

---

## S 40 KR 234/08

### Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	-
Sozialgericht	Sozialgericht Dortmund
Sachgebiet	Krankenversicherung
Abteilung	40
Kategorie	-
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	-
Leitsätze	-
Normenkette	-

#### 1. Instanz

Aktenzeichen	S 40 KR 234/08
Datum	26.02.2014

#### 2. Instanz

Aktenzeichen	-
Datum	-

#### 3. Instanz

Datum	-
-------	---

1. Die Klagen werden abgewiesen. 2. Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über die Zulässigkeit neuer Wahltarife der Beklagten, die diese seit dem 01.04.2007 eingeführt und später um weitere Tarife ergänzt hat. Die Beklagte, eine gesetzliche Krankenversicherung, beantragte die Genehmigung einer Satzungsänderung durch das Landesversicherungsamt Nordrhein-Westfalen. Bestandteil dieser Änderung waren neue Wahltarife in den §§ 26 ff. der Satzung. Diese sahen eine Kostenerstattung für Leistungen im Ausland (§ 26), für "Krankenhauszuzahlung" (§ 27), für "Ein- oder Zweibettzimmer" im Krankenhaus (§ 28) sowie bei Zahnersatz (§ 29) vor. Die entsprechende Genehmigung wurde am 20.03.2007 durch das Landesversicherungsamt erteilt, so dass die Satzung zum 01.04.2007 in Kraft treten konnte und die entsprechenden Wahltarife durch die Beklagte seitdem angeboten wurden. Die Klägerin, ein privates Krankenversicherungsunternehmen, mahnte die Beklagte zusammen mit dem Verband der privaten Krankenversicherung e. V. durch Schreiben des Verfahrensbevollmächtigten vom 16.05.2007 zunächst ab und forderte sie zur Unterlassung auf. Nachdem diese die Abgabe einer entsprechenden strafbewehrten

---

Unterlassungserklärung mit Schreiben vom 22.05.2007 verweigert hatte, wurde von der Klägerin und dem Verband am 23.05.2007 beim Landgericht Köln der Erlass einer einstweiligen Anordnung, die auf Unterlassung des Angebots durch die Antragsgegnerin gerichtet war, beantragt. Nach Verweisung an das hiesige Sozialgericht wurde der Antrag mit Beschluss vom 24.01.2008 (Az.: [S 40 KR 236/07 ER](#)) abgelehnt. Die dagegen erhobene Beschwerde blieb erfolglos (Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen [LSG NRW], Beschluss vom 27.05.2008, Az.: [L 11 B 6/08 KR ER](#)). Die Beklagte änderte zum 01.07.2012 erneut ihre Satzung, um weitere Wahltarife zu schaffen. Nach Genehmigung der Satzung durch die Aufsichtsbehörde wurden Wahltarife für Kostenerstattung bei Vorsorgeleistungen zur Zahngesundheit (§ 33), bei häuslicher Krankenpflege (§ 34), bei Brillen (§ 34a) und bei kieferorthopädischer Behandlung (§ 35) eingeführt. Mit der am 06.08.2008 erhobenen Klage verfolgt die Klägerin ihr Ziel in der Hauptsache weiter. Sie ist der Ansicht, dass schon keine ausreichende Ermächtigungsgrundlage zum Erlass der von der Beklagten geschaffenen Wahltarife bestehe. [§ 53 Abs. 4](#) des Sozialgesetzbuches Fünftes Buch (SGB V) regle nur die Möglichkeit, für den Fall der Kostenerstattung entsprechende Wahltarife einzuführen. Daneben bestehe [§ 13 SGB V](#) unverändert fort. Insoweit nehme Satz 3 des [§ 53 Abs. 4 SGB V](#) auf die Regelung des [§ 13 Abs. 2 SGB V](#) Bezug. Daraus folge insgesamt, dass die Kostenerstattung nur anstelle der Dienst- oder Sachleistung erfolgen könne, so dass keine Leistungen erbracht werden könnten, die über [§ 11 SGB V](#) hinausgehen würden. Mit der Regelung solle letztlich dem Wunsch der Versicherten entsprochen werden, Leistungen autonom beziehen und diese selbstständig abrechnen zu können. In diesem Zusammenhang schaffe [§ 53 Abs. 4 SGB V](#) die Grundlage, die Kostenerstattung von der Krankenkasse zu verlangen und wie ein Privatpatient aufzutreten. Es fände sich in der Gesetzesbegründung kein Hinweis, dass mit der Norm über den gesetzlich vorgesehenen Sach- und Dienstleistungskatalog hinausgegangen werden dürfe. Vielmehr sei dort explizit angegeben, dass nur die Höhe der Kostenerstattung variabel sei. Damit sollten die Möglichkeiten der Kostenerstattung flexibilisiert und entbürokratisiert werden. Dies zeige, dass nur eine Kostenerstattung geregelt werden sollte, nicht aber eine optionale Leistungsaufstockung. Möglich sei daher ein Wahltarif, der die Erstattung von Rechnungen, die nach der Gebührenordnung der Ärzte (GOÄ) oder der Gebührenordnung der Zahnärzte (GOZ) berechnet worden seien, ermögliche. Dies sei durchaus attraktiv, da man faktisch wie ein Privatpatient auftrete, was Vorteile für den Versicherten mit sich bringe. Bei einer anderen Sichtweise würde die Regelung des [§ 194 Abs. 1a SGB V](#) umgangen. Dieser sehe nur eine Kooperation mit einer privaten Krankenversicherung im Bereich der Zusatzversicherung vor. Diese Norm diene dazu, den Wünschen der Versicherten nach Zusatzversicherungen aus einer Hand nachzukommen. Sie bestehe unverändert fort und gehe als speziellere Regelung der Norm des [§ 53 Abs. 4 SGB V](#) vor. Die Tarife würden zudem die Solidarität untergraben, da sie Zusatzleistungen nur gegen Entgelt anbieten würden. Mit den von der Beklagten geschaffenen Wahltarifen werde diese gesetzliche Konstruktion umgangen. So widerspreche die Kostenerstattung für die Krankenhauszahlung der gesetzlich geregelten Selbstbeteiligung nach [§ 39 Abs. 4 SGB V](#). Sie verkehre diese Regelung ins Gegenteil. Auch die Zwei-Bett-Unterbringung verstoße gegen [§ 39 SGB V](#). Dort gelte nämlich das Wirtschaftlichkeitsgebot nach [§ 12 Abs. 1 SGB V](#). Aus diesen Regelungen folge, dass

---

---

nur solche Leistungen erfasst würden, die nach Art und Schwere der Krankheit erforderlich seien. Weder sei insoweit aber eine Chefarztbehandlung erforderlich noch ein Zwei-Bett-Zimmer. Auch eine Auslandsreisekrankenversicherung habe nichts mit den gesetzlichen Aufgaben der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) zu tun. Soweit der Wahltarif Zahnersatz eine Erstattung des zweifachen Zuschusses vorsehe, gehe er über den gesetzlichen Umfang hinaus und verstoße ebenfalls gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot. Dies werde insbesondere deutlich bei dem Wahltarif über die Zahngesundheit. Die Beklagte bewerbe das Angebot damit, dass die Leistungen über den gesetzlichen Rahmen hinaus gingen. So seien Zahnprophylaxebehandlungen gerade nicht Bestandteil des gesetzlichen Leistungskatalogs. Weder [§ 21 ff. SGB V](#) noch [§ 28 Abs. 2 SGB V](#) deckten insoweit die Übernahme einer professionellen Zahnreinigung ab. Es sei noch nicht einmal ersichtlich, dass insoweit eine Prämie zu zahlen sei. Vielmehr finanziere sich der Monatsbeitrag von 3,70 EUR aus fiktiven Bonuszahlungen gemäß § 39 der Satzung der Beklagten. Soweit ein Wahltarif die Erstattung von häuslicher Krankenpflege vorsehe, gingen die Leistungen über den gesetzlichen Umfang hinaus. Es komme hinzu, dass der Wahltarif die Regelungen des [§ 37 Abs. 2 S. 5 SGB V](#) sowie Abs. 4 SGB V umgehen würden. Auch der Wahltarif bezüglich der Kostenerstattung für Brillen gehe selbst nach dem Vortrag der Beklagten über den gesetzlichen Leistungsumfang hinaus. Der Gesetzgeber habe vielmehr diese Leistungen explizit aus dem Leistungskatalog genommen. Zu guter Letzt habe dies für den Wahltarif über die Kostenerstattung für die kieferorthopädische Behandlung zu gelten. Dabei sehe die gesetzliche Regelung eine Kostenerstattung erst nach Abschluss der Behandlung vor. Dies werde durch den Tarif umgangen. Es handele sich um ein Finanzierungsangebot der Beklagten. Die Finanzierung von Behandlungskosten sei keine Aufgabe der gesetzlichen Krankenversicherung. Da die von der Beklagten geschaffenen Wahltarife über die Ermächtigungsgrundlage des [§ 53 Abs. 4 SGB V](#) hinausgingen, liege ein Verstoß gegen [§ 30 SGB IV](#) vor. Dieser sehe nämlich vor, dass nur Geschäfte zur Erfüllung der gesetzlich vorgeschriebenen oder zugelassenen Aufgaben durchgeführt werden dürfen. Daraus folge ein Verstoß gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Dieses sei zunächst anwendbar, weil [§ 69 SGB V](#) eine Anwendung nicht ausschließe. Die Norm betreffe nur das Verhältnis zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern. Die Zusatzversicherungen fielen aber nicht in den öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrag und beträfen nicht das Verhältnis der Beklagten zu Leistungserbringern. Damit liege ein Wettbewerbsverhältnis vor. Dies liege daran, dass sich die Beklagte außerhalb des Leistungskataloges bewege, die Angebote sich mit den Zusatzversicherungen der privaten Krankenversicherungen decken würden und sie den privaten Krankenversicherungen direkte Konkurrenz mache. Damit sei eine geschäftliche Handlung gegeben. Da die Angebote den Zusatzversicherungen der privaten Krankenversicherungen ähneln würden, könne ein Marktbezug nicht verneint werden. Es komme nach der Rechtsprechung nicht darauf an, ob die Leistungen öffentlich-rechtlich erbracht würden. Es bedürfe aber einer ausdrücklich gesetzlichen Befugnis für das Tätigwerden, woran es fehle. Einschlägig sei der Tatbestand des Rechtsbruchs. Es liege ein Verstoß gegen [§ 30 SGB IV](#) vor. Der Bundesgerichtshof (BGH) habe insoweit festgestellt, dass ein Verstoß gegen [§ 30 SGB IV](#) ein Verstoß gegen das UWG in Form des Vorsprungs durch Rechtsbruch darstelle. Dieser sei eine wertbezogene Norm, die die privaten Unternehmen vor

---

---

wirtschaftlichen Wettbewerb durch die GKV schützen solle. Die streitigen gesetzlichen Normen dienten im Interesse der privaten Krankenversicherungen dazu, ein ganz bestimmtes Handeln auf dem Markt zu untersagen. Es handele sich nicht um eine Marktzutritts-, sondern um eine Marktverhaltensregel. Jedenfalls sei davon auszugehen, dass die streitige Norm auch das Marktverhalten regeln würde. Dies sei anhand einer Gesamtabwägung zu entscheiden. Die Beklagte überschreite hier die gesetzlichen Grenzen, so dass ein Verstoß gegen eine Marktverhaltensregelung vorliege. Der Mangel werde durch die Genehmigung der Satzung nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) gerade nicht geheilt. Zudem liege eine Marktbehinderung gemäß [§ 3 UWG](#) vor. Die Beklagte würde den Markt mit ihrem Zutritt monopolisieren und den bisher funktionierenden Wettbewerb zum Erliegen bringen. Es liege eine Marktstörung vor, was der Fall sei, wenn ein wettbewerblich bedenkliches Verhalten für sich allein oder in Verbindung mit den zu erwartenden gleichartigen Maßnahmen von Wettbewerbern die ernstliche Gefahr begründe, dass der Wettbewerb in nicht unerheblichem Maße eingeschränkt werde. Zudem verletze die Beklagte durch ihre Wahltarife die verfassungsrechtlich verbürgten Grundrechte der Klägerin. Maßgeblich sei das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage. Für die Regelung des [§ 53 Abs. 4 SGB V](#) fehle es dem Gesetzgeber an einer Gesetzgebungskompetenz. Da kein soziales Bedürfnis der Versicherten bestehe und die Regelung der Stärkung der gesetzlichen Krankenkassen im Verhältnis zu den privaten Krankenversicherungen diene, bestehe ein Verstoß gegen das Solidaritätsprinzip. Es werde letztlich ein Zusatzbedürfnis abgesichert, das kein Sachzusammenhang mit der bisherigen Tätigkeit der GKV aufweise, da diese bisher ohne die Zusatzangebote ausgekommen sei. Insoweit liege ein Verstoß gegen [Art. 12 des Grundgesetzes \(GG\)](#) vor. Ein Eingriff sei gegeben, wenn der Staat bei seiner wirtschaftlichen Betätigung spezifische Strukturvorteile ausnutze und damit gegenüber privaten Wettbewerbern, die hierauf nicht zurückgreifen könnten, Wettbewerbsvorteile erlange. Vielmehr sei der öffentliche Auftraggeber gezwungen, mit systemkonformen, d.h. gleichen und marktmäßig bestimmten Konditionen aufzutreten. Hier nutze die Beklagte aber ihre Strukturvorteile. Sie vollziehe die gesetzliche Krankenversicherung als Angebotsmonopolistin, so dass sie erleichterten Zugang zu den Versicherten habe. Dies gelte insbesondere bezüglich der Versichertendaten. Versicherte würden die Angebote eher bei ihrem Anbieter für eine Vollversicherung abschließen. Schließlich genieße sie Steuervorteile, unterliege nicht dem Insolvenzrecht und könne sich günstig Kredite beschaffen. Daraus folge auch ein Verstoß gegen [Art. 3 GG](#). Der Beklagten werde ermöglicht, Zusatzangebote zu unterbreiten. Umgekehrt habe aber die private Krankenversicherung nicht die Möglichkeit, ihre Angebote, d.h. insbesondere die Vollversicherung, allen Versicherten der GKV anzubieten. Wegen des Verstoßes gegen [Art. 12 GG](#) habe der Gesetzgeber nur einen geringen Spielraum bei der Ausgestaltung. Da es um die Eigenverantwortung des Einzelnen gehe, könne nicht mehr auf die Solidargemeinschaft als Rechtfertigung zurückgegriffen werden. Die Regelung sei schon nicht erforderlich, da ausreichend Angebote durch die private Krankenversicherung (PKV) vorhanden seien. Darüber hinaus diene die Norm nicht der Sicherung der Leistungsfähigkeit der gesetzlichen Krankenversicherung. Die Beklagte missbrauche mit ihren Wahltarifen ihre hoheitliche Position, da sie andere Finanzierungsmöglichkeiten habe, keine Rücklagen bilden müsse, Steuerfreiheit

---

---

genieße und ihre Tarife missbräuchlich ausgestalten könne. Dem stehe die Regelung des [§ 53 Abs. 9 SGB V](#) nicht entgegen. Diese sei unzureichend und könne eine Quersubventionierung nicht ausschließen. Die Ausgestaltung der Wahltarife fuße nicht auf dem Solidaritätsprinzip. Vielmehr erfolge eine Stufung nach dem Lebensalter. Soziale Erwägungen fänden keine Berücksichtigung. Es führe daher zu einer Endsolidarisierung, da nur noch gut verdienende Versicherte sich die Leistungen beschaffen könnten. Man behandle insoweit Ungleiches ohne rechtfertigenden Grund gleich. Zwar unterscheide sich das System der GKV erheblich von dem der PKV. Gleichwohl treffe man im Bereich der Wahltarife aufeinander, wo die Beklagte von ihrer hoheitlichen Struktur profitiere. Festzuhalten sei ein Verstoß gegen das Europäische Wettbewerbsrecht. Dies gelte zunächst in Bezug auf [Art. 106](#) des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV). Dieser bewirke ein Besserstellungsverbot für öffentliche Unternehmen. Er sei unmittelbar anwendbar und durch nationale Gerichte zu beachten. Die Beklagte sei dabei als Unternehmen im Sinne des Europarechts anzusehen. Unternehmen sei jede Einheit, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübe. Etwas anderes gelte nur dann, wenn sie mit der Verwaltung des Krankenversicherungssystems betraut sei, nur die Gesetze anzuwenden habe und keine Möglichkeit besäße, auf die Höhe der Beiträge, die Verwendung der Mittel und die Bestimmung des Leistungsumfangs Einfluss zu nehmen. Das sei nicht der Fall, wenn sie, wie hier mit den privaten Unternehmen in Konkurrenz treten würde. Sie könne die Tarifgestaltung selbstständig vornehmen. Der Beitritt erfolge freiwillig. Damit sei davon auszugehen, dass die Beklagte im Bereich der Wahltarife ein Unternehmen im Sinne des Europäischen Wettbewerbsrechts sei. Es liege ein Verstoß gegen [Art. 102 AEUV](#) vor. Dies sei bereits dann der Fall, wenn eine Situation entstehe, welche ein missbräuchliches Verhalten zwangsläufig herbeiführe oder zu mindestens begünstige. Ein Verstoß müsse damit gerade noch nicht vorliegen. Hier könne sich die Beklagte auf Grund ihres Monopols auf dem Markt der Krankenvollversicherung auf dem benachbarten Markt der Zusatzversicherung Vorteile verschaffen. Es liege ein einheitlicher Markt der Zusatzversicherung vor. Dabei seien die gesetzlichen Krankenkassen schon als Einheit zu betrachten. Zumindest aber müsse man den AOK-Verband als Einheit auffassen, da sie sich den deutschen Markt räumlich aufgeteilt hätten. Insoweit hätten sie zusammen einen Marktanteil von 36 %. Jedenfalls müsse man den Markt auf dem räumlichen Bereich der AOK Rheinland/Hamburg begrenzen. Dort sei sie die größte Krankenkasse. Bei der Berechnung der Marktanteile sei zu berücksichtigen, dass bestimmte Personengruppen nicht in die GKV wechseln könnten, so dass von über 30 % Marktanteil in Nordrhein-Westfalen und 19 % in Hamburg auszugehen sei. Eine Quersubventionierung, die hier gerade nicht ausgeschlossen sei, stelle einen Behinderungsmissbrauch dar. Gelder aus der Monopolstellung dürften nicht in die anderen Bereiche transferiert werden. Durch die Verdrängung der privaten Krankenversicherung würden die Interessen der Verbraucher beeinträchtigt. Auch hier seien die entsprechenden Strukturvorteile zu berücksichtigen. Eine Rechtfertigung nach [Art. 106 Abs. 2 AEUV](#) komme nicht in Betracht. Es liege schon keine Dienstleistung vom allgemeinen wirtschaftlichen Interesse vor, da die Beklagte den Tarif nur den Mitgliedern anbiete und kein spezifisches Versorgungsniveau aufrecht erhalten werde. Zudem fehle es an einer Betrauung, da es den Krankenkassen freigestellt sei, ob sie die Angebote unterbreiten würden.

---



---

Dem stehe die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts nicht entgegen. Das BSG gehe schon von einem geringen Anwendungsbereich des [§ 53 SGB V](#) aus. Diesen habe die Beklagte mit den Wahltarifen jedoch überschritten. Es liege schließlich ein Verstoß gegen [Art. 107 AEUV](#) vor. Wegen der Zahlung aus dem Gesundheitsfond handele es sich um staatliche Mittel. Dies gelte ebenso für die sonstigen Strukturvorteile. Es erfolge außerdem eine verbotene Quersubventionierung. Gegenteiliges sei nicht nachgewiesen. Die Testate des Aktuars seien nicht aussagefähig und nachvollziehbar. Prozessual sei die Klageerweiterung in Bezug auf die neuen Satzungsregelungen zulässig. Sie sei in jedem Falle sachdienlich. Auch die Feststellungsklage sei zulässig. In der Rechtsprechung sei anerkannt, dass in bestimmten Fällen eine Feststellungsklage gegen untergesetzliche Normen in Betracht komme. Das LSG NRW habe insoweit in einem Verfahren, in dem die Beklagte beigeladen gewesen sei, die Zulässigkeit festgestellt. Die Umstellung auf eine Feststellungsklage stelle keine Klageänderung dar. Vielmehr greife vorliegend [§ 99 Abs. 3 Nr. 2](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG). Zudem habe die Beklagte stillschweigend eingewilligt. Denn der von ihr formulierte Widerspruch beziehe sich lediglich auf die neuen Satzungsregelungen, nicht aber auf die Feststellungsklage. Schließlich sei die Klageerweiterung auch sachdienlich. Die Klägerin beantragt, 1. Die Beklagte hat es unter Androhung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000 EUR – ersatzweise Ordnungshaft – oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr Versicherungsleistungen in Form von Kostenerstattungstarifen für Zusatzleistungen anzubieten und/oder anbieten zu lassen und/oder zu bewerben und/oder bewerben zu lassen, welche als Zusatzversicherungen außerhalb des Leistungskatalogs der gesetzlichen Krankenkassen liegen, wie dies a) in den §§ 26 bis 29 der Satzung der Beklagten vom 01.04.2007 (jüngst in der Fassung der Satzung der Beklagten vom 01.07.2012) mit den Angeboten – "Tarif für die Kostenerstattung für Leistungen im Ausland" (§ 26 der Satzung), – "Tarif für die Kostenerstattung Krankenhauszuzahlung" (§ 27 der Satzung), – "Tarif für die Kostenerstattung bei Wahlleistung Ein- oder Zweitbettzimmer im Krankenhaus" (§ 28 der Satzung) und/oder – "Tarif für die Kostenerstattung bei Zahnersatz" (§ 29 der Satzung) vorgesehen ist, b) in den §§ 33 bis 35 der Satzung der Beklagten vom 01.07.2012 mit den Angeboten – "Tarif für die Kostenerstattung bei Vorsorgeleistungen zur Zahngesundheit" (§ 33 der Satzung), – "Tarif für die Kostenerstattung bei häuslicher Krankenpflege" (§ 34 der Satzung), – "Tarif für Kostenerstattung bei Brillen" (§ 34 a der Satzung) und/oder – "Tarif für die Kostenerstattung kieferorthopädischer Behandlung" (§ 35 der Satzung) vorgesehen ist, hilfsweise 2. Es wird festgestellt, dass die von der Beklagten verwendeten Regelungen der a) §§ 26 bis 29 der Satzung der Beklagten vom 01.04.2007 (jüngst in der Fassung der Satzung der Beklagten vom 01.07.2012) mit den Angeboten – "Tarif für die Kostenerstattung für Leistungen im Ausland" (§ 26 der Satzung), – "Tarif für die Kostenerstattung Krankenhauszuzahlung" (§ 27 der Satzung), – "Tarif für die Kostenerstattung bei Wahlleistung Ein- oder Zweitbettzimmer im Krankenhaus" (§ 28 der Satzung) und/oder – "Tarif für die Kostenerstattung bei Zahnersatz" (§ 29 der Satzung) sowie b) §§ 33 bis 35 der Satzung der Beklagten vom 01.07.2012 mit den Angeboten – "Tarif für die Kostenerstattung bei Vorsorgeleistungen zur Zahngesundheit" (§ 33 der Satzung), – "Tarif für die Kostenerstattung bei häuslicher Krankenpflege" (§ 34 der Satzung), –

---

---

"Tarif für Kostenerstattung bei Brillen" (§ 34 a der Satzung) und/oder - "Tarif für die Kostenerstattung kieferorthopädischer Behandlung" (§ 35 der Satzung) ungültig sind. Die Beklagte beantragt, die Klagen abzuweisen. Sie ist der Ansicht, dass [§ 53 Abs. 4 SGB V](#) eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage für die von ihr geschaffenen Wahltarif darstelle. Die Norm regle die Einführung von Wahltarifen und nicht die Kostenerstattung. Dies werde auch dadurch deutlich, dass innerhalb des [§ 53 SGB V](#) Wahltarife über die Kostenerstattung geschaffen werden könnten. Vielmehr könne der Wahltarif Höhe der Kostenerstattung und eine entsprechende Prämienzahlung vorsehen. Sehe man dies anders, verbliebe für die Norm kein sinnvoller Anwendungsbereich, da insoweit schon [§ 13 Abs. 2 SGB V](#) eingreifen würde. Die Gesetzesbegründung spreche nur davon, dass beispielsweise Regelungen geschaffen werden könnten, die Erstattungen über den 2,3fachen Satz der GOÄ vorsehen würden. Damit werde deutlich, dass auch andere Regelungen zulässig seien. Schon die vom Gesetzgeber benannte mögliche Regelung stelle darüber hinaus eine qualitative Ausweitung des Leistungsumfangs der gesetzlichen Krankenversicherung dar, denn es könnten damit Leistungen bezogen werden, deren Übernahme sonst nicht möglich seien. Ein weiteres Verständnis werde auch dadurch bestätigt, dass durch die Norm die Wettbewerbsposition der GKV zur privaten Krankenversicherung (PKV) gestärkt werden sollte. Die Angebote seien nicht mit Zusatzversicherungen nach [§ 194 SGB V](#) vergleichbar. Sie seien schon keine selbstständigen Angebote, sondern Tarifoptionen, die an das Bestehen einer Vollversicherung knüpfen würden. Die Regelung des [§ 194 SGB V](#) schaffe nur eine gesetzliche Grundlage für Kooperation, schließe aber Wahltarife nicht aus. Sie werde durch ein weiteres Verständnis des [§ 53 Abs. 4 SGB V](#) auch nicht überflüssig, da die Krankenkassen nicht zur Einführung von Wahltarifen verpflichtet seien. Vielmehr könnten sie auch weiterhin lediglich Zusatzversicherungen gemäß [§ 194 SGB V](#) vermitteln. Die Finanzierung der Tarife werde schon dadurch gesichert, dass eine Mindestbindungsfrist von 36 Monaten bestehe. Es gelte insoweit auch das Solidaritätsprinzip. Es finde gerade keine Risikoselektion statt. Zudem erfolge auch ein Finanzausgleich innerhalb des Tarifs. Die von ihr geschaffenen Wahltarife seien den Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung nicht fremd. So umfasse der Anspruch nach [§ 39 SGB V](#) auch die Unterbringung. Dies könne, wenn es medizinisch erforderlich sei, die Behandlung durch den Chefarzt sowie eine Unterbringung im Einzel- oder Zwei-Bett-Zimmer sein. Der Wahltarif über die Auslandsreiseversicherung sei inhaltlich durch die [§§ 17 und 18 SGB V](#) gedeckt. Bezüglich des Wahltarifs zum Zahnersatz sei auf [§ 28 Abs. 2 SGB V](#) zu verweisen. Der Wahltarif über die Zahngesundheit fuße auf § 21 ff. und [§ 28 Abs. 2 SGB V](#). Insoweit werde sehr wohl eine Prämie erhoben und verbucht. Diese orientiere sich an den Kosten und dem Verwaltungsaufwand. Eine Quersubventionierung sei insoweit ausgeschlossen. Auch die häusliche Krankenpflege sei nach [§ 37 SGB V](#) grundsätzlich Gegenstand der GKV. [§ 33 Abs. 2 SGB V](#) zeige, dass Brillen durchaus Gegenstand der GKV seien. Dies gelte schließlich auch für den Wahltarif bezüglich der kieferorthopädischen Behandlung. Mit dem Tarif werde sichergestellt, dass Versicherte, die sich den Eigenanteil nicht leisten könnten, gleichwohl die notwendige kieferorthopädische Behandlung beziehen können. Soweit sich die Klägerin auf [§ 30 SGB IV](#) berufe, liege schon kein Verstoß vor. Außerdem gebe die Norm der Klägerin kein subjektiv-öffentliches Recht. Der Schutz der PKV sei nicht vom Schutzzweck der Norm umfasst. Das UWG sei bereits nicht anwendbar. Alles

