



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 183/12

Verkündet am:
18. September 2013
Bürk
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Krankenzusatzversicherungen

UWG § 4 Nr. 11; GewO § 34d; SGB V § 194 Abs. 1a

- a) Die Bestimmung des § 34d GewO ist eine Marktverhaltensregelung im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG.
- b) Die Regelung in § 34d Abs. 1 Satz 1 GewO, wonach die Erlaubnispflicht davon abhängt, dass der Vermittler gewerbsmäßig tätig wird, ist ungeachtet dessen unionsrechtskonform, dass sie in der Richtlinie 2002/92/EG keine unmittelbare Entsprechung hat.
- c) Die Bestimmung des § 194 Abs. 1a SGB V enthält keine den § 34d GewO verdrängende speziellere Regelung.

BGH, Urteil vom 18. September 2013 - I ZR 183/12 - OLG Brandenburg
LG Potsdam

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Juli 2013 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Dr. h.c. Bornkamm und die Richter Pokrant, Prof. Dr. Büscher, Prof. Dr. Schaffert und Dr. Kirchhoff

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 4. September 2012 aufgehoben.

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Potsdam vom 23. Februar 2011 abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, es zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Endverbrauchern den Abschluss von Versicherungsverträgen mit privatwirtschaftlich organisierten Versicherungsunternehmen anzubieten, zu ermöglichen und/oder mit einem derartigen Angebot zu werben, wenn und solange die Beklagte nicht im Besitz einer Erlaubnis nach § 34d GewO ist, insbesondere wenn dies wie in dem nachstehend im Tatbestand wiedergegebenen Unterlassungsantrag des Klägers beschrieben geschieht.

Der Beklagten wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die vorstehende Unterlassungsverpflichtung ein Ordnungsgeld bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten angedroht, wobei die Ordnungshaft an den Vorständen der Beklagten zu vollziehen ist.

Die Kosten des Rechtsstreits werden der Beklagten auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 I. Die Beklagte, eine gesetzliche Krankenkasse, vermittelt ihren Versicherten Krankenzusatzversicherungen mit privaten Versicherungsunternehmen. Der Kläger, der A. e.V., zu dessen satzungsmäßigen Aufgaben es gehört, die gewerblichen Interessen seiner Mitglieder zu fördern und unlauteren Wettbewerb zu bekämpfen, ist der Auffassung, die Beklagte habe diese Tätigkeit zu unterlassen, solange sie über keine Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Vermittlung von Versicherungsverträgen nach § 34d GewO verfüge.

2 Der Kläger hat zuletzt beantragt,

es der Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verbieten, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Endverbrauchern den Abschluss von Versicherungsverträgen mit privatwirtschaftlich organisierten Versicherungsunternehmen anzubieten, zu ermöglichen und/oder mit einem derartigen Angebot zu werben, wenn und solange die Beklagte nicht im Besitz einer Erlaubnis nach § 34d GewO ist, insbesondere, wenn dies geschieht wie am 21. November 2008 in der von der Beklagten betriebenen Geschäftsstelle B. mit dem von Frau K. S. , mit der D. AG zu der Versicherungsnummer KV abgeschlossenen Versicherungsvertrag.

3 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist ohne Erfolg geblieben (OLG Brandenburg, GRUR-RR 2013, 66 = WRP 2013, 219). Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger seinen Unterlassungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

4 I. Das Berufungsgericht hat die Klage zwar als zulässig, aber als unbegründet angesehen und dazu ausgeführt:

- 5 Das beanstandete Handeln der Beklagten stelle zwar eine geschäftliche Handlung im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG dar und erfolge nicht im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen der Beklagten, die gemäß § 69 SGB V im Vierten Kapitel des SGB V auch insoweit abschließend geregelt seien, als Dritte davon betroffen seien. Die in der Gewerbeordnung zur Ausübung bestimmter Gewerbe aufgestellten Erlaubnispflichten stellten Marktverhaltensregelungen im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG dar, weil sie dem Schutz der Verbraucher dienen.
- 6 Der Beklagten sei die in Rede stehende Vermittlung aber durch die spezielle Bestimmung des § 194 Abs. 1a SGB V gestattet, die die Regelung des § 34d GewO verdränge. Die staatliche Aufsicht, der die gesetzlichen Krankenkassen gemäß § 87 Abs. 1 Satz 1 SGB IV unterlägen, erstrecke sich auch auf deren Tätigwerden bei der Vermittlung privater Zusatzversicherungen. Die Vermittlung solcher Zusatzversicherungen sei den gesetzlichen Krankenkassen in § 194 Abs. 1a SGB V ausdrücklich nur gestattet, wenn ihre Satzung eine entsprechende Bestimmung enthalte, wobei die Satzung gemäß § 159 SGB V von der Aufsichtsbehörde genehmigt werden müsse. Durch die behördliche Aufsicht sei den Erfordernissen, denen die Erlaubnistatbestände der Gewerbeordnung Rechnung tragen sollten, ohne weiteres Genüge getan. Eine andere Beurteilung sei auch nicht im Hinblick auf den Wortlaut und die Ziele der Richtlinie 2002/92/EG über Versicherungsvermittlung geboten.
- 7 II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision des Klägers ist begründet und führt zur Verurteilung der Beklagten. Das Berufungsgericht ist zu Unrecht davon ausgegangen, dass das vom Kläger beanstandete Verhalten der Beklagten durch § 194 Abs. 1a SGB V gestattet ist und die Beklagte daher insoweit nicht gegen § 34d GewO verstößt und deshalb auch nicht wettbewerbswidrig handelt.

