
Datum: 08.09.2016
Gericht: Sozialgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 27. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: S 27 KR 629/16
ECLI: ECLI:DE:SGD:2016:0908.S27KR629.16.00

Sachgebiet: Krankenversicherung
Rechtskraft: nicht rechtskräftig

Tenor:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 45.000 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 03.06.2015 zu zahlen. Die Kosten des Verfahrens trägt die Beklagte

- Tatbestand: 1
- Zwischen den Beteiligten ist die Zahlung einer Vertragsstrafe umstritten. 2
- Die Beteiligten sind Krankenkassen, die im Wettbewerb zueinander stehen. In einem vorprozessualen einstweiligen Rechtsschutzverfahren vor dem Sozialgericht Düsseldorf (Az. S 11 KR 971/14 ER) schlossen sie unter dem 16.12.2014 einen Vergleich, mit dem sich die Beklagte zur Unterlassung im einzelner benannter Tatbestände sowie für jeden Fall der Zuwiderhandlung, den sie zu vertreten hat, eine von der Klägerin nach billigem Ermessen festzusetzende und im Streitfall vom zuständigen Gericht zu überprüfende Vertragsstrafe zu zahlen verpflichtete. U.a. verpflichtete sie sich zur Unterlassung, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs 3
1. bei potentiellen Kunden anzurufen, ohne dass deren ausdrückliche und nachweisbare Einwilligung in die Telefonie für Wettbewerbszwecke vorliegt (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG), 4
- () 5
- 6

3. mit Wechselprämien zu werben sowie mit Geldbeträgen zu werben, ohne nachhaltig und nachvollziehbar über die jeweiligen Voraussetzungen der Satzung der Beklagten für diese Geldbeträge ausreichend aufzuklären,

() 8. mit Vertriebspartnern ab dem 24.12.2014 zusammenzuarbeiten, die durch Weitergabe eines Auftrages sich der wettbewerbsrechtlichen Verantwortlichkeit der Beklagten im Verhältnis zur Klägerin dadurch entziehen, 7

(). 8

In der Folgezeit kam es zu mehreren Kontaktaufnahmen der Beklagten sowie des für sie tätigen Vertriebspartners W zu Versicherten der Klägerin. Zunächst nahm der Vertriebspartner der Beklagten W Kontakt zu der bei der Klägerin wegen des Bezuges von Arbeitslosengeld (Alg II) krankenversicherten N1 C auf. Sie erhielt im Januar 2015 zwei Anrufe der W, in denen es um ihren Krankenversicherungsschutz ging. Gegenstand des zweiten Gesprächs war – nach der von der Beklagten übersandten Aufzeichnung – u.a. die wegen des Bezuges von Alg II bestehende Krankenversicherung sowie der Abschluss einer (privaten) Zahnzusatzversicherung. Zu den Kosten der Zahnzusatzversicherung heißt es, sie betragen 135,34 EUR jährlich. Die Versicherte könne Vorsorgemaßnahmen durchführen und bekomme hierfür (von der Beklagten) 25 EUR, z.B. durch Blutdruckmessen in der Apotheke, Zahnkontrolle, Krebsvorsorge, Impfungen etc. Wenn die Versicherte beispielsweise Nichtraucherin und nicht übergewichtig sei, dürfe sie diese zwei Sachen direkt ankreuzen. Die Versicherte könne z.B. den Blutdruck in der Apotheke messen lassen und bekomme dafür einen Stempel. Sie dürfe bis zu 8 pro Jahr machen, wenn sie 6 mache, seien das 150 EUR. Das lasse sich mit dem Zahntarif auch noch mit abgleichen. Die Versicherte könne schon in 4 bis 6 Wochen 6 Vorsorgemaßnahmen zusammen haben, sie könne dann bereits in 3 bis 4 Monaten die 150 EUR ausgezahlt bekommen. 9

