

S t e l l u n g n a h m e

**der Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs Frankfurt am Main e.V.
(kurz: Wettbewerbszentrale)**

**zum Entwurf eines Gesetzes für eine faire Kassenwahl in der gesetzlichen
Krankenversicherung
(kurz: GKV-FKG)**

I. Vorstellung Wettbewerbszentrale

Die Wettbewerbszentrale ist eine unabhängige und branchenübergreifende, 1912 gegründete Institution der Wirtschaft, die die Eigenverantwortung der Wirtschaft in Wettbewerbsfragen fördert. Sie ist als klagebefugte Einrichtung sowohl nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) als auch nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 Unterlassungsklagengesetz (UKlaG) berechtigt, Unterlassungsansprüche geltend zu machen und vor Gericht durchzusetzen. Getragen wird die gemeinnützige Organisation von mehr als 1.200 Unternehmen und über 800 Kammern und Verbänden der Wirtschaft. Zu den Mitgliedern gehören zahlreiche einzelne Krankenkassen, aber auch Verbände wie der vdek und AOK Bundesverband. Die Wettbewerbszentrale hat im Jahr 2017 50 Beschwerden und Anfragen, im Jahr 2018 47 Anfragen und Beschwerden den Krankenkassenbereich betreffend erhalten. Sie führt darüber hinaus zahlreiche Prozesse u. a. zur Klärung grundsätzlicher Fragen, etwa derjenigen, ob das Verbot unlauterer Geschäftspraktiken gegenüber Verbrauchern auch für gesetzliche Krankenkassen gilt. Der EuGH hat dies in einem Verfahren, in dem die Wettbewerbszentrale Klägerin war, letztlich bejaht (EuGH, Az. C-59/12 BKK Mobil Oil/Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.). Damit verfügt die Wettbewerbszentrale über eine herausragende Erfahrung hinsichtlich der gerichtlichen Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen. Aus dieser Praxiserfahrung heraus nimmt die Wettbewerbszentrale zum GKV-FKG Stellung, wobei sie sich auf den neuen § 4a SGB V beschränkt.

II. Vorbemerkungen

Die Wettbewerbszentrale begrüßt es, dass das wettbewerbliche Handeln der Krankenkassen zukünftig ausdrücklich den Regelungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) unterworfen ist und die Ansprüche vor den Zivilgerichten durchsetzbar sind. Die Wettbewerbszentrale hat sich dafür seit langem eingesetzt, unter anderem in einem Gutachten aus dem Jahr 2007. Sie hat schon damals die Auffassung vertreten, dass allein das UWG klare Regeln bietet, die Krankenkassen helfen können, ressourcenschonend und erfolgreich zu werben. Sie geben Krankenkassen Anhaltspunkte für eine gesetzeskonforme Werbung. Verfahrensrechtlich stellt das Zivilrecht die Mittel zur Verfügung, Wettbewerbs-

verstöße schnell und effektiv zu unterbinden. Zivilgerichte verfügen über einen reichen Erfahrungsschatz. Sie beschäftigen sich seit Jahrzehnten mit den Normen des UWG und den wettbewerbsrechtlichen Nebengesetzen. Bisher mussten Krankenkassen bei Wettbewerbsstreitigkeiten untereinander den Sozialrechtsweg beschreiten; wurden Verbände wie die Wettbewerbszentrale tätig, waren die Zivilgerichte zuständig. Die Gesetzesänderung wird nun für einen Gleichlauf der Rechtsprechung sorgen und damit auch zu mehr Rechtssicherheit für Krankenkassen und letztlich zur Sicherung eines fairen Wettbewerbs führen.