8 1. Das Berufungsgericht hat den Kläger als gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG klage- und anspruchsbefugt und den Vortrag der Beklagten, die Geltendmachung des Klageanspruchs sei rechtsmissbräuchlich und damit nach § 8 Abs. 4 UWG unzulässig, als unsubstantiiert angesehen. Diese Beurteilung lässt keinen Rechtsfehler erkennen und wird auch von der Beklagten nicht angegriffen.

9 2. Keinen Bedenken unterliegt auch die Beurteilung des Berufungsgerichts, das beanstandete Verhalten der Beklagten stelle zumindest deshalb eine geschäftliche Handlung im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG dar, weil die Beklagte dabei jedenfalls auch zur Förderung des Absatzes der Dienstleistungen der mit ihr kooperierenden privaten Krankenversicherung handele. Dasselbe gilt, soweit das Berufungsgericht weiterhin davon ausgegangen ist, dass das beanstandete Handeln der Beklagten - auch soweit Dritte betroffen sind - nicht gemäß § 69 SGB V im Vierten Kapitel des SGB V in der Weise abschließend geregelt ist, dass eine Anwendung der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften ausscheidet; denn dieses Handeln stellt eine Nebentätigkeit im Rahmen privatwirtschaftlicher Betätigung dar (vgl. OLG Braunschweig, GRUR-RR 2009, 182; Bucher, EWiR 2009, 491, 492; Kluckert, NZS 2012, 808, 813 mit Hinweis auf den Entwurf der Fraktionen SPD, CDU/CSU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN eines Gesetzes zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung [GKV-Modernisierungsgesetz - GMG], BT-Drucks. 15/1525, S. 138). Mit Recht hat das Berufungsgericht auch die Bestimmung des § 34d GewO als Marktverhaltensregelung im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG angesehen (vgl. OLG Schleswig, VersR 2011, 115, 117; OLG Naumburg, NJW-RR 2012, 1174, 1175, jeweils mwN). Der Umstand, dass die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken keinen den § 3 Abs. 1, § 4 Nr. 11 UWG vergleichbaren Verbotstatbestand kennt, steht der Anwendung dieser Vorschriften im Streitfall nicht entgegen, weil es sich bei der Bestim-

mung des § 34d GewO um eine unionsrechtskonforme Reglementierung der Berufsausübung handelt (vgl. Art. 3 Abs. 4 und 8 der Richtlinie 2005/29/EG; Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 31. Aufl., § 4 Rn. 11.6i und 11.6k).

10 3. Zwischen den Parteien besteht kein Streit darüber, dass das beanstandete Verhalten der Beklagten eine Versicherungsvermittlung im Sinne von Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Nr. 3 Unterabs. 1 der Richtlinie 2002/92/EG über Versicherungsvermittlung und damit auch im Sinne von § 34d Abs. 1 Satz 1 GewO darstellt, der der Umsetzung dieser Richtlinie in das deutsche Recht dient. Es liegt zudem keiner der Fälle vor, in denen die Vermittlung von Versicherungen erlaubnisfrei zulässig ist. Die Beklagte kann sich insoweit auch nicht mit Erfolg auf die Regelung des § 194 Abs. 1a SGB V berufen.

