

Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M., Dr. Christina Engelmann, Kristin Hentschel
Bonn*

Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Werbemaßnahmen gesetzlicher Krankenkassen

– am Beispiel der werbenden Ankündigung von Modellvorhaben –

Seit der Einführung des Versichertenwahlrechts am 1.1.1996 ist das System der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) zunehmend durch Wettbewerb geprägt. Damit wurde auch die rechtliche Zulässigkeit wettbewerbsrelevanten Verhaltens der Krankenkassen in verstärktem Maße zum Gegenstand von Auseinandersetzungen.¹⁾ Gegenwärtig spielt die Werbung um Mitglieder für die gesetzlichen Krankenkassen insbesondere vor dem Hintergrund der zunehmenden Ausweitung wettbewerbsrelevanter Gestaltungsspielräume als Folge der Liberalisierungs- und Modernisierungstendenzen im Gesundheitswesen eine immer größere Rolle. Der folgende Beitrag befasst sich mit den rechtlichen Vorgaben für Werbemaßnahmen gesetzlicher Krankenkassen. Neben den allgemeinen Vorschriften werden konkrete Grenzen und Ausgestaltungsmöglichkeiten der werbenden Ankündigung von Modellvorhaben aufgezeigt.

I. Einführung

Die Verbesserung und Optimierung des Gesundheitssystems unter Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten ist seit Jahren ein viel diskutierter Themenbereich. Einer der Anknüpfungspunkte ist dabei die zunehmende Markt-

orientierung im Gesundheitswesen. Durch die Einführung von Marktmechanismen soll eine effizientere Verteilung und Leistungserbringung erreicht werden.²⁾ Mit der verstärkten Marktorientierung stellt sich die Frage, ob und inwieweit im Falle der Schaffung unternehmerischer Handlungsmöglichkeiten die Regeln des Wettbewerbsrechts zu beachten sind. Dies betrifft auch Werbemaßnahmen gesetzlicher Krankenkassen, die im Rahmen des Wettbewerbs um Mitglieder seit der Einführung des Versichertenwahlrechts immer mehr an Bedeutung gewonnen haben. Solche Werbemaßnahmen erfordern eine differenzierte Rechtskontrolle, die einerseits dem besonderen sozialpolitischen Auftrag und der Funktion der Krankenkassen als Körperschaften des öffentlichen Rechts gerecht werden muss und andererseits einem möglichst effizienten Handeln zu Wettbewerbszwecken nicht entgegenstehen darf. Von aktuellem Interesse sind insbesondere solche Werbemaßnahmen, die mit der Durchführung alternativer Versorgungsformen durch die gesetzlichen Krankenkassen in Verbindung stehen. Die nach dem SGB V ausdrücklich zulässige Schaffung alternativer Versorgungsformen neben der gesetzlichen Regelversorgung soll im Sinne einer Qualitäts- und Wirtschaftlichkeitssteigerung auch den Wettbewerb zwischen den gesetzlichen Krankenkassen anregen. Im Rahmen von Modellvorhaben und so genannten integrierten Versorgungssystemen dürfen die

* Christian Koenig ist Direktor, Christina Engelmann und Kristin Hentschel sind wissenschaftliche Referentinnen am Zentrum für Europäische Integrationsforschung der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

1) Vgl. nur BSG, 31. 3. 1998, B 1 KR 9/95 R; LG Bochum, 12. 9. 2001, 13 O 162/01, WRP 2002, 129 ff.; Bosten, WRP 1999, 9 ff.; Gitter/Köhler-Fleischmann, SGB 1999, 367 ff. (Urteilsanmerkung); Köhler, NZS 1998, 153 ff.; Mühlhausen, Der Mitgliederwettbewerb innerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung, 2001, S. 13 ff.; Mühlhausen, NZS 1999, 120 ff.; Wiegand, BB 1995, 94 ff.

2) Vgl. Saltman/Figueras, European Health Care Reforms, Analysis of Current Strategies, Summary (WHO Regional Papers), 1996, S. 10 ff. und S. 19 f.; Schulenburg/Greiner, Gesundheitsökonomik, 2000, S. 230; Engelmann, Kostendämpfung im Gesundheitswesen und EG-Wettbewerbsrecht, 2002, S. 19.

Krankenkassen von zahlreichen Vorgaben und Restriktionen des SGB V abweichen.³⁾ So können beispielsweise besondere Vereinbarungen mit Leistungserbringern getroffen und Versicherte durch bestimmte Anreize, wie z. B. das in Aussicht stellen von Boni, zur Inanspruchnahme gerade dieser Leistungserbringer gesteuert werden.⁴⁾ Neben den verschiedenen - insbesondere sozialrechtlichen - Vorschriften, die eine Krankenkasse bei der Durchführung solcher Vorhaben zu beachten hat,⁵⁾ ist unter Wettbewerbsgesichtspunkten insbesondere die werbende Ankündigung des jeweiligen Vorhabens in den Blick zu nehmen. Denn die Ankündigung des jeweiligen Vorhabens dient in aller Regel nicht nur der Aufklärung der Versicherten, sondern fungiert vor allem auch als Werbemaßnahme.⁶⁾ In Anbetracht der großen Aktualität von Modellvorhaben⁷⁾ beschäftigt sich die folgende Untersuchung im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von Werbemaßnahmen gesetzlicher Krankenkassen schwerpunktmäßig mit der werbenden Ankündigung solcher Vorhaben.

Die Vorgaben für die Bewertung von Wettbewerbsverhalten ergeben sich aus dem Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG). Vor der Darstellung und Beurteilung der einschlägigen Fallgruppen ist jedoch zu klären, ob die Vorgaben des UWG auf das wettbewerbsrelevante Verhalten gesetzlicher Krankenkassen überhaupt anzuwenden sind. Zweifel an der Anwendbarkeit ergeben sich aufgrund des § 69 SGB V n. F.

II. Die Anwendbarkeit des UWG

1. Auswirkungen des § 69 SGB V n. F.

Der Gesetzgeber bezweckte im Rahmen des GKV-Gesundheitsreformgesetzes 2000⁸⁾ durch die Neufassung des § 69 SGB V den generellen Ausschluss der Anwendbarkeit des Kartell- und Wettbewerbsrechts auf Handlungen von gesetzlichen Krankenkassen.⁹⁾ Nach Maß-

gabe des geänderten § 69 Satz 1 SGB V regeln das 4. Kapitel des SGB V sowie die §§ 63, 64 SGB V nunmehr „abschließend die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu Ärzten, Zahnärzten, Psychotherapeuten, Apotheken sowie sonstigen Leistungserbringern und ihren Verbänden“, was gemäß Satz 4 auch gilt, „soweit durch diese Rechtsbeziehungen Rechte Dritter betroffen sind“. Mit diesen Formulierungen wird zwar keine ausdrückliche Aussage zu einer generellen Unanwendbarkeit des Kartell- und Wettbewerbsrechts auf das Verhalten der Krankenversicherungsträger getroffen.¹⁰⁾ Das Bundessozialgericht hat jedoch in seinem Urteil vom 25. 9. 2001 aus der Regelung des § 69 SGB V n. F. die Schlussfolgerung gezogen, dass die Vorschriften des UWG ebenso wie die des GWB auf sämtliche Handlungen der Krankenkassen und ihrer Verbände, die ihre Beziehungen zu den Leistungserbringern sowie die hiervon berührten Dritten betreffen, keine Anwendung mehr finden können.¹¹⁾ Nach dem Bundessozialgericht wirkt § 69 SGB V neben seiner rechtswegzuweisenden Funktion materiell-rechtlich auf zweifache Weise: Er soll zum einen das Handeln der Krankenkassen im Leistungserbringungsrecht dem öffentlichen Recht unterstellen. Zum anderen soll die abschließende Geltungsbestimmung dazu führen, dass in diesem Bereich die Vorschriften des Kartellrechts sowie des UWG nicht länger unmittelbar anwendbar sind. Gegen diese Rechtsprechung, die im Ergebnis bereits von Gerichten unterer Instanzen übernommen wurde¹²⁾ und deren Begründungsansätze sich auch in der Literatur¹³⁾ wiederfinden, lassen sich verschiedene rechtliche Bedenken vorbringen.¹⁴⁾ Ohne diese jedoch vorliegend vertiefen zu wollen, wird im Folgenden untersucht, nach welchen Vorgaben Werbemaßnahmen gesetzlicher Krankenkassen zu beurteilen sind, wenn man mit dem Bundessozialgericht eine unmittelbare Anwendung des UWG ablehnt.