---

Handeln der Krankenkassen, das sich auf das SGB V stütze, sei dem öffentlichen Recht zugewiesen und damit dem UWG entzogen. Es wäre widersprüchlich, wenn man das Verhältnis der Krankenkassen zu ihren Leistungserbringern aus dem Anwendungsbereich des UWG herausnehme, aber bei Betroffenheit von Dritten den Anwendungsbereich eröffnen möchte. Nach der Rechtsprechung des BGH komme es dabei gerade nicht darauf an, ob das Handeln vom SGB V gedeckt sei, soweit sich die Beklagte auf eine solche Norm stütze. Es genüge, wenn die Regelung dem öffentlich rechtlichen Versorgungsauftrag dienen solle. Insoweit habe die Beklagte die Wahltarife auf [§ 53 Abs. 4 SGB V](#) gestützt und damit hoheitlich gehandelt. Es bestehe darüber hinaus kein Wettbewerbsverhältnis zwischen der GKV und der PKV. Es finde allenfalls ein Systemwettbewerb statt. Dies gelte auch für die Wahltarife, da diese Bestandteil des öffentlich rechtlich ausgestalteten Versicherungsverhältnisses seien. Es fehle schließlich an einer geschäftlichen Handlung gemäß [§ 2 UWG](#). Ergreife die öffentliche Hand hoheitliche Maßnahmen, zu denen sie gesetzlich ausdrücklich ermächtigt oder verpflichtet sei und bewege sie sich innerhalb dieser Rechtsgrundlage, liege ein rein hoheitliches Handeln vor, das nicht dem Anwendungsbereich des UWG unterfalle. Schließlich stelle die Regelung des [§ 53 Abs. 4 SGB V](#) auch eine Marktzutrittsregelung dar, so dass ein Rechtsbruch nach [§ 4 Nr. 11 UWG](#) nicht feststellbar sei. Die Norm erfasse nämlich nur Marktverhaltensregelungen. Das UWG diene nicht dem Erhalt bestimmter Marktstrukturen. [§ 30 SGB IV](#) und [§ 53 Abs. 4 SGB V](#) beträfen aber nur das "Ob" des Tätigwerdens. Schließlich läge auch eine Genehmigung der Satzung vor, was nach der Rechtsprechung des BGH einen Rechtsbruch ausschließe. Eine Grundrechtsverletzung sei nicht feststellbar. Die Gesetzgebungskompetenz folge aus [Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG](#). Der Begriff der Sozialversicherung erlaube die Einbeziehung neuer Sachverhalte, soweit die wesentlichen Strukturmerkmale erhalten blieben. Insoweit böten die Tarife solchen Versicherten Möglichkeiten, die wegen ihrer Vorerkrankung keinen Versicherungsschutz bei der PKV erlangen könnten. Außerdem solle damit die Leistungsfähigkeit der Solidargemeinschaft erhalten bleiben. [Art. 12 GG](#) gewähre keinen Schutz vor Konkurrenz. Dies gelte ebenfalls, wenn die öffentliche Hand auf dem Markt auftrete. Etwas anderes sei dann anzunehmen, wenn ein Monopol begründet werde oder ein Verdrängungswettbewerb verbunden mit einer unzumutbaren Einschränkung der Betätigungsmöglichkeiten der privaten Unternehmen stattfinde. Weder werde hier aber ein Monopol geschaffen, noch finde ein Verdrängungswettbewerb statt, da Quersubventionierungen ausgeschlossen seien und das Angebot auf die Mitglieder regional begrenzt sei. Es handele sich ohnehin allenfalls um eine Berufsausübungsregelung. Zur Rechtfertigung komme die Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der gesetzlichen Krankenversicherung in Betracht. Es liege weiterhin keine Ungleichbehandlung im Sinne von [Art. 3 GG](#) vor. Auf Grund der konkreten Ausgestaltung seien die Angebote schon nicht vergleichbar. Es finde grundsätzlich kein Systemwettbewerb statt. Schließlich sei die Regelung nicht willkürlich. Es werde weder ein Monopol begründet, noch finde ein Verdrängungswettbewerb statt. Die Regelung sei damit vom weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers gedeckt. Es liege entgegen der Ansicht der Klägerin kein Verstoß gegen das Europäische Wettbewerbsrecht vor. Das gelte zunächst für [Art. 106 AEUV](#). Die unmittelbare Anwendbarkeit bedeute insoweit lediglich, dass die Norm vom Nationalen Gericht anzuwenden sei. Adressat sei aber

---



---

der Mitgliedsstaat, so dass kein Unterlassungsanspruch gegen die Beklagte daraus folge. Die Beklagte sei selbst kein Unternehmen im Sinne des Europäischen Wettbewerbsrechts. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) habe bestätigt, dass die Tätigkeit der Krankenkassen generell nicht dem Kartellrecht unterworfen sei. Nur in Ausnahmefällen könne dies anders sein, zum Beispiel, wenn die Krankenkassen eigene Interessen verfolge, welche sich vom sozialen Zweck abtrennen ließen, was hier aber nicht der Fall sei. Grundsätzlich solle mit den Wahltarifen die Leistungsfähigkeit der Solidargemeinschaft gestärkt werden. Es solle eine Abwanderung von Mitgliedern verhindert werden. Eine Trennung der Wahltarife von dem sozialen Zweck der Krankenkassen sei nicht möglich. Die Beiträge seien der Höhe nach begrenzt und es seien staatliche Vorgaben für die Ausgestaltung getroffen worden. Sie dienten nicht der Gewinnerzielung. Das BSG habe mittlerweile mehrfach bestätigt, dass die gesetzlichen Krankenversicherungen weiterhin keine Unternehmen im Sinne des Europäischen Wettbewerbsrechts seien. Die Wahltarife seien insoweit der Ausgleich für den Wegfall der Bestimmung über den Beitragssatz. Das BSG habe dabei den sozialen Charakter der Krankenkasse, der durch die Wahltarife nicht geändert würde, gewürdigt. Dies habe es schließlich noch einmal in einem Verfahren, in dem die hiesige Beklagte beigeladen war, bestätigt. Es läge auch kein privilegiertes Unternehmen im Sinne von [Art. 106 AEUV](#) vor. Es bestehe schon keine rechtliche Einflussmöglichkeit des Staates. Es sei nur eine Rechtsaufsicht gegeben und sonst werde die Aufgabe in eigener Verantwortung wahrgenommen. Es komme hinzu, dass sie nicht auf einem Markt tätig sei und dort auch keine besondere Stellung inne habe. Es sei keine zwangsläufige Herbeiführung eines Verstoßes gegeben, da Wahltarife freiwillig seien. Wegen der Angebote der privaten Krankenversicherung bestehe auch kein Monopol. Da sie rechtlich selbstständig sei, könne man für die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung nicht auf das Gesamtsystem abstellen, ebenso wenig auf die AOK-Gemeinschaft. Als einzelne Krankenversicherung habe sie keine Monopolstellung, da sie mit rund 3 Millionen Mitgliedern weder bundesweit noch begrenzt auf das Gebiet Rheinland und Hamburg einen Marktanteil von mehr als 50 % habe. Dies gelte insbesondere für die Zusatzangebote, die auf die Mitglieder begrenzt seien, die aus dem entsprechenden Gebiet kommen müssten. Dem gegenüber könne die PKV den gesamten Markt bedienen. Für die Abgrenzung des Marktes komme es darauf an, welche Angebote substituierbar seien. Insoweit seien überwiegend bundesweit tätige Anbieter festzustellen, so dass für die Marktabgrenzung auf das Bundesgebiet abzustellen sei. Die dabei von ihr bis jetzt abgeschlossenen Wahltarife würden auch einen Marktanteil von 25 % nicht begründen. Schließlich sei wegen der Genehmigung durch das Landesversicherungsamt ein Missbrauchstatbestand nicht erfüllt. Entgegen der Ansicht der Klägerin gebe es auch keinen Missbrauchstatbestand der Quersubventionierung. Vielmehr sei einem Monopolunternehmen ebenso grundsätzlich erlaubt, Gewinne aus dem einen Bereich in den anderen Bereich zu verlagern. Nur die Finanzierung von Kampfpreisen sei verboten, was nicht gegeben sei. Da sie kein Unternehmen im Sinne des Wettbewerbsrechts sei, liege auch kein Verstoß gegen das Beihilfenrecht vor. Den vermeintlichen Strukturvorteilen stünden zudem Nachteile gegenüber wie ein Kontrahierungszwang, beitragsfreie Mitversicherung von Familienmitgliedern, das Verbot von Risikozuschlägen. Die fehlende Insolvenzfähigkeit sei mittlerweile aufgehoben worden. Die Prämien seien kostendeckend allerdings ohne

---

---

Gewinnerzielungsabsicht kalkuliert. Dabei erfolge ein Ausgleich innerhalb des Tarifs, so dass die Prämie nicht risikoadäquat sein müsse. Die Einhaltung der Voraussetzungen werde durch die Aufsichtsbehörde und einen Aktuar überprüft. Prozessual sei die Klageerweiterung unzulässig. Der Erweiterung im Hinblick auf die weiteren Wahltarife widerspreche sie ausdrücklich. Diese sei nicht sachdienlich, da ein neuer Streitstoff in das Verfahren eingeführt und das Verfahren verzögert werde. Ebenso habe man der Erweiterung durch die hilfsweise Feststellungsklage widersprochen. Die Klageänderung sei auch nicht sachdienlich, da dadurch ebenfalls ein neuer Streitstoff eingeführt und das Verfahren, z.B. durch die notwendige Beiladung, verzögert werde. Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakte, die Akte [S 40 KR 236/07 ER](#) sowie die Verwaltungsakte der Beklagten, die das Gericht beigezogen hat und die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen ist, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

1. Die Klage im Hauptantrag ist zulässig, aber unbegründet. Die hilfsweise erhobene Feststellungsklage ist unzulässig. a. Der Sozialrechtsweg ist vorliegend gemäß [§ 51 Abs. 1 S. 1 Nr. 2](#) i.V.m. Abs. 2 SGG eröffnet (vgl. LSG NRW, Beschluss vom 07.05.2008, Az.: [L 5 B 8/08 KR ER](#); LSG NRW, Beschluss vom 27.05.2008, Az.: [L 11 B 6/08 KR ER](#); Giesen, Wahltarife der gesetzlichen Krankenversicherung, 2010, S. 97). Nach [§ 51 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGG](#) entscheiden die Sozialgerichte über öffentlich-rechtliche Streitigkeiten in Angelegenheiten der GKV. Gemäß [§ 51 Abs. 2 S. 1 SGG](#) gilt dies auch für privatrechtliche Streitigkeiten in Angelegenheiten der GKV, auch soweit durch diese Angelegenheiten Dritte betroffen sind. Damit werden sämtliche Rechtsstreitigkeiten aus dem öffentlich-rechtlichen Rechts- und Pflichtenkreis der Krankenkassen, die unmittelbar ihre öffentlich-rechtliche Aufgabe betreffen, den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit zugewiesen (BSG, Beschluss vom 28.09.2010, Az.: [B 1 SF 1/10 R](#)). Erfasst werden alle Streitigkeiten, die aus Anlass der Durchführung der öffentlichen Aufgabe "Sozialversicherung" entstehen, sofern die Streitigkeiten ihre materiell-rechtliche Grundlage im Sozialversicherungsrecht haben (BSG, Beschluss vom 28.09.2010, Az.: [B 1 SF 1/10 R](#); vgl. auch BGH, Beschluss vom 17.08.2011, Az.: [I ZB 7/11](#)). Dies ist vorliegend der Fall. Streitig ist die aus [§ 53 Abs. 4 SGB V](#) fließende Kompetenz der Krankenkassen, Wahltarife zugunsten ihrer Versicherten einzuführen. Da dies regelmäßig durch eine Regelung in der Satzung umgesetzt wird, ist zudem die aus [§ 30 SGB IV](#) folgende Kompetenz zum Setzen autonomen Satzungsrechts berührt. Dies sind jeweils öffentlich-rechtliche Normen des Sozialversicherungsrechts, die die Grundlage der Streitigkeiten bilden. Damit kommt es nicht darauf an, dass sich die Klägerin auch auf Anspruchsgrundlagen aus dem GWB und dem UWG beruft (vgl. BSG, Beschluss vom 28.09.2010, Az.: [B 1 SF 1/10 R](#), bezüglich einer Verfügung des Bundeskartellamtes auf Grundlage des GWB; vgl. auch BGH, Beschluss vom 17.08.2011, Az.: [I ZB 7/11](#)). Dass die Kammer den Rechtsstreit auch bezüglich der behaupteten Verstöße gegen das GWB und das UWG prüfen kann, soweit ihre Zuständigkeit einmal eröffnet ist, folgt aus [§ 17 Abs. 2 S. 1](#) des Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG), wonach das Gericht den Rechtsstreit anhand aller in Betracht kommender Grundlagen prüft, soweit diese nicht nach [§ 17 Abs. 2 S. 2 GVG](#) ausschließlich der Kompetenz eines Gerichtes zugewiesen sind. Nichts

---

anderes folgt aus [§ 51 Abs. 3 SGG](#) (eingeführt zum 01.01.2011). Zwar sollen danach für Streitigkeiten nach dem GWB die Zivilgerichte zuständig sein. Dies gilt aber nur für Streitigkeiten zwischen den Krankenkassen und den Leistungserbringern. Denn [§ 51 Abs. 3 SGG](#) erfasst nach seinem eindeutigen Wortlaut nur Rechtsbeziehungen nach [§ 69 SGB V](#). Eine solche Konstellation ist hier nicht gegeben, denn es klagt eine private Krankenversicherung gegen eine gesetzliche Krankenkasse. Zudem wird durch eine nach Eintritt der Rechtshängigkeit eintretende Änderung die Zulässigkeit des zunächst eröffneten Rechtsweges gemäß [§ 17 Abs. 1 S. 1 GVG](#) nicht berührt.

b. Die als Hauptantrag verfolgte zulässige Unterlassungsklage ist unbegründet. (1). Die Klage ist zulässig, insbesondere ist die Klagebefugnis gegeben. Diese setzt die Möglichkeit der Verletzung subjektiver Rechtspositionen der Klägerin voraus (vgl. allgemein Keller, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, 10. Aufl., § 54 Rn. 9; Castendiek, in: Hk-SGG, 4. Aufl., § 54 Rn. 10). Das ist der Fall, wenn die Klägerin geltend machen kann, durch ein behördliches Handeln oder Unterlassen in eigenen Rechten verletzt oder gefährdet zu sein. Es darf zumindest nicht ausgeschlossen sein, dass der geltend gemachte Anspruch besteht (BSG, Urteil vom 11.05.1999, Az.: [B 11 AL 45/98 R](#); Castendiek, in: Hk-SGG, § 54 Rn. 128). Der Anspruch kann dabei aus einfachen Gesetzen folgen, wenn diese Schutznormen darstellen, d.h. sie nicht nur dem Schutz der Allgemeinheit sondern auch dem Schutz der Individualinteressen der Klägerin zu dienen bestimmt sind (BSG, Urteil vom 11.05.1999, Az.: [B 11 AL 45/98 R](#)). Er kann sich aber auch aus den Grundrechten des GG ergeben. Im konkreten Fall kann zumindest nicht ausgeschlossen werden, dass der geltend gemachte Unterlassungsanspruch auf Grundlage der Grundrechte, des Europarechts und des UWG bzw. GWB gegen die Beklagte besteht. Diese ist als Körperschaft des öffentlichen Rechts unmittelbar an die Grundrechte gebunden. Sie kann als potentielle Beihilfenempfängerin auch direkt in Anspruch genommen werden (vgl. BVerwG, Urteil vom 16.12.2010, Az.: [3 C 44.09](#)). (2). Die Klage ist zulässigerweise auf die weiteren Wahltarife der Beklagten (§§ 33 – 35 der Satzung) erweitert worden. Nach [§ 99 Abs. 1 SGG](#) ist die Klageänderung zulässig, wenn die Beklagte dem zustimmt oder aber die Sache sachdienlich ist. Da die Beklagte der Klageänderung ausdrücklich widersprochen hat (vgl. Schriftsatz der Beklagten vom 09.11.2012 – Bl. 1351 der Gerichtsakte Bd. VIII) kam es für die Zulässigkeit der Klageänderung auf deren Sachdienlichkeit an, die hier zu bejahen ist. Eine Klageänderung ist sachdienlich, wenn sie dazu führt, dass der Streit zwischen den Beteiligten in einem Verfahren beigelegt und endgültig bereinigt werden kann, so dass ein neuer Prozess vermieden wird (BGH, Urteil vom 30.11.1999, Az.: [VI ZR 219/98](#); Meyer-Ladewig, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, § 99 Rn. 10 m.w.N.; Lowe, in: Hintz/Lowe, SGG, 2012, § 99 Rn. 25). Maßgeblich ist der Gesichtspunkt der Prozessökonomie, wobei entscheidend die Erledigung der Streitpunkte ist (BGH, Urteil vom 30.11.1999, Az.: [VI ZR 219/98](#)). Dies darf jedoch nicht dazu führen, einen völlig neuen Streitstoff zur Beurteilung und Entscheidung zu stellen (Bayerisches LSG, Urteil vom 16.12.2010, Az.: [L 8 AL 67/10 ZVW](#); LSG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 17.04.2013, Az.: [L 4 KR 48/12](#); Hintz, in: Beck scher Online-Kommentar, SGG, Stand: 01.12.2013, § 103 Rn. 6). Zwar werden insoweit neue Wahltarife in das Verfahren eingeführt. Dies hat aber weder Einfluss auf den Tatsachenvortrag der Beteiligten, noch stellen sich damit wesentliche neue Rechtsfragen. Mit der Einbeziehung der neuen Wahltarife werden daher neue Prozesse vermieden und der Rechtsstreit endgültig bereinigt. Es wird zumindest

---

---

kein neuer Streitstoff eingeführt, bei dessen Beurteilung das Ergebnis der bisherigen Prozessführung nicht verwertet werden kann (vgl. zu letzterem Gesichtspunkt BGH, Urteil vom 30.11.1999, Az.: [VI ZR 219/98](#)). (3). Die Klage ist jedoch unbegründet. Der Klägerin steht der geltend gemachte Unterlassungsanspruch nicht zu. (a). Im Ergebnis kann ein Unterlassungsanspruch nicht aus [§ 1004](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) i.V.m. den durch die Klägerin geltend gemachten Grundrechtsverletzungen bzw. direkt aus den Grundrechten hergeleitet werden, da eine solche Grundrechtsverletzung nicht festzustellen war. (aa). Soweit die Klägerin in diesem Zusammenhang die Vorlage an das Bundesverfassungsgericht gemäß [Art. 100 GG](#) beantragt hat, kam dies unabhängig von der Frage, ob die Kammer vom Vorliegen einer Grundrechtsverletzung durch die hier angegriffenen Satzungsregelungen überzeugt wäre, nicht in Betracht. Denn [Art. 100 Abs. 1 GG](#) setzt voraus, dass ein Gericht ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig hält. Prüfungsgegenstand der konkreten Normenkontrolle kann nur ein formelles Bundes- oder Landesgesetz sein (so schon BVerfG, Urteil vom 20.03.1952, Az.: [1 BvL 12/51](#) u.a.; s.a. Haratsch, in: Sodan, GG, 2009, Art. 100 Rn. 7). Dagegen können untergesetzliche Normen, die nicht im Wege eines förmlichen Gesetzgebungsverfahrens verabschiedet wurden, nicht Gegenstand einer konkreten Normenkontrolle sein (Maunz, in: Maunz/Dürig, GG, August 1971, Art. 100 Rn. 10; Detterbeck, in: Sachs, GG, 6.Aufl., Art. 100 Rn. 7). Streitig sind vorliegend Wahltarife, die ihre Grundlage in den entsprechenden Satzungsregelungen der Beklagten und damit in einer untergesetzlichen Norm finden, die selbst nicht Gegenstand eines Vorlageverfahrens sein kann. Dagegen ist eine Vorlage im Hinblick auf [§ 53 Abs. 4 SGB V](#) nicht möglich. Durch die Regelung selbst ist die Klägerin nicht unmittelbar betroffen (BVerfG, Urteil vom 10.06.2009, Az.: [1 BvR 706/08](#) u.a.). Vielmehr wird sie erst durch die darauf fußende Satzungsregelung berührt. Eine Vorlagepflicht bedingt, dass es entscheidungserheblich auf die Gültigkeit des formellen Gesetzes ankommt. Das setzt voraus, dass das Gericht bei der Gültigkeit der Norm zu einem anderen Ergebnis käme als im Falle der Ungültigkeit (BVerfG, Beschluss vom 20.02.2002, Az.: [2 BvL 5/99](#); Maunz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 100 Rn. 31; Haratsch, in: Sodan, GG, Art. 100 Rn. 12). Ein solcher Fall kann nach Ansicht der Kammer einerseits nur dann angenommen werden, wenn sich die zugrundeliegende, streitige Norm – hier der [§ 53 Abs. 4 SGB V](#) – nicht verfassungskonform auslegen ließe. Denn nur dann läge ein Verfassungsverstoß vor, auf den es entscheidungserheblich ankommt. Von dieser Konsequenz geht nicht einmal die Klägerin aus, da sie jedenfalls für die Kostenerstattung nach der GoÄ oder der GoZ in [§ 53 Abs. 4 SGB V](#) eine ausreichende und verfassungskonforme Regelung zu sehen scheint. Andererseits wäre erforderlich, dass die Norm letztlich zu einer Umsetzung in verfassungswidriger Weise zwingt. Das ist aber hier nicht gegeben, weil die Einführung der Wahltarife auf Grundlage von [§ 53 Abs. 4 SGB V](#) im Ermessen der Krankenkasse, d.h. fakultativ, ist und im Rahmen der Umsetzung ausreichend Raum für eine verfassungskonforme Regelung verbleibt. Die Entscheidungserheblichkeit würde überdies fehlen, wenn man mit der Klägerin eine Verletzung unmittelbar anwendbaren Gemeinschaftsrechts annehmen würde (BVerfG, Urteil vom 17.12.2002, Az.: [1 BvL 28/95](#) u.a.). (bb). Ein Unterlassungsanspruch kam mangels Verletzung eines Grundrechts nicht in Betracht (zweifelnd hinsichtlich einer Grundrechtsverletzung durch [§ 53 SGB V](#) bereits BVerfG, Urteil vom 10.06.2009,