11 a) Die Regelung in § 34d Abs. 1 Satz 1 GewO, wonach die Erlaubnispflicht davon abhängt, dass der Vermittler gewerbsmäßig tätig wird, hat in der Richtlinie 2002/92/EG zwar keine unmittelbare Entsprechung. Die Richtlinie 2002/92/EG sollte nach ihrem Erwägungsgrund 11 aber nur Personen betreffen, deren Tätigkeit darin besteht, für Dritte Versicherungsvermittlungsdienstleistungen für eine Gegenleistung zu erbringen, die finanzieller Art sein oder jede andere Form eines wirtschaftlichen Vorteils annehmen kann, der zwischen den Parteien vereinbart wurde und an die Leistung geknüpft ist. Der Begriff der Gegenleistung ist danach in einem weiten Sinn zu verstehen, ebenso wie der Begriff der Vergütung in Art. 2 Nr. 5 der Richtlinie, wonach "Versicherungsvermittler" jede natürliche oder juristische Person ist, die die Tätigkeit der Versicherungsvermittlung gegen Vergütung aufnimmt oder ausübt. Diese Voraussetzung ist im Streitfall auch nach dem eigenen Vortrag der Beklagten erfüllt, wonach diese von dem mit ihr kooperierenden privaten Krankenversicherungsunternehmen eine Aufwandsentschädigung erhält (vgl. auch BFH, Beschluss vom 3. Februar 2010 - I R 8/09, BFHE 228, 273 Rn. 13).

12 b) Nach ihrem Erwägungsgrund 12 sollte die Richtlinie 2002/92/EG nicht Personen betreffen, die eine andere Berufstätigkeit, z.B. als Steuerexperte oder Buchhalter, ausüben und im Rahmen dieser anderen Berufstätigkeit gelegentlich über Versicherungsschutz beraten oder lediglich allgemeine Informationen über Versicherungsprodukte erteilen, sofern diese Tätigkeit nicht zum Ziel hat, dem Kunden bei dem Abschluss oder der Abwicklung eines Versicherungs- oder Rückversicherungsvertrags behilflich zu sein, Schadensfälle eines Versicherungs- oder Rückversicherungsunternehmens berufsmäßig zu verwalten oder Schäden zu regulieren oder Sachverständigenarbeit zu leisten. Ebenso sollte diese Richtlinie nach ihrem Erwägungsgrund 13 unter bestimmten, genau festgelegten Bedingungen nicht auf Personen Anwendung finden, die Versicherungsvermittlung als Nebentätigkeit betreiben. Dementsprechend ist die Richtlinie 2002/92/EG nach ihrem Art. 1 Abs. 2 nicht anwendbar bei Personen, die die Versicherungsvermittlung nicht hauptberuflich betreiben (Buchst. d), wenn der vermittelte Versicherungsvertrag kein Lebensversicherungsvertrag ist (Buchst. b), keine Haftpflichtrisiken abdeckt (Buchst. c), eine Zusatzleistung zur Lieferung einer Ware oder zur Erbringung einer Dienstleistung darstellt, die bestimmte näher bezeichnete Risiken abdeckt (Buchst. e), für ihn nur Kenntnisse des angebotenen Versicherungsschutzes erforderlich sind (Buchst. a) und seine Gesamtlaufzeit höchstens fünf Jahre beträgt sowie die Jahresprämie 500 € nicht übersteigt (Buchst. f). Ebenfalls nicht als Versicherungsvermittlung im Sinne der Richtlinie 2002/92/EG gelten nach deren Art. 2 Nr. 3 Unterabs. 3 die beiläufige Erteilung von Auskünften im Zusammenhang mit einer anderen beruflichen Tätigkeit, sofern diese Tätigkeit nicht zum Ziel hat, den Kunden bei dem Abschluss oder der Handhabung eines Versicherungsvertrags zu unterstützen, und die berufsmäßige Verwaltung der Schadensfälle eines Versicherungsunternehmens sowie die Schadensregulierung und Sachverständigenarbeit im Zusammenhang mit Schadensfällen.

