
Datum: 09.10.2018
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 9. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 9 U 53/18
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2018:1009.9U53.18.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 26 O 409/17

Tenor:

Der Beklagte wird darauf hingewiesen, dass der Senat beabsichtigt, seine Berufung gegen das Urteil der 26. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 28.03.2018 – 26 O 409/17 - gem. § 522 II ZPO durch einstimmigen Beschluss zurückzuweisen.

Gründe:

- I. 2
- Der Senat beabsichtigt, die Berufung des Beklagten im Beschlusswege gem. § 522 II ZPO zurückzuweisen, da das Rechtsmittel offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordert und eine mündliche Verhandlung nicht geboten ist. 3
- Das Landgericht hat zu Recht und mit im Wesentlichen zutreffender Begründung der Klage stattgegeben und einen Unterlassungsanspruch des Klägers hinsichtlich der Empfehlung der streitgegenständlichen Klauseln aus dem Bereich des Krankenversicherungsrechts bejaht. Der Senat nimmt zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug auf die zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Urteil. Das Berufungsvorbringen des Beklagten rechtfertigt keine andere rechtliche Beurteilung, das Rechtsmittel ist unbegründet. 4
- Ergänzend ist folgendes anzumerken: 5
1. An der Zulässigkeit des Klageantrags zu 1) bestehen keine Bedenken. Er ist insbesondere nicht deshalb unbestimmt, weil darin nicht nur die Unterlassung der Empfehlung der konkret 6

beanstandeten Klauseln außerhalb der eingeklammerten Inhalte begehrt wird, sondern auch der inhaltsgleichen Klauseln.

Der Kläger beantragt damit in zulässiger Weise den Anspruch eines Verbots, dass nicht bereits durch geringfügige Abänderungen der Klausel umgangen werden kann. Es handelt sich bei diesem „Zusatz“ der Sache nach nicht um eine Verallgemeinerung über die konkrete Verletzungsnorm hinaus, sondern um einen zulässigen Hinweis darauf, dass einem gerichtlichen Empfehlungsverbot grundsätzlich nicht nur identische, sondern auch kerngleiche Klauseln unterfallen (vgl. BGH, Urt. v. 07.06.2001, I ZR 115/99 -, NJW 2001, 3710 ff. in juris Rn. 29 m.w.N.). Das in § 9 Nr. 3 UKlaG geregelte Gebot, die Empfehlung inhaltsgleicher Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu unterlassen, dient nur der Klarstellung, denn der Verletzte kann sich allgemein durch eine Änderung der Verletzungsnorm nicht einem Verbotsurteil entziehen, sofern die Verletzungshandlung im Kern unverändert bleibt (Palandt/Grüneberg, BGB 77. Aufl. 2018, § 9 UKlaG Rn. 4, BGH, Urt. v. 07.06.2001, I ZR 115/99 -, NJW 2001, 3710 ff. in juris Rn. 29).

Entgegen der Ansicht des Beklagten umfasst der Tenor auch nicht jede Klausel, die die in den nicht eingeklammerten Teilen enthaltenen Wörter verwendet, ohne Rücksicht darauf, ob durch weitere Zusätze oder Erklärungen sich im Ergebnis eine andere Wertung ergibt. Das im angefochtenen Urteil titulierte Verwendungsverbot beschränkt sich ausdrücklich auf die nicht eingeklammerten Teile der dargestellten Klauseln, also die Regelung über die Verpflichtung des Versicherten zur Zahlung von Mahnkosten in Höhe von mindestens 5,- € je Mahnung, 5,00 € je Mahnung sowie „Mahnkosten in Höhe von mindestens (...) € je Mahnung und inhaltsgleiche Klauseln. Nur dann, wenn eine abgeänderte Klausel im Kern eine insoweit inhaltsgleiche Regelung enthält, unterfällt sie dem angeordneten Empfehlungsverbot, nicht aber schon dann, wenn eine veränderte Klausel zwar Wörter verwendet, die in den nicht eingeklammerten Teilen enthalten sind, der sich dann ergebende Inhalt aber nicht dem der verbotenen Klauseln entspricht. Entscheidend ist stets der Inhalt einer abgeänderten Klausel.

