

Stellungnahme der Wettbewerbszentrale zur Krankenkassen-Werbemaßnahmen-Verordnung

Die 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 2019 33, im Jahr 2020 35 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 und langjährige Erfahrung hinsichtlich der gerichtlichen Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen. Aus dieser Praxiserfahrung heraus nimmt die Wettbewerbszentrale zur Krankenkassen-Werbemaßnahmen-Verordnung Stellung, wobei sie sich auf die wettbewerbsrechtlich relevanten Normen beschränkt.

Anmerkungen zu den geplanten Regelungen

§ 1 Absatz 2 Satz 2 Anwendungsbereich

Danach sind Maßnahmen, die der „allgemeinen Aufklärung“ dienen, keine Werbemaßnahmen, unterliegen also nicht den Vorgaben der Verordnung. Der Begriff ist unscharf: Auch „allgemeine Aufklärung“ kann dazu dienen, über die Leistungen der Krankenkassen zu informieren und geschieht damit (zumindest auch) in der Absicht, Mitglieder zu halten oder zu werben. Es besteht die Gefahr, dass Krankenkassen sich bei Werbemaßnahmen darauf berufen, es handele sich um „allgemeine Aufklärung“. Es wird angeregt, die Definition der „geschäftlichen Handlung“ in § 2 Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) zu übernehmen oder zumindest den Text der Verordnung dahingehend zu konkretisieren, dass mit „allgemeiner Aufklärung“ die sozialrechtlich vorgesehenen Beratungspflichten umfasst sind.

§ 2 Sachlichkeitsgebot

Die Vorschrift ist nach Auffassung der Wettbewerbszentrale nicht justizabel:

Eine ganz ähnliche Vorschrift enthalten die Berufsordnungen für Ärzte; diesen ist eine „anpreisende“ Werbung untersagt. BVerfG und BGH haben diese Beschränkungen bereits vor vielen Jahren dahingehend ausgelegt, dass Arztwerbung sich nicht auf nüchterne Fakten beschränken muss. So zum Beispiel der BGH in einer Entscheidung aus 2003 (BGH, Urteil vom 9.10.2003, I ZR 167/01):
„Das vom werbenden Arzt zu beachtende Sachlichkeitsgebot verlangt von diesem nicht, sich auf die Mitteilung nüchterner Fakten zu beschränken. Vielmehr ist, da darüber hinausgehende Angaben ebenfalls zu dem - auch emotional geprägten - Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient beitragen können, eine „Sympathiewerbung“ zulässig, soweit durch sie nicht der Informationscharakter in den Hintergrund gedrängt wird (vgl. BVerfG, NJW 2003, [NJW 2003 Seite 3470](#) = GRUR 2003, [GRUR 2003 Seite 966](#) = WRP 2003, [WRP 2003 Seite 1209](#) [[WRP Jahr Seite 1212](#)]).“

Bedeutet „sachliche Darstellung“, dass Werbung nicht mehr witzig oder pointiert sein darf? Was ist eine der Form nach „unsachliche“ Darstellung? Ist eine Anzeige in einem Magazin sachlich, eine Werbung auf einem Bus unsachlich? Wann liegt die in der Begründung genannte „bloße Aufmerksamkeitswerbung“ vor und warum sollte es Krankenkassen – gerade kleineren – nicht erlaubt sein, ihren Bekanntheitsgrad zu steigern?

Angesichts des Ziels der Verordnung, den Krankenkassen mehr Rechtssicherheit zu verschaffen, sollte die Vorschrift ersatzlos gestrichen werden. Wenn mit „unsachlicher“ Werbung solche gemeint ist, die irreführend ist, weil sie entweder Unzutreffendes behauptet oder Wesentliches verschweigt, so kann sie mit den Irreführungsverboten der §§ 5, 5a UWG effektiv unterbunden werden. Die Vorschrift mit dem geplanten Wortlaut würde zu zahlreichen Prozessen führen, in denen es um Fragen der Abgrenzung zwischen sachlicher und unsachlicher Darstellung geht.

§ 3 Vergleich zwischen Krankenkassen

Nach **Satz 1** müssen Krankenkassen – wenn sie ihre Leistungen mit denen anderer Krankenkassen vergleichen – „umfassend“ über die Unterschiede in den entsprechenden Bereichen informieren. Das würde einen Vergleich praktisch unmöglich machen, jedenfalls in Medien mit begrenztem Raum. Krankenkassen, die für den Verbraucher unwesentliche Aspekte nicht aufführen, handelten bereits wettbewerbswidrig.

Es gibt im Lauterkeitsrecht nicht das Gebot, dass Vergleiche vollständig sein müssen. Auswüchsen bei vergleichender Werbung begegnet der Gesetzgeber durch die Vorgaben in § 6 Absatz 2 UWG. Unzutreffende Vergleiche oder solche, die wesentliche Informationen verschweigen, können nach §§ 5, 5a UWG beanstandet werden.

