

L 1 KR 318/17 KL

Land

Berlin-Brandenburg

Sozialgericht

LSG Berlin-Brandenburg

Sachgebiet

Krankenversicherung

Abteilung

1

1. Instanz

-

Aktenzeichen

-

Datum

-

2. Instanz

LSG Berlin-Brandenburg

Aktenzeichen

L 1 KR 318/17 KL

Datum

27.09.2018

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

B 1 A 2/18 B

Datum

-

Kategorie

Urteil

Die Klage wird abgewiesen. Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Im Streit steht der Sache nach die Frage, ob die Klägerin Arbeitgebern Aufwandsentschädigungen für Mitgliederwerbung zahlen darf, ferner die erlaubte Maximalhöhe der Provisionen allgemein und die Möglichkeit der Staffelnung je nach Zahl der Angeworbenen pro Jahr.

Die Beklagte erteilte mit Schreiben vom 24. April 2017 eine aufsichtsrechtliche Beratung nach [§ 89 Abs. 1 Satz 1](#) Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV). Dem war ein Prüfverfahren der Beklagten bei der BKK Essanelle vorangegangen. Diese fusionierte zum 1. Januar 2015 mit der Deutschen BKK. Nachdem die Deutsche BKK ihrerseits mit der Barmer GEK in der heutigen Klägerin aufging, wandte sich der Beklagte an die Klägerin und bat um Mitteilung, ob der Wunsch nach einer formellen aufsichtsrechtlichen Beratung aufrechterhalten werde.

Im Beratungsschreiben heißt es zum Sachverhalt, die Klägerin vertrete die Auffassung, dass die Werbung von Neumitgliedern durch Arbeitgeber oder dessen Mitarbeiter zulässig sei und nicht gegen geltendes Recht verstoße. Die Kasse praktiziere dieses Verfahren und wolle es fortführen. Sie sei weiter der Auffassung, dass die Höhe der Aufwandsentschädigung durch die Kasse frei bestimmbar sei und die festgesetzten Obergrenzen für Aufwandsentschädigungen in den "Gemeinsamen Wettbewerbsgrundsätzen der Aufsichtsbehörden der gesetzlichen Krankenversicherung vom 19. März 1998 in der Fassung vom 11. November 2015 (Wettbewerbsgrundsätze) unbeachtlich seien. Auch seien die im Rahmen der Mitgliederwerbung gewährten Aufwandsentschädigungen an die Anzahl der geworbenen Mitglieder mit Recht koppel- und staffelbar. Der Beklagte teilte mit, dass Aufwandsentschädigungen für die Mitgliederwerbung an Arbeitgeber oder vom Arbeitgeber beauftragtes Personal, sowie Auslobungen von Aufwandsentschädigungen an sogenannte Laienwerber, deren Höhe den Betrag von mehr als 0,7 Prozent der monatlichen Bezugsgröße, gerundet auf den nächsten durch 5 teilbaren Betrag – zur Zeit 25 Euro – überstiegen, sowie die gewährten Aufwandsentschädigungen durch Prämien und sonstige Vergütungen auf die höchstmöglichen Aufwandsentschädigungen für erfolgreiche Mitgliederwerbung, insbesondere durch Staffelnung der Prämien nach Anzahl der geworbenen Mitglieder, jeweils rechtswidrig seien. Sie forderte die Klägerin zur Behebung der Rechtsverletzung auf, binnen drei Wochen schriftlich zu bestätigen, 1. keine Aufwandsentschädigungen für die Werbung von Mitgliedern für die Barmer Ersatzkasse an Arbeitgeber oder vom Arbeitgeber beauftragtes Personal zu gewähren, 2. keine Aufwandsentschädigungen an Laienwerber über den Betrag von mehr als 0,7 Prozent der monatlichen Bezugsgröße, gerundet auf den nächsten durch 5 teilbaren Betrag (zur Zeit 25 Euro) zu zahlen,

3. Die gewährten Aufwandsentschädigungen nicht durch Aufwandsentschädigungen durch Prämien und sonstige Vergünstigungen für erfolgreiche Mitgliederwerbung, insbesondere durch Staffelnung der Prämien nach Anzahl der geworbenen Mitglieder, zu erhöhen oder zu steigern.

Sie teilte ferner mit, zu beabsichtigen, einen entsprechenden Verpflichtungsbescheid zu erlassen. Die Klägerin antwortete mit Schreiben vom 15. Mai 2017, dem angekündigten Erlass eines Verpflichtungsbescheides entgegenzusehen.

Sie beabsichtige, die folgende Mustervereinbarung zu verwenden:

"Partnervereinbarung — Mitgliedergewinnung zwischen BARMER () und

im Folgenden "Partner" —

wird folgender Vertrag geschlossen:

§ 1 Gegenstand des Vertrages Der Vertrag regelt die Grundsätze einer Zusammenarbeit mit dem Partner, die zur Gewinnung neuer Mitglieder der BARMER führt. Die Verpflichtung zum Datenschutz / Sozialgeheimnis (Anlage 1) wird Bestandteil dieses Vertrages.

§ 2 Aufwandsentschädigungen Für die Gewinnung der Neukunden zahlt die BARMER dem Partner für seine Aufwände eine pauschale Aufwandsentschädigung nach folgender Staffelung: Anzahl Neukunden im Kalenderjahr Aufwandsentschädigung 1-5 20,00EUR 6-9 50,00EUR 10-14 75,00EUR) 14 89,25 EUR Darüber hinaus werden keine Zahlungen geschuldet. Die Höchstgrenze richtet sich nach den Wettbewerbsgrundsätzen und beträgt 3 % der monatlichen Bezugsgröße nach § 18 SGB IV, derzeit 89,25 EUR. Bei Überschreitung eines Schwellenwertes gilt der neue Wert der Aufwandsentschädigung nicht rückwirkend für die bereits generierten Neumitglieder, sondern nur für die Neukunden, die nach Überschreitung des Schwellenwertes gewonnen werden. Der Partner reicht den Aufnahmeantrag bei der BARMER ein. Der Aufnahmeantrag ist durch den Partner eindeutig zu kennzeichnen. Die BARMER erteilt dem Partner eine Vermittlernummer. Diese ist auf dem Antrag anzugeben. Der Anspruch auf die Aufwandsentschädigung besteht erst nach dem tatsächlichen Mitgliedschaftsbeginn bei der BARMER. Die Anzahl der Neukunden bestimmt sich nach Wirksamkeitsdatum des jeweiligen Mitgliedschaftsbeginns innerhalb eines Kalenderjahres, wenn und sobald die Mitgliedschaft rechtswirksam begründet worden ist. Mitgliedschaften, die rückwirkend beendet werden müssen bleiben davon unberührt, soweit dies nicht vom Partner zu vertreten ist. Die Aufwandsentschädigung soll auf folgendes Konto überwiesen werden: () die Zahlung ist 14 Tage nach Echanmeldung im System der BARMER fällig. Die ordnungsgemäße Versteuerung der Aufwandsentschädigung fällt in die Verantwortung des Partners.