2. Anwendung der materiellen Grundsätze des UWG im Rahmen des Sozialrechts

a) Öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch

Die Entscheidung des Bundessozialgerichts, wonach Werbemaßnahmen von den Sozialgerichten nicht mehr nach den Normen des UWG und den hierzu von den ordentlichen Gerichten entwickelten Rechtsgrundsätzen zu beurteilen sind, bedeutet zunächst nur, dass Ent-

3) Ausführlich zu Modellvorhaben z. B. *Engelmann* (Fn. 2), S. 41; *Koenig/Engelmann/Hentschel*, Rechtlich zulässige Steuerungsoptionen zur Qualitätsförderung und Kostensenkung in der GKV im Bereich ärztlich veranlasster Leistungen, SGB 2003, 189 ff.; *Orlowski*, VSSR 1998, 265, 268 ff. Zur integrierten Versorgung z. B. *Becker*, NZS 2001, 505 ff.; *Engelhard*, in: *Hauck/Noftz*, SGB V, Gesetzliche Krankenversicherung, Kommentar, Stand 2002, K §§ 140 a bis 140 h; *Engelmann* (Fn. 2), S. 44; *Orlowski*, Die BKK 2000, 191, 199; *Wigge*, NZS 2001, 17 ff., 66 ff.

4) Die Krankenkassen können den Versicherten sowohl für die Teilnahme an einem Modellvorhaben als auch für die Teilnahme an einem integrierten Versorgungssystem einen Bonus in Aussicht stellen. Dies ergibt sich für Modellvorhaben aus § 63 Abs. 3 Satz 3 SGB V, wonach Einsparungen, soweit sie entstandene Mehraufwendungen überschreiten, an die Versicherten weitergeleitet werden dürfen. Für integrierte Versorgungssysteme sieht § 140 g SGB V die Zahlung von Boni an Versicherte unter bestimmten Voraussetzungen explizit vor. Im Rahmen der gesetzlichen Regelversorgung würden solche Zuwendungen dagegen gegen das Beitragsrückerstattungsverbot verstoßen, vgl. dazu *Koenig/Engelmann/Hentschel* (Fn. 3).

5) Dazu *Koenig/Engelmann/Hentschel* (Fn. 3).

6) Zur Aufklärungspflicht der Krankenkassen bei der Durchführung von Modellvorhaben siehe *Koenig/Engelmann/Hentschel* (Fn. 3). Zur Abgrenzung und Beurteilung aufklärender und werbender Maßnahmen OLG Celle, 20. 4. 2002, 13 W 22/02, WRP 2002, 858, 959; *Bloch*, NZS 1993, 383, 384; *Klattenhoff*, in: *Hauck/Haines*, SGB I, Allgemeiner Teil, Kommentar, Stand 2001, K § 13 Rn. 13; ausführlich *Mühlhausen* (Fn. 1), S. 99 ff.

7) Vgl. nur *Bott/Jung*, Der Spiegel 2/2003, 70 ff. Besonders intensiv wurde das Modellvorhaben der Techniker Krankenkasse „TK-Programm 240“ diskutiert, welches Ende 2002 von den Aufsichtsbehörden genehmigt worden ist. Es sieht für freiwillig gesetzlich Versicherte die Möglichkeit eines sog. Selbstbehalttarifs vor.

8) Gesetz vom 22. 12. 1999, BGBl. I, S. 2626.

9) Dies geht aus der Begründung des Gesetzesentwurfs zweifelsfrei hervor, wenn es dort heißt: „Die Krankenkassen und ihre Verbände erfüllen in diesen Rechtsbeziehungen ihren öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrag und handeln nicht als Unternehmen im Sinne des Privatrechts, einschließlich des Wettbewerbs- und Kartellrechts“, BT-Drucks. 14/1245, S. 68 (zu Nr. 29).

10) So schon *Koenig/Engelmann*, WRP 2002, 1244, 1245; *Koenig/Busch*, Vergabe- und haushaltsrechtliche Koordinaten der Hilfsmittelbeschaffung durch Krankenkassen, NZS 2003 (im Erscheinen).

11) BSG, 25. 9. 2001, B 3 KR 3/01 R.

12) LSG NRW, 6. 6. 2002, L 16 KR 57/01.

13) *Boecken*, NZS 2000, 269, 270 f.; *Krispel*, NZS 2001, 466, 468 ff.

14) So kann allein durch die abschließende Regelung der Leistungsbeziehungen der Krankenkassen im SGB V die Anwendung von Rechtsnormen, die, wie die Regeln des Kartell- oder auch des Strafrechts, unabhängig von der formalen Einordnung eines Rechtsverhältnisses allgemeine Verhaltensregeln aufstellen, nicht generell ausgeschlossen werden. Ferner ergibt sich daraus, dass in §§ 87 und 96 GWB explizit eine Ausnahme von der ausschließlichen Zuständigkeit der Zivilgerichte in Kartellrechtsstreitigkeiten für die von § 69 SGB V erfassten Rechtsstreitigkeiten geregelt ist, im Umkehrschluss zwingend, dass grundsätzlich auch im Anwendungsbereich des § 69 SGB V kartellrechtlich (und damit auch wettbewerbsrechtlich) zu beurteilende Streitigkeiten in Betracht kommen, die von den Sozialgerichten zu entscheiden sind, so: *Koenig/Engelmann*, WRP 2002, 1244, 1245 f. *Schwerdtfeger*, PharmInd 2000, 105, 109, beanstandet den Wegfall kartell- und wettbewerbsrechtlicher Anspruchsgrundlagen als rechtsstaatlichen Rückschritt und beklagt einen damit einhergehenden Verlust von Rechtssicherheit sowie einen Rechtsschutzverlust für die von rechtswidrigem Verhalten durch Krankenkassen Betroffenen. Gegen den Ausschluss der Anwendbarkeit auch OLG Dresden, 23. 8. 2001, U 2403/00 Kart, NZS 2002, 33; *Engelmann*, NZS 2000, 213, 220 f.; *Neumann*, WuW 1999, 961, 965 f.

scheidungen auf der unmittelbaren Grundlage des UWG nicht länger in Betracht kommen. Über eine mittelbare oder entsprechende Anwendung der dortigen Vorgaben und Wertmaßstäbe ist damit noch keine Aussage getroffen worden. Hiervon geht auch das Bundessozialgericht in seiner Urteilsbegründung aus. Dort wird unter anderem ausgeführt, der Wegfall wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsansprüche führe nicht dazu, dass die vom wettbewerbswidrigen Verhalten der Krankenkassen Beeinträchtigten keine Unterlassungsansprüche mehr geltend machen könnten; diese ließen sich vielmehr nach wie vor auf Art. 12 und 3 GG stützen, wobei konkret „offen bleiben“ könne, „ob die von der Zivilrechtsprechung entwickelten Grundsätze über die Untersagung unlauteren Wettbewerbs von Seiten der Krankenkassen in vollem Umfang auf die nunmehr ausschließlich öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen übertragen werden können.“¹⁵⁾ Vor diesem Hintergrund ist zu prüfen, welche Instrumente zur Abwehr rechtswidriger Beeinträchtigungen durch das Verhalten von Krankenkassen im öffentlichen Recht zur Verfügung stehen und inwieweit die Vorgaben und Wertmaßstäbe des UWG dabei nach wie vor Berücksichtigung finden müssen.

