien. Soweit die Regeln des UWG der Umsetzung der RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken dienen, ist eine zusätzliche sozialrechtliche Regulierung, die auf einen weitergehenden Verbraucherschutz zielt, ausgeschlossen.
4. Die Rechtsprechung des BGH zur Zulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs für wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten zum Kassenwettbewerb, die nicht von Krankenkassen angestrengt werden, ist aus systematischer Sicht nicht befriedigend. Empfehlenswert wäre eine gesetzliche Regelung, die Streitigkeiten über den Kassenwettbewerb einheitlich der Sozialgerichtsbarkeit zuweist.

⁵⁶ So LSG Saarland, Beschl. v. 21.6.2006 – L 2 B 5/06 KR – juris.

⁵⁷ LSG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 21.6.2007 – L 5 ER 158/07 KR – NZS 2008, 318 unter Bezugnahme auf BGH, Urteil v. 16.5.1991 – I ZR 218/89 – NJW 1992, 749; ferner LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 28.5.2002 – L 5 B 29/02 KR ER – NZS 2002, 502 (504).