III. Anmerkungen zu § 4a

Die Wettbewerbszentrale möchte gleichwohl zu einigen Punkten des geplanten neuen § 4a SGB V Stellung nehmen, die aus ihrer Sicht zu Problemen führen könnten. Im Einzelnen:

Absatz 1 Satz 3:

Nach dieser Vorschrift sollen Maßnahmen, die der Risikoselektion dienen oder diese unmittelbar oder mittelbar fördern, unzulässig sein. Diese Vorschrift ist bisher in den Gemeinsamen Wettbewerbsgrundsätzen der Aufsichtsbehörden (Nr. 2) enthalten. Zählen zu den Maßnahmen, die der Risikoselektion dienen oder diese unmittelbar oder mittelbar fördern, auch Werbemaßnahmen? Dann wäre zukünftig jegliche Werbung untersagt, die sich an „gesunde“ Verbrauchergruppen, etwa Berufsanfänger, wendet. Es gibt zahlreiche Krankenkassen, die zielgruppengerechte Werbung betreiben und sich ausdrücklich an Auszubildende oder Studenten wenden. So wirbt die DAK z. B. mit einer Krankenversicherung für Auszubildende mit dem Hinweis „Vorteile bei der DAK-Gesundheit“, die Barmer wendet sich an Studenten mit dem Hinweis auf eine günstige Krankenversicherung, mit einer App zur Entspannung oder gegen Prüfungsstress etc. Wäre der Stand auf einer Ausbildungsmesse, das Plakat der Krankenkasse an der Bushaltestelle vor der Berufsschule schon unzulässige Risikoselektion? Wie verhält es sich mit Werbekanälen und Plattformen, die überwiegend von jungen Erwachsenen genutzt werden?

Nach Auffassung der Wettbewerbszentrale regelt § 268 Abs. 1 Nr. 3 SGB V ausreichend unzulässige Anreize zur Risikoselektion. Die Wettbewerbszentrale schlägt daher vor, Abs. 1 Satz 3 zu streichen.

Absatz 2:

Nach der Begründung zu § 4a wird § 3a UWG ausdrücklich für nicht anwendbar erklärt. Dies wird damit begründet, dass gesetzliche Krankenkassen als Körperschaften des öffentlichen Rechts ohnehin an Gesetz und Recht gebunden sind. Nach den Erfahrungen der Wettbewerbszentrale missachten Krankenkassen aber durchaus Verpflichtungen, die ihnen nach dem SGB auferlegt sind. So erhält die Wettbewerbszentrale immer wieder Beschwerden über die verspätete Ausstellung von Kündigungsbestätigungen. Die Pflicht zur rechtzeitigen Ausstellung der Kündigung ergibt sich aus § 175 Abs. 4 Satz 3 SGB V. Das Landgericht Berlin hat die Regelung als Marktverhaltensregel eingestuft und einen Verstoß gegen das UWG bejaht (LG Berlin, Urteil vom 17.01.2017, Az. 16 O 47/16; nach der Berufungsverhand-

lung vor dem Kammergericht, Az. 5 U 30/17, nahm der Vertreter der Krankenkasse die Berufung zurück). Auch ihre Pflicht, Versicherte auf ihnen zustehende Sonderkündigungsrechte nach § 175 Abs. 4 SGB V deutlich hinzuweisen, genügen Krankenkassen oftmals nicht. Der Hinweis darauf, dass § 3a UWG auf Krankenkassenwerbung nicht mehr anwendbar ist, könnte daher missverstanden werden in dem Sinne, dass die Vorschrift auch dann nicht mehr anwendbar ist, wenn Dritte, wie etwa die Wettbewerbszentrale oder die Verbraucherzentrale, Unterlassungsansprüche geltend machen. Die Wettbewerbszentrale hält es für dringend erforderlich, auch § 3a UWG für anwendbar zu erklären wie folgt:

„§ 3a des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb gilt mit der Maßgabe, dass es nicht darauf ankommt, ob der Verstoß geeignet ist, die Interessen der Marktteilnehmer spürbar zu beeinträchtigen.“

Wird § 3a UWG für anwendbar erklärt, so könnten Krankenkassen auch Ansprüche gegen Mitbewerber durchsetzen, wenn diese gegen außerhalb des UWG und SGB liegende Normen verstoßen.