---

Az.: [1 BvR 706/08](#) u.a.; eine solche allgemein verneinend Giesen, Wahltarife der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 98 ff.; Becker, in: Klusen, Zuwahrleistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, Baden-Baden 2003, 57 (74 ff.); Musil, in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, 2013, § 53 Rn. 7 ff.). Eine entsprechende Überzeugung der Verfassungswidrigkeit bestand für die Kammer nicht. (aaa). Eine Verletzung des Grundrechts der Berufsfreiheit aus [Art. 12 GG](#) liegt nicht vor (im Ergebnis ebenso Huber, Die Wahltarife im SGB V, 2008, Rn. 68 ff.; Becker, in: Klusen, Zuwahrleistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, 57 (92 f.); Musil, in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, § 53 Rn. 10; a.A. Isensee, NZS 2007, 449 (454); Thüsing, NZS 2008, 510 (517)). [Art. 12 Abs. 1 GG](#) schützt die Berufsfreiheit in umfassender Form. Das Grundrecht der Berufsfreiheit erfasst jede gewerbliche Betätigung, soweit sie auf Dauer angelegt ist und der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient. Schutzgut des [Art. 12 Abs. 1 GG](#) ist auch die Erwerbszwecken dienende freie unternehmerische Betätigung (BVerfG, Beschluss vom 19.07.2000, Az.: [1 BvR 539/96](#); BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 01.11.2010, Az.: [1 BvR 261/10](#); Sodan, in: Sodan, GG, Art. 12 Rn. 8). Bestandteil dieser unternehmerischen Betätigung ist das Verhalten des Unternehmers im wirtschaftlichen Wettbewerb. Die bestehende Wirtschaftsverfassung enthält als eines ihrer Grundprinzipien den grundsätzlich freien Wettbewerb des als Anbieter und Nachfrager auf dem Markt auftretenden Unternehmers. Das Verhalten des Unternehmers in diesem Wettbewerb ist Bestandteil seiner Berufsausübung und daher durch [Art. 12 Abs. 1 GG](#) geschützt. Erfolgt die unternehmerische Berufstätigkeit am Markt nach den Grundsätzen des Wettbewerbs, wird die Reichweite des Freiheitsschutzes auch durch die rechtlichen Regeln mitbestimmt, die den Wettbewerb ermöglichen und begrenzen. [Art. 12 Abs. 1 GG](#) sichert nach der Rechtsprechung des BVerfG in diesem Rahmen die Teilhabe am Wettbewerb nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen (vgl. BVerfG, Urteil vom 17.12.2002, Az.: [1 BvL 28/95](#) u.a.; BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 01.11.2010, Az.: [1 BvR 261/10](#); BVerwG, Urteil vom 18.04.1985, Az.: [3 C 34/84](#)). Dabei kann sich auch eine juristische Person des Privatrechts wie die Klägerin gemäß [Art. 19 Abs. 3 GG](#) auf dieses Grundrecht berufen, weil sie einer Erwerbszwecken dienenden Tätigkeit nachgeht (vgl. BVerfG, Urteil vom 17.12.2002, Az.: [1 BvL 28/95](#) u.a.). Nach der Rechtsprechung schützt das Grundrecht aber grundsätzlich nicht vor Konkurrenz (BVerfG, Beschluss vom 17.08.2004, Az.: [1 BvR 378/00](#); BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 23.04.2009, Az.: [1 BvR 3405/08](#); BVerwG, Urteil vom 18.04.1985, Az.: [3 C 34/84](#); BVerwG, Beschluss vom 21.03.1995, Az.: [1 B 211/94](#); BGH, Urteil vom 21.07.2005, Az.: [I ZR 170/02](#); Klaue/Schwintowski, Grenzen der Zulässigkeit von Wahltarifen und Zusatzversicherungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, 2008, S. 48; Musil, in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, § 53 Rn. 10; a.A. Isensee, NZS 2007, 449 (454); kritisch auch Huber, Die Wahltarife im SGB V, Rn. 55 ff.). Vielmehr haben Wettbewerber keinen grundrechtlichen Anspruch darauf, dass die Wettbewerbsbedingungen gleich bleiben. Das Grundrecht gewährleistet daher keinen Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb oder auf Sicherung künftiger Erwerbsmöglichkeiten. Vielmehr unterliegen die Wettbewerbspositionen und damit auch der Umsatz und die Erträge dem Risiko laufender Veränderung je nach den Marktverhältnissen (BVerfG, Beschluss vom 26.06.2002, Az.: [1 BvR 558/91](#) u.a.; BVerfG, Urteil vom 17.12.2002, Az.: [1 BvL 28/95](#) u.a.; BVerfG, Beschluss vom 17.08.2004, Az.: [1 BvR 378/00](#); BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 01.11.2010,



---

Az.: [1 BvR 261/10](#); Sodan, in: Sodann, GG, Art. 12 Rn. 14). Durch den Marktzutritt von Konkurrenten realisiert sich vielmehr in der Regel ein dem jeweiligen Markt immanentes Wettbewerbsrisiko (BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 23.04.2009, Az.: [1 BvR 3405/08](#)). Darum geht es der Klägerin grundsätzlich, da sie bis zum Erlass der Satzungsregelungen über die Wahltarife durch die Beklagte lediglich mit anderen privaten Krankenversicherungen hinsichtlich der Zusatzversicherungen konkurrieren musste. Nunmehr können die Versicherten der Beklagten bei dieser selbst Wahltarife abschließen, die zumindest in einzelnen Leistungen denen von der Klägerin angebotenen Zusatzversicherungen ähneln. Die Norm des [§ 53 Abs. 4 SGB V](#) öffnet damit den Markt für vermeintliche Konkurrenten der Klägerin und erhöht den Wettbewerbsdruck, was grundrechtlich grundsätzlich zulässig ist (vgl. BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 23.04.2009, Az.: [1 BvR 3405/08](#)). Damit ist der Schutzbereich des [Art. 12 GG](#) nicht eröffnet (a.A. wohl Butzer, MedR 2010, 283 (285)). Allerdings kommt ausnahmsweise die Eröffnung des Schutzbereichs des [Art. 12 GG](#) und das Vorliegen eines mittelbaren Eingriffes in einer solchen Konstellation dann in Betracht, wenn eine Monopolstellung begründet wird oder ein Verdrängungswettbewerb verbunden mit einer unzumutbaren Einschränkung der Betätigungsmöglichkeit der Privatunternehmen stattfindet (BVerwG, Urteil vom 18.04.1985, Az.: [3 C 34/84](#); BVerwG, Beschluss vom 21.03.1995, Az.: [1 B 211/94](#); OVG Münster, Beschluss vom 23.03.2005, Az.: [15 B 123/05](#); s.a. Mann, in: Sachs, GG, Art. 12 Rn. 95; Giesen, Wahltarife der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 99 – "unerträgliche oder unzumutbare Beeinträchtigung"; Stürer/Schmalenbach, NWVBl. 2006, 161 (169)). Beides ist vorliegend nicht ersichtlich (vgl. Becker, in: Klusen, Zuwahlleistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, 57 (93); Musil, in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, § 53 Rn. 10). Eine Monopolstellung (beherrschender Anbieter) auf dem Markt der Zusatzversicherungen bzw. der Wahltarife kommt der Beklagten mit den im Vergleich zum Gesamtmarkt bisher geringen Abschlüssen sowie der Vielzahl an privaten Unternehmen, die Zusatzversicherungen anbieten, nicht zu (ebenso Huber, Die Wahltarife im SGB V, Rn. 79; a.A. Klaue/Schwintowski, Grenzen der Zulässigkeit von Wahlтарifen und Zusatzversicherungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 41 als Ergebnis einer unterstellten flächendeckenden Einführung der Wahlтарife). Ein Verdrängungswettbewerb besteht nicht (so wohl Giesen, Wahlтарife der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 99; Huber, Die Wahlтарife im SGB V, Rn. 79; a.A. Klaue/Schwintowski, Grenzen der Zulässigkeit von Wahlтарifen und Zusatzversicherungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 49). Die Klägerin hat schon keine Zahlen vorgelegt, aus denen sich ergeben würde, dass eine Verdrängung durch die Beklagte eingetreten oder zu befürchten ist. Vielmehr ergibt sich aus den aktuell vorgelegten Daten der Klägerin eine positive Bestandsentwicklung seit 2006 (dem Jahr vor Einführung der Wahlтарif). Allenfalls lässt sich in Teilbereichen eine Stagnation feststellen (vgl. die Daten im Schreiben vom 21.03.2011, S. 31 f. – Bl. 992 der Gerichtsakte Bd. VI – sowie vom 12.06.2013, S. 48 – Bl. 1506 der Gerichtsakte Bd. VIII), was aber gerade den Schluss auf eine Verdrängung der Klägerin nicht zulässt. Selbst wenn man nur auf die neueren Zahlen im Schreiben vom 12.06.2013 (Bl. 1506 der Gerichtsakte Bd. VIII) aus den Jahren 2010 – 2012 abstellt, ist teilweise eine weitere Steigerung der Vertragszahlen, andererseits teilweise ein geringer Rückgang zu verzeichnen. Die Vertragszahlen verbleiben gleichwohl auf hohem Niveau. Entgegen der Ansicht der Klägerin kommt es nicht darauf an, dass die Zuwachsraten geringer ausfallen.

---

---

Eine Verdrängung der Klägerin setzt vielmehr voraus, dass die Vertragszahlen erheblich zurückgehen (vgl. in anderem Zusammenhang BSG, Urteil vom 15.03.2012, Az.: [B 3 KR 13/11 R](#), das einen Umsatzeinbruch von mindestens 50 Prozent voraussetzt). Ein Verdrängungswettbewerb kann dabei wegen des Ausschlusses von Quersubventionen nach [§ 53 Abs. 9 SGB V](#) und der begrenzten Breitenwirkung der Wahltarife, die nur den eigenen Versicherten zugänglich sind, nicht entstehen (im Ergebnis ebenso Huber, Die Wahltarife im SGB V, Rn. 79; gegen eine Anwendbarkeit von [§ 53 Abs. 9 SGB V](#) auf Wahltarife nach Abs. 4 Krauskopf, in: Krauskopf, SGB V, Stand: Januar 2012, § 53 Rn. 38). Nach [§ 53 Abs. 9 S. 1 SGB V](#) müssen die Aufwendungen für jeden Wahltarif jeweils aus Einnahmen, Einsparungen und Effizienzsteigerungen aus diesen Wahltarifen auf Dauer finanziert werden. Die Krankenkassen haben gemäß [§ 53 Abs. 9 S. 3 SGB V](#) darüber der zuständigen Aufsichtsbehörde regelmäßig, mindestens alle drei Jahre, Rechenschaft abzulegen. Sie haben nach [§ 53 Abs. 9 S. 4 SGB V](#) hierzu ein versicherungsmathematisches Gutachten vorzulegen über die wesentlichen versicherungsmathematischen Annahmen, die der Berechnung der Beiträge und der versicherungstechnischen Rückstellungen der Wahltarife zugrunde liegen. Ziel der Regelung ist es, Querfinanzierungen auszuschließen (Leitherer, in: Kasseler Kommentar, SGB V, 80. EL, § 53 Rn. 53; Dreher, in: jurisPK – SGB V, 2. Aufl., § 53 Rn. 159; Wolf, NZS 2011, 87 (90)). Die Wahltarife müssen so kalkuliert werden, dass sie sich selbst tragen, d.h. keine Mittel aus dem Gesundheitsfond zur Deckung der aufgrund der Wahltarife entstandenen Kosten verwandt werden müssen. Es ist nicht ersichtlich, dass die darin getroffene Regelung unter Berücksichtigung der Rechenschaftspflichten unter Vorlage eines entsprechenden Gutachtens im Allgemeinen sowie die von der Beklagten insoweit kalkulierten Tarife solche Quersubventionen nicht ausschließen (a.A. allgemein Thüsing, NZS 2008, 510 (512); Huber, Die Wahltarife im SGB V, Rn. 66; Klaue/Schwintowski, Grenzen der Zulässigkeit von Wahlтарifen und Zusatzversicherungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 49). Die Beklagte hat die Tarife mehrmals durch einen unabhängigen Aktuar überprüfen lassen, der die finanzmathematische Nachvollziehbarkeit bestätigt hat (vgl. Gutachten zu den geplanten Wahlleistungstarifen vom 27.03.2007 – Bl. 1006 ff. der Gerichtsakte Bd. VI; Kontrolle der Kostenkalkulation vom 04.11.2010 – Bl. 922 ff. der Gerichtsakte Bd. V; Kurzgutachten Kontrolle der Schadensituation vom 23.11.2011 – Bl. 926 ff. der Gerichtsakte Bd. V; Folgebegutachtungen zu den einzelnen Wahlтарifen vom 27.02.2012, vom 23.03.2012 und vom 27.03.2012 – Bl. 1179 ff. der Gerichtsakte Bd. VII). Es kommt hinzu, dass die bei Einführung der Wahlтарife erforderliche Satzungsänderung gemäß [§ 195 Abs. 1 SGB V](#) genehmigungsbedürftig ist. Dabei wird auch die Wirtschaftlichkeit überprüft (vgl. in anderem Zusammenhang Rixen, in: Becker/Kingreen, SGB V, 3. Auflage, § 242 Rn. 3). In der Folge werden gemäß [§ 53 Abs. 9 S. 3 SGB V](#) die Tarife spätestens alle drei Jahre auf ihre Tragfähigkeit durch das Landesversicherungsamt bzw. das nunmehr zuständige Ministerium für Gesundheit, Emanzipation, Pflege und Alter des Landes Nordrhein-Westfalen (MGEPA) hin überprüft, ohne dass es bisher insoweit zu Auffälligkeiten gekommen wäre. Vielmehr übersendet die Beklagte vierteljährlich aktualisierte Rechenschaftsberichte und zusätzlich die schon oben erwähnten Gutachten des Aktuars (siehe Schreiben des MGEPA vom 04.08.2011 – Bl. 1016 f. der Gerichtsakte Bd. VI). Anhand dieser engmaschigen Darstellung der Tarifentwicklung ließ sich

---

gleichwohl bisher weder eine fehlende Tragfähigkeit der Tarife, noch die Notwendigkeit einer Quersubvention feststellen. Selbst das von der Klägerin zu den Akten gereichte Gutachten (Gutachten des Diplom-Mathematikers Rudolph – Anlage CBH 58) geht im Ergebnis davon aus, dass bis zum Zeitpunkt der Erstellung keine Quersubventionen erfolgt sind. Zu einer weitergehenden Prüfung sah sich die Kammer daher nicht veranlasst. Es ist aufgrund der engmaschigen Kontrolle der Aufsichtsbehörde sichergestellt, dass bei fehlender Tragfähigkeit der Tarife kurzfristig Maßnahmen ergriffen und gegebenenfalls der jeweilige Tarif geschlossen wird. Zwar moniert die Klägerin einzelne Punkte der Tarifberechnung bzw. stellt deren Tragfähigkeit in Frage. Auf diese einzelnen Gesichtspunkte kam es nach Ansicht der Kammer aber nicht an. Vielmehr ist entscheidend, dass eine Quersubventionierung im Ergebnis ausgeschlossen ist und der Tarif sich letztlich selbst trägt. Dies ist nach dem oben Gesagten ausreichend sichergestellt. Soweit sich die Klägerin in diesem Zusammenhang darauf beruft, dass keine versicherungsmathematischen Gutachten eingeholt worden seien, ist dies vorliegend unschädlich. Denn dieses Erfordernis ist erst aufgrund einer Änderung des [§ 53 Abs. 9 S. 4 SGB V](#) zum 01.01.2011 in das SGB V aufgenommen worden und damit ohnehin erst ab diesem Zeitpunkt relevant geworden (so auch Dreher, in: jurisPK – SGB V, § 53 Rn. 161). Zwar geht der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung davon aus, dass das Erfordernis der Vorlage eines versicherungsmathematischen Gutachtens nur eine redaktionelle Klarstellung darstelle ([BT-Drucks. 17/3696, S. 66](#)). Dem ist aber entgegenzuhalten, dass sich weder dem Wortlaut des [§ 53 Abs. 9 S. 2 SGB V](#) a.F. noch der Begründung zu dieser Norm (vgl. [BT-Drucks. 16/3100, S. 109](#)) irgendein Hinweis entnehmen lässt, dass durch die Krankenkassen versicherungsmathematische Gutachten vorzulegen waren. Es handelte sich damit um eine Neuregelung. Die dadurch begründete Verpflichtung, ein versicherungsmathematisches Gutachten einzureichen, war erstmals bis zum 31.12.2013 (vgl. Schreiben des Bundesversicherungsamtes vom 09.06.2011 – Bl. 1050 der Gerichtsakte Bd. VI, wonach eine entsprechende Prüfung erst im Jahre 2014 vorgesehen ist; ebenso Schreiben des MGEPA vom 04.08.2011 – Bl. 1016 f. der Gerichtsakte Bd. VI) zu erfüllen, wenn man nicht eine Anwendung des [§ 53 Abs. 9 SGB V](#) auf Wahltarife nach [§ 53 Abs. 4 SGB V](#) ganz ausschließen wollte (Krauskopf, in: Krauskopf, SGB V, § 53 Rn. 38). Eine Verletzung der Verpflichtung kann durch die Klägerin selbst nicht angegriffen werden, weil es sich in diesem Zusammenhang nicht um eine Schutznorm zugunsten der privaten Anbieter handelt (dazu unten unter Punkt 1.b.(3).(c).(bb).(bbb).). Der Beklagten kommen aufgrund ihrer Stellung als gesetzliche Krankenversicherung keine Wettbewerbsvorteile zu, die hier zu einer Verdrängung der Klägerin führen können (a.A. Thüsing, NZS 2008, 510 (517)). Seit dem 01.01.2010 gilt für gesetzliche Krankenkassen gemäß [§ 171b SGB V](#) das Insolvenzrecht mit gewissen Modifikationen. [§ 171b Abs. 3 S. 2 SGB V](#) sieht gar den Vorrang der Schließung gegenüber der Durchführung eines Insolvenzverfahrens vor. Eventuell vermutete Refinanzierungsvorteile können sich nicht auswirken. Grundsätzlich sind nämlich Darlehen ausgeschlossen (so seit 01.01.2011 [§ 220 Abs. 1 S. 2 SGB V](#) – zuvor bereits BSG, Urteil vom 03.03.2009, Az.: [B 1 A 1/08 R](#)). Die Kosten für das Personal werden bei der Kalkulation der Tarife berücksichtigt. Wesentliche Vorteile, die zu einer Verdrängung der Klägerin führen können, sind ebenso wenig in der Möglichkeit zu sehen, die eigenen Versicherten auf das Angebot von Wahltarifen

---

hinzuweisen und insoweit die bestehenden Datenbestände zu Werbezwecken zu nutzen (a.A. Isensee, NZS 2007, 449 (455); Thüsing, NZS 2008, 510 (512); Huber, Die Wahltarife im SGB V, Rn. 41; Klaue/Schwintowski, Grenzen der Zulässigkeit von Wahltarifen und Zusatzversicherungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 49). Dabei ist schon zu berücksichtigen, dass sowohl die Wahltarife als auch der Adressbestand auf die eigenen Versicherten der Beklagten beschränkt sind. Versicherte anderer Krankenkassen haben nur dann Zugang zu den Tarifen, wenn sie die Krankenversicherung wechseln. Im Übrigen bleibt ihnen das Angebot der Beklagten verschlossen. Dagegen kann die Klägerin ihre Zusatzversicherungen sämtlichen gesetzlich Krankenversicherten anbieten. Ein Verdrängungswettbewerb, der nicht durch Werbung der Klägerin, sei es in den Printmedien, Funk, Fernsehen oder Internet, ausgeglichen werden könnte, ist nicht ersichtlich. Jedenfalls bestehen für die Klägerin diverse Möglichkeiten, auch gegenüber den Versicherten der Beklagten in Erscheinung zu treten und ihre Produkte zu offerieren. Gegenteiliges ist von der Klägerin nicht ansatzweise vorgetragen worden. Im Übrigen ist die Situation zwischen der Klägerin und der Beklagten vergleichbar. Beide können insoweit für ihre Zusatzversicherungen bzw. Wahltarife jeweils auf den Adressenbestand im Bereich der Vollversicherung zurückgreifen (Giesen, in: Klusen, Zuwahrleistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, 101 (122)). Die Zusatzversicherungen der Klägerin werden zudem durch die Continentale BKK im Rahmen von [§ 194 Abs. 1a SGB V](#) vermittelt. Ebenso wenig begründet die Steuerbegünstigung einen Nachteil, der zu einer Wettbewerbsverzerrung oder gar einer Verdrängung der Klägerin führt (a.A. Isensee, NZS 2007, 449 (455); Thüsing, NZS 2008, 510 (512)). Zwar sind gesetzliche Krankenkassen dem Grunde nach bei Geschäften zur Erfüllung ihrer gesetzlich vorgeschriebenen oder zugelassenen Aufgaben nicht körperschaftsteuerpflichtig, da sie nicht zu den in [§ 1 KStG](#) (insoweit abschließend Rengers, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, 121. Auflage, § 1 Rn. 60) erfassten Rechtssubjekten gehören (BFH, Beschluss vom 03.02.2010, Az.: [I R 8/09](#)). Aber auch andere private Krankenkassen können nach [§ 5 Abs. 1 Nr. 3 KStG](#) von der Körperschaftsteuer befreit sein. Dieselbe Regelung gilt ebenso für kleinere Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit gemäß [§ 5 Abs. 1 Nr. 4 KStG](#). Die Klägerin hat zudem nicht dargelegt, inwieweit die Steuerbefreiung einen Wettbewerbsvorteil bei der Einführung von Wahltarifen bedeuten würde. Denn die Körperschaftsteuer ist auf den Gewinn zu zahlen (vgl. [§ 8 KStG](#)). Ein Vorteil würde nach Ansicht der Kammer bei den allein interessierenden Wahltarifen nur dann bestehen, wenn die Beklagte mit diesen einen Gewinn erzielen, diesen nicht in den allgemeinen Haushalt zurückführen und stattdessen zur Reduzierung der Beiträge für die Wahltarife nutzen würde. Denn dann verbliebe wegen der unterstellten Körperschaftssteuerfreiheit gegebenenfalls ein größerer Gewinn zur Refinanzierung. Dazu ist aber weder etwas vorgetragen, noch ersichtlich. Vielmehr läuft der Vortrag der Klägerin darauf hinaus, dass die Kalkulation der Beklagten unzureichend und daher Quersubventionen erforderlich werden, was einer Gewinnerzielung entgegensteht. Ein Zwang zur Erwirtschaftung von Gewinnen mit den Wahltarifen besteht nicht (Giesen, Wahltarife der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 67). Dagegen ist die Steuerfreiheit für andere Bereiche wegen des Verbots der Quersubvention irrelevant. Die Klägerin hat ebenso wenig dargelegt, dass im Hinblick auf die Wahltarife eine Steuerfreiheit besteht. Denn es ist nicht ausgeschlossen, dass die Beklagte gegebenenfalls bei der Erzielung von Gewinnen



---

mit den Wahlтарifen Körperschaftssteuer zu zahlen hätte (in diese Richtung Giesen, in: Klusen, Zuwalleistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, 101 (132 ff.); a.A. Thüsing, NZS 2008, 449 (454) – keine Körperschaftssteuer; Giesen, Wahlтарife der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 60). Betriebe gewerblicher Art von juristischen Personen des öffentlichen Rechts sind unter bestimmten Voraussetzungen ([§ 1 Abs. 1 Nr. 6](#) i.V.m. [§ 4 KStG](#)) steuerpflichtig. Dies kann ebenso für gesetzliche Krankenkassen der Fall sein (vgl. BFH, Beschluss vom 03.02.2010, Az.: [I R 8/09](#)). Steuerbefreit sind solche Tätigkeiten, die der juristischen Person des öffentlichen Rechts "eigentümlich und vorbehalten" sind. Dazu muss die juristische Person des öffentlichen Rechts Aufgaben wahrnehmen, die aus der Staatsgewalt abgeleitet sind, die hoheitlichen Zwecken dienen und zu deren Annahme der Leistungsempfänger aufgrund gesetzlicher oder behördlicher Anordnung verpflichtet ist. Die Voraussetzungen liegen nicht vor, wenn eine Tätigkeit entfaltet wird, die sich ihrem Inhalt nach von der Tätigkeit eines privaten gewerblichen Unternehmens nicht wesentlich unterscheidet. Für einen Hoheitsbetrieb genügt die Zuweisung einer Aufgabe an eine juristische Person des öffentlichen Rechts nicht. Vielmehr darf auch kein potentieller Wettbewerb zur Privatwirtschaft eröffnet werden (vgl. BFH, Beschluss vom 03.02.2010, Az.: [I R 8/09](#)). Weder fehlt es am potentiellen Wettbewerb, noch sind die Leistungsempfänger zur Annahme der Leistung verpflichtet. Nimmt man daher einen Betrieb gewerblicher Art an, entfielen die Steuerfreiheit und damit auch der behauptete Steuervorteil der Beklagten. Die Frage kann aber nach dem zuvor Gesagten letztlich offen bleiben. Die Verdrängung kann nicht durch [§ 4 Nr. 15 UStG](#) oder [§ 4 Nr. 10 lit.a\) UStG](#) eintreten. Nach [§ 4 Nr. 15 UStG](#) sind von den unter § 1 Abs. 1 Nr. 1 fallenden Umsätzen steuerfrei die Umsätze der gesetzlichen Träger der Sozialversicherung, der gesetzlichen Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch sowie der gemeinsamen Einrichtungen nach [§ 44b Abs. 1](#) des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch, der örtlichen und überörtlichen Träger der Sozialhilfe sowie der Verwaltungsbehörden und sonstigen Stellen der Kriegsoferversorgung einschließlich der Träger der Kriegsopferversorgung a) untereinander oder b) an die Versicherten, die Bezieher von Leistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch, die Empfänger von Sozialhilfe oder die Versorgungsberechtigten. Gemäß [§ 4 Nr. 10 lit. a\) UStG](#) sind steuerfrei die Leistungen auf Grund eines Versicherungsverhältnisses im Sinne des Versicherungsteuergesetzes (VersStG). Das gilt auch, wenn die Zahlung des Versicherungsentgelts nicht der Versicherungssteuer unterliegt. Letztere Regelung dürfte dem Wortlaut nach auch für private Krankenversicherungen gelten (vgl. FG München, Urteil vom 16.06.2010, Az.: [4 K 2019/08](#)). Schließlich ergibt sich dieser Steuervorteil nicht aus § 1 VersStG. Denn gemäß § 4 Nr. 5 VersStG ist von der Besteuerung ausgenommen die Zahlung des Versicherungsentgelts für eine Versicherung, durch die Ansprüche auf Kapital-, Renten- oder sonstige Leistungen im Falle des Erlebens, der Krankheit, der Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit bzw. der verminderten Erwerbsfähigkeit, des Alters, des Todes oder in besonderen Notfällen begründet werden, was ebenso für die Versicherungen der Klägerin gelten dürfte (vgl. BFH, Beschluss vom 13.12.2011, Az.: [II R 26/10](#); FG München, Urteil vom 21.04.2010, Az.: [4 K 3009/07](#) zu einer Auslandsreiseversicherung). Es ist daher gegenwärtig nicht erkennbar, woraus sich der behauptete Steuervorteil ergeben soll, so dass er schlechterdings keine Verdrängung der Klägerin bewirken kann. Der