- 13 Die Voraussetzungen dieser Bestimmungen, die unter anderem in § 34d Abs. 9 GewO in das deutsche Recht umgesetzt worden sind, sind im Streitfall nicht erfüllt. Der Umstand, dass das beanstandete Verhalten der Beklagten sich entsprechend der Vorgabe in § 194 Abs. 1a Satz 2 SGB V gegenständiglich auf die Vermittlung von Versicherungen beschränkt, die - wie insbesondere Ergänzungstarife zur Kostenerstattung, Wahlarztbehandlung im Krankenhaus, Ein- oder Zweibettzuschlag im Krankenhaus sowie eine Auslands- krankenversicherung - den gesetzlichen Krankenversicherungsschutz ergänzen, ist insoweit entgegen der Ansicht der Beklagten unerheblich. Weder die Richtlinie 2002/92/EG noch die Vorschrift des § 34d GewO enthalten eine Regelung, die bestimmt oder immerhin darauf hinweist oder auch nur erkennen lässt, dass bei einer solchen Tätigkeit keine Registrierungs- bzw. Erlaubnis- pflicht besteht.
- 14 c) Neben diesen Fällen, die jeweils dadurch gekennzeichnet sind, dass die Belange, deren Schutz die Richtlinie 2002/92/EG bezweckt, nur in geringem Umfang oder am Rande betroffen sind, gelten Tätigkeiten nach Art. 2 Nr. 3 Unterabs. 2 dieser Richtlinie auch dann nicht als Versicherungsvermittlung, wenn sie ein Versicherungsunternehmen oder ein unter seiner Verantwortung tätiger Angestellter ausübt. Ein Versicherungsunternehmen ist dabei nach Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 2002/92/EG ein Unternehmen, dem die behördliche Zulassung gemäß Art. 6 der Richtlinie 73/239/EWG oder gemäß Art. 6 der Richtlinie 79/267/EWG erteilt wurde, wobei gemäß Art. 310 der Richtlinie 2009/138/EG betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II) die erste dieser beiden Richtlinien mit Wirkung vom 1. November 2012 aufgehoben worden und die Verweisung auf ihren Art. 6 daher gemäß der Entsprechungstabelle im Anhang VII der Richtlinie 2009/138/EG als Verweisung auf deren Art. 14 Abs. 1 und Abs. 2 Buchst. a und b zu lesen ist. Entsprechend ist auch die Verweisung auf Art. 6

der Richtlinie 79/267/EWG, die durch Art. 72 Abs. 1 in Verbindung mit Anhang V Teil A der Richtlinie 2002/83/EG über Lebensversicherungen aufgehoben worden ist, gemäß Art. 72 Abs. 2 und der Entsprechungstabelle in Anhang VI dieser Richtlinie als Verweisung auf Art. 4 dieser Richtlinie zu lesen. Der Regelung in Art. 2 Nr. 3 Unterabs. 2 in Verbindung mit Nr. 1 der Richtlinie 2002/92/EG liegt ersichtlich die Erwägung zugrunde, dass die nach den vorstehend genannten Vorschriften zugelassenen Versicherungsunternehmen auch dann die beruflichen Anforderungen gemäß Art. 4 der Richtlinie 2002/92/EG erfüllen, wenn sie nicht nach vorheriger behördlicher Überprüfung der Frage, ob dies der Fall ist, gemäß Art. 3 dieser Richtlinie registriert worden sind. Davon kann bei einer gesetzlichen Krankenkasse nicht allein schon aufgrund des Umstands ausgegangen werden, dass sie es sich auf der Grundlage des § 194 Abs. 1a SGB V von sich aus zur Aufgabe gemacht hat, den Abschluss privater Versicherungsverträge zwischen ihren Versicherten und privaten Krankenversicherungsunternehmen zu vermitteln, die den gesetzlichen Krankenversicherungsschutz ergänzen.

- 15 d) Die Anwendung des § 34d GewO ist im Streitfall schließlich nicht deshalb ausgeschlossen, weil diese Bestimmung - wie die Beklagte geltend macht - durch die als spezieller anzusehende Regelung des § 194 Abs. 1a SGB V verdrängt wird (ebenso Schönleiter in Landmann/Rohmer, GewO, 57. Lief. Juli 2010, § 34d Rn. 45; Adjemian/Dening/Klopp/Kürn/Moraht/Neuhauser, GewArch 2009, 137, 138; Moraht, jurisPR-VersR 7/2010 Anm. 1; aA Kaempfe in Becker/Kingreen, SGB V, 3. Aufl., § 194 Rn. 10; Schulze-Werner in Friauf, GewO, August 2012, § 34d Rn. 24; Ennuschat in Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, 8. Aufl., § 1 Rn. 24, § 6 Rn. 29 f. und § 34d Rn. 13; vgl. auch Schwintowski, VuR 2008, 286, 289 ff.; offengelassen in BFHE 228, 273 Rn. 18).