Im Nachgang zu diesen Telefonaten erhielt sie ein vorbereitetes Schreiben zur Kündigung ihrer Mitgliedschaft bei der Klägerin sowie eines zur Begründung der Mitgliedschaft zur Beklagten, ferner ein Schreiben der Beklagten und der W vom 14.01.2015 mit dem Betreff "Ihr Wechsel zur BKK Mobil", in dem unter "gute Gründe sich für eine der besten Krankenkassen Deutschlands zu entscheiden" ein exklusives Bonusprogramm sowie die Beitragsrückerstattung wie folgt erläutert wird: &61485; Auszahlung der Bonusausschüttung bereits im nächsten Monat nach Beitritt möglich, &61485; Bonushöhe: jährlich 200 EUR je Erwachsenen + 100 EUR je Kind, &61485; Beitragsrückerstattung bis zu 500 EUR für Hauptversicherten bei Leistungsfreiheit und &61485; Vorsorgeuntersuchungen und Behandlungen für Versicherte unter 18 Jahren wirken sich neutral aus. 10

Im Februar 2015 erhielt die ebenfalls bei der Klägerin krankenversicherte B1 P gleichermaßen zwei Anrufe der W zum Krankenkassenwechsel. Das zweite Telefonat beinhaltete – nach der von der Beklagten übersandten Aufzeichnung – u.a. den Abschluss einer (privaten) Pflegeabsicherung. Die Versicherte habe die Möglichkeit, durch den Bonus der beklagten Krankenkasse den monatlichen Beitrag zur Pflegeabsicherung von 15,43 EUR monatlich zu finanzieren, sie habe den Vorteil durch Vorsorgemaßnahmen bis zu 200 EUR Bonus von der beklagten Krankenkasse zu bekommen. Sie könne das Bonusheft schon in 4 Monaten einschicken und bekomme dann relativ schnell, in 3 bis 4 Wochen die Gutschrift. Im Nachgang hierzu erhielt sie ebenso das Schreiben der Beklagten und der W mit dem Betreff "Ihr Wechsel zur BKK Mobil" und den Erläuterungen zum Bonusprogramm und zur Beitragsrückerstattung (datiert auf den 27.02.2015). 11

Schließlich erhielt die ebenfalls bei der Beklagten krankenversicherte T B2 im März 2015 zwei Anrufe der W und danach ein vorbereitetes Kündigungs- und Beitrittsschreiben. Das zweite Telefonat beinhaltete ebenso, dass die Versicherte über Vorsorgemaßnahmen einen Bonus (der Beklagten) erwirtschaften könne, durch den sie die (private) Pflegeabsicherung finanzieren könne.

Bereits am 28.01.2015 hat die Klägerin Klage erhoben (Az.: S 27 KR 71/15). Sie hat zunächst die Zahlung von Vertragsstrafen aus einem älteren Unterlassungsvergleich (vom 29.08.2013) begehrt. Am 03.06.2015 hat sie die Zahlung von drei Vertragsstrafen a 15.000 EUR aus dem Unterlassungsvergleich vom 16.12.2014 begehrt. Hierzu hat sich die Beklagte dahingehend eingelassen, dass sie die Klageerweiterung als unbegründet erachtet. Das Verfahren betreffend die drei Vertragsstrafen aus dem Unterlassungsvergleich vom 16.12.2014 hat das Gericht sodann mit Beschluss vom 09.06.2016 abgetrennt. 13

Zu diesem abgetrennten Verfahren ist die Klägerin die Auffassung, die Beklagte habe gegen Ziffer 1 und 3 des Unterlassungsvergleichs vom 16.12.2014 verstoßen. Weder verfüge sie über eine Einwilligung in die Telefonwerbung noch habe sie die drei Versicherten über die Voraussetzungen und den konkreten Inhalt des Bonusprogramms informiert. Das belegten auch die eidesstattlichen Versicherungen der Versicherten C, P1 und B2 über die fehlende Einwilligung in die Telefonwerbung und die fehlende Aufklärung über die Voraussetzungen des Bonusprogramms. Ferner habe die Versicherte P1 kein Schreiben unterzeichnet, mit dem sie die Mitgliedschaft bei der Klägerin gekündigt habe. Es sei fraglich, wie es zu der Unterschrift unter das Kündigungsschreiben gekommen sei 14

Die Klägerin beantragt schriftsätzlich, 15

die Beklagte zu verurteilen, an sie 45.000 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Zustellung des Klageerweiterungsschriftsatzes zu zahlen. 16