---

Verdrängungswettbewerb kann auch nicht durch die den gesetzlichen Krankenkassen gewährten Rabatte eintreten (a.A. Thüsing, NZS 2008, 449 (454) u. NZS 2008, 510 (512)). Es ist nicht ersichtlich, dass sich die Rabatte bei der Berechnung der Prämie für einen Tarif für ein Zweibettzimmer, die Chefarztbehandlung, die Auslandsreiseversicherung, den erhöhten Anteil für die Zahnbehandlung etc. auswirken. Denn die Rabatte werden nicht für die Tätigkeit des Chefarztes, die Aufnahme in einem Zweibettzimmer oder die Zahnbehandlung gewährt. Vielmehr können damit allenfalls die allgemeinen Ausgaben der Beklagten gesenkt werden. Dies ist allerdings nicht relevant, da die dort erzielten Vorteile nicht für die Wahltarife genutzt werden dürfen (vgl. [§ 53 Abs. 9 SGB V](#)). Vielmehr sind die Tarife ausschließlich durch die Prämien, Einsparungen und Effizienzsteigerungen zu finanzieren. Es kommt hinzu, dass den privaten Krankenkassen seit dem 01.01.2011 bestimmte Rabatte nunmehr ebenfalls zukommen (vgl. § 1 des Gesetzes über Rabatte für Arzneimittel). (bbb). Es liegt auch keine Verletzung von [Art. 14 GG](#) vor (s.a. Becker, in: Klusen, Zuwahlleistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, 57 (92)). Dieser schützt das Eigentum, d.h. alle konkreten, vermögenswerten Rechtspositionen, die dem Einzelnen als Ausschließlichkeitsrechte zur privaten Nutzung und zur eigenen Verfügung zugeordnet sind (Sodan, in: Sodan, GG, Art. 14 Rn. 8). Der Eigentumsgarantie kommt die Aufgabe zu, dem Träger des Grundrechts einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich zu sichern und ihm damit eine eigenverantwortliche Gestaltung des Lebens zu ermöglichen (BVerfG, Urteil vom 01.03.1979, Az.: [1 BvR 532/77](#) u.a.). Sie schützt den konkreten Bestand an vermögenswerten Gütern vor ungerechtfertigten Eingriffen durch die öffentliche Gewalt. Im Grundsatz erfasst [Art. 14 GG](#) aber nur den Bestand und gerade nicht den Erwerb, der durch [Art. 12 Abs. 1 GG](#) gesichert wird. Insbesondere schützt das Grundrecht nicht in der Zukunft liegende Chancen und Verdienstmöglichkeiten (BVerfG, Beschluss vom 31.10.1984, Az.: [1 BvR 35/82](#) u.a.; BVerfG, Beschluss vom 26.06.2002, Az.: [1 BvR 558/91](#) u.a.; BVerfG, Beschluss vom 08.06.2010, Az.: [1 BvR 2011/07](#) u.a.). Vorliegend sind aber die zukünftigen Erwerbchancen der Klägerin berührt. Denn es geht ihr letztlich um das Fernhalten der gesetzlichen Krankenversicherungen von dem Markt der Zusatzversicherungen und damit um bloße Umsatz- und Gewinnchancen. Nichts anderes gilt für das Grundrecht auf Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs (a.A. Isensee, NZS 2007, 449 (454)), da dessen Schutz nicht weiter reichen kann als der Schutz der einzelnen Rechtspositionen und jedenfalls keine bloßen Erwerbssaussichten erfasst (BVerfG, Beschluss vom 31.10.1984, Az.: [1 BvR 35/82](#) u.a.; BVerfG, Beschluss vom 26.06.2002, Az.: [1 BvR 558/91](#) u.a.). (ccc). Ebenso wenig ist [Art. 2 Abs. 1 GG](#) verletzt. Soweit dieser die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit schützt, ist für eine Prüfung am Maßstab dieses Grundrechts kein Raum. Betrifft die beanstandete Regelung die Handlungsfreiheit im Bereich des Berufsrechts, die ihre spezielle Gewährleistung in [Art. 12 Abs. 1 GG](#) gefunden hat, scheidet [Art. 2 Abs. 1 GG](#) als Prüfungsmaßstab aus (BVerfG, Beschluss vom 31.10.1984, Az.: [1 BvR 35/82](#) u.a.; s.a. Huber, Die Wahltarife im SGB V, Rn. 82 ff.). (ddd). Im Ergebnis besteht keine Verletzung des Gleichheitssatzes aus [Art. 3 Abs. 1 GG](#) (Musil, in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, § 53 Rn. 9). [Art. 3 Abs. 1 GG](#) schützt davor, dass wesentlich Gleiches ohne sachlichen Grund ungleich oder wesentlich Ungleiches ohne sachlichen Grund gleich behandelt wird. Zur Ermittlung einer Ungleichbehandlung sind Vergleichspaare zu bilden. Dabei sind diejenigen Personen

---

einzu beziehen, die die Ungleichbehandlung betrifft, für die sie also nachteilig wirkt. Eine Ungleichbehandlung liegt vor, wenn die diese Vergleichspaare bildenden Personen mit unterschiedlichen Rechtsfolgen belegt werden (BVerfG, Beschluss vom 15.10.1985, [2 BvL 4/83](#); Sodan, in: Sodan, GG, Art. 3 Rn. 9; Osterloh, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 80 ff.). Grundsätzlich fehlt es schon an einer Vergleichbarkeit zwischen der gesetzlichen und privaten Krankenversicherung. Während die gesetzlichen Krankenversicherungen auf dem Solidarprinzip fußen und durch einkommensabhängige Beiträge finanziert werden (vgl. BVerfG, Beschluss vom 18.07.2005, Az.: [2 BvF 2/01](#)), arbeiten private Krankenversicherungen aufgrund einer individuellen Risikobewertung (zum Ganzen BVerfG, Beschluss vom 13.02.2008, Az.: [2 BvL 1/06](#); vgl. EuGH, Rs. [C-264/01](#) u.a., AOK-Bundesverband, [Slg. 2004, I-2493](#), Rn. 54 – kein Konkurrenzverhältnis zu privaten Einrichtungen). Auch durch die Einführung der Wahltarife ist kein Verstoß gegen [Art. 3 Abs. 1 GG](#) gegeben, denn dadurch wird vielmehr erst der Wettbewerb zwischen den privaten und den gesetzlichen Krankenkassen eröffnet (BVerfG, Urteil vom 10.06.2009, Az.: [1 BvR 706/08](#) u.a.), wobei die Schnittmenge an Versicherten, die sowohl gesetzlich als auch privat krankenversichert sein können, eher gering sind. Da sich der Wettbewerb zudem auf zusätzliche Angebote bezieht, ohne dass die grundsätzlichen Leistungen der gesetzlichen Krankenkassen und deren Strukturen (Solidarprinzip) geändert werden, liegt darin kein Fall der Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem. Vielmehr wird damit Gleiches im Wesentlichen gleich behandelt, denn den gesetzlichen Krankenversicherungen wird gegebenenfalls die Möglichkeit eröffnet, Wahltarife einzuführen, die in Konkurrenz zu den bisher allein von den privaten Krankenversicherungen angebotenen Zusatzversicherungen stehen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass entgegen dem Vortrag der Klägerin keine wesentlichen Strukturvorteile der Beklagten, die sich im Bereich der Wahltarife auswirken könnten, bestehen (siehe oben – darauf aber abstellend Thüsing, NZS 2008, 510 (511); Huber, Die Wahltarife im SGB V, Rn. 85 ff.). Die Einführung dieser Wahltarife ist durch das Ziel des Gesetzgebers, mehr Wettbewerb zwischen den privaten und gesetzlichen Krankenkassen zu eröffnen, um so die Wettbewerbsfähigkeit der gesetzlichen Krankenversicherungen zu erhöhen, die Abwanderung von freiwillig versicherten Mitgliedern zu verhindern und die finanzielle Stabilität zu gewährleisten, gerechtfertigt (vgl. Isensee, NZS 2007, 449 (453 f.), der einen Verstoß gegen die Systemgerechtigkeit sieht). Dabei ist der besonders weite Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers auf dem Gebiet des Sozialrechts zu beachten, so dass sich die Prüfung z. B. nicht auf die Frage beziehen kann, ob der Gesetzgeber im Einzelnen die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung gefunden hat (BVerfG, Beschluss vom 15.05.2007, Az.: [1 BvR 866/07](#)). Dem folgend ist weder erkennbar, dass der Gesetzgeber mit der Möglichkeit der Einführung von Wahltarifen zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der gesetzlichen Krankenkassen willkürlich gehandelt hätte, noch dass dies unverhältnismäßig ist. Eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung ergibt sich auch nicht dadurch, dass nur die Beklagte ihre Prämienforderungen aus den Wahltarifen gegebenenfalls selbst titulieren und im Wege der Verwaltungsvollstreckung einziehen kann. Dabei lässt die Kammer offen, ob die Beklagte berechtigt ist, die Prämien im Wege der Verwaltungsvollstreckung selbständig durchzusetzen, was davon abhängen dürfte, ob man sie als Beiträge im Sinne des SGB V ansehen kann (dagegen Müller, in: JurionOK-SGB V, § 53 Rn. 2).

---

---

Zwar hat das BVerfG in Bezug auf das Selbsttitulierungsrecht öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute im niedersächsischen Landesrecht einen Verstoß gegen [Art. 3 Abs. 1 GG](#) angenommen. Wesentlicher Grund war jedoch, dass sich keine Rechtfertigung für diese Privilegierung feststellen ließ. Grundsätzlich können aber Aufgaben im öffentlichen Interesse die Begründung von Vorrechten, auch wenn sie sich als Wettbewerbsvorteile auswirken, rechtfertigen (BVerfG, Beschluss vom 18.12.2012, Az.: [1 BvL 8/11](#) u.a.). Im Gegensatz zum vom BVerfG entschiedenen Fall erfüllen die gesetzlichen Krankenkassen grundsätzlich im Rahmen der Vollversicherung eine Aufgabe von öffentlichem Interesse, die die Privilegierung zu rechtfertigen vermag. Dies gilt auch für die Beitragseinzahlung im Rahmen der Wahltarife. Einerseits kommt diesem Bereich gegenüber der Vollversicherung nur eine untergeordnete Bedeutung, andererseits erfüllen die Kassen mit der Einführung der Wahltarife nach [§ 53 Abs. 4 SGB V](#) ebenfalls eine öffentliche Aufgabe. Letztlich wäre sodann allenfalls das Selbsttitulierungsrecht als verfassungswidrig anzusehen, nicht aber die Wahltarife an sich. Letztlich ergibt sich auch keine Verletzung aus [Art. 3 GG](#) i.V.m. [Art. 12 GG](#) (so aber Isensee, NZS 2007, 449 (454); Huber, Die Wahltarife im SGB V, Rn. 85 ff.). Zwar ist für die Frage des Maßstabes (Willkürverbot oder Verhältnismäßigkeitsprüfung) von Relevanz, ob durch die Maßnahme ein Freiheitsgrundrecht beeinträchtigt wird. Liegt eine solche Beeinträchtigung vor, sind dem Gesetzgeber engere Grenzen bei der Ausgestaltung der Gesetzesmaterie auferlegt. Nach Ansicht der Kammer liegt aber bereits keine Verletzung der "Chancengleichheit" gemäß [Art. 3 Abs. 1 GG](#) i.V.m. [Art. 12 GG](#) vor, weil keine wesentlichen Strukturvorteile nachweisbar sind, die gegen eine gleichberechtigte Teilnahme der öffentlichen Hand am wirtschaftlichen Wettbewerb sprechen würden. Diese wurden zwar behauptet, feststellen ließen sie sich indes nicht. Jedenfalls können solche Vorteile wie die zwangsweise Durchsetzung der Forderung im Wege der Verwaltungsvollstreckung keine Verletzung der "Chancengleichheit" begründen. Denn je größer die Strukturvorteile der öffentlichen Hand sind, umso größer soll die Rechtfertigungslast für die unternehmerische Betätigung sein (Huber, Die Wahltarife im SGB V, Rn. 90). Die tatsächlich vorhandenen Vorteile sind jedoch nach Ansicht der Kammer so gering, dass keine besondere Rechtfertigungslast feststellbar ist. Vielmehr sind die mit der Einführung der Wahltarife verfolgten Zwecke ausreichend, um die Beeinträchtigung der privaten Konkurrenten zu rechtfertigen. Die Kammer weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass auch grundsätzliche Bedenken gegen die Ansicht der Klägerin und der von ihr zitierten Literaturansicht (u.a. Isensee, NZS 2007, 449 ff.; Thüsing, NZS 2008, 510 ff.) bestehen. Ergebnis dieser Sichtweise wäre nämlich, dass jegliche staatliche Wirtschaftstätigkeit auf Gebieten, auf denen auch Private aktiv sind, ausgeschlossen wäre (so zutreffend Giesen, Wahltarife der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 100). Dies ist aber eine Konsequenz, die so in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts weder angedacht, noch formuliert worden ist (siehe insbesondere BVerfG, Urteil vom 10.06.2009, Az.: [1 BvR 706/08](#) u.a., Rn. 134 - "Wahltarife öffnen allein den Wettbewerb für ihre Konkurrenten"; s.a. BVerfG, Beschluss vom 21.03.1995, Az.: [1 B 211/94](#)) und der wegen der erheblichen Auswirkungen auf die Wirtschaftsordnung nicht gefolgt werden kann.

(b). Ein Unterlassungsanspruch gegen die Beklagte folgt entgegen der Ansicht der Klägerin nicht aus [§ 33 Abs. 1 GWB](#) in Verbindung mit [Art. 101](#) oder [102 AEUV](#) bzw. aus einer Verletzung von sonstigem, unmittelbar anwendbarem Europarecht. Ein

---

---

Verstoß ist weder in Hinblick auf [Art. 102 AEUV](#) (Punkt (aa).) noch auf [Art. 106 AEUV](#) (Punkt (bb).) oder [Art. 107 f. AEUV](#) (Punkt (cc).) feststellbar (im Ergebnis ebenso Giesen, Wahltarife der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 92 ff.; a.A. Klaue/Schwintowski, Grenzen der Zulässigkeit von Wahlтарifen und Zusatzversicherungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 37 ff.; Huber, Die Wahltarife im SGB V, Rn. 147 ff.). (aa). Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass durch die Beklagte ein Verstoß gegen [Art. 102 AEUV](#) begangen worden ist (a.A. Klaue/Schwintowski, Grenzen der Zulässigkeit von Wahlтарifen und Zusatzversicherungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 82 ff.). Nach dieser Norm, die unmittelbar anwendbar ist (Brinker, in: Schwarze, EU-Kommentar, 2. Auflage 2009, Art. 82 EGV Rn. 2; Müller-Graf, in: Hk-Europarecht, Art. 102 Rn. 27), ist die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen verboten, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. (aaa). Die Beklagte ist auch nach Einführung der Wahltarife aufgrund ihrer Aufgaben rein sozialer Art kein Unternehmen im Sinne von [Art. 102 AEUV](#) (siehe allgemein in Bezug auf die Wahlтарifen bei enger Auslegung: BSG, Urteil vom 22.06.2010, Az.: [B 1 A 1/09 R](#); ebenso Hessisches LSG, Urteil vom 15.09.2011, Az.: [L 1 KR 89/10 KL](#); unter Beteiligung der Beklagten als Beigeladene: BSG, Urteil vom 12.03.2013, Az.: [B 1 A 2/12 R](#); LSG NRW, Urteil vom 18.04.2012, Az.: [L 11 KR 660/11 KL](#); so auch Musil, in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, § 53 Rn. 11; a.A. Giesen, in: Klusen, Zuwahlleistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, 101 (111 ff.); Giesen, Wahlтарifen der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 90 f.; Klaue/Schwintowski, Grenzen der Zulässigkeit von Wahlтарifen und Zusatzversicherungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 53 ff.; Huber, Die Wahlтарife im SGB V, Rn. 133 ff.). Unternehmen im Sinne des Europäischen Wettbewerbsrechts ist jede wirtschaftlich tätig werdende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform oder ihrer Finanzierung. Grundsätzlich kommt es im Wesentlichen darauf an, dass eine Tätigkeit ausgeübt wird, für die es einen Markt mit mehreren, in einem Wettbewerbsverhältnis stehenden Teilnehmern gibt. Unerheblich ist dagegen eine Gewinnerzielungsabsicht (u.a. EuGH, Rs. [C-159/91](#) u.a., Pocet et Pistre, [Slg. 1993, I-637](#), Rn. 17; EuGH, Rs. [C-244/94](#), Fédération française des sociétés d assurance u.a., [Slg. 1995, I-4013](#), Rn. 14/21; EuGH, Rs. [C-67/96, Albany International BV, Slg. 1999, I-5751](#), Rn. 77; Brinker, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 81 EGV Rn. 27; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, 4. Auflage 2007, Art. 81 Rn. 13 m.w.N.). Der Begriff wird rein funktional verstanden, so dass die Frage des Vorliegens eines Unternehmens immer im Einzelfall konkret nach der jeweils ausgeübten Tätigkeit beantwortet werden muss. Dies hat zur Folge, dass eine Organisation je nach konkreter Tätigkeit ein Unternehmen darstellen kann (EuGH, Rs. [118/85, Kommission/Italien, Slg. 1987, 2599](#), Rn. 7; Mestmäcker/Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, Art. 31, 86 EGV, C., Rn. 1; Brinker, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 81 EGV Rn. 26). Danach würde die Beklagte dem Grunde nach ein Unternehmen im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts darstellen, wenn man darauf abstellte, dass die Wahlтарifen den Zusatzversicherungen der Klägerin und anderer Anbieter ähneln, so dass ein Konkurrenzverhältnis besteht. Nach der Rechtsprechung käme es dabei zunächst nicht darauf an, ob die Beklagte als Krankenkasse in ihrer Haupttätigkeit kein



---

Unternehmen ist. Der EuGH hat jedoch in seinem Urteil in Sachen AOK-Bundesverband entschieden, dass die deutschen gesetzlichen Krankenkassen keine Unternehmen im Sinne des Wettbewerbsrechts sind (EuGH, Rs. [C-264/01](#) u.a., AOK-Bundesverband, [Slg. 2004, I-2493](#), Rn. 47 ff.; Brinker, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 81 EGV Rn. 28; a.A. Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, Art. 81 Rn. 28; s.a. EuGH, [C-205/03 P, FENIN, Slg. 2006, I-6295](#), Rn. 25 f.; EuGH, [C-350/07](#), Kattner Stahlbau GmbH, [Slg. 2009, I-1513](#), Rn. 34 ff.). Dies hat der Gerichtshof mit dem rein sozialen Zweck der Aufgaben der Krankenkassen begründet, der eine wirtschaftliche Tätigkeit ausschließt. Denn die Krankenkassen, die nur die Gesetze anwenden und keine Möglichkeit haben, auf die Höhe der Beiträge, die Verwendung der Mittel und die Bestimmung des Leistungsumfangs Einfluss zu nehmen, fallen nicht unter den Unternehmensbegriff, soweit ihre ohne Gewinnerzielungsabsicht ausgeübte Tätigkeit auf dem Grundsatz der nationalen Solidarität beruht und die Leistungen von Gesetzes wegen und unabhängig von der Höhe der Beiträge erbracht werden. Insoweit spricht bei einer auf die Wahltarife bezogenen Einzelfallbetrachtung Einiges dafür, dass die Beklagte eine unternehmerische Tätigkeit ausübt, denn weder sind die Leistungen der Wahltarife durch Gesetz auferlegt, noch wird sie unabhängig von der Höhe der Beiträge erbracht. Die Beklagte legt selbständig die Höhe der Beiträge, die Verwendung der Mittel und den Leistungsumfang fest (vgl. EuGH, Rs. [C-244/94](#), Fédération française des sociétés d assurance u.a., [Slg. 1995, I-4013](#), Rn. 17 – Zusatzrentenversicherung; EuGH, Rs. [C-67/96, Albany International BV, Slg. 1999, I-5751](#), Rn. 81 u. 84 – Zusatzrentenfond). Nach Ansicht der Kammer kann die Tätigkeit des Angebots von Wahltarifen allerdings nicht völlig isoliert von der übrigen Tätigkeit der Krankenkasse gesehen werden. Denn nach der Rechtsprechung fallen z.B. auch Beschaffungsvorgänge, die der Erfüllung der sozialen Aufgaben der Krankenkassen dienen, nicht in das europäische Wettbewerbsrecht, weil sie nicht von der späteren Verwendung getrennt werden können (EuGH, [C-205/03 P, FENIN, Slg. 2006, I-6295](#), Rn. 25 f.; Gericht der Europäischen Union [EuG], Rs. [T-319/99, FENIN, Slg. 2003, II-357](#), Rn. 35 ff.). Es wird in der Rechtsprechung des EuGH bei der Prüfung des Vorliegens einer Ausnahme vom Unternehmensbegriff keine Einzelfallbetrachtung, sondern eine Gesamtabwägung der einzelnen Elemente des Krankenversicherungssystems vorgenommen (siehe z.B. die Prüfung der einzelnen Elemente in EuGH, [C-205/03 P, FENIN, Slg. 2006, I-6295](#), Rn. 25 f.; EuGH, [C-350/07](#), Kattner Stahlbau GmbH, [Slg. 2009, I-1513](#), Rn. 34 ff.; so auch die Aufforderung der Kommission zur Stellungnahme nach Art. 108 Abs. 2 bezüglich einer mutmaßlichen Beihilfe für die SZP und VZP, ABl. 2013/C 278/28 (29)). Wesentlich ist, dass im Ergebnis der Gesamtabwägung die Krankenkassen weiterhin durch die Erfüllung einer Aufgabe sozialer Art geprägt sind. Damit ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Krankenkassen keine Unternehmen im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts sind. Insoweit ist nach Ansicht der Kammer die Beklagte auch unter Einbeziehung der von ihr geschaffenen Wahltarife weiterhin kein Unternehmen im Sinne von [Art. 102 AEUV](#). Schon das BSG hat insoweit klargestellt, dass die Krankenkassen auch nach Einführung der Wahltarife nach [§ 53 SGB V](#) keine Unternehmen im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts sind (BSG, Urteil vom 22.06.2010, Az.: [B 1 A 1/09 R](#)). Es hat dabei zu Recht darauf abgestellt, dass die Möglichkeit des vom EuGH gedeckten Wettbewerbs über die Beitragssätze mit der Einführung des



---

Gesundheitsfonds entfallen ist. Insoweit dienen die Wahltarife als Ausgleich für die nunmehr fehlende Möglichkeit der Differenzierung über den Beitragssatz. Dabei ist schon zu berücksichtigen, dass nach [§ 53 Abs. 3](#) und 6 SGB V eine Verpflichtung zur Einführung der Wahltarife (Tarif für besondere Versorgungsformen sowie Krankengeld) besteht, so dass sich die Möglichkeiten zum Wettbewerb auf [§ 53 Abs. 1, 2, 4, 5 und 7 SGB V](#) beschränkt. Darunter finden sich unter anderem Tarife über die Beitragsrückerstattung ([§ 53 Abs. 2 SGB V](#)) und über die Übernahme der Kosten für Arzneimittel der besonderen Therapieeinrichtungen ([§ 53 Abs. 5 SGB V](#)), welche Elemente der Zusatzversicherungen bzw. Vollversicherungen der privaten Krankenversicherungen enthalten. Trotz alledem ging das BSG davon aus, dass die Krankenkassen weiterhin keine Unternehmen im Sinne der Rechtsprechung des EuGH sind. Nichts anderes kann daher für die Tarife der Beklagten gelten, auch wenn sie den Zusatzversicherungen der Klägerin ähneln. Diese sind in der Gesamtabwägung weiterhin nicht als wesensprägend anzusehen. Zwar hat der EuGH in der Entscheidung AOK-Bundesverband ausgeführt, dass die Krankenkassen gegebenenfalls außerhalb ihrer Aufgaben rein sozialer Art im Rahmen der Verwaltung des deutschen Systems der sozialen Sicherheit Geschäftstätigkeiten ausüben, die keinen sozialen, sondern einen wirtschaftlichen Zweck haben und dann als Unternehmen anzusehen sind (EuGH, Rs. [C-264/01](#) u.a., AOK-Bundesverband, [Slg. 2004, I-2493](#), Rn. 58). Dies kann aber nur in eng begrenzten Ausnahmefällen gegeben sein (Brinker, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 81 EGV Rn. 28). Ein solcher liegt nach Ansicht der Kammer nicht vor. Die Beklagte verfolgt mit den Wahltarifen ebenfalls soziale Zwecke. So sind die Tarife unabhängig von einer Risikoprüfung gestaltet und ermöglichen Personen, die wegen gewisser Vorschäden oder -veranlagungen eine Zusatzversicherung bei einer privaten Krankenversicherung nicht abschließen könnten, sich gegen entsprechende Risiken abzusichern (z.B. bei Wahltarif Zahnersatz). Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass [§ 53 Abs. 8 S. 4 SGB V](#) Höchstgrenzen für die Prämienzahlung festlegt, die verhindern, dass der Status als Wahltarifsberechtigter den gesamten Versicherungsstatus prägt (Höfler, in: Kasseler Kommentar, SGB V, 67. EL, § 53 Rn. 54) und ebenso eine soziale Zweckrichtung deutlich macht. Dem hier gefundenen Ergebnis steht die Entscheidung des EuGH bezüglich der Mitgliederwerbung der gesetzlichen Krankenkassen nicht entgegen (EuGH, [C-59/12](#), BKK Mobil Oil, vom 03.10.2013 – siehe [NZS 2013, 896](#)). Diese stellt die grundsätzliche Einstufung der Krankenkassen im Kartellrecht durch die Entscheidung AOK-Bundesverband nicht in Frage. Vielmehr verhält sie sich ausschließlich zur Auslegung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (RL 2005/29/EG). Hätte der EuGH seine Rechtsprechung zu den Ausnahmen vom Unternehmensbegriff im Kartellrecht ändern wollen, hätte es zumindest einer entsprechenden Bezugnahme und Prüfung bedurft, wie sie noch der Generalanwalt (Schlussanträge des Generalanwalts Bot, [C-59/12](#), BKK Mobil Oil, vom 04.07.2013) in seinen Schlussanträgen vollzogen hatte (wie hier unter Zugrundelegung spezifischer kartellrechtlicher Ausnahmen: Becker/Schweitzer, NJW 2014, 269 (271); a.A. tendenziell Ebert-Weidenfeller/Gromotke, EuZW 2013, 937 (940)). (bbb). Die Beklagte hat außerdem keine marktbeherrschende Stellung im Sinne von [Art. 102 AEUV](#), d.h. dem Binnenmarkt oder einem wesentlichen Teil davon, inne. Ein wesentlicher Teil des Binnenmarktes kann das Gebiet eines Mitgliedstaates sein; bei großen Mitgliedstaaten ist auch denkbar, dass lediglich ein Teilgebiet als wesentlicher Teil