Wird eine Krankenkasse durch wettbewerbswidriges Verhalten einer konkurrierenden Krankenkasse beeinträchtigt, so steht ihr nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts ein Unterlassungsanspruch auf der Grundlage der §§ 1, 3 UWG nicht mehr zu. Ein etwaiger Unterlassungsanspruch muss deshalb seine Grundlage im öffentlichen Recht finden. Dabei kommt eine direkte Ableitung aus den Grundrechten nicht in Betracht, denn die gesetzlichen Krankenkassen sind als Körperschaften des öffentlichen Rechts (vgl. § 4 Abs. 1 SGB V) nicht grundrechtsfähig.¹⁶⁾ Das Bundessozialgericht hat das Vorliegen eines einklagbaren Unterlassungsanspruchs für Wettbewerbsstreitigkeiten zwischen gesetzlichen Krankenkassen verschiedentlich auf die sozialrechtlichen Vorschriften der §§ 4 Abs. 3 SGB V, 86 SGB X oder §§ 13 bis 15 SGB I gestützt. Diese Vorschriften beinhalten zwar keinen ausdrücklichen Unterlassungsanspruch. Sie lassen sich jedoch vor folgendem Hintergrund als dogmatische Grundlage für einen solchen heranziehen: Die gesetzlichen Krankenkassen unterliegen im Rahmen ihrer öffentlich-rechtlichen Beziehungen zueinander den Vorgaben der §§ 4 Abs. 3 SGB V, 86 SGB X, die sie zur engen Zusammenarbeit bei der Erfüllung ihrer Aufgaben verpflichten. Ein unlauteres Verhalten bei der Mitgliederwerbung begründet einen Verstoß gegen diese Pflicht, der, um den geltenden Vorgaben gerecht zu werden, zu einem öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch der beeinträchtigten Krankenkasse führen muss.¹⁷⁾ Ergänzend folgt dies auch aus der Pflicht der Krankenkassen zur Aufklärung, Beratung und Information der Versicherten (§§ 13 bis 15 SGB I), womit das Verbot korrespondiert, Tätigkeiten zu entfalten, die diesen Handlungszielen zuwiderlaufen. Damit ist das Bestehen eines öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs bei wettbewerbsrelevanten Streitigkeiten gesetzlicher Krankenkassen auf der Grundlage der

Vorschriften der §§ 4 Abs. 3 SGB V, 13 bis 15 SGB I, 86 SGB X auch dogmatisch begründet.¹⁸⁾ Sofern also ein bestimmtes Werbeverhalten einer Krankenkasse rechtlich zu beanstanden ist, können ihre beeinträchtigten Konkurrenten im Wege öffentlich-rechtlicher Unterlassungsansprüche vor dem zuständigen Sozialgericht gegen dieses Verhalten vorgehen.

b) Rückgriff auf die materiellen Wertmaßstäbe des UWG

Die sozialrechtlichen Grundlagen, welche sich zur Begründung eines öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs bei Wettbewerbsstreitigkeiten heranziehen lassen, treffen über wettbewerbsrelevante Verhaltenspflichten keine Aussagen. In materieller Hinsicht entsteht damit eine Lücke, die zur Erhaltung und Gewährleistung eines – im Sinne der sozialrechtlichen Ziele – funktionsfähigen Wettbewerbs zwischen den Krankenkassen zu füllen ist. Dogmatisch könnte dies beispielsweise durch die analoge, öffentlich-rechtlich angepasste Anwendung der Grundsätze des UWG geschehen. Alternativ können die ordnungspolitischen Leitfiguren des UWG im Wege einer konkretisierenden Auslegung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Sozialrechts Berücksichtigung finden.

Das Bundessozialgericht hat bereits früher die Auffassung vertreten, der Wettbewerb zwischen gesetzlichen Krankenkassen unterliege nicht unmittelbar dem UWG¹⁹⁾ und dazu in seinem Urteil vom 2.2.1984 ausdrücklich klargestellt, dass die im UWG aufgestellten allgemeinen Grundsätze *entsprechend* anwendbar sein sollen, „soweit sie nicht durch die Besonderheit der öffentlich-rechtlichen Beziehungen der Krankenkassen zueinander zu modifizieren sind.“²⁰⁾ Da der Senat in seinem Urteil vom 25. 9. 2001 dieser Rechtsprechung nicht entgegengetreten ist, kann auf die Entscheidung weiterhin zurückgegriffen werden, auch wenn im genannten neueren Urteil diese Frage offen gelassen worden ist. Ein anderes Ergebnis wäre vor dem Hintergrund des Mangels an materiellen Ordnungsvorschriften im Sozialrecht auch nicht zu rechtfertigen. Ebenso hat das Landessozialgericht NRW in seinem Urteil vom 6.6.2002 die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Mitgliederwerbung einer Krankenkasse anhand des öffentlichen Rechts vorgenommen, die Normen des UWG jedoch als Auslegungshilfe herangezogen.²¹⁾ Es urteilte, dass auf der Grundlage der §§ 4 Abs. 3 SGB V, 13 bis 15 SGB I sowie des Gebots zur Zusammenarbeit aus §§ 15 Abs. 3 SGB I, 86 SGB X die Entfaltung von Tätigkeiten, die diesen Handlungszielen zuwiderlaufen, verboten seien. Unter ergänzender Bezugnahme auf §§ 1, 3 UWG sowie die „Gemeinsamen Wettbewerbsgrundsätze der Aufsichtsbehörden der gesetzlichen Krankenversicherung“²²⁾ gelte ein solches Verbot für Wettbewerbsmaßnahmen, wenn sie irreführend, herabsetzend oder ver-

15) BSG, 25. 9. 2001, B 3 KR 3/01 R.

16) Siehe z. B. jüngst BSG, 24. 1. 2003, B 12 KR 19/01 R sowie B 12 KR 16/01 R (betreffend den Risikostrukturausgleich).

17) Vgl. BSG, 20. 4. 1988, 3/8 RK 4/87, BSGE 63, 144, 145 f.

18) Ebenso BSG, 2.2.1984, 8 RK 41/82, BSGE 56, 140, 148; BSG, 20. 4. 1988, 3/8 RK 4/87, BSGE 63, 144, 145; BSG, 31. 3. 1998, B 1 KR 9/95 R; BSG, 25. 9. 2001, B 3 KR 3/01 R; GmS-OGB, 10. 7. 1989, GmS-OGB 1/88, BGHZ 108, 284, 289 f.; LSG NRW, 6.6.2002, L 16 KR 57/01; *Krispel*, NZS 2001, 466, 470.

19) BSG, 15. 11. 1973, 3 RK 50/72, BSGE 36, 238, 241.

20) BSG, 2.2.1984, 8 RK 41/82, BSGE 56, 140, 144; vgl. auch BSG, 31. 3. 1998, B 1 KR 9/95 R.

21) LSG NRW, 6.6.2002, L 16 KR 57/01. Zur Notwendigkeit eines Rückgriffs auf die Vorschriften des UWG auch *Mühlhausen*, NZS 1999, 120 ff.

22) Dazu sogleich unter II. 3.

unglimpfend sei.²³⁾ Somit finden bei einer Beurteilung des wettbewerbsrelevanten Handelns gesetzlicher Krankenkassen die Grundsätze des UWG mittelbar Berücksichtigung.

Zu beachten ist allerdings, dass ein Schadensersatzanspruch, der bisher bei Wettbewerbsverstößen von konkurrierenden Krankenkassen auf §§ 1, 3 UWG gestützt werden konnte, nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts nicht mehr geltend gemacht werden kann. Anders als zur Begründung eines Unterlassungsanspruchs bietet das öffentliche Recht keine Vorschriften, aus welchen sich ein Schadensersatzanspruch für derartige Konstellationen ableiten ließe.²⁴⁾

3. Die „Gemeinsamen Wettbewerbsgrundsätze der Aufsichtsbehörden der gesetzlichen Krankenversicherung“

Bei der Bewertung von Werbemaßnahmen gesetzlicher Krankenkassen sind ferner die „Gemeinsamen Wettbewerbsgrundsätze der Aufsichtsbehörden der gesetzlichen Krankenversicherung“ („Wettbewerbsgrundsätze“)²⁵⁾ zu berücksichtigen. Neben einem Verweis auf die Wertmaßstäbe des UWG unterwerfen diese die Krankenkassen als Körperschaften des öffentlichen Rechts besonderen Bedingungen und Beschränkungen, die über diejenigen des UWG hinausgehen.