Die Beklagte beantragt schriftsätzlich, 17

die Klage abzuweisen. 18

Sie ist der Auffassung, über eine wirksame Einwilligung in die Telefonwerbung zu verfügen. Hierzu hat sie sogenannte opt-ins vorgelegt, die über die Webseiten "www.ausgewaehltewinner.de" und "500 EUR Supermarkt-Gutschein" generierte worden seien. Auch habe sie über die Voraussetzungen des Bonusprogramms und den Ablauf des Wechsels der Krankenversicherung aufgeklärt, was die übersandten Aufzeichnungen der (jeweils zweiten) Telefonate mit den Versicherten C, P1 und B2 belegten. 19

Im Übrigen wird wegen des weiteren Sach- und Streitstandes auf die Gerichtsakte Bezug genommen. 20

Entscheidungsgründe: 21

Das Gericht konnte im Einverständnis der Beteiligten nach § 124 Abs. 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG) ohne mündliche Verhandlung entscheiden. 22

Die Klage ist zunächst zulässig. 23

Das angerufene Gericht ist in sachlicher Hinsicht zuständig. Dies folgt aus § 51 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Satz 1 SGG. Danach entscheiden die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit über öffentlich-rechtliche Streitigkeiten in Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung, 24

auch soweit durch diese Angelegenheiten Dritte betroffen sind. Von einer Angelegenheit der gesetzlichen Krankenversicherung ist auszugehen, wenn Maßnahmen betroffen sind, die unmittelbar der Erfüllung der den Krankenkassen nach dem Fünften Sozialgesetzbuch (SGB V) obliegenden öffentlich-rechtlichen Aufgaben dienen. Das gilt auch für wettbewerbsrechtliche Ansprüche, z.B. hinsichtlich der Zulässigkeit von Maßnahmen der Mitgliederwerbung, insbesondere zwischen zwei gesetzlichen Krankenkassen, deren Rechtsbeziehungen untereinander durch das öffentliche Recht geprägt werden. Wird der wettbewerbsrechtliche Anspruch dagegen nicht auf einen Verstoß gegen Vorschriften des SGB V gestützt, sondern ausschließlich auf wettbewerbsrechtliche Normen, deren Beachtung auch jedem privaten Mitbewerber obliegt, handelt es sich nicht um eine Angelegenheit der gesetzlichen Krankenversicherung im Sinne von § 51 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Satz 1 SGG (BGH, Urteil vom 09.11.2006 – I ZB 28/06; Beschluss vom 15.01.1998 – I ZB 20/97; OLG Celle, Urteil vom 09.09.2010 – 13 U 173/09; LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 06.06.2002 – L 16 KR 57/01). Ausgehend von diesen Grundsätzen ist vorliegend der Rechtsweg zu den Sozialgerichten eröffnet. Es geht im Kern um die Zulässigkeit von Maßnahmen der Werbung von Mitgliedern zwischen zwei gesetzlichen Krankenkassen und diese Mitgliedschaft ist grundlegend im SGB V geregelt; sie ist Voraussetzung für die Beitragserhebung und die Gewährung von Leistungen durch die gesetzlichen Krankenkassen.

Die Klage ist als allgemeine Leistungsklage statthaft, weil sich die Beteiligten im Gleichordnungsverhältnis befinden. Zudem ist anerkannt, dass die Festsetzung einer Vertragsstrafe prozessual auch durch eine Leistungsklage durchgesetzt werden kann. Die Vertragsstrafe im Sinne von § 339 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) ist eine schuldrechtlich vereinbarte Leistung zur Sicherung der Vertragserfüllung und zur Schadenspauschalierung, sie kann über eine Klage auf Vertragsstrafenzahlung geltend gemacht werden (BGH, Urteil vom 05.02.1998 – III ZR 103/97). 25

Schließlich hat die Klägerin die ursprünglich erhobene Klage durch die hier allein streitbefangene Klageerweiterung vom 03.06.2015 (hinsichtlich der Verstöße gegen den Unterlassungsvergleich vom 16.12.2014) zulässig geändert. Nach § 99 Abs. 1 SGG ist eine Änderung der Klage u.a. zulässig, wenn die übrigen Beteiligten einwilligen. Eine solche Einwilligung liegt hier vor. Die Beklagte hat auf die Klageerweiterung – die eine Änderung des Klageantrages enthält – erwidert, dass sie diese für unbegründet erachtet und dies im Einzelnen begründet. 26

