



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **VERSÄUMNISURTEIL**

I ZR 19/19

Verkündet am:  
2. Oktober 2019  
Führinger  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. Oktober 2019 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Koch, den Richter Dr. Löffler, die Richterinnen Dr. Schwonke und Dr. Schmaltz und den Richter Odörfer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Oberlandesgerichts München - 6. Zivilsenat - vom 29. November 2018 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als darin hinsichtlich des auf Unterlassung gerichteten Klageantrags zu I zum Nachteil des Klägers erkannt worden ist.

Die gegen ihre Verurteilung nach dem Klageantrag zu I gerichtete Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts München I - 37. Zivilkammer - vom 18. Mai 2018 wird zurückgewiesen.

Von den Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Beklagte 90%, der Kläger 10%.

Die Kosten der Revision trägt die Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1            Der Kläger ist ein Verbraucherschutzverein für Versicherte und als qualifizierte Einrichtung nach § 4 UKlaG in die vom Bundesamt für Justiz geführte Liste eingetragen.

2            Die Beklagte ist als Versicherungsberaterin mit einer Erlaubnis nach § 34e Abs. 1 GewO aF (§ 34d Abs. 2 GewO nF) tätig und als solche im Versicherungsvermittlerregister registriert. Sie vermittelt keine neuen Versicherungsverträge, sondern überprüft für ihre Kunden alternative Versicherungstarife in bereits bestehenden Versicherungsverträgen.

3            Die Beklagte warb auf ihrer Internetseite damit, Versicherungsnehmer beim Tarifwechsel in der privaten Krankenversicherung zu beraten. Danach ist die Tätigkeit der Beklagten zunächst kostenlos. Erst wenn ein Kunde tatsächlich einen Tarifwechsel durchführen lässt, wird ein Honorar in Höhe von 50% der in einem Jahr ersparten Versicherungsbeiträge zuzüglich 19% Mehrwertsteuer fällig.

4            Der Kläger hält die Vereinbarung eines derart berechneten Erfolgshonorars für unzulässig. Er mahnte die Beklagte mit Schreiben vom 9. Februar 2017 deswegen erfolglos ab.

5            Der Kläger hat - soweit noch von Bedeutung - beantragt, die Beklagte unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verurteilen, es zu unterlassen,

geschäftlich handelnd als Versicherungsberater im Sinne von § 34e GewO selbst oder durch Mitarbeiter oder Beauftragte Rechtsdienstleistungen im Zusammenhang mit einem Tarifwechsel in der privaten Krankenversicherung nach § 204 VVG gegen eine erfolgsabhängige Vergütung anzubieten, zu erbringen und/oder hierfür zu werben, wenn dies ... geschieht wie ... (es folgen Zitate aus dem Internetauftritt der Beklagten).

6 Das Landgericht hat dem Unterlassungsantrag stattgegeben (LG München I, Urteil vom 18. Mai 2018 - 37 O 8325/17, juris). Auf die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht den Unterlassungsantrag abgewiesen (OLG München, Urteil vom 29. November 2018 - 6 U 2157/18, BeckRS 2018, 46187).

7 Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des dem Unterlassungsanspruch stattgebenden landgerichtlichen Urteils.

8 Die ordnungsgemäß geladene Beklagte war im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgericht nicht vertreten. Sie hat mitgeteilt, sie habe nach Erlass des Senatsurteils vom 6. Juni 2019 (I ZR 67/18, GRUR 2019, 970 = WRP 2019, 1304 - Erfolgshonorar für Versicherungsberater) am 30. August 2019 gegenüber der I. Krankenversicherung AG eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben. Der Kläger hat beantragt, über sein Rechtsmittel durch Versäumnisurteil zu entscheiden.