§ 3 Wettbewerbsgrundsätze und Haftung Der Partner wird bei seiner Tätigkeit für die BARMER die Regeln des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) und die Gemeinsamen Wettbewerbsgrundsätze der Aufsichtsbehörden der gesetzlichen Krankenversicherung beachten, insbesondere: • grundsätzlich nur Werbematerialien (Broschüren, Folder, Flyer, Werbegeschenke, etc.) einzusetzen, die von der BARMER zu diesem Zweck bereitgestellt werden • zum Zweck der Werbung eines neuen Mitgliedes nur Werbegeschenke zu verteilen, die den Betrag von ca. 5,00 EUR nicht wesentlich übersteigen, sowie kein Bargeld als Werbegeschenk zu geben Bei der Neuaufnahme in seinem Arbeitsumfeld stellt der Partner zuvor Folgendes sicher: • sein Arbeitgeber ist über die Werbetätigkeit informiert, • das freie Krankenkassenwahlrecht wird gegenüber dem Neukunden nicht eingeschränkt, insbesondere wird kein unzulässiger Druck auf die Entscheidung ausgeübt § 4 Dauer des Vertrages, Kündigung () § 5 Salvatorische Klausel () "

Mit an den Vorstand gerichteten Bescheid vom 26. Juni 2017 erließ die Beklagte die zuvor angekündigten Verfügungen. Zur Begründung führte sie aus, den Krankenkassen seien bei der Mitgliederwerbung Beschränkungen hinsichtlich Form und Inhalt der Maßnahmen durch das Gebot, bei der Erfüllung dieser und anderer gesetzlicher Aufgaben mit den übrigen Sozialversicherungsträgern zusammenzuarbeiten, auferlegt, § 15 Abs. 3 Sozialgesetzbuch Erstes Buch (SGB I), § 86 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch (SGB X). § 4 Abs. 3 Sozialgesetzbuch Fünftes Buch (SGB V) hebe die Pflicht zur Zusammenarbeit der Krankenkassen untereinander im Interesse der Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit der gesetzlichen Krankenversicherung hervor und verpflichte die Kassen zur Zusammenarbeit. Wie bei jeder Handlungspflicht korrespondiere damit gleichzeitig eine Pflicht, Tätigkeiten zu unterlassen, die dem vorgegebenen Handlungsziel zuwiderliefen. Werde deshalb bei der Werbung die Pflicht zur sachbezogenen Information und zur Rücksichtnahme auf die Belange der anderen Krankenversicherungsträger nicht beachtet, könne sich daraus im Umkehrschluss ein Anspruch des beeinträchtigten Klägers auf Unterlassung der unzulässigen Werbemaßnahmen ergeben. Speziell die Werbung von Arbeitnehmern durch den Arbeitgeber des eigenen Betriebes für eine Krankenkasse gegen eine Aufwandsentschädigung sei unzulässig. Denn in den Fällen einer "Empfehlung" des Arbeitgebers sei die Ausübung eines freien Wahlrechts durch den Versicherten nicht sichergestellt. Vielmehr bestehe die Gefahr, dass der Arbeitnehmer eines Arbeitgebers alleine aus dessen (monetären) Interessen heraus für eine Krankenkasse gewonnen werde und der Arbeitnehmer wegen eventuell zu befürchtender negativer Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis tatsächlicher oder auch nur vermeintlicher Art oder gar wegen der Gefahr des Verlustes des Arbeitsplatzes dieser Wahl zustimme. Er entscheide dann nicht frei über die Wahl der Krankenkasse. Ein derartiges Verhalten sei gemäß § 4 a Abs. 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) rechtswidrig. Unlauter sei der Einsatz von Autoritätspersonen in der Werbung, wenn diese auf die geschäftliche Entscheidung Einfluss nehmen sollen, die angesprochenen Personen also davon ausgehen müssten, dass die Ablehnung der erwünschten geschäftlichen Entscheidung möglicherweise berufliche Nachteile mit sich bringen. Ferner verstoße gegen §§ 3, 4 Nr. 1 UWG, wer im Rahmen geschäftlicher Handlungen die Entscheidungsfreiheit für Marktteilnehmer durch Ausübung von Druck beeinträchtige. Dabei sei es Arbeitgebern untersagt, auf die Nachfrageentscheidungen ihrer Arbeitnehmer durch Druck sachwidrig Einfluss zu nehmen. Zwar spiele es für die Beitragsbelastung des Arbeitgebers seit Einführung eines einheitlichen Beitragssatzes keine Rolle mehr, bei welcher Krankenkasse seine Arbeitnehmer versichert seien. Es bleibe aber ein monetärer Anreiz für den Arbeitgeber aufgrund der ihm versprochenen Aufwandsentschädigung. Soweit die Klägerin weiter höhere Aufwandsentschädigungen zahlen wolle, als dies Ziffer 35 a Wettbewerbsgrundsätze vorsehen, verstoße dies gegen das im Gebot zur gegenseitigen Rücksichtnahme gemäß § 86 SGB X und die Pflicht zur Zusammenarbeit der gesetzlichen Krankenkassen nach § 4 Abs. 3 SGB V, § 15 Abs. 3 SGB I sowie das Wirtschaftlichkeitsgebot nach § 69 Abs. 2 SGB IV. Insoweit seien die Krankenkassen als Körperschaften des öffentlichen Rechts im Wettbewerb untereinander besonderen Bedingungen und Rücksichtnahmepflichten unterworfen. Da sie ihre Ausgaben durch Beiträge finanzierten, seien sie gesetzlich zur sparsamen und wirtschaftlichen Mittelverwendung verpflichtet. In den Wettbewerbsgrundsätzen sei ausführlich geregelt, an welchen Personenkreis in welcher Höhe Aufwandsentschädigungen für Werbemaßnahmen gewährt werden dürften. Unzulässig seien insbesondere auch Staffelpremien. Bei diesen steige die Vergütung an die Mitglieder werbende Person oder den Vermittler, wenn diese mehr als eine bestimmte Anzahl Neumitglieder würden. Denn eine nach der Zahl der gewonnenen Neumitglieder gestaffelte Erfolgsprämie sei bereits von ihrer Struktur her darauf angelegt, den beauftragten Laienwerber oder Dienstleister zu einer möglichst offensiven Werbetätigkeit anzureizen. Darin liege tendenziell die Gefahr, dass der Werber Methoden im Stile von "Werbekolonnen" anwende. Sie halte es im Rahmen ihres Entschließungsermessens für geboten, einen Verpflichtungsbescheid zu erlassen. Der Rechtsverstoß sei nicht zu tolerieren. Das öffentliche Interesse an einer Verpflichtung der Klägerin ergebe sich zum einen aus dem Schutz anderer Krankenkassen vor einem Wettbewerbsvorteil der Klägerin. Die deutliche Mehrheit der Krankenkassen beachteten die Wettbewerbsgrundsätze, während die Klägerin für Mitgliederwerbung deutlich höhere Beiträge zahle. Die Klägerin verschaffe sich ferner einen Wettbewerbsvorteil, in dem sie Arbeitgeber in die Mitgliederakquise einbinde. Die Verpflichtung sei im Interesse der übrigen Krankenkassen, die eine solche Art der Mitgliederwerbung nicht einsetzen. Auch bestehe ein öffentliches Interesse des Staates, der Bürger und der anderen Krankenkassen darin, Nachahmer abzuwehren. Dieses öffentliche Interesse wiege höher als das Einzelinteresse der Klägerin. Auch habe das Bundesversicherungsamt vergleichbares Verhalten anderer Krankenkassen in der Vergangenheit stets abgestellt. Hiervon abzuweichen bedeutete eine Ungleichbehandlung dieser Krankenkassen. Ein milderer Mittel als der Verpflichtungsbescheid sei nicht ersichtlich.