2. Der Abänderung der streitgegenständlichen Klauseln in den AVB/BT und AVB/ST durch den Beklagten steht auch nicht der Einwand der rechtlichen Unmöglichkeit gemäß § 275 BGB entgegen. Eine rechtliche Unmöglichkeit der Abänderung folgt insbesondere nicht daraus, dass die Unbedenklichkeitserklärung des B bzw. die Zustimmungserklärung der A als stets erforderliche aufsichtsrechtliche Instrumentarien und zusätzliche Voraussetzungen für eine Änderung der Musterbedingungen nur bei versicherungsvertraglich möglicher Änderung der Musterbedingungen nach § 203 VVG eingeholt werden könnten.

Für den Beklagten besteht die Möglichkeit der Ersetzung der für unwirksam erklärten Bedingungen nach § 203 IV VVG i.V.m. § 164 VVG. Danach kann der Versicherer ohne Treuhänderverfahren und ohne die Voraussetzungen des § 203 III VVG Bedingungen in den Vertrag einführen oder ändern, wenn eine Bestimmung in den AVB'en des Versicherers durch höchstrichterliche Entscheidung oder durch einen bestandskräftigen Verwaltungsakt für unwirksam erklärt worden ist (Prölss/Martin/Voit, VVG, 30. Aufl. 2018, § 203 VVG Rn. 47). Soweit § 203 VVG nur die AVB'en nennt, nicht die Tarifbestimmungen, ist die Einbeziehung der Letztgenannten aber im Wege der erweiternden Auslegung anzunehmen und sachgerecht (Prölss/Martin/Voit a.a.O. § 203 VVG Rn. 46). Soweit § 203 VVG an eine höchstrichterliche Entscheidung anknüpft, die eine Versicherungsbedingung für unwirksam erklärt, kann diese entweder im Rahmen einer Inzidentkontrolle oder – wie hier – einer Klage nach dem UKlaG herbeigeführt werden. Auch wenn „höchstrichterlich“ i.S.d. § 203 VVG als Ausschöpfung des Instanzenzugs zu verstehen ist und nur der BGH das höchste Gericht ist, muss im Interesse einer geordneten Weiterführung des Versicherungsvertrags und zur

Vermeidung von Ungleichbehandlungen zwischen den Versicherungsnehmern eine Ersetzung der AGB ohne eine Entscheidung des BGH über die Unwirksamkeit der betreffenden Klausel in den Fällen möglich sein, wo ein OLG die Unwirksamkeit ohne Zulassung der Revision festgestellt hat und die Nichtzulassungsbeschwerde abgewiesen wird, so dass es keine Entscheidung des BGH über die Unwirksamkeit der Klausel gibt (Prölss/Martin/Voit a.a.O. § 203 Rn. 47). Dementsprechend ist nach den Gesetzesmaterialien unter „höchstrichterlicher Entscheidung“ im Falle der Klauselersetzung nach § 203 IV VVG entweder die Entscheidung des BGH oder eine nicht anfechtbare und damit rechtskräftige Entscheidung des OLG zu sehen (Begr. zu Art. 1 (§§ 164 I, 203 IV VVG 2008) RegE Gesetz zur Reform des Versicherungsvertragsrechts BT-Drucks. 16/3945 S. 100/114; Boetius VersR 2008, 1431/1437 unter II 2.).