#### Entscheidungsgründe:

9 I. Das Berufungsgericht hat die Klage als unbegründet angesehen. Zur Begründung hat es ausgeführt:

10 Dem Kläger stehe kein Unterlassungsanspruch gemäß § 3a UWG und § 2 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 8 UKlaG in Verbindung mit § 4 Abs. 2 Satz 2 RDGEG, § 4a Abs. 1 RVG und § 49b Abs. 2 Satz 1 BRAO zu. Zwar habe zunächst § 4 Abs. 2 RDGEG der Vereinbarung eines Erfolgshonorars durch einen

Versicherungsberater entgegengestanden. Wie sich aus der neuen Vorschrift des § 34d Abs. 2 GewO und der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung ergebe, sei Versicherungsberatern aber nunmehr eine solche Vereinbarung gestattet.

- 11 II. Über die Revision des Klägers ist antragsgemäß durch Versäumnisurteil zu entscheiden, weil die Beklagte in der mündlichen Revisionsverhandlung trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht anwaltlich vertreten war. Inhaltlich beruht das Urteil jedoch nicht auf der Säumnis des Beklagten, sondern auf einer Sachprüfung (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Versäumnisurteil vom 22. März 2018 - I ZR 265/16, GRUR 2018, 914 Rn. 8 = WRP 2018, 1087 - Riptide).
- 12 III. Die Revision des Klägers hat Erfolg. Dem Kläger steht gegen die Beklagte der geltend gemachte Unterlassungsanspruch gemäß §§ 3, 3a UWG wegen deren Forderung nach einer nach der Hälfte der jährlichen Ersparnis der Versicherungsbeiträge berechneten Vergütung im Falle des Abschlusses eines günstigeren Versicherungsvertrags sowohl nach dem zum Zeitpunkt des beanstandeten Verhaltens Anfang 2017 als auch nach dem zum Zeitpunkt der vorliegenden Entscheidung am 2. Oktober 2019 maßgeblichen Recht zu (zur Maßgeblichkeit dieser Zeitpunkte beim auf Wiederholungsgefahr gestützten Unterlassungsanspruch BGH, Urteil vom 29. November 2018 - I ZR 237/16, GRUR 2019, 203 Rn. 13 = WRP 2019, 187 - Versandapotheke, mwN).
- 13 1. Das Berufungsgericht ist rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass der in die Liste der qualifizierten Einrichtungen nach § 4 UKlaG eingetragene Kläger für den von ihm erhobenen Unterlassungsanspruch gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG klagebefugt ist.

- 14            2. Das Berufungsgericht hat außerdem zu Recht angenommen, dass es sich bei dem hier in Rede stehenden Verbot der Vereinbarung eines Erfolgshonorars nach § 49b Abs. 2 Satz 1 BRAO um eine Marktverhaltensregelung im Sinne von § 3a UWG handelt. Nach § 4 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 1 RDGEG ist - unter anderem - registrierten Erlaubnisinhabern die Vereinbarung eines Erfolgshonorars im Sinne von § 49b Abs. 2 BRAO verboten. Danach sind Vereinbarungen unzulässig, durch die eine Vergütung oder ihre Höhe vom Ausgang der Sache oder vom Erfolg der Tätigkeit des registrierten Erlaubnisinhabers abhängig gemacht wird oder nach denen der registrierte Erlaubnisinhaber einen Teil des erstrittenen Betrages als Honorar erhält (vgl. § 49b Abs. 2 BRAO). Das Verbot der Vereinbarung von Erfolgshonoraren soll die Unabhängigkeit des registrierten Erlaubnisinhabers gewährleisten und die Mandanten des registrierten Erlaubnisinhabers schützen. Die Vorschrift dient damit dem Verbraucherschutz und ist eine Marktverhaltensregelung (BGH, GRUR 2019, 970 Rn. 32 - Erfolgshonorar für Versicherungsberater).
- 15            3. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist Versicherungsberatern die Vereinbarung eines Erfolgshonorars sowohl zum Zeitpunkt der vom Kläger beanstandeten Werbung als auch zum Zeitpunkt der Entscheidung im vorliegenden Verfahren verboten.
- 16            a) Zum Zeitpunkt der vom Kläger beanstandeten Werbung Anfang 2017 galt § 4 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 1 RDGEG, wonach registrierten Erlaubnisinhabern die Vereinbarung eines Erfolgshonorars verboten ist. Aus den im Einführungsgesetz zum Rechtsdienstleistungsgesetz enthaltenen Übergangsregelungen folgt, dass Versicherungsberater, denen bereits nach dem außer Kraft getretenen Rechtsberatungsgesetz eine Erlaubnis zur Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten erteilt war, zu den registrierten Erlaubnisinhabern zählen (BGH, GRUR 2019, 970 Rn. 36 bis 49 - Erfolgshonorar für Versicherungs-