Die Klage ist auch begründet. 27

Der Klägerin steht der geltend gemachte Zahlungsanspruch zu, weil die Beklagte gegen den Unterlassungstatbestände aus Nr. 1 und 3 des Vergleichs vom 16.12.2014 verstoßen und die Klägerin die Höhe der Vertragsstrafe nicht unbillig bestimmt hat. 28

Nach Nr. 1 des Vergleichs vom 16.12.2014 hat sich die Beklagte dazu verpflichtet, nicht bei potentiellen Kunden anzurufen, ohne dass deren ausdrückliche und nachweisbare Einwilligung in die Telefonie für Wettbewerbszwecke im Sinne von § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG vorliegt. Eine Einwilligung im Sinne von § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG ist eine "Willensbekundung, die ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgt und mit der die betroffene Person akzeptiert, dass personenbezogene Daten, die sie betreffen, verarbeitet werden". Der Verbraucher muss damit schriftlich oder mündlich zum Ausdruck bringen, dass er im konkreten Fall mit einem Anruf einverstanden ist. Ausgeschlossen sind unbeschränkte Generaleinwilligungen. Aus der Einwilligungserklärung muss hervorgehen, welches Unternehmen für welche Produkte telefonisch werben darf (Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Auflage 2016, § 7 Rn. 47ff.; Köhler/Bornkamm, UWG, 34. Auflage 2016, § 7 Rn. 186). Die 29

Einwilligung kann auch durch allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) erfolgen, soweit es sich um Klauseln mit gesonderter Zustimmungsmöglichkeit handelt (sog. opt-in-Klauseln). Sie müssen aber den Anforderungen des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB (Transparenzgebot) genügen und müssen hinreichend konkretisiert sein, damit erkennbar ist, welches Unternehmen zu welchen Zwecken anrufen darf (BGH, Urteil vom 25.10.2012 – I ZR 169/10; Ohly/Sosnitza, a.a.O., Rn. 53). Ferner trägt der Werbende die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung; für den Nachweis des Einverständnisses ist es erforderlich, dass der Werbende die konkrete Einverständniserklärung jedes einzelnen Verbrauchers vollständig dokumentiert. Im Fall einer elektronisch übermittelten Einverständniserklärung setzt das deren Speicherung und die jederzeitige Möglichkeit voraus, sie auszudrucken. Die Speicherung ist dem Werbenden ohne weiteres möglich und zumutbar. Verfahren, bei denen unklar ist, ob eine Einverständniserklärung tatsächlich von dem angerufenen Verbraucher stammt, sind für den erforderlichen Nachweis ungeeignet (BGH, Urteil vom 10.02.2011 – I ZR 164/09, Rn. 31 bei Juris). Daraus folgt z.B. hinsichtlich der Einwilligung in E-Mail-Werbung, dass nach Setzen eines Einverständnis-Häkchens dies in einer E-Mail bestätigt wird (sog. "double-opt-in-Verfahren", BGH, Urteil vom 11.03.2004 – I ZR 81/01). Für die Telefonwerbung sind die Anforderungen noch höher, weil durch eine Bestätigungsmail im elektronischen double-opt-in-Verfahren ein Einverständnis des Verbrauchers mit Werbeanrufen nicht zweifelsfrei belegt wird (BGH, Urteil vom 10.02.2011 – I ZR 164/09).

Ausgehend von diesen Grundsätzen hat die insoweit darlegungs- und beweispflichtige Beklagte nicht ansatzweise eine wirksame Einwilligung der bei der Klägerin Versicherten C, P1 und T in die Telefonwerbung durch sie und den von ihr beauftragten Vertriebspartner W dargetan. Sie hat lediglich einen Ausdruck über eine angebliche Registrierung bei einem Gewinnspiel vorgelegt, der Adressdaten der Vorgenannten sowie eine IP-Adresse enthält. Dieser Ausdruck besagt aber schon nichts dazu, wer die Daten eingetragen hat und zu wem die IP-Adresse gehört. Die Beklagte hat noch nicht einmal eine Bestätigung dieser Daten durch die vorgenannten Versicherten per Bestätigungsmail im Sinne des "double-opt-in-Verfahrens" vorgetragen.