Hiergegen hat die Klägerin am 26. Juli 2017 Klage erhoben. Zu deren Begründung führt sie aus, Werbung eines Arbeitgebers für eine

Krankenkasse sei grundsätzlich kein Wettbewerbsverstoß und insbesondere keine unzulässige Beeinflussung im Sinne der [§§ 3, 4 a Abs. 1 UWG](#). [§ 4 a Abs. 1 UWG](#) sanktioniere aggressive geschäftliche Handlungen. Allerdings sei die Werbung eines Arbeitgebers für eine Krankenkasse keine unzulässige Beeinflussung im Sinne der einzig in Betracht kommenden Variante, [§ 4 a Abs. 1 Nr. 3 UWG](#). Im Gegensatz zur Auffassung der Beklagten könne nicht jede Äußerung des Arbeitgebers als Druck oder unzulässiger Gebrauch von Autorität anzusehen sein. Vielmehr müsse die Autorität des Arbeitgebers sachwidrig eingesetzt werden, um einen UWG-Verstoß begründen zu können. Nicht alleine die Empfehlung eines Arbeitgebers für eine bestimmte Krankenkasse führe zur Wettbewerbswidrigkeit sondern vielmehr eine objektiv vorliegende unzulässige Druckausübung im Sinne eines Autoritätsmissbrauches. Die Klägerin schließe mit Arbeitgebern bzw. Mitarbeitern von Arbeitgebern Vereinbarungen, in welchen diese ausdrücklich zur Beachtung der Wettbewerbsgrundsätze und der Vorschriften des UWG verpflichtet würden und in denen explizit jede Einschränkung des Kassenwahlrechts und die Ausübung unzulässigen Druckes ausgeschlossen werde. Auch die Zahlung von Aufwandsentschädigungen an Arbeitgeber sei nicht rechtswidrig. Bereits die Wettbewerbsgrundsätze sähen Betriebsmitarbeiter vor, die für die jeweilige Krankenkasse als Ansprechpartner zur Verfügung stünden. Lediglich die Bezeichnung sei anders. Die Wettbewerbsgrundsätze bezeichneten diese Laienwerber als "Betriebsbeauftragte", die Klägerin in ihrer Vereinbarung "Partner". Werbung und Prämienzahlung erfolge immer nur an Mitarbeiter eines Arbeitgebers, nicht an/durch den Arbeitgeber selbst. Die Auffassung der Beklagten, für die Beitragsbelastung des Arbeitgebers spiele die Krankenkassenwahl nach Einführung eines einheitlichen Beitragssatzes keine Rolle mehr, sei unzutreffend. Für einen Arbeitgeber seien der Service der Krankenkasse und die Betreuung in der Regel ein gewichtiger Grund für die Bevorzugung einer bestimmten Krankenkasse. Die Rechtsprechung der Zivilgerichte habe im Hinblick auf [§ 4 a Abs. 1 UWG](#) Sittenwidrigkeit durch die Ausübung unzulässigen Druckes immer nur aufgrund konkreten Verhaltens des Arbeitgebers angenommen. Die Wettbewerbsgrundsätze erlaubten explizit die Zahlung von Aufwandsentschädigungen auch für Betriebsbeauftragte und schlossen nicht aus, dass es sich dabei auch um Mitarbeiter des Personalbereiches handeln könne. Eine weitere Anforderung der "jederzeitigen" Verfügbarkeit der Betriebsbeauftragten als Ansprechpartner gebe es nicht. Die Höhe der Aufwandsentschädigung verletze nicht die Grundsätze der Sparsamkeit und der Wirtschaftlichkeit. Der von den Wettbewerbsgrundsätzen festgesetzte Höchstwert von 0,7 Prozent der monatlichen Bezugsgröße sei ein erster Orientierungspunkt. Die anzustellende Kosten-Nutzen-Analyse könne jedoch auch höhere Aufwandsentschädigungen ergeben. Sozialversicherungsträger hätten hinsichtlich des Gebotes der Sparsamkeit und der Wirtschaftlichkeit einen Beurteilungsspielraum.

Aufgrund der sachbedingten Schwierigkeiten einer Erfolgskontrolle stünde dem Versicherungsträger eine Einschätzungsprärogative zu. Die Einschätzungsprärogative der Krankenkassen werde mit einer Festlegung starrer Grenzwerte zu stark eingeschränkt. Auch die identische Zahlungshöhe für "Laienwerber" und gewerblich tätige Vermittlern stelle keinen Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot dar. Für die Bewertung der Wirtschaftlichkeit spiele es keine Rolle, ob der Neu"Kunde" der Krankenkasse durch einen Laienwerber oder durch einen gewerblichen Vermittler gewonnen werde. Maßgeblich seien alleine die für den gewonnenen Kunden erhaltenen Zahlungen aus dem Gesundheitsfonds und die für diesen Kunden aufzuwendenden Leistungszahlungen. Ein etwaiger höherer Aufwand der gewerblichen Vermittler rechtfertige keine unterschiedliche Behandlung, da sich das Wirtschaftlichkeitsgebot alleine auf die Ausgabengestaltung der Krankenkassen beziehe und keinen Schutz der gewerblichen Vermittler bedeute. Ein Verstoß gegen die Festlegungen von Zahlungshöchstbeträgen in den Wettbewerbsgrundsätzen stelle auch keinen Rechtsverstoß dar, der eine Unterlassungsverfügung nach [§ 89 Abs. 1 SGB IV](#) begründen könne. Die Wettbewerbsgrundsätze seien keine Außenrechtssätze. Es handle sich lediglich um einen Maßstab eigener Art für die Führung der Rechtsaufsicht zur Auslegung und Ermessensleitung bei der Anwendung des einschlägigen Rechts. Die Beklagte habe mit ihrer Festlegung der Obergrenzen und der Verpflichtung, für Laienwerber eine niedrigere Aufwandsentschädigung als für gewerbliche Vermittler zu zahlen, gegen das Verbot der maßvollen Ausübung der Rechtsaufsicht verstoßen und ihre eigene Rechtsauffassung ohne Ermessensausübung an die Stelle der Einschätzungsprärogative der Klägerin gesetzt. Zuletzt verstoße die Klägerin auch nicht gegen die Pflicht zur Zusammenarbeit der gesetzlichen Krankenkasse bzw. dem Rücksichtnahmegebot. Werde bei der Mitgliederwerbung die Pflicht zur sachbezogenen Information und zur Rücksichtnahme auf die Belange der anderen Krankenversicherungsträger nicht beachtet, könne sich ein Anspruch des beeinträchtigten Trägers auf Unterlassung der unzulässigen Werbemaßnahmen ergeben. Dieser könne bei der Aufsichtsbehörde oder vor den Sozialgerichten Rechtsschutz gegen unzulässige Werbemaßnahmen suchen. Beides gebe Gewähr, dass das Gebot der engen Zusammenarbeit und das Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme im Wettbewerb der gesetzlichen Krankenkassen berücksichtigt werden. Der Gesetzgeber habe zudem mit Schaffung des [§ 4 Abs. 5 SGB V](#) einer Wettbewerbsverzerrung durch unterschiedliche Buchungen der Verwaltungsausgaben für Werbemaßnahmen einen Riegel vorgeschoben und die Einheitlichkeit der Buchungen sichergestellt. Daneben seien Festlegungen von Höchstwerten zulässiger Ausgaben für Werbemaßnahmen durch die Aufsichtsbehörden nicht erforderlich. Auch sei für die Zulässigkeit der Betragshöhe alleine die Einhaltung des Wirtschaftlichkeitsgebotes relevant. Die Verpflichtung zur Wirtschaftlichkeit treffe alle gesetzlichen Krankenkassen gleichermaßen. Ein Rückgriff auf die Gebote der engen Zusammenarbeit und der gegenseitigen Rücksichtnahme sei nicht notwendig. Andererseits könne eine Betragshöhe, die für eine Krankenkasse in individueller Betrachtung wirtschaftlich sei, für eine andere bereits unwirtschaftlich sein. Durch eine einheitliche Begrenzung der Leistungsfähigkeit auf die der "schwächsten" Krankenkasse würden leistungsfähigere Krankenkassen unzulässig in ihrer an sich zulässigen Neukundenwerbung beschränkt. Dass speziell Staffelpremien die Gefahr böten, dass der Werber wegen der erhöhten finanziellen Eigeninteressen Methoden im Stil von Werbekolonnen anwende, sei eine bloße Vermutung ins Blaue hinein. Durch die Gewährung von Staffelpremien könne der Solidargemeinschaft kein Schaden entstehen, da die gesamten Ausgaben der Klägerin für werbende Tätigkeiten nach [§ 4 Abs. 5 SGB V](#) einer Gesamtbudgetierung unterlägen. Nach den Wettbewerbsgrundsätzen dürften die Ausgaben insgesamt 0,15 Prozent der monatlichen Bezugsgröße gemäß [§ 18 SGB IV](#) je Mitglied nicht übersteigen. Gewähre die Klägerin Laienwerbern einen höheren Betrag, stünden die entsprechenden Mittel nicht mehr für andere Werbemaßnahmen zur Verfügung. Soweit die Beklagte auf andere Krankenkassen verweise, handele sich um einen Zirkelschluss. Die Staffelung der Aufwandsentschädigung finde nicht in der Form statt, dass eine "Nachzahlung" für die Neukunden 1 bis 14 stattfinde, wenn die höchste Aufwandsentschädigung ab der 15. Mitgliederwerbung erreicht werde.

