
Datum: 07.02.2023
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 103/23
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2023:0207.6U103.23.00

Tenor:

Die Berufung des Beklagten gegen das am 15.06.2023 verkündete Urteil der 33. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 33 O 15/23 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beklagten auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

Der klagende C. nimmt den Beklagten, einen gemäß § 34d Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 GewO zugelassenen Versicherungsmakler, wegen Angaben auf dessen Internetseite, die der Kläger als Angebot auch von Versicherungsberatungs-Dienstleistung und insoweit als einen Verstoß gegen § 34d Abs. 3 GewO ansieht, auf Unterlassung und Erstattung von Abmahnkosten in Anspruch. Der Beklagte macht widerklagend vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten für die Zurückweisung der Ansprüche geltend.

Das Landgericht hat mit Urteil vom 15.06.2023, auf das wegen der tatsächlichen Feststellungen einschließlich der in erster Instanz gestellten Anträge gemäß § 540 Abs. 1 ZPO Bezug genommen wird, dem Beklagten antragsgemäß untersagt, im Rahmen geschäftlicher Handlungen gegenüber Verbrauchern eine Versicherungsberatung ohne Vermittlungsziel anzubieten, ohne über eine Zulassung nach § 34d Abs. 2 GewO zu verfügen, wie in konkreter Verletzungsform wiedergegeben; außerdem hat es den Beklagten zur Zahlung von 260,00 € nebst Zinsen verpflichtet und die Widerklage abgewiesen.

1

2

3

4

Hiergegen wendet sich der Beklagte mit seiner Berufung. Die Ansicht des Landgerichts, er habe durch die Internetangaben „Eine Beratung ohne Vermittlung kann als Sachverständiger erbracht werden, wobei diese Tätigkeit gesondert zu entlohnen ist“, bzw. „Die Beratung durch den Versicherungssachverständigen erfolgt durch eine Honorarvereinbarung“ die Dienste eines Versicherungsberaters i.S.v. § 34d Abs. 2 GewO angeboten, sei in mehrfacher Hinsicht verfehlt. Zum einen habe die Kammer sich rechtsfehlerhaft auf das Verkehrsverständnis gestützt, das bei § 3a UWG keine Rolle spiele. Es komme nur darauf an, ob er durch das beanstandete Verhalten tatsächlich gegen § 34d Abs. 3 GewO verstoße, nicht aber ob er (nur) ein Verhalten suggeriere, das gegen die Rechtsvorschrift verstoßen würde. Er dürfe die im Internet beschriebenen und vom Kläger beanstandeten Leistungen („Beratung ohne Vermittlung“, gegen „Honorar“) auch als Versicherungsmakler erbringen. Dass ein Versicherungsmakler keine Beratung ohne Vermittlung bzw. Vermittlungsziel erbringen und/oder nicht gegen Honorar beraten dürfe, habe das Landgericht nicht festgestellt. Es habe im Gegenteil ausdrücklich eingeräumt, dass sich die Tätigkeiten eines Versicherungsmaklers und eines Versicherungsberaters an mehreren Stellen überschneiden. Diese Überschneidungen beträfen gerade die hier in Rede stehenden Leistungen. Aus Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 der Richtlinie (EU) 2016/97 (Versicherungsvertriebsrichtlinie, IDD) folge, dass auch eine reine Beratung ohne Vermittlung unter den Begriff der Versicherungsvermittlung falle und damit von einem Versicherungsmakler erbracht werden dürfe, wobei der Europäische Gerichtshof klargestellt habe, dass dies auch dann gelte, wenn der Versicherungsvermittler von vorneherein nicht die Absicht hat, dem Kunden einen Versicherungsvertrag tatsächlich zu vermitteln. Dass der Versicherungsmakler auch gegen Honorar des Kunden beraten dürfe, er also nicht auf eine provisionsbasierte Tätigkeit beschränkt sei, ergebe sich eindeutig jedenfalls aus der Gesetzesbegründung zu § 34d GewO n.F. („Der Versicherungsmakler soll auch gegenüber Verbrauchern sowohl auf Provisions- als auch auf Honorarbasis tätig werden können. Damit besteht kein Honorarannahmeverbot für den Versicherungsmakler. Im Übrigen wird der Wortlaut des geltenden § 34d Abs. 1 S. 4 GewO beibehalten.“). Dies entspreche der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der eine Honorarberatung für Versicherungsvertreter und Versicherungsmakler als zulässig erachte. Vor dem Hintergrund der erheblichen Überschneidungen gehe das vom Landgericht herangezogene Trennungsprinzip fehl, wobei es nicht darauf ankomme, ob dieses nur auf der Zulassungsebene gelte oder auch die Ausübung der Tätigkeit betreffe. Das in diesem Zusammenhang vorgebrachte Argument des Landgerichts, das Trennungsprinzip sei zur „Wahrung der Unabhängigkeit des Versicherungsberaters“ erforderlich, gehe an der Sach- und Rechtslage vorbei. Die Unabhängigkeit sei kein Merkmal, das exklusiv einem Versicherungsberater vorbehalten wäre. Auch der Versicherungsmakler sei ausschließlicher Interessenvertreter des Kunden und werde daher vom Bundesgerichtshof als dessen treuhänderischer Sachwalter bezeichnet. Dementsprechend bescheinige der Wettbewerbssenat des Bundesgerichtshofs dem Versicherungsmakler dessen Unabhängigkeitsstatus und stelle ihn insoweit mit einem Versicherungsberater gleich. Die Möglichkeit, Provisionen zu vereinnahmen, sei nicht geeignet, die unabhängige Stellung des Versicherungsmaklers in Frage zu stellen. Jedenfalls gelte dies vorliegend, da eine Beratung in Rede stehe, die ohne Vermittlung und gegen ein Honorar erfolge. Hier vereinnahme er, der Beklagte, gerade keine Provisionen, weshalb ein diesbezüglicher Interessenkonflikt ausgeschlossen sei.