3. Die im Streit stehenden Klauseln sind hinsichtlich der im Tenor des angefochtenen Urteil nicht eingeklammerten Teile auch gemäß §§ 307 II Nr. 1 i.V.m. I S. 2 BGB unwirksam. 11

a) Dass die angegriffenen streitgegenständlichen Klauseln nach der Prüfung durch das B und der A und deren Unbedenklichkeits- bzw. Zustimmungserklärungen als rechtlich zulässig und mit §§ 305 ff BGB vereinbar angesehen worden sind, steht ihrer Überprüfung im vorliegenden Rechtsstreit nicht entgegen. Soweit AGB einer Genehmigung durch eine Verwaltungsbehörde bedürfen, sind die §§ 305 ff. BGB zwar auch Prüfungsmaßstab für das Genehmigungsverfahren (Palandt/Grüneberg a.a.O. Überbl. v. § 305 Rn. 19; BVerwG NJW 1998, 3216). Die Erteilung oder Nichterteilung der Genehmigung durch die jeweils zuständige Behörde ist aber privatrechtlich unerheblich. Zivilgerichte können nach allgemeiner Meinung gleichwohl Klauseln in genehmigten AGB als unwirksam beanstanden (Palandt/Grüneberg a.a.O. Überbl. v. § 305 Rn. 19; BGH NJW 2011, 1801, arg. § 8 II UKlaG). 12

b) Das Landgericht ist auch zu Recht von der Kontrollfähigkeit der streitgegenständlichen Klauseln gemäß § 307 III BGB ausgegangen. 13

Entgegen der Ansicht des Beklagten sind die in den streitgegenständlichen Klauseln erwähnten „Mahnkosten“ keine Bestandteile der Versicherungsprämie und damit auch weder kontrollfreie Preise der vertraglichen Hauptleistung noch kontrollfreies Entgelt für eine rechtlich nicht geregelte, zusätzlich angebotene Sonderleistung. Vielmehr handelt es sich bei den Mahnkosten um Aufwendungen zur Erfüllung gesetzlich begründeter eigener Pflichten des Verwenders oder von Zwecken des Verwenders und um Aufwendungen für Tätigkeiten im eigenen Interesse des Verwenders, die auf den Kunden – hier den Versicherten – abgewälzt werden. Sie unterfallen nach den zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Urteil den kontrollfähigen Abweichungen von Rechtsvorschriften i.S.d. § 307 III S. 1 BGB und sind damit der Inhaltskontrolle unterworfen (Palandt/Grüneberg a.a.O. § 307 Rn. 49 m.w.N.; BGH NJW 2015, 1440). Insoweit geht auch der Senat davon aus, dass nach dem Gesetzeswortlaut von § 193 VI VVG, dem die angegriffenen streitgegenständlichen Klauseln nachgebildet sind, der darin vom Versicherer vorzunehmenden Mahnung eine gesetzliche Verpflichtung des Versicherers zugrunde liegt (vgl. OLG Köln, Urt. v. 06.03.2015, - 20 U 131/14 -, r+s 2015, 454 f. in juris Rn. 48; LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. , - 8 O 6702/15 -, r+s 2015, 555 in juris Rn. 3). 14

Eine andere Bewertung ergibt sich – entgegen der Ansicht des Beklagten – auch nicht aus § 38 II S. 1 VVG. Nach dem im angefochtenen Urteil auf Seite 10 Mitte zutreffend dargestellten Prämienbegriff lassen sich darunter die Mahnkosten in den angegriffenen streitgegenständlichen Klauseln nicht subsumieren, weil sie nach dem Verständnis eines durchschnittlichen Versicherungsnehmers für die Vornahme der dem Versicherer nach § 193 VI VVG im Fall von Beitragsrückständen obliegenden Mahnung entstehen. Abgesehen davon 15

verbietet sich ein Rückgriff auf § 38 II S. 1 VVG auch deshalb, weil § 193 VI VVG die Rechtsfolgen des Prämienrückstands in der Kranken-Pflichtversicherung als *lex specialis* abschließend regelt und insoweit die Regelungen der §§ 37, 38 VVG und auch die allgemeinen Verzugsvorschriften nach §§ 280 II, 286 ff., 320 ff. BGB verdrängt (Prölss/Martin/Voit a.a.O. § 193 VVG Rn. 40; Schwintowski/Brömmelmeyer, Praxiskommentar zum VVG, 2. Aufl. 2011, § 193 VVG Rn. 49; Rauscher/Maischein r+s 2012, 478, II 1.; Schäfer r+s 2011, 96/98/99, III.). Das System der §§ 37, 38 VVG wurde für die große Mehrzahl von Krankenversicherungsverträgen aufgegeben und in § 193 VI VVG durch einheitliche Voraussetzungen und Sanktionen ersetzt (Marlow/Spuhl VersR 2009, 593/602 unter II. 2.).