Die „Wettbewerbsgrundsätze“ sind von den Aufsichtsbehörden der gesetzlichen Krankenversicherung erstmals im Jahre 1994 aufgestellt und seitdem mehrfach überarbeitet worden. Es handelt sich hierbei nicht um Rechtsnormen, sondern um Verwaltungsvorschriften zur Auslegung des einschlägigen Sozialrechts. Wenngleich sich die Funktion der „Wettbewerbsgrundsätze“ damit auf ihre Eigenschaft als Auslegungsrichtlinien für die Krankenkassen und deren Aufsichtsbehörden beschränkt und ihnen für die gerichtliche Beurteilung einer Werbemaßnahme folglich keine Bindungswirkung zukommt,²⁶⁾ so sind sie in der Praxis dennoch von sehr großer Relevanz. Eine Außenwirkung der Verwaltungsvorschriften kann sich nämlich nach Maßgabe des Grundsatzes der Selbstbindung der Verwaltung²⁷⁾ ergeben, der die Verwaltung verpflichtet, selbstaufgelegte Vorgaben einzuhalten und von diesen nicht ohne sachlichen Grund abzuweichen. Deshalb ist davon auszugehen, dass die Aufsichtsbehörden bei Verstößen gegen die „Wettbewerbsgrundsätze“ aufsichtsrechtliche Maßnahmen einleiten.²⁸⁾ Unter Beachtung des Grundsatzes der Selbstbindung der Verwaltung ziehen zudem auch die Gerichte die „Wettbewerbsgrundsätze“ für ihre Entscheidungsfindung regelmäßig ergänzend und konkretisierend heran.²⁹⁾ Werbemaßnahmen sind daher an den

„Wettbewerbsgrundsätzen“ zu messen und müssen den dortigen Anforderungen an Inhalt, Art und Mittel der Werbung sowohl im Verhältnis zu den Umworbene als auch im Verhältnis der Krankenkassen untereinander gerecht werden. Im Hinblick auf die Durchführung von Modellvorhaben und deren Ankündigung konkretisiert sich der aufgezeigte Einfluss der Grundsätze außerdem dahingehend, dass hier die Aufsichtsbehörden entscheiden, ob das Vorhaben genehmigt wird.

III. Die Anwendung der „Wettbewerbsgrundsätze“ und der Wertmaßstäbe des UWG auf konkrete Werbemaßnahmen

Wirbt eine Krankenkasse um die Teilnahme an einem Modellvorhaben und damit mittelbar auch um Mitglieder, so kommt als versichertensteuernder Anreiz vor allem das Versprechen bestimmter Vorteile in Betracht. So können beispielsweise finanzielle Zuwendungen, Sachgeschenke oder auch die Teilnahme an einem Gewinnspiel in Aussicht gestellt werden. Aufgrund des werbenden Charakters solcher Ankündigungen können die Wertmaßstäbe der §§ 1, 3 UWG in diesen Fällen nicht außer Acht gelassen werden.

1. Die Wertmaßstäbe der §§ 1, 3 UWG

Gemäß der Generalklausel des § 1 UWG kann unter Wettbewerbsgesichtspunkten gegen diejenigen vorgegangen werden, der „im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen“. § 3 UWG verbietet speziell die Irreführung durch Angaben über geschäftliche Verhältnisse.³⁰⁾ Eine unmittelbare Anwendung von §§ 1, 3 UWG würde zunächst Handlungen zu Zwecken des Wettbewerbs voraussetzen, also Handlungen, die objektiv geeignet sind, den eigenen oder einen fremden Wettbewerb zum Nachteil eines anderen zu begünstigen.³¹⁾ Wie dargelegt kommen aber bei der Beurteilung von (Werbe-)Handlungen gesetzlicher Krankenkassen die Wertmaßstäbe des UWG nur noch mittelbar zum Tragen. Auch mittelbar sind diese Wertmaßstäbe allerdings nur dann von Bedeutung, wenn eine Situation vorliegt, die den konkreten Anwendungsvoraussetzungen der §§ 1, 3 UWG entspricht oder damit zumindest vergleichbar ist.³²⁾ Der Wettbewerb der Krankenkassen um Mitglieder³³⁾ ist durch das werbende Bemühen der Krankenkassen zum Zwecke der Stabilisierung und Vergrößerung ihres Mitgliederbestands gekennzeichnet, welches sich regelmäßig zulasten des Mitgliederbestands anderer, konkurrierender Kassen auswirkt. Auf eben dieses Ziel richten sich werbende Maßnahmen der

23) LSG NRW, 6.6.2002, L 16 KR 57/01.

24) BSG, 31. 3. 1998, B 1 KR 9/95 R; Bosten, WRP 1999, 9, 13.

25) Gemeinsame Wettbewerbsgrundsätze der Aufsichtsbehörden der gesetzlichen Krankenversicherung vom 19. 3. 1998, in der aktuellen Fassung vom 20. 8. 2000 nicht veröffentlicht. In der Fassung vom 8.8.1995 abgedruckt in WRP 1997, 420 ff.; vom 19. 3. 1998 abgedruckt in WRP 1998, 1023 ff.

26) OLG Frankfurt, 22. 1. 1998, 6 U 217/97, NJWE-WettbR 1998, 123, 124; Bosten, WRP 1999, 9, 12; Köhler, WRP 1998, 959, 960.

27) BVerwG, 26. 11. 1970, VII C 41.68; BVerwGE 36, 313 ff.; BVerwG, 26. 10. 1973, VII C 25.72; BVerwGE 44, 136, 138; ausführlich zur Selbstbindung der Verwaltung z. B. Ossenbühl, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Auflage 2002, § 6 Rn. 48 f.

28) § 89 SGB IV; vgl. auch Gemeinsame Wettbewerbsgrundsätze (Fn. 25), Rn. 50.

29) Vgl. z. B. LSG NRW, 6.6.2002, L 16 KR 57/01; SG Köln, 18. 6. 1998, S 9 KR 77/98 ER, als Pressemitteilung abgedruckt in ErsK 1998, 357.

30) Dazu Baumbach/Helfermehl, Wettbewerbsrecht, 22. Auflage 2001, § 3 UWG Rn. 1.

31) Mühlhausen (Fn. 1), S. 76. In diesem Zusammenhang wird „Wettbewerb“ definiert als das Bestreben, den eigenen Kundenkreis auf Kosten des Kundenkreises anderer zu erhalten und nach Möglichkeit zu vermehren, BGH, 26. 10. 1951, I ZR 8/51, BGHZ 3, 270, 277; BGH, 20. 12. 1955, I ZR 24/54, BGHZ 19, 299, 303; Baumbach/Helfermehl (Fn. 30), Einl. UWG Rn. 215 m. w. N. Hubmann/Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, 7. Auflage 2002, S. 350, definieren Wettbewerb – erweiternd – als „das Streben mehrerer unabhängiger Gewerbetreibender auf einem gemeinsamen Markt nach demselben wirtschaftlichen Ziel, nämlich nach Geschäftsabschlüssen mit Abnehmern, Lieferanten oder auch Arbeitnehmern“.

32) Die Rechtsfolgen des § 1 UWG (Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche) sind hingegen für die zu beurteilenden Maßnahmen ohne Bedeutung, da diese neben den öffentlich-rechtlichen Instrumentarien gegenwärtig keine Anwendung mehr finden, siehe oben II.

33) Siehe oben I.

Krankenkassen, womit gleichzeitig die Absicht manifestiert wird, den eigenen Wettbewerb zu fördern.³⁴⁾ Vorteilsankündigungen der Krankenkassen im Hinblick auf Modellvorhaben gestalten sich als Werbemaßnahmen, da sie geeignet sind, potentielle Mitglieder zu werben.³⁵⁾ Damit entsprechen sie Handlungen zu Zwecken des Wettbewerbs i. S. v. §§ 1, 3 UWG. Entscheidend ist weiter, ob die Maßnahmen entsprechend §§ 1, 3 UWG im geschäftlichen Verkehr erfolgen. Der Begriff des geschäftlichen Verkehrs ist weit auszulegen und umfasst alles, was im Erwerbs- oder Berufsleben in den Beziehungen zu anderen unternommen wird.³⁶⁾ Hierunter lassen sich mitgliedersteuernde Maßnahmen zwischen konkurrierenden Krankenkassen fassen.³⁷⁾

Als Maßstab für die Zulässigkeit der zu beurteilenden Wettbewerbshandlungen verwendet § 1 UWG den Begriff der *guten Sitten*, der durch die Rechtsprechung im Rahmen zahlreicher Fallgruppen konkretisiert worden ist. Übergeordnet gilt für jede Fallgruppe, dass bei Beurteilung der Sittenwidrigkeit die gesamten Umstände des jeweiligen Falles zu berücksichtigen sind,³⁸⁾ wobei z. B. auch die in der Regel von den Krankenkassen verfolgten legitimen Interessen der Qualitäts- und Wirtschaftlichkeitsverbesserung eine Rolle spielen können. Ausgangspunkt für die Bewertung der einzelnen in Rede stehenden Wettbewerbshandlungen ist die grundsätzliche Werbeerlaubnis der Krankenkassen.³⁹⁾ Eine Werbemaßnahme wird erst sittenwidrig, wenn sie im Sinne der verschiedenen Fallgruppen eine erhebliche Behinderung des Mitbewerbers mit sich bringt und nicht in Wahrnehmung berechtigter Interessen erfolgt.⁴⁰⁾

34) Diese Wettbewerbsabsicht kennzeichnet das Vorliegen einer Wettbewerbshandlung in subjektiver Hinsicht. Siehe BGH, 26. 10. 1951, I ZR 8/51, BGHZ 3, 270, 277; ausführlich *Baumbach/Hefermehl* (Fn. 30), Einl. UWG Rn. 208 ff.; *Hubmann/Götting* (Fn. 31), S. 351. Schädigungsabsicht ist dagegen nicht erforderlich.