30

Abgesehen hiervon enthalten die Ausdrücke über die angebliche Registrierung bei einem Gewinnspiel aber auch kein Einverständnis in Telefonwerbung durch die Beklagte; hierzu verhalten sich die Ausdrücke mit keinem Wort. Ein solches Einverständnis lässt sich auch nicht dem von der Beklagten vorgelegten "Banner-Ausdruck" entnehmen. Zum Einen handelt es sich um einen Blanko-Ausdruck, der zum Nachweis einer tatsächlich erteilten Einwilligung durch die vorgenannten Versicherten ungeeignet ist. Zum Anderen bezieht er sich in erster Linie auf die Teilnahme an einem Gewinnspiel. Er enthält zwar auch Fragen zur Krankenversicherung und dort u.a. die opt-in-Möglichkeit "hohe Bonuszahlungen – mehr Infos bitte". Eine ausdrückliche Einwilligung, dass diese Informationen durch Telefonwerbung der Beklagten zum Zwecke der Mitgliederwerbung erfolgen darf, wird hierdurch aber nicht erklärt.

31

Überdies begehrt die Klägerin zu Recht die Zahlung einer Vertragsstrafe wegen eines Verstoßes der Beklagten gegen Ziffer 3 des Vergleichs vom 16.12.2014. Danach hat sich die Beklagte dazu verpflichtet, nicht mit Wechselprämien zu werben sowie nicht mit Geldbeträgen zu werben, ohne nachhaltig und nachvollziehbar über die jeweiligen Voraussetzungen der Satzung der Beklagten für diese Geldbeträge ausreichend aufzuklären. Hiergegen hat die Beklagte verstoßen, weil sie die Versicherten C, P1 und T nicht nachhaltig und nachvollziehbar über die jeweiligen Voraussetzungen des sog. Bonusprogramms "fitforcash" ausreichend aufgeklärt hat. Die Voraussetzungen des Bonusprogramms der Beklagten sind in § 11f der Satzung der Beklagten in der 2015 gültigen Fassung geregelt.

32

Versicherte, die sich gesundheitsbewusst verhalten, haben nach Abs. 1 der Vorschrift Anspruch auf einen Bonus, wenn sie, soweit sie zur Inanspruchnahme berechtigt sind, mindestens drei der Punkte 1-15 einmal innerhalb eines Kalenderjahres nachweisen:

1. Der Versicherte ab dem vollendeten 35. Lebensjahr nimmt an einer ärztlichen Gesundheitsuntersuchung gemäß § 25 Abs. 1 SGB V teil.
2. Der Versicherte nimmt eine jährliche Krebsfrüherkennungsuntersuchung gemäß § 25 Abs. 2 SGB V in Anspruch.
3. Ab dem vollendeten 35. Lebensjahr nimmt der Versicherte an einer Früherkennungsuntersuchung auf Hautkrebs gemäß der Krebsfrüherkennungs-Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses teil.
4. Der Versicherte nimmt eine Vorsorgeuntersuchung während der Schwangerschaft gemäß Mutterschaftsrichtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses in Anspruch.
5. Der Versicherte weist einen von der STIKO empfohlenen Impfschutz gegen Diphtherie, Tetanus und Polio nach oder nimmt im Bonuszeitraum eine Impfung nach § 20d Abs. 1 SGB V in Verbindung mit der Schutzimpfungsrichtlinie (SiR) in Anspruch. Pro Bonuszeitraum wird jährlich maximal eine Impfung je Versicherten berücksichtigt.
6. Das mitversicherte Kind nimmt die nach § 26 Abs. 1 SGB V vorgesehenen Kinderuntersuchungen für den Zeitraum des jeweiligen Jahres vollständig in Anspruch.
7. Der Versicherte nimmt bis zur Vollendung des 6. Lebensjahres und ab dem 19. Lebensjahr einmal im Kalenderjahr, vom 7. Lebensjahr bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres einmal im Kalenderhalbjahr zahnärztliche Vorsorgeuntersuchungen in Anspruch.
8. Der Versicherte (nach Vollendung des 18. Lebensjahres) verhält sich in einer Art und Weise gesundheitsbewusst, dass sich seine Gesundheitsindikatoren Blutdruck und Puls im Normalbereich halten.
9. Der Versicherte nimmt ab Vollendung des 18. Lebensjahres einmal jährlich entweder eine Individualprophylaxe analog den Richtlinien des Bundesausschusses der Zahnärztle und Krankenkassen oder eine professionelle Zahnreinigung, jeweils als Privatbehandlung ohne Anspruch auf Kostenerstattung, in Anspruch.
10. Der Versicherte ernährt sich in einer Art und Weise gesundheitsbewusst, dass sich sein Body-Maß-Index (BMI) alters- und geschlechtsentsprechend in einem gesunden Rahmen hält.
11. Der Versicherte ist aktives Mitglied in einem Sportverein, einer Betriebssportgemeinschaft oder Teilnehmer am Hochschulsport.
12. Der Versicherte ist aktives Mitglied in einem qualifizierten Fitnessstudio.
13. Der Versicherte nimmt ab Vollendung des 18. Lebensjahres an einem Präventivkurs nach § 20 SGB V oder einem Kurs zur Entspannung, gesunden Ernährung oder Raucherentwöhnung, ohne Anspruch auf Kostenerstattung, teil.
14. Der Versicherte nimmt an einer Leistung der betrieblichen Gesundheitsförderung gemäß § 20a SGB V teil.
15. Das mitversicherte Kind nimmt an einer Leistung der settingbezogenen Gesundheitsförderung in der Kindertagesstätte oder Schule gemäß § 20 SGB V i. V. m. dem Leitfaden Prävention teil.

Nach § 11f Abs. 2 der Satzung sind die Voraussetzungen für Abs. 1 jeweils durch geeignete Erklärungen, Ausweise oder Bestätigungen der Leistungsanbieter bis zum 31.03. des Folgejahres nachzuweisen. Für die Nummern 1 bis 4 und 6 bis 10 sind ärztliche bzw. zahnärztliche Erklärungen erforderlich; für die Nummern 8 und 10 kann auch eine Bestätigung durch die Apotheke erfolgen. Der jährliche Bonus für jede im abgelaufenen Jahr nachgewiesene Verhaltensweise wird nur auf Antrag gewährt und beträgt jeweils 25,00 Euro, insgesamt höchstens 200,00 Euro für Mitglieder und für volljährige Familienversicherte (§ 10 SGB V), für minderjährige Familienversicherte (§ 10 SGB V) insgesamt höchstens 100,00 Euro. Ferner bestimmt § 11f Abs. 3 der Satzung, dass der Bonus nach Erfüllung der Voraussetzungen nach Abs. 1 ausbezahlt wird. Zum Zeitpunkt der Auszahlung muss eine aktive und ungekündigte Mitgliedschaft bei der

Betriebskrankenkasse N2 P2 vorliegen. Der Anspruch auf den Bonus oder Zuschuss entfällt folglich mit dem Zugang der Kündigung der Mitgliedschaft.