Die Klägerin beantragt,

den Verpflichtungsbescheid der Beklagten vom 26. Juni 2017 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Zur Begründung verweist sie auf den angegriffenen Bescheid. Ergänzend trägt sie vor, der bloße Umstand, dass eine Krankenkasse Werbung

über einen Arbeitgeber mache, stelle für sich alleine noch kein wettbewerbswidriges Verhalten dar. Die Klägerin gehe deshalb davon aus, dass der bloße Einsatz der Arbeitgeber-Autorität nicht wettbewerbswidrig sei. Auch diese Auffassung teile die Beklagte. Es müssten vielmehr aus Sicht des angesprochenen Marktteilnehmers konkrete Nachteile durch die Autorität drohen, wenn er sich nicht für dieses Angebot entscheide. Solche Nachteile seien dann nicht zu erwarten, wenn das Geschäft für die Autoritätsperson nicht von Bedeutung sei. Allerdings sei die Wahl der vom Arbeitgeber präferierten Krankenkasse durchaus von Bedeutung für diesen oder einen von ihm beauftragten Mitarbeiter, wenn dieser für jedes neue Mitglied eine Aufwandsentschädigung erhalte. Denn dadurch werde ein monetärer Anreiz geschaffen, die Versicherten der Klägerin zuzuführen und für letztere zu werben. Die "Empfehlung" erhalte durch die Zahlung einer Aufwandsentschädigung eine monetäre Bedeutung. Der Arbeitgeber sei daher bei seiner "Empfehlung" nicht mehr neutral und könne einen Informationsbedarf des Mitarbeiters nicht mehr sachlich korrekt oder unbefangen befriedigen. Druck des Arbeitgebers auf den Arbeitnehmer könne nicht nur unmittelbar, sondern auch mittelbar ausgeübt werden. Das früher bestehende Interesse des Arbeitgebers an der Zahlung eines möglichst niedrigen Arbeitgeberbeitrages werde nunmehr durch die Zahlung von Aufwandsentschädigungen ersetzt. Die "Partner" der Mustervereinbarung der Klägerin seien nicht "Betreuungsbeauftragte" im Sinne der Wettbewerbsgrundsätze. Eine Funktion als Betreuungsbeauftragte nach den Wettbewerbsgrundsätzen zielen nicht nur auf die Mitgliederwerbung, sondern bedeute, jederzeit Ansprechpartner für die Kasse zu sein. Soweit die Klägerin auf einen Vorteil des Arbeitgebers durch eine nicht näher beschriebenen Service der Krankenkasse und die Betreuung hervorhebe, bleibe bereits unklar, ob eine Betreuung des Arbeitgebers oder des Versicherten gemeint sei und was genau die Klägerin hierunter verstehe. Auch die Auslobung entsprechender Aufwandsentschädigungen für die so genannten Laienwerber der Klägerin verstießen gegen [§ 4 Abs. 3 SGB V](#) i. V. m. [§ 86 SGB X](#). Denn auch insoweit seien die Wettbewerbsgrundsätze zu berücksichtigen und bei der Bewertung des Vorgehens der Klägerin heranzuziehen. Sinn und Zweck der Wettbewerbsgrundsätze sei nicht, auf die Einhaltung der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der einzelnen Krankenkasse hinzuwirken. Der Schaden durch die Verletzung wettbewerbsrechtlicher Grundsätze entstehe der Solidargemeinschaft im Ganzen und stelle sich auch nicht zwangsläufig als unmittelbare wirtschaftliche Schädigung einer einzelnen Krankenkasse dar. Die Höhe der zu gewährten Aufwandsentschädigungen sei festgelegt worden, um einen solidarischen und gerechten Wettbewerb der Kassen zur Gewinnung neuer Mitglieder zu sichern. Jedes Überschreiten der einheitlich bestimmten Obergrenzen führe dazu, dass sich die überschreitende Krankenkasse zu Lasten der anderen Wettbewerber Vorteile verschaffe und damit ein Ausufern des Wettbewerbsverhaltens der Krankenkassen untereinander begünstige. Damit werde nicht nur ein Ausufern des Wettbewerbsverhalten der Krankenkassen untereinander begünstigt, sondern die Solidargemeinschaft mittelbar als Ganzes geschädigt, da die Mittel nicht mehr der Leistungserbringung der Versicherten zur Verfügung stünden. Richtig weise die Klägerin darauf hin, dass die Beklagte ihr Aufsichtshandeln nicht allein auf die Wettbewerbsgrundsätze stützen könne. Diese könnten aber bei der Auslegung der Begriffe "Wirtschaftlichkeit", der Betrachtung des Einzelfalles und im Sinne des Begriffes "Zusammenarbeit" im Sinne der [§ 69 Abs. 2 SGB IV](#), [§ 12 Abs. 1 SGB V](#), [§ 4 Abs. 3 SGB V](#) i. V. m. [§ 86 SGB X](#) herangezogen werden. Das BSG habe zwar dargelegt, dass der Krankenkasse ein gehöriger Einschätzungsspielraum zur Beachtung des Gebotes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit verbleiben müsse. Dieser könne aber nicht grenzenlos sein. Die Beklagte habe zuletzt auch nicht die Anforderung an eine maßvolle Aufsichtsausübung verletzt. Diese Grundsätze kämen nur zur Anwendung, soweit sich die Rechtsauffassung des Versicherungsträgers im Bereich des rechtlich noch vertretbaren bewege. Andere Krankenkassen hätten beanstandete Handlungsweisen im Dialog oder nach aufsichtsrechtlicher Beratung eingestellt. Auch dies sei zu berücksichtigen. Die Beklagte habe deshalb ein öffentliches Interesse an einem fairen, aufsichtsrechtlich einheitlich bewerteten Wettbewerb und dessen Beachtung abgestellt. Es bestehe ein Interesse des Staates und der Bürger an der Vermeidung von Nachahmereffekten. Im Hinblick auf die gebotene Gleichbehandlung der Krankenkassen bei der Beurteilung des Wettbewerbsverhaltens und einer Vermeidung von Wettbewerbsvorteilen einzelner Krankenkassen habe auch berücksichtigt werden müssen, dass andere Krankenkassen nach aufsichtsrechtlicher Beratung eine entsprechende Vorgehensweise eingestellt hätten.