35) Vgl. LG Bochum, 12. 9. 2001, 13 O 162/01, WRP 2002, 129 ff. Dem entsprechen auch die „Gemeinsamen Wettbewerbsgrundsätze der Aufsichtsbehörden der gesetzlichen Krankenkassen“ (Fn. 25), Rn. 7, wenn allgemeine Werbemaßnahmen dort als „Maßnahmen, die auf Gewinnen und Halten von Mitgliedern gerichtet sind und die weder der Leistungserbringung noch der allgemeinen Aufklärung dienen“, definiert werden.

36) Eine Abgrenzung erfolgt lediglich zu innerbetrieblichen, rein privaten oder rein hoheitlichen Maßnahmen, so BGH, 20. 12. 1955, I ZR 24/54, BGHZ 19, 299, 303; *Baumbach/Hefermehl* (Fn. 30), Einl. UWG Rn. 208; *Mühlhausen* (Fn. 1), S. 60. Auch die wirtschaftliche Tätigkeit des Staates sowie der öffentlich-rechtlichen Körperschaften fällt also unter den Begriff des geschäftlichen Verkehrs, gleichgültig, ob sie durch private Unternehmen oder im Rahmen der Verwaltung ausgeübt wird, vgl. *Hubmann/Götting* (Fn. 31), S. 352 m. w. N. aus der Rechtsprechung.

37) Da das UWG den Begriff des geschäftlichen Verkehrs unabhängig von der Rechtsform des Handelnden verwendet, steht der Umstand, dass es sich bei den Krankenkassen um öffentlich-rechtliche Körperschaften handelt, insoweit nicht entgegen, vgl. *Baumbach/Hefermehl* (Fn. 30), Einl. UWG Rn. 211; BGH, 26. 10. 1961, KZR 1/61, BGHZ 36, 91, 101; *Mühlhausen* (Fn. 1), S. 60. Zudem spielt das Merkmal „öffentlich-rechtlich“ vorliegend insofern keine Rolle, als es gerade um die ergänzende, mittelbare Anwendung des UWG im öffentlichen Recht geht.

38) Von Bedeutung sind dabei insbesondere Motiv und Zweck des Handelnden sowie Kenntnis der Tatumstände. Auf das Bewusstsein der Sittenwidrigkeit soll es dagegen nicht ankommen. *Hubmann/Götting* (Fn. 31), S. 356; *Mühlhausen* (Fn. 1), S. 77.

39) Die Rechtsprechung sowie die ganz überwiegende Mehrheit in der Literatur bejaht die grundsätzliche Werbeerlaubnis der Krankenkassen oder setzt diese als selbstverständlich voraus, vgl. BSG, 2.2.1984, 8 RK 41/82, BSGE 56, 140 ff.; BSG, 20. 4. 1988, 3/8 RK 4/87, BSGE 63, 144, 145 f.; LSG NRW, 6.6.2002, 16 KR 57/01; *Bloch*, NZS 1993, 383, 384; *Köhler*, NZS 1998, 153 ff.; *Mühlhausen*, NZS 1999, 120 ff.; a. A. *Uleer/Patt*, NZS 1994, 159 ff., die – allerdings vor Einführung der freien Kassenwahl – die Auffassung vertreten (haben), es fehle an einer Rechtsgrundlage für die Durchführung von Werbemaßnahmen, weswegen ein Werberecht der Krankenkassen nicht bestünde.

40) *Hubmann/Götting* (Fn. 31), S. 367.

Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass sich aus dem Charakter der Krankenkassen als Körperschaften des öffentlichen Rechts Restriktionen ergeben, die über die Vorgaben der §§ 1, 3 UWG hinausgehen.⁴¹⁾ Dies liegt insbesondere daran, dass die Krankenkassen, deren Ausgaben durch Beiträge der Versicherten und Arbeitgeber finanziert werden, gesetzlich zu sparsamer und wirtschaftlicher Mittelverwendung verpflichtet sind und ihr Wettbewerb ihrem sozialen Auftrag angemessen sein muss.⁴²⁾ Werbung hat zudem in einer Form zu erfolgen, die einer öffentlich-rechtlichen Institution angemessen ist.⁴³⁾

2. Fallgruppen

Von den klassischen Bereichen unlauteren Wettbewerbs durch Werbung gesetzlicher Krankenkassen⁴⁴⁾ sind für die vorliegende Untersuchung vor allem die folgenden systematischen Gruppierungen von Bedeutung: Kundenfang, Irreführung, Behinderung und Rechtsbruch.⁴⁵⁾ Hierbei sind wiederum zahlreiche Untergruppen zu unterscheiden, von welchen hier nur diejenigen einer Beurteilung unterzogen werden, die im Hinblick auf werbende Ankündigungen von Modellvorhaben durch das in Aussicht stellen von Vorteilen einschlägig sein können. Die wichtigste Fallgruppe für die Beurteilung derartiger Ankündigungen ist dabei die des „Kundenfangs“ in ihren zahlreichen Ausprägungen, unter welche sich auch Irreführungstatbestände einordnen lassen.

a) Kundenfang

Unter die Fallgruppe des Kundenfangs gemäß § 1 UWG werden Wettbewerbsmethoden subsumiert, welche die Entscheidungsfreiheit des Umworbenen beeinträchtigen.⁴⁶⁾ Der Versicherte wird nicht durch die Leistung der Krankenkasse geworben, sondern durch psychologischen Zwang oder die besondere Ausnutzung von Gefühlen, Trieben und Wünschen „gefangen“. In diese Fallgruppe sind diejenigen Werbemaßnahmen einzuordnen, die eine täuschende, nötigende oder belästigende Wirkung entfalten können. Ferner gehören unzulässige „Verlockungsmethoden“ sowie aleatorische Anreize dazu.

aa) Täuschung und Irreführung

Werbemaßnahmen dürfen keine Täuschung des angesprochenen Interessentenkreises zur Folge haben. Dabei reicht schon die Gefahr der Hervorrufung einer falschen Vorstellung aus, um eine Werbung wettbewerbsfremd und damit unzulässig zu machen. Dies kann beispielsweise durch einen falschen oder misszuverstehenden Hinweis oder durch das Vortäuschen einer Erfolgsgarantie⁴⁷⁾ geschehen, wenn dies bei den Ange-

41) Vgl. BSG, 20. 4. 1988, 3/8 RK 4/87, BSGE 63, 144, 147.

42) Gemeinsame Wettbewerbsgrundsätze (Fn. 25), Rn. 5.

43) Gemeinsame Wettbewerbsgrundsätze (Fn. 25), Rn. 16.

44) Hierzu gehören u. a. auch die Laienwerbung, Kündigungshilfen, vergleichende Werbung und der Missbrauch amtlicher Autorität, vgl. zu den einzelnen Fallgruppen und Tatbeständen *Köhler*, NZS 1998, 153, 155 ff.; *Mühlhausen* (Fn. 1), S. 106 bis 136.

45) Diese Einteilung nehmen auch *Baumbach/Hefermehl* (Fn. 30) vor, die ferner die Fallgruppen der Ausbeutung und der Marktstörung unterscheiden. Diese sind für die vorliegende Untersuchung jedoch ohne Relevanz.