Darüber hinaus wäre es konsequent, § 8 UWG in Absatz 2 einzubeziehen, um klarzustellen, dass auch (Krankenkassen-)Verbände Unterlassungsansprüche durchsetzen können.

Absatz 3:

Die Sätze 2 und 3 dieser Vorschrift sind nach Auffassung der Wettbewerbszentrale nicht justiziabel. Laut Begründung ist eine reine Marken- oder Imagewerbung unzulässig. Nach Einschätzung der Wettbewerbszentrale ist diese Einschränkung nicht nachvollziehbar: Welchem Schutzzweck dient das Verbot? Warum sollte eine Krankenkasse nicht eine lautere, nicht irreführende Imagewerbung betreiben? Eine Abgrenzung zwischen unzulässiger Imagewerbung und zulässiger „sachbezogener“ Werbung dürfte darüber hinaus im Einzelfall schwierig sein. Dies zeigt die Rechtsprechung zum Heilmittelwerbegezet (HWG). Dem HWG unterfällt nur eine absatzbezogene Werbung für Arzneimittel, nicht aber eine Imagewerbung. In zahlreichen, auch höchstrichterlichen Urteilen geht es um die Frage, ob Image- oder Produktwerbung vorliegt, ehe man zum eigentlichen Kern der Rechtsfrage durchdringt, (zuletzt z. B. BGH, Urteil vom 29.11.2018, Az. I ZR 237/16). Ein Verbot von reiner Imagewerbung gibt es daher im Wettbewerbsrecht aus gutem Grund nicht. Auswüchse können mit Hilfe der Vorschriften des UWG unterbunden werden. Die Wettbewerbszentrale schlägt daher vor, Abs. 3 Satz 1 in Abs. 1 zu überführen und die Sätze 2 und 3 zu streichen.

Absatz 4 Nummer 3:

Hier sind offensichtlich die Fälle gemeint, in denen der Verbraucher nicht über sein Sonderkündigungsrecht informiert oder der Hinweis in einem Werbeschreiben versteckt wird. Das hat die Wettbewerbszentrale bisher über das Irreführungsverbot des § 5 UWG oder über § 3a UWG i. V. m. § 175 SGB V beanstandet.

Absatz 5:

Die Vorschriften für eine Zusammenarbeit mit Dritten sind ausgesprochen weitgehend. Die Wettbewerbszentrale schlägt vor, die Regelung des § 8 Abs. 2 UWG auf Krankenkassen für anwendbar zu erklären. Danach haftet ein Unternehmer auch für die von einem Mitarbeiter oder Beauftragten begangenen Zuwiderhandlungen.

Absatz 7:

Nach der Neufassung können auch Krankenkassen Einigungsstellenverfahren einleiten. Die Wettbewerbszentrale hat in den mehr als 380 im Jahr 2018 geführten Einigungsstellenverfahren eine sehr hohe Einigungsquote erzielen können. Die Einigungsstellenverfahren bieten den Vorteil, dass ohne Inanspruchnahme der Gerichte wettbewerbsrechtliche Themen erörtert werden können. Gerade in Fällen, in denen es um Fragen der Irreführung geht, erweist es sich als Vorteil, dass neben juristischer Expertise auch die Praxiserfahrung der Beisitzer, bei denen es sich um Gewerbetreibende handelt, in die Streitschlichtung mit einfließt.

Die Wettbewerbszentrale schlägt vor, das UWG insgesamt für anwendbar zu erklären, um Überschneidungen und Rechtsunsicherheiten zu vermeiden und den beabsichtigten Gleichlauf der Wettbewerbsregeln sicherzustellen. Krankenkassenspezifische Regelungen können in der in Absatz 4 vorgesehenen Rechtsverordnung festgehalten werden.

Bad Homburg, April 2019