Hinsichtlich der Staffelpremien habe die Beklagte bereits in der Vergangenheit feststellen müssen, dass die Gewährung von Staffelpremien wegen des erhöhten finanziellen Eigeninteresses der Werbung in der Sozialversicherung nicht hinnehmbaren Verhaltensweisen geführt habe.

Entscheidungsgründe:

Die Klage ist zulässig.

Das hiesige Landessozialgericht ist nach [§ 29 Abs. 2 Nr. 2 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#) funktionell und nach [§ 57 Abs. 1 Satz 1](#), erste Alternative SGG analog örtlich zuständig. Die Klägerin ist ein Sozialversicherungsträger und hat ihren Sitz in Berlin. Es handelt sich um eine Aufsichtsangelegenheit. Offen bleiben kann, ob es sich um eine Anfechtungsklage ([§ 54 Abs. 1 Satz 1 SGG](#)) oder um eine Aufsichtsklage ([§ 54 Abs. 3 SGG](#)) handelt. Der Verpflichtungsbescheid der Beklagten ist jedenfalls ein Verwaltungsakt. Die Regelung hat Außenwirkung, weil sie in ihr Selbstverwaltungsrecht eingreift (vgl. BSG, Urteil vom 20. März 2018 – [B 1 A 1/17 R](#) – Rdnr. 9 für kombinierte Anfechtungs- und Verpflichtungsklage m. w.N.). Ein Vorverfahren war nach [§ 78 Abs. 3 SGG](#) nicht erforderlich.

Die Klage ist aber unbegründet.

Das Bundesversicherungsamt ist nach [§ 90 Abs. 1 SGB IV](#) für die Klägerin als bundesunmittelbarem Versicherungsträger die zuständige Aufsichtsbehörde. Als solche kann es nach [§ 89 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#) nach vorheriger, erfolglos verlaufender Beratung in pflichtgemäßer Ermessensausübung eine Verpflichtung aussprechen, eine festgestellte Rechtsverletzung zu beheben. Die Beklagte ist dabei auf eine Rechtsaufsicht beschränkt und darf nicht fachaufsichtlich Umfang und Zweckmäßigkeit von Maßnahmen zum Gegenstand ihrer staatlichen Überwachungstätigkeit machen, [§ 87 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#) (BSG, Urteil v. 22. März 2005 – [B 1 A 1/03 R](#) – juris-Rdnr. 33). Sie hat auf der einen Seite darüber zu wachen, dass die Klägerin die Gesetze und das sonstige für die Versicherungsträger maßgebendes Recht beachtet. Andererseits muss deren Selbstverwaltungsrecht als Trägerin mittelbarer Staatsverwaltung Rechnung getragen werden. Dabei ist zu beachten, dass der eigenverantwortliche Vollzug einer detaillierten Sozialgesetzgebung zum wesentlichen Kompetenzbereich der Selbstverwaltung gehört. Unter diesem Blickwinkel ist es einer Aufsichtsbehörde verwehrt, ihre Rechtsauffassung an die Stelle derjenigen der beaufsichtigten Körperschaft zu setzen, sofern Rechtsfragen zum Anlass einer Beanstandung genommen werden, die (bislang) weder das Gesetz noch die Rechtsprechung in eindeutiger Weise beantwortet hat. Ein rechtmäßiges aufsichtsrechtliches Einschreiten erfordert daher, dass die Beklagte zu Recht davon ausgehen dürfte, dass die klagende Krankenkasse mit ihrem Handeln Rechtsverstöße begangen hat. Der Grundsatz maßvoller Ausübung der Rechtsaufsicht gebietet es in diesem Zusammenhang, dem Beaufsichtigten einen gewissen Bewertungsspielraum zu belassen. Der Bewertungsspielraum endet allerdings, wenn gegen allgemein anerkannte Bewertungsmaßstäbe verstoßen wurde, die diesen Spielraum einengen oder ausschließen. Eine entsprechende Grenzüberschreitung stellt eine Rechtsverletzung

im Sinne des [§ 89 SGB IV](#) dar (BSG, a.a.O. Rdnr. 33 mit umfangreichen Nachweisen).

Gemessen an diesen Anforderungen sind die drei im Bescheid der Beklagten vom 26. Juni 2017 enthaltenen einzelnen Verpflichtungsanordnungen rechtmäßig.

Die Klägerin handelt zum einen rechtswidrig, soweit sie in ihrer Mustervereinbarung Aufwandsentschädigungen für die Werbung von Mitgliedern für sie an Arbeitgeber oder vom Arbeitgeber beauftragtes Personal gewähren will (Verpflichtungsanordnung Nr. 1).

Die "Partnervereinbarung – Mitgliedergewinnung" aufgrund welcher die Klägerin derartige Zahlungen leisten will, richtet sich zwar an sich nach dem Wortlaut allgemein an "Partner". Die Klägerin steht aber auf dem Standpunkt, dass auch der Arbeitgeber des Anzuwerbenden ein solcher Partner sein kann und insbesondere vom Arbeitgeber beauftragtes Personal, insbesondere Mitarbeiter der Personalabteilung. § 3 Abs. 2 der Mustervereinbarung enthält hierfür spezifische Regelungen.