berater, mwN). Das Verbot der Vereinbarung eines Erfolgshonorars galt allerdings nicht nur für solche Alterlaubnisinhaber, sondern auch für Neuerlaubnisinhaber, also für Versicherungsberater, die - wie die Beklagte - nach dem Inkrafttreten des Rechtsdienstleistungsgesetzes eine solche Erlaubnis gemäß § 34e GewO aF (§ 34d Abs. 2 GewO nF) erlangt hatten (BGH, GRUR 2019, 970 Rn. 50 bis 55 - Erfolgshonorar für Versicherungsberater).

17           b) An dieser Rechtslage hat entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts weder die Rechtsprechung des Senats noch die seit dem 23. Februar 2018 geltende Neufassung von § 34d Abs. 2 Satz 2 GewO etwas geändert (BGH, GRUR 2019, 970 Rn. 56 bis 66 - Erfolgshonorar für Versicherungsberater).

18           aa) Nach der Rechtsprechung des Senats kann zwar im Rahmen eines Versicherungsmaklervertrags, der einen Dienstleister verpflichtet, Einsparmöglichkeiten bei der privaten Krankenversicherung zu recherchieren und bei der Krankenversicherung des jeweiligen Kunden Informationen über den bestehenden Tarif und über alternative Tarife einzuholen, in zulässiger Weise vereinbart werden, dass der Versicherungsnehmer für einen nachgewiesenen oder vermittelten Tarifwechsel in der privaten Krankenversicherung nur dann eine erfolgsabhängige Vergütung entrichten soll, wenn es zu einer Änderung des Tarifs tatsächlich kommt (vgl. BGH, Urteil vom 28. Juni 2018 - I ZR 77/17, VersR 2018, 1383 Rn. 23). Da Versicherungsberater dem Verbot der Vereinbarung eines Erfolgshonorars unterliegen, ist es ihnen aber untersagt, durch Abschluss eines Versicherungsmaklervertrags eine vom Erfolg abhängige Vergütung zu vereinbaren, wenn sie einen Kunden beim Tarifwechsel in der privaten Krankenversicherung beraten.

19           bb) Aus der seit dem 23. Februar 2018 geltenden Neufassung von § 34d Abs. 2 Satz 2 GewO ergibt sich ebenfalls nicht, dass Versicherungsberater Erfolgshonorare vereinbaren dürfen.

20 (1) Danach ist Versicherungsberater, wer ohne von einem Versicherungsunternehmen einen wirtschaftlichen Vorteil zu erhalten oder in anderer Weise von ihm abhängig zu sein, den Auftraggeber bei der Vereinbarung, Änderung oder Prüfung von Versicherungsverträgen oder bei der Wahrnehmung von Ansprüchen aus Versicherungsverträgen im Versicherungsfall auch rechtlich berät, den Auftraggeber gegenüber dem Versicherungsunternehmen außergerichtlich vertritt oder für den Auftraggeber die Vermittlung oder den Abschluss von Versicherungsverträgen übernimmt.