Entgegen der Ansicht des Beklagten erfolgt die erste Mahnung, für die der Versicherte nach der Regelung in den angegriffenen streitgegenständlichen Klauseln schon Mahnkosten zu entrichten hat, schon deswegen nicht im Interesse des säumigen Versicherungsnehmers, weil sie – anders als die zweite Mahnung – keine Warnfunktion hat. Denn der Hinweis auf das Ruhen des Versicherungsvertrags ist erst im Zusammenhang mit der zweiten Mahnung zu erteilen. Die erste Mahnung dient vielmehr allein dem eigenen Interesse des Versicherers, weil für den Eintritt des Ruhens des Versicherungsvertrags nach § 193 VI S. 4 VVG neben den in § 193 VI S. 1, 3 und 4 VVG und den streitgegenständlichen Klauseln verlangten Beitragsrückständen einschließlich Säumniszuschläge nach § 193 VI S. 1 und 3 VVG zwei Mahnungen vom Versicherer gegenüber dem säumigen Versicherten ausgesprochen werden müssen. 16

Aber auch die mit der zweiten Mahnung nach § 193 VI S. 3 VVG verbundene gewisse Warnfunktion für den säumigen Versicherten bzw. Versicherungsnehmer führt nicht zu der Annahme, dass diese zweite Mahnung in dessen überwiegendem Interesse erfolgt. Zwar mag der Notlagentarif für den betroffenen Versicherungsnehmer mit nicht unerheblichen Nachteilen verbunden sein, er bleibt aber immerhin im Fall eines Prämienrückstands – unabhängig davon, ob dieser verschuldet oder unverschuldet ist – trotz des Ruhens des Krankenversicherungsvertrags wenn auch in geringerem Umfang krankenversichert. Nach dem Willen des Gesetzgebers dient das Verfahren gemäß § 193 VI VVG, insbesondere die Überführung des säumigen Versicherten in den Notlagentarif mit deutlich geringeren Leistungen und einer entsprechend geringeren Prämie (Prölss/Martin/Voit a.a.O. § 193 VVG Rn. 45), dem Schutz des Versicherers sowie des Kollektivs der Versichertengemeinschaft vor einer finanziellen Belastung durch laufend steigende Prämienausfälle und damit deren finanzieller Entlastung (Bach/Moser/Kalis, Private Krankenversicherung, 5. Aufl., 2015, § 193 VVG Rn. 81; Bach/Moser/Rudolph a.a.O. § 8 MB/KK Rn. 59). Die Gesetzesbegründung erwähnt als Ziel der Regelung ausschließlich die Begrenzung der Leistungspflicht des Versicherers bei einem Folgeprämienverzug (BT-Drucks. 16/4247 S. 67). 17

c) Die Unwirksamkeit der demnach kontrollfähigen Regelungen über die dem Versicherungsnehmer auferlegten Übernahme der Mahnkosten ergibt sich nach den zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Urteil aus ihrer Unvereinbarkeit mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung des § 193 VI VVG, von der abgewichen wird, nach § 307 II Nr. 1 BGB und der infolge dessen nach § 307 I S. 2 BGB anzunehmenden unangemessenen Benachteiligung der betroffenen Versicherungsnehmer durch die Abwälzung der Mahnkosten auf diese. 18