46) *Mühlhausen* (Fn. 1), S. 109.

47) *Baumbach/Hefermehl* (Fn. 30), § 1 UWG Rn. 10, 20.

sprochenen zu einer Vorstellung führt, die der tatsächlichen Sachlage widerspricht.

Eine Täuschung i. S. d. § 1 UWG erfüllt regelmäßig auch den - spezielleren - Irreführungstatbestand des § 3 UWG. Als irreführend ist jede Werbung anzusehen, die in irgendeiner Weise - einschließlich ihrer Aufmachung - die Personen, an die sie sich richtet oder die von ihr erreicht werden, täuscht oder zu täuschen geeignet ist und die dadurch ihr wirtschaftliches Verhalten beeinflussen kann oder aus diesen Gründen einen Mitbewerber schädigt oder zu schädigen geeignet ist.⁴⁸⁾ Dabei stellt § 3 UWG explizit auf das Verbot der Irreführung über geschäftliche Verhältnisse ab, wobei zu den geschäftlichen Verhältnissen alles zählen soll, was mit dem Geschäft direkt oder indirekt in Beziehung steht.⁴⁹⁾ Das Irreführungs- und das Täuschungsverbot sind bei jeder einzelnen werbenden Formulierung zu beachten. Abzustellen ist dabei nicht auf den Werbenden, sondern auf die angesprochenen Werbeadressaten, so dass selbst eine objektiv wahre Aussage irreführend sein kann, sofern ihr von den angesprochenen Verkehrskreisen eine andere Bedeutung beigemessen wird.⁵⁰⁾

Wendet sich die Krankenkasse mit einem Werbeslogan an die Versicherten, so darf dieser Slogan keine falschen Angaben transportieren. Zudem muss ausgeschlossen werden, dass trotz ergänzender Erklärungen ein falscher Gesamteindruck entsteht. Ein Vorteil oder Erfolg darf nur dann in Aussicht gestellt werden, wenn dieser auch eintreten wird. Wirbt eine Krankenkasse also beispielsweise mit der Zuwendung von Boni, die nicht mit Sicherheit oder nur unter bestimmten Voraussetzungen zu gewähren sein werden, so muss sie dies hinreichend deutlich machen. Auch darf nicht der Anschein erweckt werden, es stünde ein bestimmter Zuwendungsbetrag unmittelbar als Verteilungsmasse zur Verfügung, wenn eine Zuwendung tatsächlich von bestimmten Voraussetzungen abhängig ist. So ist bei der Durchführung eines Modellvorhabens die Möglichkeit einer Auszahlung an das Vorhandensein und an die Höhe vorangegangener Einsparungen geknüpft.⁵¹⁾ Daher muss bei der Gestaltung der Werbeankündigung auch die Möglichkeit in Betracht gezogen werden, dass unter Umständen mangels Einsparungen ein Bonus nicht oder nur in geringem Umfang ausgezahlt werden kann. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass auch ursprünglich richtige, später aber unrichtig gewordene Werbeaussagen als irreführend gelten und dem Verbotstatbestand unterfallen sollen.⁵²⁾ Schließlich wird man die Überlegung einzubeziehen haben, dass an das Verhalten der Krankenkassen im Wettbewerb aufgrund ihrer Eigenschaft als öffentlich-rechtliche Körperschaften in jeder Hinsicht hohe Anforderungen gestellt werden. Für die Krankenkassen wird es sich vor diesem Hintergrund grundsätzlich empfehlen, bei einer Werbung mit Boni eine möglichst neutrale Darstellung zu wählen

und sich auf die Menge und das Vorhandensein der Verteilungsmasse im Rahmen eines Werbeslogans nicht festzulegen. Beabsichtigt eine Krankenkasse die Durchführung einer Tombola o. ä. als Anreiz für die Versicherten, so wird es in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht ausreichen, diese als solche anzukündigen. Bei dem Hinweis auf eine „Tombola“ oder auf ein „Gewinnspiel“ wird in aller Regel ein täuschender Charakter schon dadurch auszuschließen sein, dass die unsicheren Gewinnchancen als allgemein bekannt vorausgesetzt werden können.⁵³⁾

Darüber hinaus können die Krankenkassen täuschenden Wirkungen einer Werbung für ein Modellvorhaben regelmäßig durch eine kurze Darstellung des beabsichtigten Vorhabens und durch einen Hinweis auf verfügbares Informationsmaterial⁵⁴⁾ entgegenwirken. Eine kurze Zusammenfassung der relevanten Vorteile, Bedingungen und Voraussetzungen des Vorhabens entspricht außerdem den zusätzlichen Vorgaben der „Wettbewerbsgrundsätze“ der Aufsichtsbehörden, wonach eine allgemeine Werbemaßnahme auch einen sachlichen Informationsgehalt über den Auftrag der gesetzlichen Krankenversicherung aufweisen muss.⁵⁵⁾ Durch ergänzende Darstellungen können sachliche Informationsgehalte transportiert und gleichzeitig etwaige Täuschungswirkungen überwunden werden.

bb) Nötigung

Wettbewerbswidrig ist eine werbende Ankündigung bestimmter Vorhaben, wenn die anzusprechenden Interessenten durch den Einsatz physischer oder psychischer Mittel zur Teilnahme an dem vorgestellten Vorhaben genötigt werden. Diesem Verbot werden die unterschiedlichen Ankündigungsvarianten in der Regel Stand halten, solange sie weder mit Druckmitteln verfolgt werden noch eine nötigende Wirkung auf die umworbenen Versicherten haben.

Hinzuweisen ist in diesem Kontext auf das Verbot der Belästigung,⁵⁶⁾ welches in engem Zusammenhang mit einer nötigenden Werbung steht. Das Belästigungsverbot bezieht sich weniger auf den Inhalt der Werbemaßnahme, als vielmehr auf die Art ihrer Verbreitung. Unter diesem Gesichtspunkt wird die Zusendung von Informationsbroschüren an Versicherte per Post unproblematisch sein. Dagegen könnte ein unverlangtes Zusenden der Werbeankündigungen per e-mail als unzulässige Werbemaßnahme zu bewerten sein. In der Rechtsprechung⁵⁷⁾ orientiert man sich bei der Beurteilung dieser Art von Werbung teilweise an den Grundsätzen zur Telefonwerbung und vertritt die Auffassung, dass Werbemails eine unzumutbare Belästigung darstellen: Der Beworbene sei nicht nur gezwungen, die Werbung unter Aufwendung von Online-Kosten auszufiltern. Er laufe zudem Gefahr, dass aufgrund der zahlreichen Werbezu-

48) Z. B. LSG NRW, 6.6.2002, L 16 KR 57/01; *Baumbach/Hefermehl* (Fn. 30), § 3 UWG Rn. 1 ff.

49) *Baumbach/Hefermehl* (Fn. 30), § 3 UWG, Rn. 121; *Mühlhausen* (Fn. 1), S. 121.

50) *Baumbach/Hefermehl* (Fn. 30), § 3 UWG, Rn. 53; *Mühlhausen* (Fn. 1), S. 134.

51) § 63 Abs. 3 SGB V. Auch im Rahmen der integrierten Versorgung ist - neben der Einhaltung der dortigen Teilnahmebedingungen durch den Versicherten - das Vorhandensein von Einsparungen Voraussetzung für eine Verteilung von Boni.

52) *Köhler*, NZS 1984, 153, 157.

53) *Baumbach/Hefermehl* (Fn. 30), § 1 UWG Rn. 151.

54) Dies empfiehlt sich ohnehin unter Aufklärungsgesichtspunkten. Zur Aufklärungspflicht der gesetzlichen Krankenkassen *Klattenhoff* (Fn. 6), K § 13 Rn. 9 ff.; *Koenig/Engelmann/Hentschel* (Fn. 3); *Uleer/Patt*, NZS 1994, 159 ff.

55) Gemeinsame Wettbewerbsgrundsätze (Fn. 25), Rn. 8.

56) In den Gemeinsamen Wettbewerbsgrundsätzen (Fn. 25), Rn. 12, ist das Verbot von Werbemaßnahmen mit belästigendem Charakter ausdrücklich erwähnt.