21 (2) Mit dieser Regelung hat sich das Berufsbild des Versicherungsberaters nicht geändert. Diese Regelung entspricht inhaltlich § 42a Abs. 4 VVG in der bis zum 31. Dezember 2007 geltenden Fassung und der seit dem 1. Januar 2008 geltenden Vorschrift des § 59 Abs. 4 VVG (§ 59 Abs. 4 Satz 1 VVG in der seit dem 23. Februar 2018 geltenden Fassung). Danach ist Versicherungsberater im Sinn des Versicherungsvertragsgesetzes, wer gewerbsmäßig Dritte bei der Vereinbarung, Änderung oder Prüfung von Versicherungsverträgen oder bei der Wahrnehmung von Ansprüchen aus Versicherungsverträgen im Versicherungsfall berät oder gegenüber dem Versicherer außergerichtlich vertritt, ohne von einem Versicherer einen wirtschaftlichen Vorteil zu erhalten oder in anderer Weise von ihm abhängig zu sein. Dass sich an dem Berufsbild des Versicherungsberaters durch die Neuregelung in § 34d Abs. 2 GewO nichts ändern sollte, ergibt sich auch aus der Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/97 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Januar 2016 über Versicherungsvertrieb und zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes (BT-Drucks. 18/11627, S. 35).

22 (3) Die Regelung des § 34d Abs. 2 GewO legt - ebenso wie § 59 Abs. 4 Satz 1 VVG - lediglich fest, welche Tätigkeiten einem Versicherungsberater gestattet sind. Sie regelt nicht, in welcher Weise er seine Vergütung berechnen darf. Aus dieser Regelung geht auch nicht hervor, dass damit die Bindung der

Versicherungsberater an das Verbot der Vereinbarung eines Erfolgshonorars aufgehoben werden soll.

23

(4) Zwar heißt es in der Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/97 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Januar 2016 über Versicherungsvertrieb und zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes auch, dass die Ausgestaltung des Honorars des Versicherungsberaters "(Grundlage, Tätigkeits- oder Erfolgshonorar etc.)" den Vertragsparteien obliege (BT-Drucks. 18/11627, S. 35). Diese Begründung zu einem Gesetzentwurf stellt aber keine gesetzliche Regelung dar, mit der Versicherungsberater vom Verbot der Vereinbarung eines Erfolgshonorars befreit worden sind. Aus der entsprechenden Passage geht lediglich hervor, dass der Gesetzgeber die Vergütungsvereinbarung als Aufgabe der Vertragsparteien angesehen hat.

24

Die Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/97 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Januar 2016 über Versicherungsvertrieb und zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes lässt eine Absicht des Gesetzgebers, die für die Vergütung der Versicherungsberater bestehenden Regelungen zu ändern, nicht erkennen. Selbst wenn sich ein entsprechender gesetzgeberischer Wille feststellen ließe, ist dieser im Wortlaut von § 34d Abs. 2 GewO nicht zum Ausdruck gekommen. Für die Auslegung einer Gesetzesvorschrift ist der in dieser zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers maßgeblich, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den diese hineingestellt ist. Nicht entscheidend ist demgegenüber die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder über die Bedeutung der Bestimmung. Die vorrangig am objektiven Sinn und Zweck des Gesetzes zu orientierende Auslegung kann durch Motive, die im Gesetzgebungsverfahren dargelegt wurden, im Gesetzeswortlaut

aber keinen Ausdruck gefunden haben, nicht gebunden werden (BGH, Urteil vom 5. Oktober 2017 - I ZR 172/16, GRUR 2017, 1281 Rn. 40 = WRP 2018, 60 - Großhandelszuschläge, mwN).

25           4. Die von der Beklagten angebotenen Dienstleistungen fallen in den sachlichen Anwendungsbereich des § 4 Abs. 2 RDGEG. Die Beratung zu einem Tarifwechsel in der privaten Krankenversicherung ist eine Rechtsdienstleistung im Sinne von § 2 Abs. 1 RDG (vgl. BGH, GRUR 2019, 970 Rn. 72 - Erfolgshonorar für Versicherungsberater).

26           5. Die von der Beklagten beanspruchte Vergütung in Höhe der durch den Tarifwechsel ersparten hälftigen jährlichen Prämien Differenz stellt ein Erfolgshonorar im Sinne von § 49b Abs. 2 Satz 1 BRAO dar (vgl. BGH, GRUR 2019, 970 Rn. 73 - Erfolgshonorar für Versicherungsberater).