Der Beklagte beantragt,

unter Abänderung des Urteils des LG Köln vom 15.06.2023, Az.: 33 O 15/23,

1. die Klage abzuweisen,

5

6

7

8

2. den Kläger auf die Widerklage hin zu verurteilen, an ihn 289,16 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Zustellung der Widerklage zu zahlen.	9
Der Kläger beantragt,	10
die Berufung zurückzuweisen.	11
Er verteidigt die angefochtene Entscheidung.	12
I.	13
Die zulässige Berufung ist nicht begründet.	14
1. Der Kläger hat einen Anspruch gegen den Beklagten auf Unterlassung des Angebots von Versicherungsberatungs-Dienstleistungen aus § 8 Abs. 1 UWG.	15
a. Der Kläger ist gemäß den Feststellungen im bindenden Tatbestand der angefochtenen Entscheidung nach § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG klagebefugt. Die in den Anlagen K3 und K4 wiedergegebene Werbung für das Dienstleistungsangebot des Beklagten stellt eine geschäftliche Handlung i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG dar. Diese ist gemäß § 3 Abs. 1 UWG unzulässig, weil sie den Unlauterkeitstatbestand des § 3a UWG erfüllt. Der Beklagte verstößt gegen § 34d Abs. 3 GewO als eine Marktverhaltensvorschrift. Die Erlaubnispflicht zur Ausübung bestimmter Gewerbe in § 34d GewO regelt den Marktzutritt, dient aber auch dem Schutz der Verbraucher vor einer Gefährdung ihrer Rechtsgüter und ist daher zugleich eine Marktverhaltensregelung i.S.d. § 3a UWG (s. KBF/Köhler, UWG, 40. Aufl., § 3a Rn. 1.147; Diekmann in: Seichter, juris-PK UWG, 5. Aufl., § 3a Rn. 285, jew. m.w.N.).	16
Die Ausführungen des Landgerichts zu alledem werden von der Beklagten mit der Berufung nicht angegriffen.	17
b. Der Beklagte verstößt gegen § 34d Abs. 3 GewO, indem er sein Dienstleistungsangebot gleichzeitig als Versicherungsvermittlung und Versicherungsberatung bewirbt. Er geriert sich dadurch nach außen hin als Versicherungsvermittler und Versicherungsberater. Unabhängig davon, ob der Beklagte jemals Beratungsdienstleistungen erbracht hat, die nicht mehr von seiner Erlaubnis nach § 34d Abs. 1 GewO umfasst gewesen sind, oder er dies in Zukunft beabsichtigt, ist allein schon das Angebot (auch) der Versicherungsberatung im Hinblick auf das Trennungsprinzip als objektiv rechtswidrig zu bewerten.	18
aa. Nach § 34d Abs. 1 GewO bedürfen Versicherungsvermittler, d.h. diejenigen, die gewerbsmäßig den Abschluss von Versicherungs- oder Rückversicherungsverträgen vermitteln wollen, der Erlaubnis der zuständigen Industrie- und Handelskammer. Versicherungsvermittler sind Versicherungsvertreter und Versicherungsmakler. Nach § 34d Abs. 2 GewO bedürfen Versicherungsberater, d.h. diejenigen, die gewerbsmäßig über Versicherungen oder Rückversicherungen beraten wollen, ebenfalls der Erlaubnis der zuständigen Industrie- und Handelskammer. Nach § 34d Abs. 3 GewO dürfen Gewerbetreibende nach Absatz 1 Satz 1 kein Gewerbe nach Absatz 2 Satz 1 und Gewerbetreibende nach Absatz 2 Satz 1 kein Gewerbe nach Absatz 1 Satz 1 ausüben.	19
Die Tätigkeit des Versicherungsberaters zielt nicht auf den Abschluss eines Versicherungsvertrages ab, sondern liegt in der unabhängigen Beratung und Bewertung einer versicherungsrechtlichen Situation. Der Versicherungsvertreter ist an eine oder mehrere Versicherungen gebunden und vermittelt nur deren Produkte, der Versicherungsmakler sucht	20