57) Vgl. LG Traunstein, Beschl. 14. 10. 1997, 2 HKO 3755/97, NJW-CoR 1997, 494; LG Berlin, Beschl. 02. 04. 1998, 16 O 201/98, NJW-CoR 1998, 431.

sendungen sein elektronischer Briefkasten „überläuft“, was dazu führen könnte, dass „echte“ Post verloren geht. Zunehmend wird allerdings vertreten, dass erst bei wiederholtem e-mail Versand entgegen dem Willen des Verbrauchers eine Rechtswidrigkeit angenommen werden könne.⁵⁸⁾ Der Umfang der Handlungsfreiheit im Bereich der e-mail Werbung wird also nicht einheitlich beurteilt. Insbesondere unter Berücksichtigung der für die Krankenkassen als öffentlich-rechtliche Körperschaften geltenden zusätzlichen Wettbewerbsanforderungen wird sich e-mail Werbung für gesetzliche Krankenkassen allerdings nicht empfehlen.

cc) Verlockung

Unter dem Stichwort „Verlockung“ sind Wettbewerbsmaßnahmen verboten, wenn sie im Wege der Wertreklame oder durch unentgeltliche Zuwendungen die freie Entschließung des Umworbenen unzulässig beeinflussen.

Als *Wertreklame* wird die Zuwendung von Vermögenswerten zu Werbezwecken verstanden.⁵⁹⁾ Der Werbende wirbt nicht (nur) mit der Güte und Preiswürdigkeit seines Angebots, sondern sucht durch das Gewähren einer Vergünstigung seine Kunden mit einem unsachlichen Mittel zu gewinnen. Wertreklame wird allerdings erst dann wettbewerbswidrig, wenn die sachfremden Einflüsse auf den Entschluss des Umworbenen ein zu starkes Gewicht haben und die Werbung mit Vergünstigungen zu einem Ersatz für den Leistungswettbewerb wird. Dies soll in der Regel für abhängige Vergünstigungen gelten, die an ein Kaufgeschäft geknüpft sind und somit als „rechtlicher Kaufzwang“ wirken. Ohne Abhängigkeit von einem Geschäftsabschluss sind Werbeformen wie beispielsweise Preisausschreiben, Gewinnspiele und Werbeversprechen dagegen grundsätzlich nicht zu beanstanden.⁶⁰⁾ Hinsichtlich der werbenden Ankündigung von Modellvorhaben unter Hinweis auf mögliche finanzielle Vorteile oder Gewinnchancen kommt eine Einordnung unter die Fallgruppe der Wertreklame insofern in Betracht, als die Vergünstigungen abhängig von einer Mitgliedschaft bei der betroffenen Krankenkasse und einer Einhaltung der Teilnahmebedingungen des Modellvorhabens sind. Vor diesem Hintergrund könnte man die Zuwendungen, die auch der Werbung um neue Versicherte dienen, als abhängige Vergünstigungen betrachten. Einer solchen Einordnung lässt sich allerdings durch einen Hinweis auf den unmittelbaren Zusammenhang⁶¹⁾ zwischen den Zuwendun-

gen und der Gestaltung des Modellvorhabens entgegenwirken. Dadurch kann zwar die Einordnung von Zuwendungen als Wertreklame nicht ausgeschlossen werden. Die Werbung bewegt sich jedoch im *zulässigen* Bereich der Wertreklame, wenn sie das Publikum auf das eigene Angebot aufmerksam macht und auf dieses hinlenkt, anstatt durch sachfremde Momente davon abzulenken.⁶²⁾ Die Zuwendungen und Gewinne stellen sich dann nicht als abhängiges Lockmittel, sondern vielmehr als Teil und Auswirkung des Gesamtvorhabens dar. Für die Wettbewerbskonformität einer solchen Konstellation spricht zudem, dass die mit dem jeweiligen Gesamtvorhaben verfolgten legitimen Ziele der Verbesserung der Qualität und Wirtschaftlichkeit der Versorgung in der Regel nur mit Hilfe finanzieller Anreize für die Versicherten effektiv verwirklicht werden können.⁶³⁾ Aus diesem Grund ist die Weiterleitung erzielter Einsparungen an die Versicherten in § 63 Abs. 3 SGB V auch gesetzlich vorgesehen. Insgesamt ist somit die Ankündigung von Zuwendungen und Gewinnchancen als integraler Teil eines Modellvorhabens grundsätzlich nicht als verbundene Wertreklame zu betrachten. Im Hinblick auf Preisausschreiben ist angesichts der besonderen Anforderungen an gesetzliche Krankenkassen zusätzlich zu beachten, dass deren Inhalt nach den „Wettbewerbsgrundsätzen“ der Aufsichtsbehörden einen Bezug zur Krankenversicherung aufweisen muss. Die ausgelobten Preise müssen sich im Rahmen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit halten und – auch bei Drittfinanzierung – auf die Erfüllung des gesetzlichen Auftrags der Krankenkassen (insbesondere § 1 SGB V) ausgerichtet sein.⁶⁴⁾ Als Preise sind daher insbesondere gesundheitsfördernde Gegenstände wie z. B. Fahrräder, Fitnessgeräte oder ähnliches in Betracht zu ziehen.

Neben der Wertreklame können auch *unentgeltliche Zuwendungen* wettbewerbswidrig i. S. d. § 1 UWG sein. Auch hier wird auf die Beeinträchtigung der freien Entschließung des Umworbenen abgestellt. Dabei wird das Vorliegen einer Wettbewerbswidrigkeit wesentlich an die „Anstößigkeit“ einer sachfremden Beeinflussung geknüpft.⁶⁵⁾ Im Hinblick auf die Werbung für ein Modellvorhaben fehlt es jedenfalls dann an einer „anstößigen“ Beeinflussung wenn sie sich darauf beschränkt, im Rahmen einer sachlichen Erläuterung auf die Boni als Bestandteil des Modellvorhabens hinzuweisen.

Schließlich bewegen sich, ähnlich wie die Wertreklame, auch die sogenannten *aleatorischen Anreize* außerhalb des Grundsatzes, der die Wettbewerber vor allem zur Werbung mit der Güte und Preiswürdigkeit ihrer Angebote sowie mit dem Ruf ihres Unternehmens verpflichtet. Aleatorische Anreize sind ebenfalls durch den Einsatz sachfremder Lockmittel gekennzeichnet, so dass auch hier im Rahmen der zahlreichen Möglichkeiten der „Ausnutzung der Spiellust“ insbesondere Preisausschreiben, Gratisverlosungen und Gewinnspiele zur Be-

58) Unter Hinweis auf die EG-Fernabsatzrichtlinie (Richtlinie 97/7/EG, ABl. EG 1997 Nr. L 144, S. 19 ff.) LG Braunschweig, 11. 8. 1999, 22 O 1683/99, MMR 2000, 50 f.; ebenso, unabhängig von der Fernabsatzrichtlinie, LG Augsburg, 4. 5. 1999, 2 O 4416/98, NJW 2000, 593 f.

59) *Baumbach/Hefermehl* (Fn. 30), § 1 UWG Rn. 85; *Köhler*, NZS 1998, 153, 158.

60) Nach der Rechtsprechung überschreiten sie aber die Grenze der Zulässigkeit, wenn sie nach verständiger Würdigung außer Verhältnis zur beworbenen Leistung stehen und bei dem Kunden ein Gefühl der Peinlichkeit entstehen lassen, wenn er dem Werbenden nicht durch einen Vertragsschluss entgegenkommt. Siehe BGH, 29. 6. 1989, I ZR 180/87, NJW 1989, 3013 f.; BGH, 4. 12. 1986, I ZR 170/84 (KG), NJW 1987, 908 f.; *Mühlhausen* (Fn. 1), S. 109. Die Aufsichtsbehörden haben in den „Wettbewerbsgrundsätzen“ auslegend und ergänzend festgelegt, dass das Verteilen von Werbegeschenken mit einem Wert über 0,2 % der monatlichen Bezugsgröße gemäß § 18 SGB IV nicht zulässig ist, Gemeinsame Wettbewerbsgrundsätze (Fn. 25), Rn. 18.

61) Ein solcher ist bei der Durchführung von Modellvorhaben gegeben, da die Möglichkeit einer Auszahlung von Boni der Höhe nach an die durch das Modellvorhaben erzielten Einsparungen gebunden ist, § 63 Abs. 3 SGB V.