27           6. Ist es - wie im Streitfall - zu einem Wettbewerbsverstoß gekommen, streitet eine tatsächliche Vermutung für die Wiederholungsgefahr (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 14. Januar 2016 - I ZR 65/14, GRUR 2016, 946 Rn. 52 = WRP 2016, 958 - Freunde finden). Soweit die Beklagte auf eine während des laufenden Revisionsverfahrens von ihr gegenüber der I. Krankenversicherung AG abgegebene Unterlassungserklärung verwiesen und damit geltend gemacht hat, die Wiederholungsgefahr sei entfallen, ist dieses Vorbringen angesichts ihrer Säumnis im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgericht nicht zu berücksichtigen.

28           Bei Säumnis des Revisionsbeklagten entscheidet das Revisionsgericht über die Revision zwar durch Versäumnisurteil. Inhaltlich beruht die Entscheidung aber nicht auf einer Säumnisfolge, sondern auf der Berücksichtigung des gesamten Sach- und Streitstands, soweit er in der Revisionsinstanz angefallen ist (BGH, Urteil vom 4. April 1962 - V ZR 110/60, BGHZ 37, 79, 82 [juris Rn. 11 bis 13]; Urteil vom 18. November 1998 - VIII ZR 344/97, NJW 1999, 647, 648

[juris Rn. 5]). Der Beurteilung des Revisionsgerichts unterliegt nach § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO nur dasjenige Parteivorbringen, das aus dem Berufungsurteil oder dem Sitzungsprotokoll ersichtlich ist. Außerdem können nach § 559 Abs. 1 Satz 2 ZPO nur die in § 551 Abs. 3 Nr. 2 Buchst. b ZPO erwähnten Tatsachen berücksichtigt werden. Die Vorschrift des § 559 Abs. 1 ZPO ist zwar einschränkend dahin auszulegen, dass in bestimmtem Umfang auch Tatsachen, die erst während des Revisionsverfahrens oder nach Schluss der mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz eingetreten sind, in die Urteilsfindung einfließen können, soweit sie unstreitig sind oder ihr Vorliegen in der Revisionsinstanz ohnehin von Amts wegen zu beachten ist und schützenswerte Belange der Gegenseite nicht entgegenstehen (vgl. BGH, Urteil vom 2. März 2017 - I ZR 273/14, GRUR 2017, 541 Rn. 44 = WRP 2017, 579 - Videospiele-Konsolen III, mwN). Hält der Revisionsbeklagte in der Revisionsinstanz neuen Sachvortrag und erscheint er im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgericht nicht, ist dieses Vorbringen nach § 555 Abs. 1 Satz 1 ZPO aber genauso wenig zu berücksichtigen wie das Vorbringen eines in der ersten Instanz säumigen Beklagten (vgl. MünchKomm.ZPO/Prütting, 5. Aufl., § 332 Rn. 2). Das Vorbringen der Beklagten, sie habe während des laufenden Revisionsverfahrens gegenüber einem Dritten eine Unterlassungserklärung abgegeben, hat deshalb außer Betracht zu bleiben.

29

III. Danach ist das der Unterlassungsklage stattgebende Urteil des Landgerichts wiederherzustellen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1, § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung hinsichtlich der vorläufigen Vollstreckbarkeit auf § 708 Nr. 2 ZPO.

### **Rechtsbehelfsbelehrung**

Gegen dieses Versäumnisurteil steht der säumigen Partei der Einspruch zu. Dieser ist von einem beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt binnen einer Notfrist von zwei Wochen ab Zustellung des Versäumnisurteils bei dem Bundesgerichtshof, Karlsruhe, durch Einreichung einer Einspruchsschrift einzulegen.

Koch

Löffler

Schwonke

Schmaltz

Odörfer

Vorinstanzen:

LG München I, Entscheidung vom 18.05.2018 - 37 O 8325/17 -

OLG München, Entscheidung vom 29.11.2018 - 6 U 2157/18 -