16

aa) Der Gesetzgeber hat mit dem Erlass des Anfang 2004 - und damit vor Ablauf der in Art. 16 Abs. 1 Unterabs. 1 Satz 1 der Richtlinie 2002/92/EG für deren Umsetzung in das nationale Recht bestimmten Frist - in Kraft getretenen § 194 Abs. 1a SGB V auf die Rechtsprechung des erkennenden Senats in der Entscheidung "Sterbegeldversicherung" reagiert. Danach handelten gesetzliche Krankenkassen, die ihren Mitgliedern nach dem Wegfall oder der Kürzung gesetzlicher Leistungen im Zusammenwirken mit anderen gesetzlichen Krankenkassen und einem Konsortium von Versicherungsgesellschaften der privaten Versicherungswirtschaft auf der Grundlage eines Gruppenversicherungsvertrags eine Zusatzversicherung anboten, die durch Gesetzesänderungen eingetretene Versorgungslücken im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung abdeckten, nicht mehr im Rahmen des ihnen durch § 30 Abs. 1 SGB IV gesetzlich zugewiesenen Aufgabenbereichs und damit zugleich wettbewerbswidrig im Sinne von § 1 UWG aF (BGH, Urteil vom 19. Januar 1995 - I ZR 41/93, GRUR 1996, 213, 215 f. = WRP 1995, 475 - Sterbegeldversicherung). Mit einer seither in den Grenzen des § 194 Abs. 1a Satz 2 SGB V erlaubten Kooperation mit einem privaten Versicherungsunternehmen erfüllt eine gesetzliche Krankenkasse allerdings nicht - wie bei den im Vierten Kapitel des SGB V geregelten Rechtsbeziehungen zu den Leistungserbringern - ihren öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrag (vgl. Kluckert, NZS 2012, 808, 813). Zu den bei einer solchen Zusammenarbeit deshalb anwendbaren wettbewerbsrechtlich relevanten Bestimmungen gehören - und gehörten auch schon zum Zeitpunkt des Erlasses des GKV-Modernisierungsgesetzes - insbesondere die gewerberechtlichen Vorschriften, die Erlaubnispflichten statuieren und damit zwar Marktzutrittsregelungen darstellen, darüber hinaus aber - wie namentlich § 34d GewO - auch den Schutz der Verbraucher vor einer Gefährdung ihrer Rechtsgüter durch unzuverlässige Gewerbetreibende bezwecken (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 4 Rn. 11.82; MünchKomm.UWG/Schaffert, § 4 Nr. 11 Rn. 135, jeweils mwN).

- 17 bb) Bei diesen Gegebenheiten hätte der Gesetzgeber beim Erlass des § 34d GewO zu erkennen geben müssen, dass die dort nunmehr statuierte Erlaubnispflicht nicht für gesetzliche Krankenkassen gelten sollte, soweit diese auf der Grundlage des § 194 Abs. 1a SGB V Zusatzversicherungen vermitteln. Das ist zu diesem Zeitpunkt ebenso wenig geschehen wie - etwa aus Anlass der Anfang des Jahres 2011 in Kraft getretenen Änderung des § 194 Abs. 1a SGB V durch das Gesetz zur nachhaltigen und sozial ausgewogenen Finanzierung der Gesetzlichen Krankenversicherung vom 22. Dezember 2010 (BGBl. I, S. 2309, 2312 - GKV-FinG) - in der nachfolgenden Zeit.
- 18 Eine entsprechende Regelung könnte im Übrigen im Hinblick auf das vorrangig geltende und insoweit, als es in Richtlinien enthalten ist, bei der Auslegung des seiner Umsetzung dienenden nationalen Rechts zu berücksichtigende Unionsrecht nicht angewendet werden. Wie oben in Randnummer 15 ausgeführt ist, stellt die Richtlinie 2002/92/EG zwar private Versicherungsunternehmen und die unter ihrer Verantwortung tätigen Angestellten, nicht aber gesetzliche Krankenkassen, die den gesetzlichen Krankenversicherungsschutz ergänzende private Zusatzversicherungen vermitteln, von der für solche Tätigkeiten grundsätzlich bestehenden Registrierungs- bzw. Erlaubnispflicht frei.
- 19 4. Der danach im Streitfall gegebene Verstoß gegen die Marktverhaltensregelung des § 34d GewO ist auch geeignet, die Interessen von Mitbewerbern und insbesondere von Verbrauchern im Sinne von § 3 Abs. 1 UWG spürbar zu beeinträchtigen. Die beanstandete Verhaltensweise der Beklagten hat zur Folge, dass den bei ihr versicherten Personen private Versicherungen, die den gesetzlichen Krankenversicherungsschutz ergänzen, gegebenenfalls von Personen vermittelt werden, die nicht über die dafür nach dem Unionsrecht als erforderlich angesehene berufliche Qualifikation verfügen.

20 IV. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.

Bornkamm

Pokrant

Büscher

Schaffert

Kirchhoff

Vorinstanzen:

LG Potsdam, Entscheidung vom 23.02.2011 - 2 O 381/10 -

OLG Brandenburg, Entscheidung vom 04.09.2012 - 6 U 20/11 -