62) Zur Zulässigkeit dieser Konstellation vgl. *Baumbach/Hefermehl* (Fn. 30), § 1 UWG Rn. 85.

63) Vgl. zur Beachtung des legitimen Ziels der Kosteneinsparung in der GKV im Rahmen der Beurteilung einer Maßnahme einer Kassenärztlichen Vereinigung am Maßstab des § 1 UWG: KG Berlin, 8. 8. 2000, 5 U 4488/99, NJW 2001, 3420.

64) Gemeinsame Wettbewerbsgrundsätze (Fn. 25), Rn. 19.

65) BGH, 7. 2. 1968, I b ZR 6/66, GRUR 1968, 649, 651; *Baumbach/Hefermehl* (Fn. 30), § 1 UWG Rn. 93.

urteilung stehen. Insoweit kann auf die Ausführungen zur Werteklamme verwiesen werden.

b) Behinderung

Neben unzulässigem Kundenfang verbietet § 1 UWG die Behinderung⁶⁶⁾ von Mitbewerbern über die erlaubten Grenzen hinaus. Diese Grenze ist erst dann überschritten, wenn ein Wettbewerber durch eine Maßnahme beabsichtigt, seine Konkurrenten vom Leistungsvergleich auszuschließen.⁶⁷⁾ Konkret kämen insoweit vor allem die Fallgruppen der *Diskriminierung* sowie der *unlauteren Begleitumstände* als Prüfungsmaßstab in Betracht, da die klassischen Behinderungstatbestände wie Absatz- und Werbebehinderungen, Preisunterbietungen oder unzulässige Vergleiche im Zusammenhang mit der Schaffung neuer Versorgungsformen nicht einschlägig sein dürften. Eine Nachahmung fremder Werbung scheidet aus, wenn eine Krankenkasse ihr geplantes Vorhaben durch selbst entwickelte Werbemaßnahmen ankündigt und bewirbt. Zur Vermeidung sittenwidriger Behinderungen nach den Wertmaßstäben des § 1 UWG muss somit vor allem das Diskriminierungsverbot beachtet werden, welches die sachlich nicht gerechtfertigte unterschiedliche Behandlung von Personen im geschäftlichen Verkehr verbietet.⁶⁸⁾ Bei der Durchführung eines Modellvorhabens ist im Rahmen der rechtlichen Beziehungen zwischen Krankenkassen, Leistungserbringern und Versicherten dem Diskriminierungsverbot in mehrfacher Hinsicht Rechnung zu tragen.⁶⁹⁾ Insbesondere sind die teilnehmenden Leistungserbringer nach objektiven Kriterien im Rahmen eines transparenten Verfahrens auszuwählen. Werden die entsprechenden Vorgaben berücksichtigt, so wird das Vorhaben wettbewerbsrechtlich insoweit nicht zu beanstanden sein. Ferner kann durch unlautere Begleitumstände eine wettbewerbswidrige Behinderung herbeigeführt werden. Diese Begleitumstände sind im Wesentlichen deckungsgleich mit den bereits aufgezeigten Fallgruppen des Kundenfangs.⁷⁰⁾

c) Rechtsbruch

Eine weitere Fallgruppe der konkretisierten Verbotstatbestände stellt der Rechtsbruch, also das gesetzeswidrige Verhalten im Wettbewerb⁷¹⁾ dar. Ein solcher lässt sich vermeiden, indem sämtliche relevanten Vorschriften, die bei der Durchführung eines Modellvorhabens zu beachten sind,⁷²⁾ eingehalten werden. Ein Vorhaben, das den insoweit einschlägigen Vorgaben gerecht wird, hält gleichzeitig in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht den

materiellen Grundsätzen des UWG zum Verbot des Rechtsbruchs Stand.

III. Fazit

Die gesetzlichen Krankenkassen müssen bei der Durchführung mitgliedwerwerbender Maßnahmen die materiellen Wertmaßstäbe des UWG beachten. Zwar scheidet vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, insbesondere des Urteils vom 25. 9. 2001, die unmittelbare Anwendbarkeit des UWG aus. Rechtswidriges Wettbewerbsverhalten gesetzlicher Krankenkassen kann jedoch im Wege eines öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs angegriffen werden. Zur Klärung und Beurteilung solcher Sachverhalte können die Sozialgerichte, wovon bereits mehrfach Gebrauch gemacht worden ist, die Wertmaßstäbe des UWG nach ihrem materiellen Gehalt entsprechend heranziehen. Maßgebend sind dabei vor allem die Bewertungsmaßstäbe der §§ 1, 3 UWG. Im Rahmen der für sie geltenden öffentlich-rechtlichen Normen haben die gesetzlichen Krankenkassen darüber hinaus die zusätzlichen Anforderungen an ein lauterer Wettbewerbs- und damit auch Werbeverhalten zu beachten, denen sie als Körperschaften des öffentlichen Rechts gerecht werden müssen. Diese sind im Rahmen der sogenannten „Gemeinsamen Wettbewerbsgrundsätze der Aufsichtsbehörden der gesetzlichen Krankenversicherung“ konkretisiert worden. Trotz ihrer fehlenden Rechtsnormqualität sind die „Wettbewerbsgrundsätze“ aufgrund der Selbstbindung der Verwaltung in der Praxis von hoher Relevanz.

Im Zuge der gegenwärtigen Modernisierungs- und Liberalisierungstendenzen des Gesundheitswesens erlangen alternative Versorgungsformen insbesondere in Form von Modellvorhaben zunehmende Bedeutung. Der Durchführung solcher Vorhaben geht in aller Regel eine werbende Ankündigung voraus. Wirbt eine Krankenkasse mit einem Modellvorhaben sowie mit bestimmten Vorteilen, von denen der umworbene Versicherte bei Teilnahme an dem Vorhaben profitiert, so kann dies unter dem Gesichtspunkt irreführender und täuschender Wirkungen sowie aufgrund etwa unzulässiger Verlockungen verschiedenen Bedenken ausgesetzt sein. Die gesetzlichen Krankenkassen dürfen den angesprochenen Interessentenkreis unter keinen Umständen irreführen. So dürfen insbesondere keine Angaben über Einsparungen oder Vorteile gemacht werden, die sich nicht oder nicht im behaupteten Umfang verwirklichen. Zuwendungen von Boni oder beispielweise auch Tombolagewinnen können als grundsätzlich lautere Mittel im Wettbewerb genutzt werden, solange die Zuwendungen sich in wertmäßig vorgegebenen Grenzen halten und einen Bezug zur Krankenversicherung aufweisen. Wählt eine Krankenkasse einen Werbeslogan zur Ankündigung eines Modellvorhabens, so empfiehlt es sich, an diesen eine erläuternde Darstellung des beabsichtigten Vorhabens anzuschließen. Im Übrigen lassen sich zahlreiche wettbewerbsrechtliche Bedenken im Hinblick auf bestimmte Werbemaßnahmen schon dadurch ausräumen, dass bei der eigentlichen Durchführung von Modellvorhaben die hierfür maßgeblichen rechtlichen Vorgaben beachtet werden.

66) Dazu ausführlich: *Baumbach/Hefermehl* (Fn. 30), § 1 UWG Rn. 208 ff.

67) Dazu ausführlich: *Baumbach/Hefermehl* (Fn. 30), § 1 UWG Rn. 208.

68) *Baumbach/Hefermehl* (Fn. 30), § 1 UWG Rn. 301.

69) Zum Diskriminierungsverbot bei der Durchführung von Modellvorhaben *Koenig/Engelmann/Hentschel* (Fn. 3).

70) Wird der Kundenkreis durch täuschende Angaben irreführt, genötigt oder mit unzulässigen „Lockangeboten“ beeinflusst, so liegt hierin gleichzeitig eine unzulässige Behinderung des Mitbewerbers, der sich an die Vorgaben des lauterer Wettbewerbs hält.

71) Dazu ausführlich: *Baumbach/Hefermehl* (Fn. 30), § 1 UWG Rn. 608 ff.

72) Hierbei wird es sich vor allem um Vorgaben aus dem Verfassungs-, Sozial- und Datenschutzrecht handeln. Ausführlich *Koenig/Engelmann/Hentschel* (Fn. 3).