---

angesehen wird (EuGH, Rs. [C-179/90](#), [Merci convenzionali porto di Genova SpA](#), [Slg. 1991, I-5889](#), Rn. 15; Brinker, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 82 EGV Rn. 10). Dabei kommt es auf Struktur und Umfang der Produktion und des Verbrauchs des in Betracht kommenden Erzeugnisses sowie die Gewohnheiten und die wirtschaftlichen Möglichkeiten der Verkäufer und der Käufer an (EuGH, Rs. [40/73](#), "Suiker Unie" u.a., [Slg. 1975, 1663](#), Rn. 371/372). Relevant ist die spezifische Wirtschaftskraft des Gebiets im Verhältnis zum Binnenmarkt, wobei es maßgeblich auf die Bevölkerungsdichte, die Kaufkraft und die bestehenden Ressourcen ankommt (Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, Art. 82 EGV Rn. 57). Der sachlich relevante Markt bezieht sich auf die Produkte bzw. Dienstleistungen, die Gegenstand einer missbräuchlichen Verhaltensweise sind (Brinker, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 82 EGV Rn. 5). Er umfasst sämtliche Produkte, die sich aufgrund ihrer Merkmale zur Befriedigung eines gleichbleibenden Bedarfs besonders eignen und mit anderen Erzeugnissen nur in geringem Maße austauschbar sind (EuGH, Rs. [6/72](#), [Continental Can Company Inc. u.a.](#), [Slg. 1973, 215](#), Rn. 32 – funktionale Äquivalenz). Dies sind alle Erzeugnisse oder Dienstleistungen, die vom Verbraucher hinsichtlich ihrer Eigenschaften, der Preise und ihres Verwendungszwecks als austauschbar angesehen werden (Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, Abl. 1997/C 372/ S. 5, Rn. 7; Brinker, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 82 EGV Rn. 7 – subjektive Äquivalenz). Abzustellen ist bei der Frage der Austauschbarkeit auf die Sicht der Marktgegenseite (Müller-Graf, in: Hk-Europarecht, Art. 102 Rn. 8). Maßgeblich ist das tatsächliche Marktgeschehen bzw. die Sichtweise eines verständigen Verbrauchers, soweit sich tatsächliche Feststellungen nicht treffen lassen (Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, Art. 82 EGV Rn. 44). Der geographisch relevante Markt umfasst das Gebiet, indem die als sachlich relevanten Produkte oder Dienstleistungen vertrieben werden (Brinker, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 82 EGV Rn. 5). Dies ist das Territorium, in dem die Erzeugnisse und Dienstleistungen vertrieben werden und in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind, um eine Einschätzung der wirtschaftlichen Macht des betroffenen Unternehmens zu ermöglichen (EuGH, Rs. [27/76](#), [United Brands Company u.a.](#), [Slg. 1978, 207](#), Rn. 10 f.; Brinker, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 82 EGV Rn. 9). Ein wichtiger Ansatzpunkt sind dabei die Marktanteile, daneben aber auch nationale und regionale Präferenzen der Kunden, Produkt- und Markendifferenzierungen, Erforderlichkeit einer Gebietspräsenz, Kosten für die Errichtung eines Vertriebsnetzes, regulatorische Schranken, die Existenz von Kontingenten und Zöllen, technische Normen oder Transportkosten (vgl. EuGH, Rs. [40/73](#), "Suiker Unie" u.a., [Slg. 1975, 1663](#), Rn. 371/372; Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, Abl. 1997/C 372/ S. 5, Rn. 30 ff., 47 ff.; Brinker, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 82 EGV Rn. 9). Eine Abgrenzungsmethode ist die Bezugnahme auf das Gebiet, in dem sich die missbräuchlichen Verhaltensweisen auswirken (EuGH, Rs. [40/73](#), "Suiker Unie" u.a., [Slg. 1975, 1663](#), Rn. 452/455; Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, Art. 82 EGV Rn. 56). Für die Anwendbarkeit des [Art. 102 AEUV](#) genügt es, wenn mehrere Unternehmen gemeinsam eine marktbeherrschende Stellung einnehmen. Dies setzt jedoch voraus, dass zwischen

---

---

den Unternehmen kein wesentlicher Wettbewerb besteht, z.B. auf Grundlage eines Konzernverhältnisses oder einer Kartellabsprache. Eine oligopolistische Marktlage und nur geringer Wettbewerb sind nicht ausreichend (EuGH, Rs. [C-393/92, Gemeente Almelo u.a., Slg. 1994, I-1477](#), Rn. 41 ff.; EuG, Rs. [T-24/93](#) u.a., Compagnie maritime belge SA u.a., Slg. 1996, II-1201, Rn. 60 ff.; Brinker, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 82 EGV Rn. 14; Eilmansberger, in: Streinz, EUV/AEUV, 2.Aufl., Art. 102 Rn. 15). Eine marktbeherrschende Stellung ist eine wirtschaftliche Machtstellung, die das Unternehmen in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und schließlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten (EuGH, Rs. [27/76, United Brands Company u.a., Slg. 1978, 207](#), Rn. 63/66; Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, Art. 82 EGV Rn. 66 m.w.N.). Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn das Unternehmen aufgrund seines Marktanteils, gegebenenfalls in Verbindung mit der Verfügbarkeit von technischem Wissen, Rohstoffen oder Kapital, die Möglichkeit besitzt, für den bedeutenden Teil der Erzeugnisse, die dem sachlich relevanten Markt zuzuordnen sind, die Preise zu bestimmen und die Produktion bzw. die Verteilung zu kontrollieren. Die Stellung muss so stark sein, dass sie dem Unternehmen eine globale Bewegungsfreiheit sichert (Brinker, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 82 EGV Rn. 11). Nach diesem Maßstab hat die Beklagte keine marktbeherrschende Stellung inne. Die Beklagte hat keinen so erheblichen Marktanteil, dass man ihre Stellung auf dem Binnenmarkt bzw. auf einem wesentlichen Teil desselben als marktbeherrschend betrachten könnte (vgl. Giesen, in: Klusen, Zuwahlleistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, 101 (118)). Dabei geht die Kammer davon aus, dass grundsätzlich die hier streitigen Wahltarife der Beklagten und die von der Klägerin sowie den anderen privaten Krankenversicherungsunternehmen angebotenen Zusatzversicherungen sachlich wegen der Austauschbarkeit als ein Markt angesehen werden können (Klaue/Schwintowski, Grenzen der Zulässigkeit von Wahlтарifen und Zusatzversicherungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 72 f.; vgl. auch Giesen, in: Klusen, Zuwahlleistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, 101 (117f.)). Dem Grunde nach ist damit vom räumlich begrenzten Markt der Bundesrepublik als geografisch relevanten Markt auszugehen (so auch Klaue/Schwintowski, Grenzen der Zulässigkeit von Wahlтарifen und Zusatzversicherungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 73; Giesen, in: Klusen, Zuwahlleistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, 101 (118)). Bei der Bewertung ist zu berücksichtigen, dass die Tarife der Beklagten den von den privaten Krankenversicherungen angebotenen Zusatzтарifen ähneln, d.h. insoweit aus Sicht der Verbraucher als Marktgegenseite austauschbar sind. Es bestehen keine regionalen Präferenzen der Kunden oder Markendifferenzierungen. Besondere Kosten fallen ebenso wenig an, wie eine Gebietspräsenz erforderlich ist. Die privaten Anbieter sind jedoch überwiegend bundesweit tätig. Auf dem bundesweiten Markt für Zusatzversicherungen bzw. Wahlтарife hat die Beklagte mit einer Gesamtbestandszahl im Bereich der Wahlтарife von 332.679 (siehe Schreiben der Beklagten vom 19.11.2013 – Bl. 1620 der Gerichtsakte Bd. IX) keine marktbeherrschende Stellung inne. Allein die privaten Krankenversicherungen hatten im Jahre 2012 Zusatzversicherungen von 17.548.400 (ambulante Tarife,

---

Tarife für Wahlleistungen im Krankenhaus, Zahntarife) im Bestand. Berücksichtigt man die Auslandsreisekrankenversicherungen (24.705.800) liegt der Bestand bei 42.254.200 (Angaben entnommen dem Zahlenbericht der privaten Krankenversicherung, S. 32 ff. – abrufbar unter: [http://www.pkv.de/publikationen/rechenschafts\\_und\\_zahlenberichte/archiv\\_der\\_pkv\\_zahlenberichte/zahlenbericht-2012.pdf](http://www.pkv.de/publikationen/rechenschafts_und_zahlenberichte/archiv_der_pkv_zahlenberichte/zahlenbericht-2012.pdf)). Damit hat die Beklagte auch ohne Differenzierung nach den einzelnen Wahltarifen (siehe die Aufschlüsselung im Schreiben vom 30.04.2013 – Bl. 1407 f. der Gerichtsakte Bd. VIII) einen Marktanteil auf dem relevanten Markt von weit unter 25 Prozent, der für ein Missbrauchsverbot regelmäßig als zu niedrig anzusehen ist (Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, Art. 82 EGV Rn. 85; Müller-Graf, in: Hk-Europarecht, Art. 102 Rn. 9; Eilmansberger, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 102 Rn. 22). Aber selbst wenn man auf den Markt der Krankenvollversicherungen (zum Verhältnis beherrschter Markt und nichtbeherrschter Drittmarkt EuGH, Rs. [C-333/94, Tetra Pak International SA, Slg. 1996, I-5951](#), Rn. 25 ff.; Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, Art. 82 EGV Rn. 101 ff.) abstellt, ist die Beklagte mit gegenwärtig 2.835.336 Versicherten (Angaben abrufbar unter <http://www.aok-business.de/rheinlandhamburg/allgemein/servicenavigation/wir-ueber-uns/>) weit von einem Marktanteil von 25 Prozent auf dem bundesweiten Markt der Krankenvollversicherungen entfernt (Bestand der privaten Krankenvollversicherungen 8,81 Millionen zzgl. der bundesweit tätig werdenden gesetzlichen Krankenkassen). Es kommt hinzu, dass nur besondere Umstände eine Anwendung des [Art. 102 AEUV](#) rechtfertigen können, wenn es sich um verschiedene, aber verbundene Märkte handelt (EuGH, Rs. [C-333/94, Tetra Pak International SA, Slg. 1996, I-5951](#), Rn. 27), was nicht ersichtlich ist. Allerdings ist das Tätigkeitsgebiet der Beklagten im Bereich der Krankenvollversicherung entsprechend der Satzung (§ 1 Abs. 2) auf die Freie und Hansestadt Hamburg sowie den Landesteil Rheinland des Landes Nordrhein-Westfalen beschränkt. Dadurch wird der Markt für die Wahltarife dem Grunde nach ebenso auf dieses Gebiet begrenzt, da nur Mitglieder oder Familienversicherte die Wahltarife abschließen können. Personen, die noch nicht Mitglied der Beklagten sind, die Wahltarife aber nutzen wollen, müssen erst eine Krankenvollversicherung bei der Beklagten abschließen. Das sind letztlich nur solche Personen, die im Gebiet der Freien und Hansestadt Hamburg sowie des Rheinlandes ihren Wohnsitz haben. Damit kann sich der behauptete Marktmissbrauch ausschließlich in diesem Gebiet auswirken, was dafür sprechen könnte, den räumlich relevanten Markt entsprechend abzugrenzen. Allerdings ist fraglich, ob dieses Gebiet einen wesentlichen Teil des Binnenmarktes im Sinne von [Art. 102 AEUV](#) darstellt. Die Frage kann jedoch offen bleiben, weil die Beklagte selbst auf dem so abgegrenzten Markt keine marktbeherrschende Stellung innehat. Dies ergibt sich für den Bereich der Krankenvollversicherungen aus den gegebenen Mitgliederzahlen. Denn ausweislich der amtlichen Angaben leben im Bereich der Freien und Hansestadt Hamburg 1.742.707 Einwohner ([http://www.statistik-nord.de/uploads/tx\\_standdocuments/A\\_I\\_1\\_vj132\\_HH\\_Zensus.pdf](http://www.statistik-nord.de/uploads/tx_standdocuments/A_I_1_vj132_HH_Zensus.pdf)) und im Gebiet Rheinland 9.584.736 Einwohner (<http://www.it.nrw.de/statistik/a/daten/amtlichebevoelkerungszahlen/index.html>), zusammen also 11.327.443 Einwohner. Die Beklagte hat 2.835.336 Mitglieder. Daraus folgt ein Marktanteil von 25,03 Prozent. Selbst wenn diese groben Zahlen gegebenenfalls noch zu bereinigen wären – die Klägerin selbst geht von 30 Prozent im Gebiet



---

Rheinland und 19 Prozent in Hamburg aus (vgl. Schriftsatz vom 21.03.2011 – Bl. 990 der Gerichtsakte) – , ist vorliegend nicht von einer marktbeherrschenden Stellung auszugehen. Denn zieht man in die Betrachtung noch den deutlichen Vorsprung der privaten Krankenversicherungen im Bereich der Zusatzversicherungen und das Erfordernis einer behördlichen Genehmigung mit ein (zu weiteren Kriterien kurz Weiß, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 3. Aufl., Art. 82 Rn. 13; Müller-Graf, in: Hk-Europarecht, Art. 102 Rn. 9), muss das Vorliegen dieser Tatbestandsvoraussetzung ausscheiden (vgl. Eilmansberger, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 102 Rn. 22, wonach bei Marktanteilen zwischen 25 bis 40 Prozent die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung äußerst unwahrscheinlich wird und auf ganz außergewöhnliche Umstände beschränkt bleibt). Es sind auch sonst keine relevanten Umstände mitgeteilt worden, die für eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt der Zusatzversicherungen der Beklagten aufgrund einer Marktbeherrschung im Bereich der Krankenvollversicherungen sprechen könnten. Zwar beruft sich die Klägerin darauf, dass den gesetzlichen Krankenversicherungen ein Marktanteil von ungefähr 90 Prozent in Deutschland zukommt (so auch Klaue/Schwintowski, Grenzen der Zulässigkeit von Wahlтарifen und Zusatzversicherungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 74 f.). Darauf kann es vorliegend aber nicht ankommen, da ein konkreter Verstoß gegen [Art. 102 AEUV](#) durch eine einzelne gesetzliche Krankenkasse, nämlich der Beklagten, gerügt wird (wie hier Huber, Die Wahlтарife im SGB V, Rn. 146). Anders wäre der Fall nur dann zu bewerten, wenn zwischen den Unternehmen, d.h. sämtlichen gesetzlichen Krankenkassen, kein wesentlicher Wettbewerb besteht, woran es fehlt. Erforderlich ist insoweit, dass es sich um aus der Natur und dem Wortlaut einer Vereinbarung oder der Art ihrer Durchführung erwachsende Bindungen oder verbindende Faktoren handelt, die den Kartellmitgliedern ermöglichen, auf dem relevanten Markt gegenüber ihren Konkurrenten, ihren Geschäftspartnern und den Verbrauchern als kollektive Einheit aufzutreten (EuGH, Rs. [C-68/94](#) u.a., Frankreich u.a., [Slg. 1998, I-1375](#), Rn. 221; EuGH, Rs. [C-395/96 P](#) u.a., Compagnie maritime belge transports SA u.a., [Slg. 2000, I-1365](#), Rn. 41 ff.; EuG, Rs. [T-191/98](#) u.a., Atlantic Container Line AB u.a., [Slg. 2003, II-3275](#), Rn. 595; Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, Art. 82 EGV Rn. 109 u. 111 m.w.N.). Die Verbindung kann sich aus einer Kapitalverflechtungen, der Repräsentanz in den Kontrollgremien eines anderen Unternehmens, Vereinbarungen über den Alleinbezug oder gemeinsame Vermarktung sowie einem strukturierten, regelmäßigen Informationsaustausch ergeben (EuG, Rs. [T-228/97, Irish Sugar plc, Slg. 1999, II-2969](#), Rn. 50 ff.; Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, Art. 82 EGV Rn. 109 m.w.N.). Dazu ist zu der hier interessierenden Frage der Wahlтарife weder etwas vorgetragen, noch ersichtlich. Die Annahme einer kollektiven Einheit wäre zudem dann gerechtfertigt, wenn zwischen den Unternehmen kein wirksamer Wettbewerb stattfindet und die Unternehmen ein einheitliches Verhalten haben oder eine gemeinsame Geschäftspolitik auf dem relevanten Markt ausüben (EuGH, Rs. [C-68/94](#) u.a., Frankreich u.a., [Slg. 1998, I-1375](#), Rn. 221; Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, Art. 82 EGV Rn. 111 m.w.N.). Eine kollektive Einheit liegt insbesondere vor, wenn es zwischen den betreffenden Unternehmen wirtschaftliche Bindungen oder Faktoren gibt, die es ihnen erlauben, gemeinsam in nennenswertem Umfang unabhängig von ihren Konkurrenten, ihren Abnehmern und den Verbrauchern zu handeln, wobei

---



---

nicht nur der Abschluss von Vereinbarungen in Betracht kommt, sondern auch auf die Marktstruktur abgestellt werden kann (EuGH, Rs. [C-395/96 P](#) u.a., Compagnie maritime belge transports SA u.a., [Slg. 2000, I-1365](#), Rn. 45; EuG, Rs. [T-191/98](#) u.a., Atlantic Container Line AB u.a., [Slg. 2003, II-3275](#), Rn. 595 ff.; Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, Art. 82 EGV Rn. 112). Dies ist im Bereich der Wahltarife ebenso wenig erkennbar geworden. Schon die bisher beschränkte Zahl an Krankenkassen, die Wahltarife nach [§ 53 Abs. 4 SGB V](#) anbieten, spricht dagegen, dass ein einheitliches Verhalten oder eine gemeinsame Geschäftspolitik auf dem relevanten Markt der Wahltarife bzw. Zusatzversicherungen besteht. So bietet beispielhaft die Techniker Krankenkasse (etwa 8,68 Millionen Versicherte) keine vergleichbaren Wahltarife an (vgl. die Satzungsregelungen §§ 29 ff. – abrufbar unter: <http://www.tk.de/centaurus/servlet/contentblob/48710/Datei/117320/TK-Satzung-Stand-01-01-2014-PV-01-07-2011.pdf>). Ebenso lassen sich der Satzung der Barmer GEK (etwa 8.64 Millionen Versicherte) keine vergleichbaren Regelungen entnehmen (abrufbar unter: [http://www.barmergek.de/barmer/web/Portale/Versicherte/Rundumgutversichert/Infothek/Satzungen/Satzung 20Barmer 20GEK,property=Data. pdf](http://www.barmergek.de/barmer/web/Portale/Versicherte/Rundumgutversichert/Infothek/Satzungen/Satzung%20Barmer%20GEK,property=Data.pdf)). Dies mag einerseits mit der unterschiedlichen Genehmigungspolitik des Bundesversicherungsamtes und der Landesversicherungsämter zusammenhängen, bestimmt sich zusätzlich aber danach, ob die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Kasse die Einführung eines Wahltarifs überhaupt erlaubt bzw. die Struktur der Mitglieder dies als sinnvoll erscheinen lässt. So mag u.a. für kleinere Krankenkassen die Vermittlung von Zusatzversicherungen von privaten Krankenversicherungen gemäß [§ 194 Abs. 1a SGB V](#) zielführender sein. Die Abhängigkeit von einer Genehmigung des Bundes- bzw. der Landesversicherungsämter spricht ebenso dagegen, dass ein unabhängiges Vorgehen der Krankenkassen möglich ist (a.A. Klaue/Schwintowski, Grenzen der Zulässigkeit von Wahltarifen und Zusatzversicherungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 78). Dies schließt es auch aus, den aus der Reaktionsverbundenheit im engen Oligopol fließenden wirtschaftlichen Druck zur Entwicklung gleichförmiger Marktstrategien als gegeben anzusehen (dazu EuG, Rs. [T-191/98](#) u.a., Atlantic Container Line AB u.a., [Slg. 2003, II-3275](#), Rn. 652; Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, Art. 82 EGV Rn. 112), zumal es im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung gerade entgegen dem Ansatz der zitierten Rechtsprechung nicht um Gewinnmaximierung geht. Gegen Letzteres lässt sich zudem anführen, dass keine hohe Markttransparenz im Hinblick auf das Angebotsverhalten sämtlicher gesetzlicher Krankenkassen feststellbar ist, keine wirksamen Abschreckungs- und Vergeltungsmittel bestehen und zudem tatsächlicher Außenwettbewerb durch die privaten Krankenversicherungen gegeben ist (zu diesen Kriterien EuG, Rs. [T-342/99, Airtours plc, Slg. 2002, II-2585](#), Rn. 62; zur Übertragbarkeit EuG, Rs. [T-191/98](#) u.a., Atlantic Container Line AB u.a., [Slg. 2003, II-3275](#), Rn. 652). Selbst wenn man dies annehmen wollte, hätten die gesetzlichen Krankenkassen auf dem relevanten Markt der Zusatzversicherungen bzw. Wahltarife keine marktbeherrschende Stellung inne. Ebenso wenig kann auf den AOK-Verband abgestellt werden. Dem steht schon entgegen, dass es sich um einzelne Körperschaften des öffentlichen Rechts handelt und die oben genannten Voraussetzungen auch in Bezug auf die einzelnen AOK-Krankenkassen nicht erfüllt sind. (bb). Im Ergebnis ist ebenso wenig eine Verletzung von [Art. 106 Abs. 1 AEUV](#)

---

---

erkennbar (wie hier Huber, Die Wahltarife im SGB V, Rn. 142 ff.; Giesen, in: Klusen, Zuwahrleistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, 101 (123 ff.); a.A. Klaue/Schwintowski, Grenzen der Zulässigkeit von Wahltarifen und Zusatzversicherungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 46). (aaa). Soweit die Klägerin auf [Art. 106 Abs. 1 AEUV](#) abstellt, bleibt zunächst festzustellen, dass die Funktion der Norm darin besteht, auch für öffentliche Unternehmen bzw. für Unternehmen, denen besondere oder ausschließliche Rechte gewährt werden, die Geltung der Wettbewerbsvorschriften des AUEV festzuschreiben. Die Norm bindet die Mitgliedstaaten an die Vertragsvorschriften. Sie soll verhindern, dass die Mitgliedstaaten ihre Einflussmöglichkeiten dazu missbrauchen, gegen die Vertragsvorschriften zu verstoßen. Es enthält ein Verbot mittelbarer Vertragsverletzungen durch die Mitgliedstaaten zur Vermeidung der Umgehung der Vertragsvorschriften (Voet van Vormizeele, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 86 Rn. 6). Hinsichtlich der einzelnen Unternehmen ist bei der Prüfung aber weiterhin auf die konkreten Vorschriften des EG-Wettbewerbsrechts abzustellen, da ein autonomer Verstoß gegen die Wettbewerbsvorschriften durch einzelne Unternehmen dem betreffenden Mitgliedstaat prinzipiell nicht zugerechnet werden kann (EuGH, Rs. [30/87](#), [Corinne Bodson](#), [Slg. 1988, 2479](#), Rn. 32; EuGH, Rs. [C-359/95 P](#) u.a., [Ladbroke Racing Ltd](#), [Slg. 1997, I-6268](#), Rn. 33 f.; Mestmäcker/Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, Art. 31, 86 EGV, B., Rn. 56; Voet van Vormizeele, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 86 Rn. 5). (bbb). Soweit [Art. 106 Abs. 1 AEUV](#) die Mitgliedstaaten selbst in die Pflicht nimmt, ist eine Verletzung nicht ersichtlich. Der Norm kommt insoweit unmittelbare Wirkung, auf die sich der Einzelne berufen kann, zu, als auch der verwiesenen Vorschrift eine solche Wirkung inne wohnt (EuGH, Rs. [C-22/98](#), [Jean Claude Becu u.a.](#), [Slg. 1999, I-5665](#), Rn. 21; Voet van Vormizeele, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 86 Rn. 9; Jung, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 86 Rn. 7). Der allein in Betracht kommende [Art. 102 AEUV](#) ist aber nicht berührt (siehe oben). Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die Beklagte kein Unternehmen im Sinne des [Art. 106 Abs. 1 AEUV](#) ist (zum Gleichlauf des Unternehmensbegriffs Voet van Vormizeele, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 86 Rn. 10; Mestmäcker/Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, Art. 31, 86 EGV, C., Rn. 1). Ebenso wenig hat die Beklagte eine marktbeherrschende Stellung inne (zu diesem Erfordernis Mestmäcker/Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, Art. 31, 86 EGV, C., Rn. 72). Im Übrigen ist nicht ersichtlich, dass ein Fall des [Art. 106 Abs. 1 AEUV](#) gegeben ist. [Art. 106 Abs. 1](#) i. V. m. [102 AEUV](#) sind verletzt, wenn öffentliche Unternehmen auf Grundlage gesetzlicher Regelungen zu einem missbräuchlichen Verhalten gezwungen sind (EuGH, Rs. [30/87](#), [Corinne Bodson](#), [Slg. 1988, 2479](#), Rn. 33; Mestmäcker/Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, Art. 31, 86 EGV, C., Rn. 73; Voet van Vormizeele, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 86 Rn. 35). Dies scheidet vorliegend schon deshalb aus, weil die Einführung von Wahltarifen eine fakultative Möglichkeit für die gesetzlichen Krankenkassen zur Bindung ihrer Mitglieder darstellt. Ein erzwungener Missbrauch liegt somit nicht vor. Eine staatliche Maßnahme kann aber auch dann gegen [Art. 106 Abs. 1](#) i. V. m. [102 AEUV](#) verstoßen, wenn einem Unternehmen ein besonderes oder ausschließliches Recht verliehen wird und es durch die bloße Ausnutzung des Rechts missbräuchlich handelt (EuGH, Rs. [C-179/90](#), [Merci convenzionali porto di Genova SpA](#), [Slg. 1991, I-5889](#), Rn. 17; EuGH, Rs. [C-67/96](#),