Anders als die Regelung des § 38 I S. 1 VVG, wonach bei nicht rechtzeitiger Folgeprämie der Versicherer dem Versicherungsnehmer „auf dessen Kosten“ in Textform eine Zahlungsfrist bestimmen kann und dafür nach § 38 I S. 2 VVG zur Wirksamkeit dieser Bestimmung neben 19

den rückständigen Beiträgen der Prämie und Zinsen auch die „Kosten“ im Einzelnen beziffert werden müssen, sehen die insoweit spezielleren Regelungen in § 193 VI bis X VVG für die Krankenversicherung eine solche Kostentragungspflicht des säumigen Versicherungsnehmers gerade nicht vor. Eine weitere Abweichung liegt darin, dass nach § 38 II VVG eine Leistungsfreiheit des Versicherers nur bei schuldhaftem Verzug des säumigen Versicherungsnehmers mit der Zahlung der rückständigen Prämien oder Zinsen oder Kosten – gemeint sind damit die Mahnkosten i.S.d. § 38 I S. 1 und S. 2 VVG - etc. eintritt (Prölss/Martin/Reiff a.a.O. § 38 VVG Rn. 26), während dies für den Eintritt der Rechtsfolgen des § 193 VI VVG nicht erforderlich ist. Insbesondere bedarf es nach dem Gesetzeswortlaut für das Ruhen der Leistungen abweichend von § 286 IV BGB auch keines Verschuldens des Versicherungsnehmers (Schwintowski/Brömmelmeyer a.a.O. § 193 VVG Rn. 59; Prölss/Martin/Voit a.a.O. § 193 Rn. 40; Rauscher/Maischein r+s 2012, 478/479, II. 4.; Rauscher/Maischein r+s 2012, 478/479, II. 4.). Aufgrund dessen ist die Annahme des Landgerichts nicht zu beanstanden, dass die im Zusammenhang mit der in § 193 VI VVG geregelten Mahnung ausdrücklich nicht erwähnten Mahnkosten nicht von den § 193 IX S. 1 VVG genannten „Beitreibungskosten“ umfasst sind. Dafür spricht auch, dass in § 193 IX S. 1 VVG – insoweit abweichend von § 38 I S. 1 und S. 2 sowie II VVG – nicht allgemein von „Kosten“, sondern von „Beitreibungskosten“ gesprochen wird und überdies die Beitreibungskosten in § 193 VI VVG im Zusammenhang mit den darin geregelten Mahnungen und angeordneten Rechtsfolgen gar nicht erwähnt werden. Die Begleichung der Beitreibungskosten ist zusammen mit der Begleichung der rückständigen Prämienanteile einschließlich der Säumniszuschläge nach § 193 IX S. 1 VVG erforderlich zur Fortsetzung des Kranken-Pflichtversicherungsvertrag in dem Tarif, in dem der Versicherungsnehmer vor dem Eintritt des Ruhens des Vertrags versichert war.

Nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut von § 193 VI S.2 und IX S. 1 VVG soll der säumige Versicherungsnehmer gerade nicht mit den, dem Versicherer im Zusammenhang mit erforderlichen Mahnungen entstehenden Kosten belastet werden. 20

Die hiervon abweichende Regelung in den angegriffenen streitgegenständlichen Klauseln über die gesetzlich nicht vorgesehene Abwälzung von Mahnkosten auf den säumigen Versicherungsnehmer ist daher nach § 307 II Nr. 1 BGB unwirksam und benachteiligt den Versicherungsnehmer unangemessen. Dass diese Abweichung sachlich gerechtfertigt ist oder nach der Gesamtwürdigung aller Umstände die angegriffenen Klauseln den säumigen Versicherungsnehmer nicht unangemessen benachteiligen, lässt sich dem Vortrag des insoweit darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten nicht entnehmen. 21

d) Ob die angegriffenen Klauseln außerdem auch wegen eines Verstoßes gegen § 309 Nr. 5 BGB unwirksam sind, weil die darin festgesetzten Mahnkosten als pauschalierter Schadensersatz anzusehen ist, braucht aufgrund der Unwirksamkeit der im Tenor nicht eingeklammerten Regelungen über die Mahnkosten in den angegriffenen Klauseln nach § 307 II Nr. 1 i.V.m. § 307 I S. 2 BGB nicht abschließend entschieden zu werden. 22