[§ 4 Abs. 3 Satz 1 SGB V](#) verpflichtet die Krankenkassen zur engen Zusammenarbeit auch untereinander. Nach [§ 4 Abs. 3 Satz 2 SGB V](#) können Krankenkassen Unterlassungen unzulässiger Werbemaßnahmen von anderen Krankenkassen verlangen. Die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen untereinander werden dabei vom öffentlichen Recht geprägt. Ungeachtet der Kassenwahlfreiheit und der daraus resultierenden verstärkten Konkurrenz der Krankenkassen untereinander bleiben diese Organe der mittelbaren Staatsverwaltung und auch in ihren Werbemaßnahmen der gemeinsamen öffentlichen Aufgabe der gesundheitlichen Daseinsvorsorge verpflichtet. Die Grenzen des Wettbewerbs zwischen den Krankenkassen bestimmen sich deshalb anhand des gesetzlichen Auftrages und der zu seiner Verwirklichung erlassenen Vorschriften des Sozialgesetzbuches (BSG, a.a.O. Rdnr. 11). Beschränkungen hinsichtlich Form und Inhalt von Maßnahmen der Mitgliederwerbung ergeben sich insbesondere aus der Pflicht der Kassen zur Aufklärung, Beratung und Information der Versicherten ([§§ 13 bis 15 SGB I](#)) sowie dem Gebot, bei der Erfüllung dieser und anderer gesetzlicher Aufgaben mit den übrigen Sozialversicherungsträgern zusammenzuarbeiten ([§ 15 Abs. 3 SGB I](#); [§ 86 SGB X](#)). Wie bei jeder Handlungspflicht korrespondiert mit dieser eine Pflicht zur Unterlassung von Tätigkeiten, die dem vorgegebenen Handlungsziel zuwiderlaufen (BSG, a.a.O. Rdnr. 12). Die Krankenkassen sind als Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung im Wettbewerb untereinander besonderen Bedingungen unterworfen, die über jene des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb hinausgehen, da ihre Ausgaben durch Beiträge der Versicherten und Arbeitgeber finanziert werden, sie gesetzlich zur sparsamer und wirtschaftlicher Mittelverwendung verpflichtet sind und der Wettbewerb ihren sozialen Auftrag angemessen sein muss (Wettbewerbsgrundsätze Rdnr. 5). Nach den Wettbewerbsgrundsätzen (Rdnr. 41) darf die Autorität Dritter nicht zur Werbung eingesetzt werden. Damit soll sichergestellt werden, dass durch Dritte kein unzulässiger Druck auf potenzielle Mitglieder bei der Kassenwahl ausgeübt wird. Unzulässiger Einsatz der Autorität Dritter liegt dann vor, wenn damit zugunsten einer bestimmten Krankenkasse missbräuchlich oder täuschend Einfluss genommen und insbesondere die freie Kassenwahl unterlaufen wird. Dagegen ist die Inanspruchnahme der Kompetenz Dritter zulässig, falls das potenzielle Mitglied einen Informationsbedarf besitzt, den der Dritte sachlich korrekt und neutral befriedigen kann (Wettbewerbsgrundsätze Rdnr. 42). Die Wettbewerbsgrundsätze stellen eine einvernehmliche gemeinschaftliche Interpretation des gesetzlichen Handlungsrahmens durch alle Aufsichtsbehörden der gesetzlichen Krankenversicherung. Bei diesen handelt es sich zwar nicht um Rechtsnormen, sie dienen jedoch dem Ziel, ein einheitliches Wettbewerbsverhalten der Krankenkassen sicherzustellen. Ihnen kommt eine rechtliche Bedeutung zur Vereinheitlichung zu, um insbesondere ein Ausufern der Zahlungen und ein gegenseitiges Überbieten zu unterbinden.

Eine sachlich neutrale Information scheidet vor diesem Hintergrund aus, wenn sich ein Arbeitgeber bzw. Mitarbeiter des Arbeitgebers für eine bestimmte Krankenkasse einsetzen. Per se will die Klägerin insoweit die Autorität eines Dritten ausnützen. Es besteht ein enger Bezug zum Arbeitsverhältnis, da damit die Sozialversicherungspflicht verbunden ist, zu der die Wahl der Krankenkasse im direkten Bezug steht. Gerade bei Beginn des Arbeitsverhältnisses stellt sich die Frage der Krankenkasse. Arbeitgeber und Mitarbeiter stehen sich dabei von vornherein nicht im Grundsatz gleichwertig gegenüber. Es besteht deshalb immer die Gefahr, dass der Versicherte von einem Arbeitgeber alleine aus dessen Interessen heraus geworben wird und der Arbeitnehmer wegen eventuell zu befürchtender negativer Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis tatsächlicher oder auch nur vermeintlicher Art der Kassenwahl zustimmt. Die Pflicht, sachlich aufzuklären, wird jedenfalls dann verletzt, wenn der Arbeitgeber bzw. dessen Mitarbeiter eigennützig handeln, weil ihn bei erfolgreicher Werbung eine Provision erwartet. Bereits mit Urteil vom 20. April 1988 (- [3/8 RK 4/87](#) - [BSGE 63, 144](#), 146f) hat es das BSG als unzulässig angesehen, wenn ein Krankenkassenmitarbeiter in einem Werbegespräch darauf hinweist, dass der zukünftige Arbeitgeber ihr Mitglied sei und es gern sehe, wenn die neuen Mitarbeiter dies ebenfalls würden. Dies stellt eine unsachgemäße Beeinflussung dar (BSG, a. a. O.). Es ist auch ein Unterschied, ob eine Krankenkasse lediglich Werbeschreiben an Arbeitgeber verschickt mit der bloßen Bitte um Weiterleitung an die Arbeitnehmer so wie in dem vom LSG Rheinland-Pfalz im Beschluss vom 03. Mai 2005 (- [L 1 ER 11/05 KR](#)-) entschiedenen Fall, gegenüber der von der Klägerin geübten Praxis, dem Arbeitgeber bzw. dessen Mitarbeiter zusätzlich zu Informationsmaterial eine Provision für die erfolgreiche Mitarbeiterwerbung zu versprechen.

Die Auslobung von "Aufwandsentschädigungen" ist vorliegend auch kaum mit der Pflicht zur sachbezogenen Information und zur Rücksichtnahme auf die Belange der anderen Krankenversicherungsträger gekoppelt. Die entsprechenden Formulierungen der Partnervereinbarung bleiben sehr abstrakt. § 3 der Muster-Partnervereinbarung verpflichtet nur ganz allgemein zur Einhaltung der Regeln des UWG und der Wettbewerbsgrundsätze. Wobei "grundsätzlich" nur Werbematerialien einzusetzen sind, die von der Klägerin zu diesem Zweck bereitgestellt werden. Werbegeschenke dürfen den Betrag von "ca." fünf Euro nicht "wesentlich" übersteigen. Bei Neuaufnahme im Arbeitsumfeld muss der Partner sicherstellen, dass das freie Krankenkassenwahlrecht gegenüber dem Neukunden gegen den Neukunden nicht eingeschränkt wird, insbesondere kein "unzulässiger" Druck auf die Entscheidung ausgeübt wird. Ein gewisser noch zulässiger Druck soll danach möglich sein. Ebenso beispielsweise Überschreitungen bei der Höhe der Werbegeschenke. Da sich die Frage der Krankenkassenwahl oft im Zusammenhang mit dem Beginn des Arbeitsverhältnisses –nach der Intention der Klägerin jedenfalls bei einem Kontakt zur Personalstelle des Arbeitgebers– stellt, sieht sich der Interessent de facto immer in einer Zwangssituation. Er wird in eigenem Interesse der Bitte seines neuen Arbeitgebers folgen und die ihm von diesem empfohlene Kasse wählen.