---

---

[Albany International BV, Slg. 1999, I-5751](#), Rn. 93; Mestmäcker/Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, Art. 31, 86 EGV, C., Rn. 74). Diese Alternative scheitert daran, dass den gesetzlichen Krankenkassen durch [§ 53 Abs. 4 SGB V](#) kein besonderes oder ausschließliches Recht im Sinne von [Art. 106 Abs. 1 AEUV](#) eingeräumt wird. Besondere oder ausschließliche Rechte sind solche, die individuell bestimmte Unternehmen gegenüber anderen in eine Sonderstellung versetzen und gleichzeitig in eine Abhängigkeit zur öffentlichen Hand bringen, die dieser eine Einflussnahmemöglichkeit eröffnet, die im Verhältnis zu den übrigen Unternehmen nicht besteht (Voet van Vormizeele, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 86 Rn. 20). Allgemeine Maßnahmen, die nicht konkrete, individuelle Unternehmen betreffen, sind nicht anhand von [Art. 106 Abs. 1 AEUV](#) zu messen. Durch die Rechtsgewährung muss eine besondere Beziehung zwischen dem Unternehmen und dem Mitgliedstaat entstehen. Allein die Genehmigungspflicht für das Tätigwerden genügt nicht für die Annahme besonderer oder ausschließlicher Rechte (Voet van Vormizeele, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 86 Rn. 20). Es handelt sich um ausschließliche Rechte, wenn sie von einem Mitgliedstaat oder einer Behörde einer oder mehreren öffentlichen oder privaten Einrichtungen auf dem Gesetzes- oder Verwaltungswege gewährt werden und diesen die Erbringung einer Dienstleistung oder die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit vorbehalten (EuGH, Rs. [C-429/99, Kommission/Portugal, Slg. 2001, I-7605](#); Voet van Vormizeele, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 86 Rn. 23; Mestmäcker/Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, Art. 31, 86 EGV, C., Rn. 44 m.w.N.). Ein solcher Fall ist zu verneinen, weil den gesetzlichen Krankenkassen die Erbringung nicht vorbehalten wird, da weiterhin die Möglichkeit der Vermarktung von Zusatzversicherungen durch die privaten Krankenversicherungen besteht. Besondere Rechte sind solche, die ein Mitgliedstaat durch Rechts- und Verwaltungsvorschriften einer begrenzten Zahl von Unternehmen in einem Gebiet gewährt. Sie liegen dann vor, wenn der Mitgliedstaat die Anzahl dieser Unternehmen auf zwei oder mehrere Unternehmen begrenzt oder wenn er mehrere konkurrierende Unternehmen bestimmt oder einem oder mehreren Unternehmen besondere Vorteile einräumt, wobei das besondere Recht die Wettbewerbsfähigkeit anderer Unternehmen auf dem fraglichen Markt wesentlich beeinträchtigen muss (vgl. EuGH, Rs. [C-475/99, Ambulanz Glöckner, Slg. 2001, I-8089](#), Rn. 24; Mestmäcker/Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, Art. 31, 86 EGV, C., Rn. 40 ff.; Voet van Vormizeele, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 86 Rn. 25). Dies ist ebenso wenig erfüllt, weil es schon an einer wesentlichen Beeinträchtigung der Klägerin und der anderen privaten Krankenversicherungen fehlt. Oben wurde ausgeführt, dass es durch die Wahltarife nicht zu einer wesentlichen Beeinträchtigung der Klägerin kommt. Der [§ 53 Abs. 4 SGB V](#) begründet insoweit zudem keinen besonderen Vorteil, sondern eröffnet überhaupt erst den Wettbewerb zwischen den gesetzlichen und privaten Krankenversicherungen. Wesentliche Strukturvorteile für die gesetzliche Krankenversicherung bestehen nicht. Diese begründen überdies als solche keinen Missbrauch (Giesen, in: Klusen, Zuwahlleistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, 101 (120)). Vielmehr ist es europarechtlich unproblematisch, soweit öffentlich-rechtliche Finanzmittel zur Geschäftsaufnahme verwandt werden (Giesen, in: Klusen, Zuwahlleistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, 101 (121)). Außerdem ist gegenwärtig daneben nicht erkennbar, dass infolge der

---

Ausnutzung der durch [§ 53 Abs. 4 SGB V](#) eingeräumten Möglichkeiten ein missbräuchliches Verhalten gegeben ist. Erforderlich wäre, dass bereits die hoheitliche Maßnahme die wettbewerbswidrigen Marktwirkungen zur Folge hat, ohne dass es insoweit auf das unternehmerische Verhalten ankäme (Voet van Vormizeele, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 86 Rn. 36; Mestmäcker/Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, Art. 31, 86 EGV, C., Rn. 74). Wesentlich ist, dass das Unternehmen den Verstoß durch eigenes Verhalten nicht beseitigen kann, so dass allein die Aufhebung oder Umgestaltung des ausschließlichen Rechts wirksame Abhilfe ermöglicht (Mestmäcker/Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, Art. 31, 86 EGV, C., Rn. 74). Eine solche Konstellation scheidet aus, weil [§ 53 Abs. 4 SGB V](#) lediglich die Möglichkeit zur Einführung von Wahlтарifen schafft, die Satzungsregelung und konkrete Ausgestaltung aber der Krankenkasse obliegt. Wie gerade der vorliegende Rechtsstreit belegt, ist diese Ausgestaltung durch die einzelne Krankenkasse problematisch. Es kommt daher auf das unternehmerische Verhalten an, was ohnehin gegen die Anwendbarkeit des [Art. 106 AEUV](#) spricht. [Art. 106 Abs. 1](#) i.V.m. [Art. 102 AEUV](#) soll weiterhin verletzt sein, wenn das beherrschende Unternehmen seine Monopolmacht auf angrenzende Märkte überträgt oder zur Einschränkung auf angrenzenden Märkten einsetzt. Dies ist der Fall, wenn der Mitgliedstaat Unternehmen, die er mit Sonderrechten ausgestattet hat, strukturelle Wettbewerbsvorteile auch auf angrenzenden Märkten verschafft (EuGH, Rs. [C-462/99](#), Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH, [Slg. 2003, I-5197](#), Rn. 83 ff.; Mestmäcker/Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, Art. 31, 86 EGV, C., Rn. 80). Insoweit ist nicht ersichtlich, dass die Beklagte ein Monopol auf dem Gebiet der Wahlтарife oder dem Bereich der Krankenvollversicherung inne hat. Ebenso wenig sind der Beklagten durch den Mitgliedstaat strukturelle Wettbewerbsvorteile auf dem angrenzenden Markt verschafft worden. Letztlich ist ein Verhalten des Mitgliedstaats dann nicht mit [Art. 106 Abs. 1](#) i. V. m. [Art. 102 AEUV](#) vereinbar, wenn er eine Situation schafft, in der Unternehmen mit ausschließlichen Rechten einen Missbrauch begehen könnten (EuGH, Rs. [C-179/90](#), [Merci convenzionali porto di Genova SpA](#), [Slg. 1991, I-5889](#), Rn. 17; EuGH, Rs. [C-67/96](#), [Albany International BV](#), [Slg. 1999, I-5751](#), Rn. 93; Mestmäcker/Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, Art. 31, 86 EGV, C., Rn. 81; Jung, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 86 Rn. 27), was hier mangels des Vorliegens von ausschließlichen Rechten bzw. einer Monopolstellung ebenso ausscheidet. (cc). Einen Verstoß gegen die Beihilfenvorschriften gemäß [Art. 107 f. AEUV](#) konnte die Kammer nicht feststellen (wie hier Giesen, Wahlтарife der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 96 f.; Klaue/Schwintowski, Grenzen der Zulässigkeit von Wahlтарifen und Zusatzversicherungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 45 f.; a.A. Huber, Die Wahlтарife im SGB V, Rn. 147 ff.). Dabei kann sich die Klägerin schon grundsätzlich nicht auf [Art. 107 AEUV](#) berufen. Denn dieser ist nicht unmittelbar anwendbar. Vielmehr bedarf es insoweit einer Negativentscheidung der Kommission gemäß Art. 7 Abs. 5 der Verfahrensverordnung (VVO – Verordnung Nr. 659/1999/EG – abgedruckt in Abl. 1999/L 83/1 – zuletzt geändert durch Verordnung Nr. 734/2013 vom 22.07.2013), die hier jedoch nicht vorliegt (vgl. EuGH, Rs. [78/76](#), [Steinike & Weinlig](#), [Slg. 1977, 595](#), Rn. 10; Bär-Bouyssière, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 87 Rn. 2; Müller-Graf, in: Hk-Europarecht, Art. 107 Rn. 3). Die Klägerin kann sich



---

dagegen auf die Notifizierungspflicht und das Durchführungsverbot gemäß [Art. 108 Abs. 3 AEUV](#) i.V.m. Art. 2 u. 3 VVO berufen, da diese unmittelbar anwendbar sind (EuGH, Rs. [C-354/90](#), Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires (FNCE) u.a., [Slg. 1991, I-5505](#), Rn. 12 f.; EuGH, Rs. [C-39/94](#), Syndicat français de l'Express international (SFEI), [Slg. 1996, I-3547](#), Rn. 68 ff.; Ehrlicke, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, Nach Art. 88, Art. 3 VVO, Rn. 37). Erforderlich ist jedoch, dass die streitige Maßnahme vollständig den Tatbestand des [Art. 107 Abs. 1 AEUV](#) erfüllt (EuGH, Rs. [C-1/09](#), Centre d'exportation du livre français (CELF) u.a., [Slg. 2010, I-](#), Rn. 36; Ehrlicke, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, Nach Art. 88, Art. 2 VVO, Rn. 24; Sinnaeve, in: Heidenhein, Beihilfenrecht, 2003, § 33 Rn. 2). Zudem darf das Vorliegen einer Beihilfe nicht zweifelhaft sein (EuGH, Rs. [C-1/09](#), Centre d'exportation du livre français (CELF) u.a., [Slg. 2010, I-2099](#), Rn. 36). Daran fehlt es hier. (aaa). Die Anwendung der Beihilfenvorschriften des AEUV scheitert bereits an der fehlenden Unternehmenseigenschaft der Beklagten. Denn der Unternehmensbegriff des Beihilfenrechts ist deckungsgleich mit dem des Europäischen Wettbewerbsrechts (Ehrlicke, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, Art. 87 Abs. 1 EGV, C., Rn. 82; Müller-Graf, in: Hk-Europarecht, Art. 107 Rn. 19). Die im Wettbewerbsrecht vorhandenen Ausnahmen gelten daher ebenfalls im Beihilfenrecht. Oben wurde bereits festgestellt, dass die Beklagte auch nach Einführung der Wahltarife nicht als Unternehmen im Sinne des Wettbewerbsrechts anzusehen ist. Auf die obigen Ausführungen kann insoweit verwiesen werden. (bbb). Daneben ist eine Begünstigung im Sinne von [Art. 107 Abs. 1 AEUV](#) nicht gegeben. Eine Begünstigung im Sinne des Beihilfenrechts setzt den Empfang einer Leistung ohne angemessene, marktmäßige Gegenleistung voraus (vgl. EuGH, Rs. [C-53/00](#), [Ferring](#), [Slg. 2001, I-9067](#), Rn. 15; EuG, Rs. [T-36/99](#), [Lenzing](#), [Slg. 2004, II-3597](#), Rn. 134; Hermann, ZEuS 2004, 415 (428)). Es ist vorliegend nicht feststellbar, dass der Beklagten eine Begünstigung gewährt wird. Dies gilt zunächst im Hinblick auf den Insolvenzausschluss für die gesetzlichen Krankenkassen, auf den sich die Klägerin beruft. Eine Begünstigung könnte allenfalls in Form von Refinanzierungsvorteilen bei der Kreditaufnahme gesehen werden, da der Insolvenzausschluss das Ausfallrisiko des Kreditgebers beseitigen und zu besseren Konditionen für den Kreditnehmer führen könnte (vgl. Mitteilung der Kommission bezüglich der Anwendung des Art. 92 und 93 EWG-Vertrag und des Artikel 5 der Kommissionsrichtlinie 80/723/EWG über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie (93/C307/03), Rn. 38.1; Ehrlicke, Die EG-rechtliche Beurteilung der Rundfunkfinanzierung, S. 181). Unabhängig von der grundsätzlichen Fragwürdigkeit dieses Ansatzes (siehe Lübbig/Martín-Ehlers, Beihilfenrecht, 2. Aufl., Rn. 222 ff.; Gruson, EuZW 1997, 357 (358) jeweils zur Anstaltslast) kommt dem Refinanzierungsvorteil keine Bedeutung zu, da die gesetzlichen Krankenkassen nicht berechtigt sind, Kredite aufzunehmen (vgl. [§ 220 Abs. 1 S. 2 SGB V](#)). Nur dann ist ein Refinanzierungsvorteil überhaupt von Interesse. Mit Aufhebung des Insolvenzausschlusses (vgl. [§ 171b](#) ff. SGB V) ist diese vermeintliche Begünstigung zudem endgültig entfallen und damit hier nicht weiter von Relevanz. [§ 171b Abs. 3 S. 2 SGB V](#) sieht dabei den Vorrang der Schließung gegenüber der Durchführung eines Insolvenzverfahrens vor, so dass eine Fortführung der Krankenkasse in der Regel entgegen der Möglichkeiten des Insolvenzrechts nicht in Betracht kommt. Eine Begünstigung in Form von Quersubventionen liegt nicht vor. Eine



---

Quersubvention ist nicht grundsätzlich beihilfenrechtlich relevant. Quersubventionierung meint eine Konstellation, in der ein Unternehmen intern einen oder mehrere Bereiche seiner Geschäftsaktivitäten mit Einnahmen aus anderen Bereichen finanziell unterstützt (Leibenath, EuZW 2003, 509 (509)). Dies kann problematisch sein, wenn ein Unternehmen staatliche Mittel aus einem Bereich dazu nutzt, Konkurrenten auf einem anderen Markt zu verdrängen. Eine Quersubvention liegt vor, wenn der Leistung keine angemessene Gegenleistung gegenübersteht (zu den einzelnen Ansätzen Leibenath, EuZW 2003, 509 (509)). Diese ist beihilfenrechtlich nur dann relevant, wenn ein privater Investor von vergleichbarer Größe unter den gleichen Umständen die Maßnahme nicht durchgeführt hätte, wobei die Anwendung des Private-investor-Tests auch dann in Betracht kommt, wenn auf das Unternehmen auf einem Markt eine Monopolstellung inne hat (EuGH, Rs. [C-83/01 P](#) u.a., Chronopost SA u.a., [Slg. 2003, I-6993](#), Rn. 31 ff.; Bär-Bouyssière, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 87 Rn. 28; Lübbig/Martín-Ehlers, Beihilfenrecht, Rn. 280 ff.; Leibenath, EuZW 2003, 509 (510)). Vortrag der Klägerin zu dieser Frage findet sich nicht. Die Frage kann jedoch offenbleiben, weil ausweislich der eingereichten Unterlagen und Gutachten jedenfalls in der Vergangenheit keine Quersubvention erfolgt ist. Es ist auch nicht zweifelsfrei (zu diesem Maßstab EuGH, Rs. [C-1/09](#), Centre d'exportation du livre français (CELF) u.a., [Slg. 2010, I-2099](#), Rn. 36) erkennbar, dass zukünftig Quersubventionen stattfinden werden. Zwar wirft das von der Klägerin eingereichte Gutachten insoweit einige Fragen auf, ohne selbst das Vorliegen von Quersubventionen zweifelsfrei begründen zu können. Vielmehr geht es davon aus, dass bestimmte Angaben fehlen bzw. Annahmen zu prüfen wären. Dagegen ergibt sich aus der Stellungnahme des Aktuars vom 04.11.2010, dass die Kalkulation der Beklagten auch in Zukunft Quersubventionierungen ausschließen wird (Bl. 925 der Gerichtsakte Bd. V). Eine Begünstigung liegt damit nicht vor. Denn es reicht gerade nicht aus, dass nicht strukturell ausgeschlossen werden kann, dass eine Beihilfengewährung erfolgen wird. Vielmehr ist der Nachweis erforderlich, dass die Maßnahme tatsächlich einen Vorteil zugunsten der Beklagten bewirkt bzw. bewirken wird, weil nur dann eine Besserstellung des Unternehmens gegenüber den Wettbewerbern gegeben und damit der Schutzzweck des [Art. 107 AEUV](#) betroffen ist (so zu Recht mit weiterer Begründung Ehrlicke, Die EG-rechtliche Beurteilung der Rundfunkfinanzierung, S. 154 f.). Dies gilt auch für die anderen vorgetragenen Strukturvorteile (a.A. Huber, Die Wahltarife im SGB V, Rn. 151). Die Kosten für das Personal wurden in die Kalkulation der Wahltarife eingepreist (vgl. etwa die Angaben des Aktuar in der Kontrolle Kostenkalkulation vom 04.11.2010, S. 2 – Bl. 923 der Gerichtsakte Bd. V). Zweifel bestehen, soweit sich die Klägerin bezüglich der Begünstigung auf die Vorteile bei der Mitgliederwerbung bezieht. Es ist schon nicht ersichtlich, dass die Nutzung des eigenen Datenbestandes für die Werbung beihilfenrechtliche Relevanz aufweist, d.h. eine aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe darstellt, die zu einer Begünstigung führt. Schließlich bewirken die steuerrechtlichen Regelungen keine Begünstigung im Sinne von [Art. 107 Abs. 1 AEUV](#). Oben wurde bereits festgestellt, dass der Beklagten kein Steuervorteil zukommt. (ccc). Der Annahme einer Beihilfe stehen zudem im Einzelfall noch weitere Gründe entgegen. So ist nicht erkennbar, dass die Nutzung der Vollstreckungsmöglichkeiten einer Behörde oder der Erlass von Verwaltungsakten eine Beihilfe darstellen. Denn es fehlt an einer Begünstigung aus staatlichen Mitteln, da der staatliche Haushalt durch die Möglichkeit der

---

Vollstreckung und den Erlass eines Verwaltungsaktes nicht ohne Weiteres belastet wird (zum Erfordernis der Belastung öffentlicher Haushalte: Koenig/Paul, in: Streinz, EUV/AUEV, Art. 107 Rn. 59; Ehrlicke, Die EG-rechtliche Beurteilung der Rundfunkfinanzierung, S. 101 ff.). Überdies fehlt es an der notwendigen Selektivität (siehe dazu Koenig/Paul, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 107 Rn. 74 ff.), da die Möglichkeit des Erlasses von Verwaltungsakten dem öffentlichen Recht immanent und die Vollstreckung allen Behörden ermöglicht wird (vgl. [§ 7 Abs. 1](#) Verwaltungsvollstreckungsgesetz des Bundes). Die steuerrechtlichen Regelungen führen ebenfalls nicht automatisch zu einer Begünstigung der Beklagten. Denn insoweit ist zumindest zu erwägen, dass die Ausnahme der Besteuerung, soweit man eine solche unterstellt, durch die Natur oder den inneren Aufbau des Steuersystems gerechtfertigt ist (vgl. zu den Regelungen zugunsten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks Ehrlicke, Die EG-rechtliche Beurteilung der Rundfunkfinanzierung, S. 162 ff.). Da die Ansprüche jeweils unabhängig von der Frage, ob die Beklagte ein Unternehmen im Sinne des Europäischen Beihilfen- und Wettbewerbsrechts ist, nicht vorlagen, war eine Vorlage an den EuGH gemäß [Art. 267 Abs. 2 AEUV](#) nicht geboten. (c). Ein Unterlassungsanspruch folgt nicht aus [§ 8 Abs. 1](#) i.V.m. [§ 3](#) i.V.m. [§ 4 Nr. 11 UWG](#). Ein solcher besteht nicht (a.A. Klaue/Schwintowski, Grenzen der Zulässigkeit von Wahltarifen und Zusatzversicherungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 89 ff.). Nach [§ 4 Nr. 11 UWG](#) handelt unlauter i.S. des [§ 3 UWG](#), wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. (aa). Gegen eine Anwendung des UWG auf den vorliegenden Sachverhalt spricht, dass die streitige Tätigkeit nicht diesem Gesetz unterliegt. Die Tätigkeit der öffentlichen Hand unterliegt dem UWG nur dann, wenn sie eine geschäftliche Handlung nach [§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG](#) darstellt, d.h. mit der Förderung des Absatzes oder des Bezuges von Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt. Hoheitliches Handeln fällt dagegen nicht in den Anwendungsbereich des UWG, da es nicht mit dem Absatz oder Bezug von Produkten im Zusammenhang steht. Denn Maßnahmen außerhalb der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit verfolgen nicht das Ziel, fremden Wettbewerb zu fördern, sondern dienen der Erfüllung öffentlicher Aufgaben (BGH, Urteil vom 26.01.2006, Az.: [I ZR 83/03](#); Ohly, in: Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, 5.Auflage 2010, Einf. D., Rn. 27). Nicht jede Erfüllung öffentlicher Aufgaben schließt jedoch eine geschäftliche Handlung aus. Gegen ein geschäftliches Handeln spricht u.a. das Fehlen einer Gewinnerzielungsabsicht (so ausdrücklich Ohly, in: Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, Einf. D., Rn. 29). Relevant ist auch der Grad der Erfüllung öffentlicher Zwecke. Ist die öffentliche Hand zur Wahrnehmung der Aufgaben verpflichtet oder ermächtigt und bewegt sie sich innerhalb dieser Rechtsgrundlage, so liegt ein hoheitliches Handeln vor (BGH, Urteil vom 26.01.2006, Az.: [I ZR 83/03](#); KG, Urteil vom 19.06.2001, Az.: [5 U 10475/99](#); Köhler, in: Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 32. Auflage 2014, [§ 4 UWG](#) Rn. 13.21). Hier bildet [§ 53 Abs. 4 SGB V](#) eine ausreichende Rechtsgrundlage für den Erlass der Satzungsbestimmung (siehe unten 1.b.(3).(e).(bb).) und ermächtigt die Beklagte zum Tätigwerden. Damit liegt hier ein hoheitliches Handeln vor, das nicht unter die Vorschriften des UWG fällt (im Ergebnis ebenso Giesen, in: Klusen, Zuwahlleistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, 101 (130 f.)). Auch insoweit steht dem die Entscheidung des EuGH bezüglich der Mitgliederwerbung der gesetzlichen Krankenkassen nicht