Nach **Satz 2** ist ein Vergleich des Beitragssatzes nur zulässig, wenn zugleich über etwaige Leistungsunterschiede aufgeklärt würde. Reicht danach ein Hinweis, dass Leistungsunterschiede bestehen? Oder müssen die Leistungsunterschiede erläutert werden? Im letzteren Fall gälte das oben Gesagte: Vergleiche wären praktisch kaum mehr möglich. Krankenkassen liefen Gefahr, auf Unterlassung in Anspruch genommen zu werden, sobald sie nur einen (möglicherweise für den Verbraucher unwesentlichen) Aspekt vergessen. In der Gesetzesbegründung ist die Rede davon, dass relevante Unterschiede zumindest in groben Zügen genannt werden „sollen“. Offenbar besteht also keine *Pflicht* der Krankenkassen zu einer solchen Darstellung. Wenn eine solche gewollt ist, so erscheint im Hinblick auf das Ziel der Verordnung, präzisere Werberegeln zu schaffen, eine Klarstellung nötig.

Vorschlag: Es sollte klargestellt werden, dass für Vergleiche von Krankenkassen untereinander die Regelungen des § 6 UWG gelten.

§ 4 Aussagen über künftigen Zusatzbeitragssatz

Die Wettbewerbszentrale erhält zu diesen Fallgestaltungen immer wieder Beschwerden. Meist konnte erst im Nachhinein festgestellt werden, dass die Behauptung, man werde den Zusatzbeitrag nicht erhöhen, falsch war. Wenn die Wettbewerbszentrale die Krankenkassen anschrieb und darauf hinwies, dass nach ihrer Auffassung derartige Aussagen im Hinblick auf nicht absehbare gesundheitspolitische Veränderungen nicht getroffen werden können, so verwies man auf die jeweilige Haushaltsplanung.

Insofern begrüßt die Wettbewerbszentrale das generelle Verbot dieser Werbung.

§ 6 Werbung bei Sportveranstaltungen

Nach der Gesetzesbegründung hat zukünftig Banden- und Trikotwerbung im Spitzen- und Profisport zu unterbleiben. Der Gesetzestext wirft Fragen auf:

Ist Banden- und Trikotwerbung zum Beispiel beim örtlichen Fußballverein (der kein Profiverein ist) erlaubt? Oder nur im Rahmen der Durchführung von Präventionsmaßnahmen nach § 6 Satz 1 Nr. 2? Für letzteres spricht die Gesetzesbegründung. Dann sollte aber zur Klarstellung generell die Banden- und Trikotwerbung verboten werden.

Die Bezugnahme „insbesondere“ in Satz 2 passt in dem Zusammenhang nicht, da Satz 1 ja die Fälle aufführt, in denen Werbung zulässig ist. Der Rechtssicherheit wäre es möglicherweise förderlicher, wenn man explizit die Fälle aufführt, in denen die Werbung unzulässig ist, wie zum Beispiel in § 3 HWG oder § 6 Abs. 2 UWG.

§ 7 Hausbesuche

Die Gesetzesbegründung weist darauf hin, dass Hausbesuche nach dem UWG grundsätzlich zulässig sind. Für Krankenkassen solle aber in Anbetracht ihrer Vertrauensstellung als Körperschaften des öffentlichen Rechts sichergestellt werden, dass sie Werbeadressaten nicht mit Hausbesuchen überraschten und somit in ihrer Privatsphäre beeinträchtigen.

Ein Hausbesuch soll unter anderem dann zulässig sein, wenn er schriftlich angekündigt wird und „*die betroffene Person nicht widersprochen hat.*“ Eine Einwilligung durch „Schweigen“ ist im Verbraucherbereich vollkommen unüblich und rechtsdogmatisch nicht zu begründen.

Zudem stellt sich die Frage, welche Fälle von Nr. 1 erfasst werden sollen. Beide Alternativen widersprechen sich: In dem einen, nicht konkretisierten Fall, soll es einer ausdrücklichen Einwilligung bedürfen, in dem anderen Fall (schriftliche Vorankündigung) ist ein ausdrücklicher Widerspruch des Versicherten erforderlich.

Um einen Gleichlauf mit den lauterkeitsrechtlichen Regelungen sicher zu stellen, wäre es sinnvoll, die Voraussetzungen des § 7 der Verordnung den Vorgaben des § 7 Abs. 2 UWG anzupassen, also etwa wie folgt:

„Hausbesuche zu Werbezwecken sind nur zulässig, sofern eine vorherige, ausdrückliche Einwilligung des Versicherten vorliegt.“

Bad Homburg, 07.01.2021