Nur ergänzend sei darauf hingewiesen, dass die Wahl der Krankenversicherung durch den Arbeitnehmer voraussichtlich ab 2019 wieder Einfluss auf die Beitragsbelastung des Arbeitgebers haben wird. Der Entwurf zum GKV-Versichertenentlastungsgesetz sieht vor, dass die Gesetzliche Krankenversicherung ab 1. Januar 2019 wieder paritätisch finanziert wird. Dies gilt auch für den individuellen Zusatzbeitrag, den jede Krankenkasse selbst bestimmt (vgl. <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/versichertenentlastungsgesetz.html>).

Die Argumentation der Klägerin ist zudem teilweise widersprüchlich. Einerseits betont sie die Unabhängigkeit ihrer "Partner" vom Arbeitgeber. Andererseits argumentiert sie mit dem Interesse des Arbeitgebers zum Beispiel an von ihr erstellten Gesundheitsberichten. Die Klägerin kann sich zuletzt nicht ihrerseits mit Erfolg auf die Wettbewerbsgrundsätze berufen. Die Verpflichtungsverfügung der Beklagten bezieht sich ausschließlich auf Aufwandsentschädigungen für den Arbeitgeber bzw. von diesem bestimmtes Personal. Unabhängig hiervon bleiben die nach den Wettbewerbsgrundsätzen erlaubten Maßnahmen.

Der Senat teilt im Übrigen die Auffassung der Beklagten, dass hier auch ein Verstoß gegen das UWG vorliegt. Zwar hat der hiesige Senat im Urteil vom 10. Dezember 2014 – [L 1 KR 361/12](#) – die Auffassung vertreten, dass sich die Grenzen der zulässigen Werbung von Krankenkassen nicht aus dem UWG ergäbe. Daran habe auch die Entscheidung des EuGH vom 3. Oktober 2013 (– [C-59/12](#)) nichts geändert. Allerdings ändert sich an der Maßgeblichkeit des Sozialrechts nichts, wenn zur Konkretisierung seiner Anforderungen die Vorschriften des UWG herangezogen worden sind, um die Voraussetzungen eines lautereren Wettbewerbs der Krankenkassen zu konkretisieren (BSG, Urt. v. 2. Februar 1984 – [8 RK 41/82](#) – juris Rdnr. 27). Das UWG gibt insoweit einen Mindeststandard für das lautere Handeln im Wettbewerb vor, der aber durch die besonderen öffentlich-rechtlichen Bindungen der Krankenkassen überlagert werden kann. Zudem hat der EuGH entschieden, dass Krankenkassen Unternehmen (Gewerbetreibende) im Sinne der Richtlinie 2005/29/EG vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarkinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken) sind (EuGH, Urt. v. 3. Oktober 2013 – [C-59/12](#) – Rdnr. 38). Die Bedeutung dieser Entscheidung betrifft jedenfalls den Geltungsbereich der Richtlinie selbst. Nach Art 1, 3 Abs. 1 der Richtlinie 2005/29/EG regelt die Richtlinie das wettbewerbliche Verhalten des Unternehmers gegenüber den Verbrauchern. Artikel 11 Richtlinie 2005/12/EG (Durchsetzung) verpflichtet die Mitgliedstaaten, im Interesse der Verbraucher sicherzustellen, dass geeignete und wirksame Mittel zur Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken vorhanden sind, um die Einhaltung dieser Richtlinie durchzusetzen. Zu diesen Mitteln gehören die Rechtsvorschriften, die unter anderem ausdrücklich Mitbewerbern gestatten, unlautere Geschäftspraktiken zu bekämpfen. Über die Einhaltung dieser Regeln zu wachen ist im öffentlichen Interesse Teil der Rechtsaufsicht, welche die Beklagte auszuüben hat.

Die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Belange der anderen Krankenversicherungsträger ist demnach jedenfalls auch dann verletzt, wenn sich eine Maßnahme im Verhältnis der Krankenkassen untereinander direkt als rechtswidrig nach dem UWG darstellt und deshalb jedenfalls über [§ 4 Abs. 3 Satz 2](#) erster Halbsatz SGB V direkt Unterlassung verlangt werden könnte.

Nach [§ 4a Abs. 1 UWG](#) handelt unlauter, wer eine aggressive geschäftliche Handlung vornimmt, die geeignet ist, den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die dieser andernfalls nicht getroffen hätte. Eine geschäftliche Handlung ist aggressiv, wenn sie im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände geeignet ist, die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers erheblich zu beeinträchtigen durch 1. Belästigung, 2. Nötigung einschließlich der Anwendung körperlicher Gewalt oder 3. unzulässige Beeinflussung. Eine unzulässige Beeinflussung liegt vor, wenn der Unternehmer eine Machtposition gegenüber dem Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zur Ausübung von Druck, auch ohne Anwendung oder Androhung von körperlicher Gewalt, in einer Weise ausnutzt, die die Fähigkeit des Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers zu einer informierten Entscheidung wesentlich einschränkt.

Nach [§ 4a Abs. 2 S. 1 UWG](#) ist bei der Feststellung, ob eine geschäftliche Handlung aggressiv im Sinne des Absatzes 1 Satz 2 ist, ist unter anderem abzustellen auf Zeitpunkt, Ort und Art der Handlung (Nr. 1) und die bewusste Ausnutzung von Umständen von solcher Schwere, dass sie das Urteilsvermögen des Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers beeinträchtigen, um dessen Entscheidung zu beeinflussen (Nr. 3) sowie belastende oder unverhältnismäßige Hindernisse nichtvertraglicher Art, mit denen der Unternehmer den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer an der Ausübung seiner vertraglichen Rechte zu hindern versucht, wozu auch das Recht gehört, den Vertrag zu kündigen oder zu einer anderen Ware oder Dienstleistung oder einem anderen Unternehmer zu wechseln (Nr. 4) und Drohungen mit rechtlich unzulässigen Handlungen (Nr. 5).

Es ist danach unlauter, die Entscheidungsfreiheit eines sonstigen Marktteilnehmers – hier also des potentiell anzuwerbenden Arbeitnehmers, der sich frei für eine Krankenkasse entscheiden können soll, – durch Ausübung von Druck oder durch einen sonstigen unangemessenen oder unsachlichen Einfluss zu beeinflussen. Ein solcher Druck übt der Arbeitgeber oder dessen Mitarbeiter als Autoritätspersonen aufgrund der besonderen Situation aus, wie ausgeführt wurde.

Die weitere Voraussetzung einer Verpflichtung nach [§ 89 SGB IV](#) neben der Rechtsverletzung, dass die vorangegangene Beratung nicht zur Behebung der Rechtsverletzung geführt hat, ist erfüllt (vgl. hierzu Engelhard in: Schlegel/Voelzke, juris PK-SGB IV, 3. Auflage 2016, [§ 89 SGB IV](#) Rdnr. 65 mit Bezugnahme auf BSG, Urteil vom 12. November 2003 – [B 8 KN 1/02 UR](#)).