---

entgegen (EuGH, [C-59/12](#), BKK Mobil Oil, vom 03.10.2013). Darin kommt der EuGH zwar zum Ergebnis, dass Krankenkassen im Bereich des UWG als Gewerbetreibende anzusehen sind, d.h. in dessen Anwendungsbereich fallen. Neben der Frage, ob sie Gewerbetreibende im Sinne des UWG sind, bleibt aber noch zu klären, ob eine geschäftliche Handlung vorliegt. Dabei kommt es weiterhin darauf an, ob öffentliche Zwecke verfolgt werden (Köhler, in: Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, [§ 4 UWG](#) Rn. 13.21; Ebert-Weidenfeller/Gromotke, EuZW 2013, 937 (940)). Ist dies der Fall, liegt gleichwohl keine geschäftliche Handlung im Sinne des UWG vor. (bb). Zudem ist der [§ 4 Nr. 11 UWG](#) nicht anwendbar, da es sich bei dem [§ 53 Abs. 4 SGB V](#) sowie [§ 30 SGB IV](#) um nicht erfasste Marktzutrittsregelungen handelt. (aaa). [§ 4 Nr. 11 UWG](#) kann nur dann eingreifen, wenn Verstöße gegen Marktverhaltensregelungen verhindert werden sollen. Erforderlich ist, dass die streitige Norm zumindest sekundär dazu dient, auch das Marktverhalten zu regeln und auf diese Weise gleiche Voraussetzungen für die auf diesem Markt tätigen Wettbewerber zu schaffen (BGH, Urteil vom 29.06.2006, Az.: [I ZR 171/03](#); OLG München, Urteil vom 15.05.2003, Az.: [29 U 1703/03](#); Ohly, in: Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, Einf. D., Rn. 51). Marktverhalten ist dabei jede Tätigkeit auf dem Markt, durch die ein Unternehmer auf die Mitbewerber, Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer einwirkt (OLG Hamburg, Urteil vom 29.01.2009, Az.: [3 U 107/08](#); Köhler, in: Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, [§ 4 UWG](#) Rn. 11.34). Da es genügt, dass die Vorschrift auch eine Regelung des Marktverhaltens im Interesse der Marktbeteiligten darstellt, sind Verstöße gegen Marktzutrittsregelungen erfasst, soweit sie auch Marktverhaltensregelungen darstellen (BGH, Urteil vom 15.01.2009, Az.: [I ZR 141/06](#); Köhler, in: Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, [§ 4 UWG](#) Rn.11.49). Von einer Vorschrift mit Doppelfunktion ist in der Regel auszugehen, wenn die Betätigung auf einem bestimmten Markt einer öffentlichrechtlichen Erlaubnis bedarf und die betreffende Norm damit gleichzeitig im Interesse der Marktpartner eine bestimmte Qualität, Sicherheit oder Unbedenklichkeit der angebotenen Waren oder Dienstleistungen sicherstellen will (BGH, Urteil vom 25.04.2002, Az.: [I ZR 250/00](#); Köhler, in: Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, [§ 4 UWG](#) Rn. 11.49). Ob eine Marktverhaltensregelung vorliegt, ist durch Auslegung zu ermitteln (Köhler, in: Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, [§ 4 UWG](#) Rn. 11.33). Dagegen ist es nicht Sinn und Zweck der Norm, reine Marktzutrittsregelungen zu erfassen und damit den rechtswidrigen Marktzutritt zu sanktionieren und zu unterbinden (BGH, Urteil vom 25.04.2002, Az.: [I ZR 250/00](#); KG, Beschluss vom 13.02.2007, Az.: [5 W 35/07](#); Schaffert, in: Heermann/Hirsch, Münchner Kommentar – Lauterkeitsrecht [MüKo], Bd. 1, 2006, UWG, § 4 Rn. 72; Ohly, in: Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, Einf. D., Rn. 50; Stür/Schmalenbach, NWVBl. 2006, 161 (169)). Marktzutrittsregelungen sind Normen, die Personen den Marktzutritt aus Gründen verwehren, die nicht an das Marktverhalten anknüpfen, d.h. solche, die nicht die Art und Weise des Agierens am Markt betreffen (zum Folgenden Köhler, in: Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, [§ 4 UWG](#) Rn. 11.44). [§ 4 Nr. 11 UWG](#) greift deshalb nicht bei Vorschriften, die bestimmten Personen zu ihrem eigenen Schutz oder zum Schutz des Unternehmens, in dem sie tätig sind, den Marktzutritt nur unter Einhaltung bestimmter Voraussetzungen gewähren. Zu den Marktzutrittsregelungen gehören ferner wirtschaftslenkende Normen, die die Rahmenbedingungen des Wettbewerbs festlegen oder bestimmte Unternehmen vom Markt fern halten sollen, um die auf dem Markt agierenden Unternehmen vor unerwünschtem Wettbewerb zu schützen

---

(BGH, Urteil vom 02.12.2009, Az.: [I ZR 152/07](#) – Marktbezogenheit; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, [§ 4 UWG](#) Rn. 11.44; Schaffert, in: MüKo, Bd. 1, UWG, § 4 Rn. 70). Nach diesen Grundsätzen ist sowohl [§ 53 Abs. 4 SGB V](#) als auch [§ 30 SGB IV](#) als Marktzutrittsregelung anzusehen. In diesem Zusammenhang werden etwa die Regelungen der Gemeindeordnungen über die erwerbswirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, z. B. § 107 GO NRW, als reine Marktzutrittsregelungen gewertet, obwohl diese Normen regelmäßig – siehe etwa § 107 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GO NRW – nur eine Tätigkeit zulassen, wenn diese nicht durch andere Unternehmen besser und wirtschaftlicher erfüllt werden kann (BGH, Urteil vom 25.04.2002, Az.: [I ZR 250/00](#); BGH, Urteil vom 04.11.2003, Az.: [KZR 38/02](#); Ohly, in: Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, Einf. D., Rn. 51; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, [§ 4 UWG](#) Rn. 11.47; Schaffert, in: MüKo, Bd. 1, UWG, § 4 Rn. 70). Insofern sind die Vorschriften des [§ 53 Abs. 4 SGB V](#) sowie des [§ 30 SGB IV](#) ähnlich den Vorschriften in den Gemeindeordnungen über die erwerbswirtschaftliche Betätigung der Gemeinden als reine Marktzutrittsregelung anzusehen, die den gesetzlichen Krankenkassen den Zutritt zum Markt der privaten Zusatzversicherungen erst ermöglichen (vgl. generell zum Sozialrecht Schaffert, in: MüKo, Bd. 1, UWG, § 4 Rn. 74; konkret zu [§ 30 SGB IV](#) Ohly, in: Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, Einf. D., Rn. 55; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, [§ 4 UWG](#) Rn. 13.74). Gemäß [§ 30 Abs. 1 SGB IV](#) dürfen die Versicherungsträger nur Geschäfte zur Erfüllung ihrer gesetzlich vorgeschriebenen oder zugelassenen Aufgaben führen und ihre Mittel nur für diese Aufgaben sowie die Verwaltungskosten verwenden. Die Norm ist Ausdruck des Gesetzesvorbehalts (Schneider-Danwitz, in: jurisPK-SGB IV, 2. Auflage 2011, § 30 Rn. 12; Winkler, in: LPK-SGB IV, 2007, § 30 Rn. 2). Nicht Aufgabe des [§ 30 Abs. 1 SGB IV](#) ist der Schutz der Privatwirtschaft (Schneider-Danwitz, in: jurisPK-SGB IV, § 30 Rn. 21). Aber selbst wenn dies der Fall wäre, regelt [§ 30 Abs. 1 SGB IV](#) nach Ansicht der Kammer nur den Marktzutritt. Denn die Norm ermöglicht der gesetzlichen Krankenkasse die Wahrnehmung der ihr übertragenen Aufgaben und verbietet die Übernahme von Geschäften, die nicht zur Erfüllung ihrer gesetzlich vorgeschriebenen oder zugelassenen Aufgaben erforderlich sind. Damit aber wird überhaupt das Tätigwerden der Krankenkasse ermöglicht, nicht aber ein bestimmtes Verhalten am Markt vorgegeben (wie hier Ohly, in: Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, Einf. D., Rn. 55; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, [§ 4 UWG](#) Rn. 13.74; anders wohl noch BGH, Urteil vom 19.01.1995, Az.: [I ZR 41/93](#); OLG Stuttgart, Urteil vom 15.06.2001, Az.: [2 U 201/00](#)). Handelt die Kasse nicht innerhalb der vorgeschriebenen oder zugelassenen Aufgaben, ist ihr der Marktzutritt schlicht untersagt. Es wird dabei nicht die Art und Weise des Agierens auf dem Markt, sondern überhaupt die Zulässigkeit des Tätigwerdens beschränkt. Ein Unterschied zu den Regelungen über die erwerbswirtschaftliche Betätigung von Gemeinden ist für die Kammer hierbei nicht erkennbar, so dass die Annahme, [§ 30 SGB IV](#) sei gleichwohl eine Marktverhaltensregelungen, nicht gerechtfertigt erscheint. Damit kann schon grundsätzlich aus [§ 53 Abs. 4](#) und 9 SGB V nichts anderes folgen, d.h. diese Regelungen keine Marktverhaltensregelungen darstellen. Denn diese Normen bilden lediglich den Rahmen für das Tätigwerden der Krankenkassen und damit die in [§ 30 Abs. 1 SGB IV](#) vorausgesetzte Grenze des gesetzlich vorgeschriebenen oder zugelassenen Aufgabenbereichs. Wenn bereits [§ 30 Abs. 1 SGB IV](#) eine Marktzutrittsregelung darstellt, muss dies erst recht für die Norm des [§ 53 SGB V](#) gelten, die den [§ 30 SGB IV](#) inhaltlich ausfüllt. Es kommt hinzu,



---

dass [§ 53 Abs. 4 SGB V](#) selbst bei isolierter Betrachtung eine Marktzutrittsregelung darstellt. Nach der Vorschrift kann die Krankenkasse in ihrer Satzung vorsehen, dass Mitglieder für sich und ihre nach § 10 mitversicherten Angehörigen Tarife für Kostenerstattung wählen. Gemäß [§ 53 Abs. 4 S. 2 SGB V](#) kann sie die Höhe der Kostenerstattung variieren und hierfür spezielle Prämienzahlungen durch die Versicherten vorsehen. Zweck der Regelung des [§ 53 SGB V](#) war die Intensivierung des Wettbewerbs zwischen den Krankenkassen. Dadurch sollte die Effizienz und Qualität in der gesetzlichen Krankenversicherung gesteigert werden. Die Erhöhung des Wettbewerbs sollte durch eine Steigerung der Wahlmöglichkeiten der Versicherten erfolgen (zum Ganzen: Leitherer, in: Kasseler Kommentar, SGB V, § 53 Rn. 2). Mit dem Wahltarif zur Höhe der Kostenerstattung gemäß [§ 53 Abs. 4 SGB V](#) soll die Position der gesetzlichen Krankenkasse gegenüber der privaten Krankenversicherung gestärkt werden. Dabei kann die Krankenkasse Angebote, die an die Leistungen der privaten Krankenversicherung angenähert sind, schaffen, um einen Wechsel der Versicherten in die private Krankenversicherung zu vermeiden (Leitherer, in: Kasseler Kommentar, SGB V, § 53 Rn. 27; s.a. Brandts, in: Kasseler Kommentar, SGB V, § 13 Rn. 25 – "Stärkung des Wettbewerbs zwischen den Krankenkassen um die Versicherten"). Schon vom Wortlaut her schafft die Regelung nur die Möglichkeit, überhaupt Wahltarife und damit eine Leistung anzubieten, die in ähnlicher Form bereits von den privaten Krankenversicherung als Zusatzversicherungen angeboten wird. Dies entspricht auch dem gesetzgeberischen Willen. Die Vorschrift regelt damit den Marktzutritt, d.h. das "Ob" des Tätigwerdens. Sie enthält selbst aber keine Vorgaben für das Verhalten der Krankenkasse auf dem Markt. Daran ändert nichts, dass gegebenenfalls die übrigen Vorschriften des [§ 13 Abs. 2 SGB V](#) zu beachten sind. Denn diese Regelungen des [§ 13 Abs. 2 SGB V](#) enthalten keine Vorgaben, die das Marktverhalten regeln, zumal dessen Satz zwei bis vier ohnehin nicht gelten. Ebenso verhält es sich schließlich mit der Vorschrift des [§ 53 Abs. 9 SGB V](#), die Quersubventionen ausschließen soll. Ziel der Regelung ist es, Querfinanzierungen zu verhindern (Leitherer, in: Kasseler Kommentar, SGB V, § 53 Rn. 53; Dreher, in: jurisPK – SGB V, § 53 Rn. 159; Wolf, NZS 2011, 87 (90)). Die Wahltarife müssen so kalkuliert werden, dass sie sich selbst tragen, d.h. keine Mittel aus dem Gesundheitsfond zur Deckung der aufgrund der Wahltarife entstandenen Kosten verwandt werden müssen. Die Vorschrift dient damit dem Schutz der Krankenkasse selbst vor einer Belastung mit den Kosten des Wahltarifs zu Lasten der Pflichtversicherung. Die Verhinderung einer Kostenverlagerung in den Pflichtversicherungsbereich bedeutet aber zugleich, dass die Vorschrift nicht das Marktverhalten betrifft, denn sie dient dem Schutz des Unternehmens selbst. Ein solches Verständnis scheint insbesondere auch die Klägerin zu haben, wenn sie von einem grundsätzlich unzulässigen Angebot der Beklagten ausgeht und vielmehr vorträgt, diese könne nur im Rahmen von [§ 194 Abs. 1 a SGB V](#) Versicherungen privater Anbieter vermitteln. In einem solchen Fall sind [§ 53 Abs. 4 SGB V](#) und [§ 30 SGB IV](#) aber nicht von [§ 4 Nr. 11 UWG](#) erfasst. (bbb). Selbst wenn man dem nicht folgt, scheitert ein Rückgriff auf [§ 4 Nr. 11 UWG](#) aus einem anderen Grund. Erforderlich ist nämlich, dass die Vorschriften des [§ 53 Abs. 4 SGB V](#) und des [§ 53 Abs. 9 SGB V](#) das Interesse der Marktteilnehmer schützen. Die Norm muss gerade auch dem Schutz der marktbezogenen Interessen der Marktteilnehmer dienen. Sie muss unmittelbar die unternehmerische Betätigung von Unternehmen, nicht lediglich reflexartig ihr Interesse an allgemeiner



---

Gesetzestreue schützen (BGH, Urteil vom 29.06.2006, Az.: [I ZR 171/03](#); Ohly, in: Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, § 4.11 Rn. 11/22; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, [§ 4 UWG](#) Rn. 11.35c). Das Interesse vor dem Auftreten von Konkurrenz ist jedenfalls nicht erfasst. Erforderlich ist, dass sie die Freiheit der wettbewerblichen Entfaltung der Mitbewerber schützt (BGH, Urteil vom 02.12.2009, Az.: [I ZR 152/07](#); Köhler, in: Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, [§ 4 UWG](#) Rn. 11.35c). Eine solcher Schutz der Interessen der Klägerin lässt sich den Vorschriften der [§ 53 Abs. 4 sowie](#) 9 SGB V nicht entnehmen. [§ 53 Abs.4 SGB V](#) soll die privaten Krankenkasse gerade nicht schützen. Denn durch die Norm wird der GKV erst ein Wettbewerb zur privaten Krankenkasse ermöglicht, um ein Abwandern von Mitgliedern zu verhindern. [§ 53 Abs. 4 SGB V](#) regelt keine ausdrücklichen Grenzen. Nimmt man einen Verweis auf [§ 13 Abs. 2 SGB V](#) an, folgt daraus kein Schutz der Klägerin, da die dort getroffenen Regelungen dem Schutz der Versicherten dienen (vgl. Brandts, in: Kasseler Kommentar, SGB V, § 13 Rn. 20) und die Klägerin daher nicht erfassen. Ebenso verhält es sich in Bezug auf das in [§ 53 Abs. 9 SGB V](#) geregelte Verbot der Quersubventionen. Diese Vorschrift soll nicht die Interessen der Klägerin schützen, sondern vielmehr eine Verwendung der Mittel aus dem Gesundheitsfond für die Finanzierung der Wahltarife verhindern. Die Vorschrift hat damit eine objektive Zielrichtung. Die Klägerin ist nach alledem allenfalls reflexartig vom Schutzzweck der Regelungen erfasst. (cc). Die Beklagte erlangt auch keinen unzulässigen Vorsprung durch Nutzung amtlicher Einrichtungen, Ressourcen und Informationen. Zwar kann ein Verstoß gegen die Vorschriften des UWG vorliegen, wenn die öffentliche Hand den Vorsprung durch die Nutzung von amtlichen Einrichtungen, Informationen und Ressourcen ausnutzt, um sich auf einem mit der amtlichen Tätigkeit verbundenen Markt einen Vorteil gegenüber privaten Wettbewerbern zu verschaffen (BGH, Urteil vom 09.07.2002, Az.: [KZR 30/00](#); BGH, Urteil vom 26.09.2002, Az.: [I ZR 293/99](#); BGH, Urteil vom 21.07.2005, Az.: [I ZR 170/02](#); Ohly, in: Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, Einf. D., Rn. 42). Nach der Rechtsprechung darf sich die öffentliche Hand bei der Wahrnehmung ihrer erwerbswirtschaftlichen Betätigung nicht dadurch einen unsachlichen Vorsprung von den Mitbewerbern verschaffen, dass sie ihre hoheitlichen Befugnisse zur Durchsetzung ihrer privatwirtschaftlichen Interessen und zur Förderung ihres Wettbewerbs einsetzt, die privaten Mitbewerber mit Mitteln verdrängt, die diesen nicht zugänglich sind, oder öffentlich-rechtliche Aufgaben mit der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit vermengt (Ohly, in: Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, Einf. D., Rn. 42). Ein solcher Fall ist nicht ersichtlich. Weder liegt eine erwerbswirtschaftliche Betätigung vor, noch setzt die Beklagte ihre Befugnisse ein, um ihren Wettbewerb zu fördern und die privaten Mitbewerber zu verdrängen (zum Verdrängungswettbewerb siehe oben). Zudem wäre ein enger Zusammenhang zwischen der vermeintlichen erwerbswirtschaftlichen Betätigung (Angebot von Wahltarifen) und der hoheitlichen Tätigkeit (gesetzliche Pflichtversicherung) gegeben, wobei die Wahltarife aufgrund ihrer Funktion zur Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit der hoheitlichen Tätigkeit durch Erhalt der Mitgliedschaft leistungsfähiger Mitglieder dienen, was ebenfalls eine wettbewerbswidrige Verhaltensweise ausschließt (vgl. BGH, Urteil vom 26.09.2002, Az.: [I ZR 293/99](#)). Dagegen folgt aus einer Preisunterbietung, soweit sie denn vorliegt, nicht ohne Weiteres eine Unlauterkeit, weil ansonsten schon der Wettbewerb der öffentlichen Hand selbst unmöglich wäre (Ohly, in: Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, Einf. D., Rn. 47).

---

---

Es ist jedenfalls weder ersichtlich, dass die Gefährdung des Wettbewerbsbestands auf dem gesamten Markt droht (dazu Ohly, in: Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, Einf. D., Rn. 49), noch dass zweckgebundene öffentliche Mittel in sachfremder Weise für andere Zwecke genutzt werden (dazu mit Kritik Ohly, in: Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, Einf. D., Rn. 48). Ohnehin führt nicht jede Verwendung öffentlicher Mittel, z.B. hier durch eine behauptete Quersubvention, zu einer wettbewerbswidrigen Verhaltensweise, weil dann jedwede erwerbswirtschaftliche Tätigkeit auf dem Markt für die öffentliche Hand untersagt wäre (BGH, Urteil vom 26.09.2002, Az.: [I ZR 293/99](#); BGH, Urteil vom 21.07.2005, Az.: [I ZR 170/02](#)). Hoheitsträger genießen dabei zwar keine Vorteile im Rahmen der erwerbswirtschaftlichen Betätigung, werden aber auch nicht strengeren Regelungen unterworfen (BGH, Urteil vom 09.07.2002, Az.: [KZR 30/00](#)). Eine Quersubventionierung, d.h. der Transfer von Mitteln aus gewinnbringenden Tätigkeitsfeldern in solche Bereiche, die negative Ergebnisse erzielen, ist aber ein durchaus übliches Mittel im Rahmen eines in mehreren Feldern tätigen Unternehmens und kann daher in Bezug auf die öffentliche Hand ebenfalls nicht per se unlauter sein. Ebenso wenig ist die Nutzung des Eigentums im Wettbewerb mit privaten Unternehmen in der Regel unzulässig (BGH, Urteil vom 21.07.2005, Az.: [I ZR 170/02](#)). (dd). Zwar ließe sich bei einem Verstoß gegen [Art. 108 Abs. 3 AEUV](#) an einen Unterlassungsanspruch nach [§ 4 Nr. 11 UWG](#) denken (dazu BGH, Urteil vom 10.02.2011, Az.: [I ZR 213/08](#); dagegen OLG München, Urteil vom 15.05.2003, Az.: [29 U 1703/03](#); Ohly, in: Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, Einf. D., Rn. 30). Dies setzte jedoch das Vorliegen einer nicht notifizierten Beihilfe voraus, was oben bereits verneint wurde. (ee). [§ 3 Abs. 1 UWG](#) kann einen Unterlassungsanspruch ebenso wenig begründen, da dieser neben [§ 4 Nr. 11 UWG](#) nicht anwendbar ist (zum Folgenden BGH, Urteil vom 02.12.2009, Az.: [I ZR 152/07](#); Schaffert, in: MüKo, Bd. 1, UWG, § 4 Rn. 72). Der Gesetzgeber hat mit dem Erlass des [§ 4 Nr. 11 UWG](#) zu erkennen gegeben, dass Verstöße gegen außerwettbewerbsrechtliche Rechtsnormen allein unter den besonderen Voraussetzungen dieser Vorschrift als unlauter anzusehen sind. Er hat sich dabei von der Erwägung leiten lassen, dass es nicht Aufgabe des Lauterkeitsrechts sein kann, alle nur denkbaren Gesetzesverstöße im Zusammenhang mit geschäftlichen Handlungen (auch) lauterkeitsrechtlich zu sanktionieren, sofern sie zu einem Vorsprung im Wettbewerb führen. Aus diesem Grund können Verstöße gegen außerwettbewerbsrechtliche Normen, die keine Marktverhaltensregelungen im Sinne des [§ 4 Nr. 11 UWG](#) sind, nicht unter Zuhilfenahme des Vorsprungsgedankens über [§ 3 Abs. 1 UWG](#) als unlauter angesehen werden. (d). Aus vergleichbaren Gründen scheidet auch ein Unterlassungsanspruch aus [§ 33 Abs. 1](#) i. V. m. [§§ 19 ff. GWB](#) aus (vgl. auch Giesen, in: Klusen, Zuwahlleistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, 101 (131); a.A. Klaue/Schwintowski, Grenzen der Zulässigkeit von Wahlтарifen und Zusatzversicherungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 99 ff.). Nach [§ 19 Abs. 1 GWB](#) ist die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen verboten. [§ 19 GWB](#) greift vorliegend entsprechend der obigen Ausführungen mangels des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von [§ 18 GWB](#) nicht. (aa). [§ 19 GWB](#) ist schon dem Grunde nach unanwendbar. Die Norm greift dann nicht, wenn die öffentliche Hand in öffentlich-rechtlicher Rechtsform handelt (BGH, Urteil vom 25.09.2007, Az.: [KZR 48/05](#); Bechtold, in: Bechtold, GWB, 6. Auflage 2010, § 19 Rn. 2). Öffentlich-rechtliche

---

Rechtsform erfasst ohne Weiteres auch Satzungsregelungen, die hier die Grundlage für die Wahltarife bilden. (bb). Die Beklagte hat auch nach den Maßstäben des GWB keine marktbeherrschende Stellung inne. Ein Unternehmen ist gemäß [§ 18 Abs. 1 GWB](#) marktbeherrschend, soweit es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt 1. ohne Wettbewerber ist, 2. keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder 3. eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat. Bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern ist nach [§ 18 Abs. 3 GWB](#) insbesondere Folgendes zu berücksichtigen: 1. sein Marktanteil, 2. seine Finanzkraft, 3. sein Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten, 4. Verflechtungen mit anderen Unternehmen, 5. rechtliche oder tatsächliche Schranken für den Marktzutritt anderer Unternehmen, 6. der tatsächliche oder potenzielle Wettbewerb durch Unternehmen, die innerhalb oder außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes ansässig sind, 7. die Fähigkeit, sein Angebot oder seine Nachfrage auf andere Waren oder gewerbliche Leistungen umzustellen, sowie 8. die Möglichkeit der Marktgegenseite, auf andere Unternehmen auszuweichen. Es wird gemäß [§ 18 Abs. 4 GWB](#) vermutet, dass ein Unternehmen marktbeherrschend ist, wenn es einen Marktanteil von mindestens 40 Prozent hat. Nach [§ 18 Abs. 5 GWB](#) sind zwei oder mehr Unternehmen marktbeherrschend, soweit 1. zwischen ihnen für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ein wesentlicher Wettbewerb nicht besteht und 2. sie in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen des Absatzes 1 erfüllen. Eine Gesamtheit von Unternehmen gilt nach [§ 18 Abs. 6 GWB](#) als marktbeherrschend, wenn sie 1. aus drei oder weniger Unternehmen besteht, die zusammen einen Marktanteil von 50 Prozent erreichen, oder 2. aus fünf oder weniger Unternehmen besteht, die zusammen einen Marktanteil von zwei Dritteln erreichen. Die Marktabgrenzung erfolgt aus der Sicht der Marktgegenseite, d.h. bei Angebotsmärkten aus Sicht der Abnehmer (BGH, Urteil vom 30.03.2011, Az.: [KZR 7/09](#); OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.12.2011, Az.: VI-[1 U \(Kart\) 19/11](#); Bechtold, in: Bechtold, GWB, § 19 Rn. 5). Entscheidend für den räumlich relevanten Markt ist die funktionelle Austauschbarkeit (BGH, Urteil vom 30.03.2011, Az.: [KZR 7/09](#); Bechtold, in: Bechtold, GWB, § 19 Rn. 21). Sämtliche Erzeugnisse, die sich nach ihren Eigenschaften, ihrem wirtschaftlichen Verwendungszweck und ihrer Preislage so nahe stehen, dass der verständige Verbraucher sie als für die Deckung eines bestimmten Bedarfs geeignet in berechtigter Weise abwägend miteinander vergleicht und als gegeneinander austauschbar ansieht, sind marktgleichwertig (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.12.2010, Az.: VI-[Kart 4/09](#) (V); Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4.Aufl., § 19 Rn. 24). Räumlich erfasst wird das Gebiet, in dem das betroffene Unternehmen wirksamen Wettbewerb von Konkurrenten ausgesetzt ist, die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich insofern von benachbarten Gebieten deutlich unterscheidet. Begrenzungen können sich dabei aus den rechtlichen Rahmenbedingungen ergeben. Der räumlich relevante Markt umfasst kleinere Gebiete als das Bundesgebiet, wenn der Wettbewerb über die Grenzen dieses Gebiet hinaus aus objektiven Gründen ausgeschlossen oder erheblich gemindert ist (Bechtold, in: Bechtold, GWB, § 19 Rn. 24; Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 19 Rn. 35 ff.). Die Prüfung der Marktbeherrschung setzt dabei bei der Bestimmung der Marktanteile als wesentlichem Kriterium an. Von Bedeutung ist daneben der relative Marktanteil,