Aus Sicht des Senats bestehen Zweifel hinsichtlich der Anwendbarkeit von § 309 Nr. 5 a) und b) BGB, der allein den Umfang eines Ersatzanspruchs regelt, nicht aber seinen Grund. Die Existenz eines Anspruchs – der sich aus den allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften, aber auch aus Allgemeinen Geschäftsbedingungen ergeben kann, sofern eine über das dispositive Gesetzesrecht hinausgehende Zubilligung von Schadensersatzansprüchen durch AGB der Inhaltskontrolle gemäß § 307 II Nr. 1 BGB insoweit standhält – wird vorausgesetzt (MK/Wurmnest, BGB, Band 2, 7. Aufl. 2016, § 309 Nr. 5 Rn. 10; Ulmer/Brandner/Hensen/Fuchs, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, § 309 Nr. 5 BGB Rn. 17; 23

Palandt/Grüneberg a.a.O. § 309 Nr. 5 Rn. 25 m.w.N.). Demgegenüber ist die Generalklausel des § 307 BGB statt § 309 Nr. 5 BGB als Prüfungsmaßstab berufen, wenn es nicht um den Umfang des Pauschalbetrags (§ 309 Nr. 5 a) BGB) oder um das Fehlen einer ausdrücklichen Gestattung des Gegenbeweises (§ 309 Nr. 5 b) BGB) geht, sondern die Schadenpauschalierung aus anderen Gründen zu beanstanden ist. Anlass zu einer solchen Überprüfung nach Maßgabe des § 307 BGB wird insbesondere dann gegeben sein, wenn die Voraussetzungen, unter denen der Pauschalbetrag zahlbar gestellt ist, vom dispositiven Recht ohne sachlich gerechtfertigten Grund abweicht, indem der Kunde bspw. zur Zahlung auch dann verpflichtet sein soll, wenn dem Grunde nach keine Schadensersatzpflicht besteht (MK/Wurmnest a.a.O. § 309 Nr. 5 Rn. 8). Ist erkennbar, dass in der Klausel nicht erstattungsfähige Schadensposten einbezogen werden, ist die Klausel schon wegen Fehlens eines Schadensersatzanspruchs unwirksam (Ulmer/Brandner/Hensen/Fuchs a.a.O. § 309 Nr. 5 BGB Rn. 17).

Letzteres ist bei der an § 193 VI VVG angelehnten Regelung über die Erhebung von Mahnkosten von dem säumigen Versicherungsnehmer wegen rückständiger Prämienbeiträge in den angegriffenen Klauseln – wie oben dargelegt – anzunehmen. Denn § 193 VI VVG sieht keine Schadensersatzpflicht des säumigen Versicherungsnehmers dem Grunde nach für Mahnkosten bei Nichtzahlung von Prämienbeiträgen vor. Die angegriffenen Klauseln enthalten insoweit eine über die abschließende gesetzliche Regelung hinausgehende Zubilligung von Schadensersatzansprüchen durch Allgemeine Geschäftsbedingungen, die – wie oben dargelegt – schon einer Inhaltskontrolle gemäß § 307 II Nr. 1 i.V.m. § 307 I S. 2 BGB nicht standhalten. 24

II. 25

Der Beklagte erhält Gelegenheit, zu diesem Hinweis binnen drei Wochen ab Zugang dieses Beschlusses Stellung zu nehmen (Eingang bei Gericht). Auf die kostenrechtliche Privilegierung einer Berufungsrücknahme – statt 4 fallen nur 2 Gerichtsgebühren an (Nr. 1222 KV zu § 3 II GKG) – wird hingewiesen. 26