Über diese Voraussetzung hat die Beklagte über ihren Vertriebspartner W in den jeweiligen zweiten Telefonaten die Versicherten C, P1 und T nicht ausreichend, nachhaltig und nachvollziehbar aufgeklärt. Sie hat die Versicherten zunächst nicht darüber informiert, dass die vom Bonusprogramm erfassten Maßnahmen ihrerseits z.T. mit Kosten verbunden sind. Ferner hat sie nicht im Einzelnen erläutert, für welche konkreten Maßnahmen der Bonus gezahlt wird, dass der Katalog der bonusfähigen Maßnahmen limitiert ist und dass der Bonus erst ab 3 Maßnahmen gezahlt wird. Sie hat die Versicherten zudem nicht darüber unterrichtet, dass für viele Maßnahmen ärztliche Bescheinigungen erforderlich sind und bestimmte Maßnahmen – insbesondere Impfungen – in der Regel nicht jährlich erfolgen oder nur für bestimmte Personen – z.B. Schwangere – gelten. Dies berücksichtigend aber kippt insbesondere die von der Beklagten in Aussicht gestellte Finanzierung der privaten Zusatzversicherung über die Teilnahme am Bonusprogramm, das es zudem in dieser Form heute auch nicht mehr gibt. Und gerade das Finanzierungsmodell wurde in den jeweiligen zweiten Beratungsgesprächen in den Vordergrund gestellt, wenn es um die Teilnahme am Bonusprogramm ging. Bei den Versicherten wurde der Eindruck erweckt, dass sie die gesamten Kosten der privaten Zusatzversicherung über die Teilnahme am Bonusprogramm erwirtschaften können. Zudem sind die in den jeweiligen zweiten Telefonaten als möglich dargestellten schnellen Auszahlungen der Boni in wenigen Wochen oder Monaten realitätsfern. Auch das im Nachgang zu den Telefonaten von der Beklagten versandte Schreiben mit dem Betreff "Ihr Wechsel zur BKK Mobil" enthält keine ausreichende Aufklärung über die Voraussetzungen des Bonusprogramms.

Auch der Höhe nach ist die Forderung der Klägerin berechtigt. Die Beteiligten haben die Höhe der Vertragsstrafe im Unterlassungsvergleich nach dem sog. "neuen Hamburger Brauch" in dem Sinne offen gelassen, dass die Klägerin die Vertragsstrafe nach billigem Ermessen festsetzt, sie haben dies für den Streitfall ferner in die Überprüfung des Gerichts gestellt. In einem solchen Fall findet nur eine Billigkeitskontrolle statt, d.h., das Gericht darf nur prüfen, ob der Gläubiger die Grenzen seines Ermessensspielraums überschritten hat (OLG Karlsruhe, Urteil vom 18.12.2015 – 4 U 191/14, Rn. 34ff. bei Juris). Für die nach billigem Ermessen des Gläubigers vorzunehmende Bestimmung einer durch die Zuwiderhandlung gegen eine vertragliche Unterlassungsverpflichtung verwirkten Vertragsstrafe kommt es neben der Art und Größe des Unternehmens auf den Umsatz und möglichen Gewinn und vor allem auf die Schwere und das Ausmaß der Zuwiderhandlung, auf dessen Gefährlichkeit für den Gläubiger und auf das Verschulden des Verletzers an (BGH, Urteil vom 30.09.1993 – I ZR 54/91). Ferner ist bei der nachträglichen Bestimmung auch die Funktion als pauschalierter Schadensersatz maßgeblich (Köhler/Bornkamm, UWG, 34. Auflage 2016, § 12 Rn. 1.139 m.w.N.).

Vor diesem Hintergrund ist die Bestimmung der Vertragsstrafe mit 15.000 EUR für jeden Verstoß nicht unbillig. Die Klägerin hat ihren Ermessensspielraum nicht überschritten, indem sei das vorprozessuale Verhalten der Beklagten bei der Schwere der Zuwiderhandlung berücksichtigt hat. Ermessensfehlerfrei hat sie zudem auf die Gefährlichkeit der Verstöße der Beklagten für sie abgestellt und das Verschaffen wettbewerbswidriger Vorteile berücksichtigt. Zudem haben die Beklagte und die W (§ 278 BGB) nicht nur gegen einen, sondern gegen zwei Unterlassungstatbestände verstoßen und die Beklagte ist als Körperschaft des öffentlichen Rechts an Recht und Gesetz gebunden.

Schließlich kann die Klägerin in entsprechender Anwendung der §§ 288 Abs. 1, 291 Satz 1 BGB Prozesszinsen (5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz, vgl. hierzu grundlegend: BSG, Urteil vom 02.11.2010 - B 1 KR 11/10 R; Urteil vom 25.11.2010 - B 3 KR 6/10 R) ab Rechtshängigkeit (hier: Anhängigkeit – § 94 SGG – der Klageerweiterung) beanspruchen, was sie bei verständiger Würdigung des Klageantrages auch beantragt hat.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 197a SGG i.V.m. § 154 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO).

38