---

---

d.h. der Abstand zu den Marktanteilen der Wettbewerber (OLG Düsseldorf, Urteil vom 15.07.2009, Az.: VI-[2 U \(Kart\) 6/07](#); Bechtold, in: Bechtold, *GWB*, § 19 Rn. 30; Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, *GWB*, § 19 Rn. 59 ff.). Zu berücksichtigen ist weiterhin, ob Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite bestehen. Je größer die Ausweichmöglichkeiten sind, umso eher ist eine Marktbeherrschung des Anbieters ausgeschlossen (Bechtold, in: Bechtold, *GWB*, § 19 Rn. 48). Erforderlich bei der Prüfung einer marktbeherrschenden Stellung ist eine wertende Gesamtschau der einzelnen, auch ungenannten Kriterien (Bechtold, in: Bechtold, *GWB*, § 19 Rn. 36, 50; Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, *GWB*, § 19 Rn. 54). Eine überragende Marktstellung weist ein Unternehmen erst ab einem Marktanteil von 25 Prozent oder mehr auf (Bechtold, in: Bechtold, *GWB*, § 19 Rn. 39). Die Beeinträchtigung kann auch auf einem Drittmarkt eintreten, sofern nur der erforderliche Kausalzusammenhang zwischen der Marktbeherrschung und dem missbilligten Verhalten oder seiner wettbewerbsbeeinträchtigenden Wirkung gegeben ist (BGH, Urteil vom 04.11.2003, Az.: [KZR 38/02](#)). Insoweit ergibt sich nach diesen Maßstäben kein anderes Ergebnis als im Rahmen der Prüfung des [Art. 102 AEUV](#). Die Vermutungsregelung des [§ 18 Abs. 4 GWB](#) greift selbst nach dem Vortrag der Klägerin nicht ein. Es spricht Einiges dafür, wegen der Austauschbarkeit mit den privaten Angeboten auf die Bundesrepublik als relevanten Markt abzustellen. Bezogen auf das Gebiet der Bundesrepublik hat die Beklagte weder auf dem Markt der Zusatzversicherungen noch auf dem Markt der Krankenvollversicherungen eine marktbeherrschende Stellung inne. Selbst wenn man aber auf das Einzugsgebiet der Beklagten als räumlich relevanten Markt abstellt, fehlt es an einer marktbeherrschenden Stellung. Insoweit wird auf die obigen Ausführungen verwiesen. Nichts anderes gilt im Hinblick auf die Frage, ob die gesetzlichen Krankenkassen zusammen eine marktbeherrschende Stellung innehaben. Die Vermutungsregelung des [§ 18 Abs. 6 GWB](#) greift nicht. Im Übrigen kann dies für den hier interessierten Markt der Zusatzversicherungen ohnehin ausgeschlossen werden, gilt aber auch für den Markt der Krankenvollversicherung. Dies würde einerseits voraussetzen, dass aufgrund der Marktstruktur mit einem dauerhaft einheitlichen Verhalten der Mitglieder zu rechnen ist, was eine enge Reaktionsverbundenheit zwischen den Unternehmen bedingt. Dabei kommt es entscheidend auf die Markttransparenz sowie die Abschreckungs- und Sanktionsmittel an (Bechtold, in: Bechtold, *GWB*, § 19 Rn. 54 ff.; Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, *GWB*, § 19 Rn. 80 ff.). Die oben dargelegten Gesamtumstände sprechen gegen eine solche Reaktionsverbundenheit. An Vortrag zu dieser Frage fehlt es. Veranlassung dem weiter nachzugehen, hat daher nicht bestanden. Es ist auch nicht ersichtlich, dass ein Fall des [§ 21 GWB](#) gegeben ist. (e). Ergänzend weist die Kammer, ohne dass es insoweit für die Entscheidung nach dem oben Gesagten darauf ankäme, auf folgende Gesichtspunkte hin. (aa). Grundsätzlich ergibt sich aus [Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG](#) eine hinreichende Kompetenzgrundlage für die Schaffung einer Ermächtigungsnorm wie [§ 53 Abs. 4 SGB V](#) (vgl. LSG NRW, Beschluss vom 27.05.2008, Az.: [L 11 B 6/08 KR ER](#); Wolf, NZS 2011, 87 (88)). [Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG](#) ist nämlich weit zu verstehen, wobei es genügt, wenn die wesentlichen Strukturmerkmale der klassischen Sozialversicherung gewahrt werden (BVerfG, Urteil vom 07.07.1992, Az.: [1 BvL 51/86](#) u.a.; BVerfG, Urteil vom 28.05.1993, Az.: [2 BvF 2/90](#) u.a.). Bei Berücksichtigung dieser weiten Auslegung ist nicht ersichtlich, dass der [§ 53 Abs. 4 SGB V](#), der die Wettbewerbsfähigkeit der gesetzlichen



---

Krankenkassen gegenüber den privaten Krankenversicherungen stärken soll, ohne das er dabei die wesentlichen Strukturmerkmale der gesetzlichen Krankenversicherung ändern würde, nicht davon gedeckt ist. Vielmehr bleiben die Grundprinzipien der gesetzlichen Krankenversicherung im Bereich der Vollversicherungen unverändert, z.B. im Hinblick auf das Solidarprinzip und die Beitragsfinanzierung. Es kommt hinzu, dass die Wahltarife selbst als eine Ausgestaltung dieses Systems angesehen werden können. Denn damit kommen auch solche Personenkreise in den Genuss zusätzlicher Leistungen, die etwa wegen gewisser Vorerkrankungen bei privaten Krankenversicherungen keine vergleichbaren Zusatzversicherungen hätten abschließen können. Innerhalb des einzelnen Wahltarifs erfolgt eine Umverteilung der Einnahmen im Sinne eines Solidarprinzips, denn die Einnahmen werden nicht anhand des individuellen Risikos eines jeden Versicherten, sondern abstrakt berechnet. (bb). Darüber hinaus ist im Wesentlichen nicht erkennbar, dass die einzelnen Wahltarife nicht mehr von der Ermächtigungsgrundlage aus [§ 53 Abs. 4 SGB V](#) gedeckt sind (ebenso LSG NRW, Beschluss vom 27.05.2008, Az.: [L 11 B 6/08 KR ER](#); Giesen, Wahltarife in der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 29 ff.; Krauskopf, in: Krauskopf, SGB V, § 53 Rn. 16; Müller, in: JurionOK-SGB V, § 53 Rn. 7; Wolf, NZS 2011, 87 ff.; Bundesversicherungsamt, Schreiben vom 13.03.2007 – Bl. 242 ff. der Gerichtsakte; a.A. Klaue/Schwintowski, Grenzen der Zulässigkeit von Wahlтарifen und Zusatzversicherungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 11 ff.; Hohnholz, in: Hauck/Noftz, SGB V, Erg. 6/12, § 53 Rn. 33; Henle, in: LPK-SGB V, 4.Aufl., § 53 Rn. 44; Knispel, in: Peters, Hb. Krankenversicherung, SGB V, 73. Lfg., § 53 Rn. 146; Dreher, in: jurisPK-SGB V, § 53 Rn. 106 ff.; Prehn, GesR 2009, 230 ff.). (aaa). Der Wortlaut und die Systematik des [§ 53 SGB V](#) geben keine eindeutigen Vorgaben bezüglich der Reichweite der danach fakultativ vorgesehenen Wahlтарife (ebenso Lang, in: Becker/Kingreen, SGB V, § 53 Rn. 17). [§ 53 Abs. 4 S. 1 SGB V](#) spricht davon, dass die Krankenkasse Tarife für Kostenerstattung schaffen kann, was auch bei den Tarifen der Beklagten der Fall ist. Ebenso wenig führen [§ 53 Abs. 4 S. 2](#) u. 3 SGB V zu einer definitiven Einschränkung. Nach [§ 53 Abs. 4 S. 2 SGB V](#) kann die Krankenkasse die Höhe der Kostenerstattung variieren und hierfür spezielle Prämienzahlungen durch die Versicherten vorsehen. Der Wortlaut kann dahingehend verstanden werden, dass ausschließlich eine Variation in der Höhe der Kostenerstattung, d.h. z.B. 70 Prozent einer Rechnung, das 2,3-fache des Gebührensatzes nach der GoÄ oder auch das 3,5-fache, möglich ist mit der Folge, dass unterschiedliche Prämien zu zahlen sind (vgl. Knispel, in: Peters, Hb. Krankenversicherung, SGB V, § 53 Rn. 136, 142; Hohnholz, in: Hauck/Noftz, SGB V, § 53 Rn. 32). Die Regelung des [§ 53 Abs. 4 S. 3 SGB V](#) schließt zudem die Anwendung bestimmter Teile des [§ 13 Abs. 2 SGB V](#) (S. 2 u. 3) aus, was teilweise dahingehend verstanden wird, dass der [§ 13 Abs. 2 SGB V](#) im Übrigen anwendbar bleibt (Knispel, in: Peters, Hb. Krankenversicherung, SGB V, § 53 Rn. 143). Zwingend ist dieses Verständnis gleichwohl nicht. Der Umkehrschuss aus [§ 53 Abs. 4 S. 3 SGB V](#) ist nach Ansicht der Kammer eine mögliche Sichtweise. Möglich ist eine Interpretation, dass tatsächlich lediglich eine mit [§ 13 Abs. 2 S. 2 SGB V](#) vergleichbare Anzeigepflicht des Versicherten sowie eine Beratungspflicht der Krankenkasse nach [§ 13 Abs. 2 S. 3 SGB V](#) nicht bestehen sollten (siehe Krauskopf, in: Krauskopf, SGB V, § 53 Rn. 16; Wolf, NZS 2011, 87 (88)). Dafür spricht, dass der Gesetzgeber eine weitergehende Aufklärungs- und Informationspflicht aufgrund der allgemeinen Beratung im

---



---

Rahmen der Wahltarife für nicht erforderlich hielt. Aus der Gesetzessystematik lässt sich nicht folgern, dass damit Personen ausgeschlossen werden sollen, die keine Kostenerstattung nach [§ 13 Abs. 2 SGB V](#) gewählt haben (für ein Nebeneinander von [§ 13 Abs. 2 SGB V](#) und [§ 53 Abs. 4 SGB V](#) wohl Hohnholz, in: Hauck/Noftz, SGB V, § 53 Rn. 31; Müller, in: JurionOK-SGB V, § 53 Rn. 7; Krauskopf, in: Krauskopf, SGB V, § 53 Rn. 16; a.A. Henle, in: LPK-SGB V, § 53 Rn. 42). Denn dazu hätte es in [§ 53 Abs. 4 S. 3 SGB V](#) einer Verweisung auf S. 1 des [§ 13 Abs. 2 SGB V](#), jedenfalls einer eindeutigeren Regelung bedurft (vgl. Wolf, NZS 2011, 87 (88)). Dass dies dem Gesetzgeber deutlich war, macht [§ 53 Abs. 3 SGB V](#) klar, wo die besonderen Versorgungsformen explizit im Wortlaut der Norm erwähnt werden. Gegen eine unmittelbare Verknüpfung der Wahltarife nach [§ 53 Abs. 4 SGB V](#) mit der Kostenerstattung nach [§ 13 Abs. 2 SGB V](#) spricht auch die zunächst unterschiedlich geregelte Mindestbindungsfrist. Es wäre widersprüchlich, bezüglich [§ 13 Abs. 2 SGB V](#) eine Frist von einem Jahr vorzusehen, die Versicherten an die Tarife nach [§ 53 Abs. 4 SGB V](#) aber noch 2 weitere Jahre zu binden (vgl. [§ 53 Abs. 8 S. 1 SGB V](#) in der Fassung vom 01.04.2007 bis 31.12.2008), obwohl ein Wahltarif ohne Kostenerstattungstarif gerade nicht zulässig sein soll. Schließlich ist zu beachten, dass die Tarife nach [§ 13 Abs. 2 SGB V](#) in der Höhe auf die Sachleistungskosten beschränkt werden, ohne dass dabei weitere Beiträge zu entrichten sind. Eine solche Begrenzung findet sich für [§ 53 Abs. 4 SGB V](#) nach dem Willen des Gesetzgebers und dem Wortlaut gerade nicht, wofür der Versicherte allerdings zusätzliche Entgelte zu zahlen hat. Dies zeigt bereits deutliche Differenzen in den Strukturen der Tarife nach [§ 13 Abs. 2 SGB V](#) und nach [§ 53 Abs. 4 SGB V](#). Für ein weiteres Verständnis spricht der Wortlaut von S. 1, der vorsieht, dass die Versicherten Tarife (Mehrzahl) für die Kostenerstattung wählen können. Die Höhe der Kostenerstattung, wie in Satz 2 vorgesehen ist, ist danach nur eine mögliche Gestaltung. (bbb). Unergiebig ist im Wesentlichen die Gesetzesbegründung. Nach der Gesetzesbegründung ([BT-Drucks. 16/3100, S. 108](#)) kann "die Höhe der Kostenerstattung variabel gestaltet werden. Beispielsweise wäre es möglich, dem Versicherten den 2,3-fachen Satz nach GoÄ/GoZ zu erstatten." Damit wird letztlich der Wortlaut von [§ 53 Abs. 4 S. 2 SGB V](#) in der Gesetzesbegründung wiedergegeben. Ein weitergehender Erkenntnisgewinn folgt daraus nicht. Die Formulierung kann wie auch [§ 53 Abs. 4 S. 2 SGB V](#) dahingehend verstanden werden, dass allein die Kostenerstattung variiert werden kann, nicht aber Mehrleistungen wie Chefarztbehandlung oder Zweibettzimmer-Tarife erfasst werden, ohne dass dieses Verständnis zwingend wäre. Darüber hinaus wird darauf hingewiesen, dass "diese Tarifmöglichkeit die Wettbewerbsposition der gesetzlichen Krankenkassen gegenüber der privaten Krankenversicherung stärke" ([BT-Drucks. 16/3100, S. 109](#)). Die Formulierung lässt offen, ob sich die Stärkung der Wettbewerbsposition auf die Wahltarife nach [§ 53 Abs. 4 SGB V](#) allgemein oder auf die Möglichkeit der Variation der Kostenerstattung (wie oben beschrieben) bezieht. Für ein weiteres Verständnis spricht demgegenüber die Absicht des Gesetzgebers, mit den Wahltarifen die Wahlfreiheit der Versicherten sowie den Wettbewerb zwischen den Kassen zu erhöhen ([BT-Drucks. 16/3100, S. 108](#)). (ccc). Nach Ansicht der Kammer wird aber relevant, dass nach dem von der Klägerin insoweit verfolgten Verständnis der Beschränkung auf eine Variation der Kostenerstattung der Regelung wohl keine praktische Bedeutung mehr zukommen dürfte. Das gesetzgeberische Ziel, die Wettbewerbsfähigkeit der gesetzlichen Krankenkassen zu

---

stärken, kann so kaum erreicht werden (vgl. Krauskopf, in: Krauskopf, SGB V, § 53 Rn. 16). Es scheint daher nach dem Willen des Gesetzgebers ein weiteres Verständnis zugrunde zu legen zu sein. Bezeichnenderweise hat der Gesetzgeber in Kenntnis des seit dem Jahr 2007 schwelenden Streits zwischen der PKV und der GKV über die Reichweite der Regelung des [§ 53 Abs. 4 SGB V](#) keine Klarstellung im Sinne der von der Klägerin favorisierten engen Auslegung vorgenommen, obwohl dafür nach dem Beschluss des LSG NRW (Beschluss vom 27.05.2008, Az.: [L 11 B 6/08 KR ER](#)) hinreichend Anlass bestanden hätte. Stattdessen hat die Bundesregierung am 23.04.2007 auf eine Anfrage des späteren Gesundheitsministers Daniel Bahr einen Wahltarif für Chefarztbehandlung und Zweibettzimmerunterbringung für vertretbar und lediglich als höher vergütete Variante der GKV-Leistung "Krankenhausbehandlung" angesehen (vgl. [BT-Drucks. 16/5166, S. 31](#) – Bl. 250 der Gerichtsakte Bd. II). Dies macht deutlich, dass die hier vertretene weitere Auslegung durchaus vom gesetzgeberischen Wille umfasst wird. (ddd). Dem weiteren Verständnis steht das Wirtschaftlichkeitsgebot nach [§ 12 SGB V](#) nicht entgegen. Dies folgt allein daraus, dass in den streitigen Wahltarifen zusätzliche Entgelte für die Mehrleistungen gezahlt werden müssen. Abzustellen ist damit auf eine Wirtschaftlichkeit innerhalb des Tarifs, nicht aber auf das Wirtschaftlichkeitsgebot des [§ 12 SGB V](#) (vgl. LSG NRW, Beschluss vom 27.05.2008, Az.: [L 11 B 6/08 KR ER](#); Wolf, NZS 2011, 87 (90); Giesen, Wahltarife in der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 29 f.). (ddd). Schließlich folgt aus [§ 194 a SGB V](#) nichts anderes (vgl. LSG NRW, Beschluss vom 27.05.2008, Az.: [L 11 B 6/08 KR ER](#); Wolf, NZS 2011, 87 (90)). Vielmehr stehen [§ 194 a SGB V](#) und [§ 53 Abs. 4 SGB V](#) nebeneinander. Die Krankenkasse hat die Wahl, ob sie fremde Versicherungen vermitteln oder eigene Wahltarife anbieten möchte bzw. beide Optionen nutzt. Dabei spielt eine Rolle, dass die Ausgestaltungsmöglichkeiten der Versicherungen nach [§ 194 a SGB V](#) noch über die Regelungsbefugnisse des [§ 53 Abs. 4 SGB V](#) hinausgehen dürften. Ein Leerlaufen der Regelung des [§ 194 a SGB V](#) liegt damit nicht vor, zumal nicht jede gesetzliche Krankenkasse jeden Wahltarif einführen können oder wollen. Zudem hat der Gesetzgeber die Überschneidung zwischen [§ 194 a SGB V](#) und [§ 53 Abs. 4 SGB V](#) gesehen und sich für eine Erweiterung der Kompetenzen der gesetzlichen Krankenkassen entschieden. Deckt die Norm damit ein weites Verständnis ab, kommt als Grenze insoweit das Verfassungs- und Europarecht in Betracht. Nach dem oben Gesagten besteht für eine verfassungs- bzw. europarechtskonforme einengende Auslegung keine Veranlassung. (fff). Bei einem hier vertretenen weiten Verständnis dürften die Tarife von der Ermächtigungsgrundlage gedeckt sein. Dies gilt beispielhaft für die Regelung hinsichtlich der Kostenerstattung bei Zahnersatz, denn die Versorgung mit Zahnersatz ist grundsätzlich gemäß [§ 55 SGB V](#) von der Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenkassen gedeckt. Lediglich der Leistungsumfang wurde durch die Festbetragsregelungen der Höhe nach begrenzt (vgl. Giesen, Wahltarife in der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 30 f.). Auch die Kostenerstattung im Rahmen der Krankenhauszuzahlungen betrifft einen Bereich, der von der Sachleistungspflicht umfasst ist, so dass es nicht zu einer Ausweitung des Leistungsumfangs der gesetzlichen Krankenkassen kommt. Schließlich ist eine "Chefarztbehandlung" sowie die Unterbringung in einem Einzel- bzw. Zweibettzimmer nicht per se eine Domäne der privaten Krankenversicherung. Vielmehr ist sie Gegenstand der Sachleistungsverpflichtung der Krankenkassen,

---

---

soweit sie medizinisch erforderlich ist. Daher kann im Einzelfall sehr wohl ein Anspruch auf die Behandlung durch den Chefarzt bzw. eine Unterbringung im Einzelzimmer medizinisch geboten sein und gehört sodann zum Sachleistungsanspruch des Versicherten gemäß [§ 39 SGB V](#). Es kann daher nicht als Verstoß gegen [§ 53 Abs. 4 SGB V](#) gewertet werden, wenn Wahltarife gegen zusätzliches Entgelt eingeführt werden, die diese Möglichkeit generell eröffnen. Eine Ausweitung des Sachleistungsanspruches auf der gesetzlichen Krankenversicherung fremde Bereiche erfolgt dadurch nicht (wie hier LSG NRW, Beschluss vom 27.05.2008, Az.: [L 11 B 6/08 KR](#); Giesen, Wahltarife in der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 30; Wolf, NZS 2011, 87 (89)). c. Die hilfsweise erhobene Feststellungsklage ist unzulässig. (1). Allerdings ist die Klage gemäß [§ 99 Abs. 1 SGG](#) zulässig um die Feststellungsklage erweitert worden. Die Kammer lässt offen, ob vorliegend – wie die Klägerin meint – bereits ein Fall des [§ 99 Abs. 3 Nr. 2 SGG](#) gegeben ist. Das ist problematisch, weil hier nicht bei gleichem Klagegrund lediglich eine Umstellung des Antrags erfolgt, sondern vielmehr ein neuer zusätzlicher Klageantrag und Klagegrund (Klagehäufung) zu den Unterlassungsansprüchen anhängig gemacht worden ist (zu Recht kritisch zum weiten Verständnis Lowe, in: Hintz/Lowe, SGG, § 99 Rn. 10). Ebenso lässt die Kammer offen, ob die Klageerweiterung sachdienlich im Sinne von [§ 99 Abs. 1 Alt. 2 SGG](#) war, was wegen der Unzulässigkeit der Feststellungsklage zweifelhaft ist (vgl. zum Fehlen der Sachdienlichkeit bei Unzulässigkeit der Klage: BSG, Urteil vom 23.03.1993, Az.: [4 RA 39/91](#); Breitzkreuz, in: Breitzkreuz/Fichte, SGG, 2.Aufl., § 99 Rn. 18). Nach Ansicht der Kammer ist nämlich von einer Einwilligung aufgrund rügeloser Einlassung gemäß [§ 99 Abs. 2 SGG](#) auszugehen. Danach ist die Einwilligung der Beteiligten in die Änderung der Klage anzunehmen, wenn sie sich, ohne der Änderung zu widersprechen, in einem Schriftsatz oder in einer mündlichen Verhandlung auf die abgeänderte Klage eingelassen haben. Mit Schriftsatz der Beklagten vom 09.11.2012 (Bl. 1351 ff. der Gerichtsakte Bd. VIII) hat sich die Beklagte auf die von der Klägerin mit Schreiben vom 23.08.2012 (Bl. 1292 der Gerichtsakte Bd. VIII) hilfsweise erhobene Feststellungsklage eingelassen. Denn sie hat ausgeführt, dass der von der Klägerin hilfsweise geltend gemachte Feststellungsanspruch nicht besteht (vgl. Bl. 1351 und 1371 f. der Gerichtsakte Bd. VIII). Die Ausführungen erfolgten entgegen die Ansicht der Beklagten auch nicht hilfsweise. Denn der Zusammenhang (Wortlaut "daher") macht klar, dass die hilfsweise Einlassung nur im Hinblick auf die Klageerweiterung bezüglich der weiteren Wahltarife erfolgt, der die Beklagte zuvor widersprochen hatte (vgl. Bl. 1351 und 1361 der Gerichtsakte Bd. VIII). Im Übrigen hat sich die Beklagte nicht lediglich hilfsweise eingelassen. Sie hat der Klageerweiterung nicht widersprochen. Soweit sie sich auf die Ausführungen im Schriftsatz vom 09.11.2012 bezieht, lässt sich diesem kein Widerspruch gegen die Klageerweiterung in Bezug auf die hilfsweise erhobene Feststellungsklage entnehmen. Vielmehr wurde nur der durch die Einbeziehung weiterer Wahltarife vorgenommenen Klageänderung ausdrücklich widersprochen (Bl. 1351 der Gerichtsakte Bd. VIII). Die Passage lässt sich ebenso wie der gesamte Schriftsatz nach Ansicht der Kammer nur dahingehend auslegen, dass sich der ausdrückliche Widerspruch nur auf die Erweiterung der Klage in Bezug auf die weiteren Wahltarife der Beklagten bezogen hat. (2). Die Klage ist jedoch unzulässig. Eine als Normenkontrollklage gegen eine untergesetzliche Regelung erhobene Feststellungsklage kommt nämlich nur ausnahmsweise in Betracht. Sie ist nur dann

---

zulässig, wenn der Betroffene sonst keinen effektiven Rechtsschutz erreichen kann (BSG, Urteil vom 12.09.2012, Az.: [B 3 KR 10/12 R](#); Keller, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 10.Aufl., § 55 Rn. 10 c; Breitzkreuz, in: Breitzkreuz/Fichte, SGG, 2.Aufl., § 99 Rn. 7). Davon geht aber noch nicht einmal die Klägerin aus, wenn sie im Zusammenhang mit der Sachdienlichkeit der Klageerweiterung in Bezug auf die hilfsweise erhobene Feststellungsklage ausführt, dass im Wesentlichen die gleichen tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte zu prüfen sind wie im Rahmen der Unterlassungsansprüche (siehe Schreiben der Klägerin vom 12.06.2013 – Bl. 1468 ff. der Gerichtsakte – sowie vom 16.01.2014 – Bl. 1686 der Gerichtsakte). Warum sodann ohne die Feststellungsklage kein effektiver Rechtsschutz zu erlangen ist, erschließt sich der Kammer nicht. 2. Die Kostenentscheidung folgt aus [§§ 197a SGG](#) i. V. m. [§ 154 Abs. 1](#) Verwaltungsgerichtsordnung.

Erstellt am: 10.04.2014

Zuletzt verändert am: 10.04.2014