Ermessensfehler der Beklagten sind nicht ersichtlich. Die Beklagte hat ausweislich des Bescheides Ermessenserwägungen getroffen. Im Rahmen der reinen Rechtsaufsicht gebieten es die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der maßvollen Ausübung der Rechtsaufsicht, der beaufsichtigten Krankenkasse bei ihrer Verwaltungstätigkeit einen gewissen Bewertungsspielraum zu belassen. Entscheidungen der Versicherungsträger können aufsichtsrechtlich hinzunehmen sein, sofern sie "vertretbar" sind. Dies gilt allerdings nur insoweit, als dafür auch entsprechende Gestaltungsspielräume eröffnet sind (BSG, Urteil vom 20. März 2018 – [B 1 A 1/17 R](#) – Rdnr. 15). Einen solchen Gestaltungsspielraum hat das BSG hinsichtlich des Gebots der Wirtschaftlichkeit sowie der Sparsamkeit im Haushaltswesen und der relativen Vergütungsangemessenheit angenommen. Diesen wohne ein prognostisches Moment inne, welches die Annahme einer Einschätzungsprärogative rechtfertigt (BSG, a.a.O.). Diese Materien sind vorliegend nicht betroffen. Die Beklagte hat die Verpflichtung nicht erlassen, weil sie der Klägerin mangelnde Sparsamkeit vorwirft. Die Verpflichtung, das entsprechende Verhalten zu unterlassen, konnte vielmehr getroffen werden, weil damit ein Verstoß der Klägerin gegen die Wettbewerbsgrundsätze verhindert wird. Soweit sich die Beklagte darauf beruft, gegenüber anderen Krankenkassen einheitlich so verfahren zu sein, handelt es sich nicht um einen Zirkelschluss. Das Vorgehen gegen die Klägerin ist vielmehr gerade dem öffentlichen Interesse einer Gleichbehandlung aller Kassen geschuldet und deshalb alternativlos und der Klägerin zumutbar. Insbesondere wäre es bei weitem nicht so effektiv, der Klägerin lediglich in Einzelfällen "unrechtmäßigen Verhaltens" der Werber eine Kündigung der konkreten Partnervereinbarungen aufzugeben.

Auch die Verpflichtung nach Nr. 2 des streitgegenständlichen Bescheides vom 26. Juni 2017, keine Aufwandsentschädigung an Laienwerber

über den Betrag von mehr als 0,7 Prozent der monatlichen Bezugsgröße, gerundet auf den nächsten durch 5 teilbaren Betrag (zurzeit 25 Euro) zu zahlen, ist rechtmäßig. Die Praxis der Klägerin, den Laienwerbern die gleichen Sätze zu gewähren wie den berufsmäßigen Vermittlern, ist rechtswidrig. Sie verstößt gegen die Wettbewerbsgrundsätze.

Der Klägerin ist zwar zuzustimmen, dass die Höhe der Aufwandsentschädigung unter dem Aspekt der Wirtschaftlichkeit bzw. der Sparsamkeit keine zwingende Festlegung bedarf. Insoweit kann eine Aufsichtsordnung bereits rechtswidrig sein, weil das Aufsichtsrecht überschritten ist (BSG, Urt. vom 11. August 1992 -[1 RR 7/91](#), [BSGE 71, 108](#), 109 = juris-Rdnr. 12). Die Beklagte hat allerdings ihre Verpflichtung nicht auf den Aspekt mutmaßlicher Verschwendung von Mitteln gestützt, sondern auch insoweit auf die Pflicht zur Zusammenarbeit bzw. Rücksichtnahme der Kassen untereinander abgestellt. Sinn und Zweck der Wettbewerbsgrundsätze ist es in diesem Zusammenhang nicht, auf die Einhaltung der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der einzelnen Krankenkasse hinzuwirken. Der Schaden durch die Verletzung wettbewerbsrechtlicher Grundsätze entsteht der Solidargemeinschaft im Ganzen. Die Höhe der zu gewährten Aufwandsentschädigungen soll einen solidarischen und gerechten Wettbewerb der Kassen sichern. Indem die Klägerin den "Laienwerbern" gleich hohe Provisionen zugestehen will, macht sie sich die zweifelhaften Vertriebsmethoden der Versicherungswirtschaft zu Eigen, wonach die Werbenden gerade in seinem näheren persönlichen Umfeld – bevorzugt am Arbeitsplatz – Neukunden gewinnen sollen. Dabei wird darauf gebaut, dass aufgrund des persönlichen Kontaktes ein Abschluss eher erfolgt, als bei einer neutralen Geschäftsanbahnung über ein Vermittlungsunternehmen.

Ermessensfehler bei der Entscheidung der Beklagten, diesen Verstoß gegen die Wettbewerbsgrundsätze zu verhindern, sind ebenfalls nicht ersichtlich. Die Beklagte war insbesondere nicht deshalb gehalten, die erhöhten Provisionszahlungen an sogenannten Laienwerber zu tolerieren, weil die Differenzierung der Provisionshöhen zweifelhaft sein könnte. Die Klägerin will sich zu Lasten der Kassen, die sich an die Wettbewerbsgrundsätze halten, einen Vorteil verschaffen, weil sie die höheren Provisionszahlungen an "Laienwerber" offenbar als effektiv einschätzt. Soweit die Klägerin auf Nr. 17 der Wettbewerbsgrundsätze verweist, wonach die Kassen für allgemeine Werbung einschließlich der Aufwandsentschädigungen für Laienwerber auf 0,15 % der monatlichen Bezugsgröße je Mitglied beschränkt sind, ihr also entsprechend weniger Geld für andere Werbemaßnahmen verbleibe, ist auch dies kein Argument zur Duldung der überhöhten Provisionszahlungen. Die Klägerin zeigt damit selbst auf, dass sie zu Lasten kleinerer Konkurrentinnen auftreten will, da ihr die Wettbewerbsgrundsätze angesichts ihrer hohen Mitgliedszahl einen größeren absoluten Etat für allgemeine Werbemaßnahmen zubilligen als kleineren Kassen.

Die Verpflichtung Nr. 3, gewährte Aufwandsentschädigungen nicht durch Aufsattelungen durch Prämien und sonstige Vergünstigungen für erfolgreiche Mitgliederwerbung, insbesondere durch Staffelung der Prämie nach Anzahl der geworbenen Mitglieder, zu erhöhen und zu steigern, ist rechtmäßig. Auch insoweit ist die Praxis der Klägerin rechtswidrig, weil sie gegen die Wettbewerbsgrundsätze verstößt. Ermessensfehler sind nicht ersichtlich. Die Unterlassens-Verpflichtung ist verhältnismäßig. Der Beklagten ist zuzustimmen, dass gestaffelte Erfolgsprovisionen bereits ihrer Struktur her darauf angelegt sind, möglichst offensiv zu werben. Es ist sinnvoll, dass das Bundesversicherungsamt ein gegenseitiges Überbieten der Kassen mit Provisionszahlungen verhindern will.

Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 197 a SGG](#) i. V. m. [§ 154 Abs. 1](#) Verwaltungsgerichtsordnung.

Gründe für die Zulassung der Revision nach [§ 160 Abs. 2 SGG](#) liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BRB

Saved

2018-11-12