im Interesse seines Kunden auf dem Versicherungsmarkt nach einem passenden Produkt. Die Tätigkeiten des Versicherungsmaklers und des Versicherungsberaters überschneiden sich zwar, sind jedoch insoweit eindeutig voneinander abgrenzbar, als der Berater gegenüber der Versicherungswirtschaft eine finanziell unabhängige und insoweit auch objektive und neutrale Stellung einnimmt. Dem Versicherungsberater ist es untersagt, eine Vergütung von den Versicherungsunternehmen entgegenzunehmen, gerade auch dann, wenn er – was ihm nunmehr gemäß § 34d Abs. 3 Nr. 3 GewO in Umsetzung des IDD (s. Weber, Versicherungsberater zwischen Rechtsdienstleistung und Vermittlung, VersR 2020, 1553) erlaubt ist – einen Vertrag vermittelt. Der Versicherungsmakler ist zwar im Einzelfall für den Bereich der Versicherungsverhältnisse des von ihm betreuten Versicherungsnehmers als dessen treuhänderähnlicher Sachwalter anzusehen sein und kann insoweit mit sonstigen Beratern verglichen werden (s. BGH, Urteil vom 22.05.1985, Iva ZR 190/83, juris, Tz. 11), gleichwohl generiert er sein Einkommen in erster Linie über Zahlungen der Versicherungen. Unabhängig davon, dass es für seine rechtliche Zuordnung als Versicherungsmakler nicht entscheidend ist, ob er vom Versicherungsunternehmen oder von seinem Kunden Provisionen erhält (s. Büschgens in: Steuerberater Branchenhandbuch, 207. Ergl. März 2019, B. Recht I. Versicherungsvermittlerrecht, Rn. 35) und auch unabhängig davon, ob eine reine Honorarberatung gegenüber Verbrauchern überhaupt zulässig ist (vgl. § 34 Abs. 1 Satz 8 GewO), ist der Versicherungsmakler grundsätzlich mit der Versicherungswirtschaft finanziell verflochten.

Der Wortlaut des § 34d Abs. 3 GewO ist eindeutig. Beide Erlaubnisse schließen sich gegenseitig aus. Jeder Gewerbetreibende muss sich also für einen der beiden Berufe entscheiden (s. Reiff, Das Versicherungsrecht nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Umsetzung der Versicherungsvertriebsrichtlinie, VersR 2018, 193, 194). Einem Versicherungsberater ist es ebenso wenig wie einem Rechtsanwalt gestattet, im Zweitberuf als Versicherungsmakler tätig zu sein (s. BGH, Urteil vom 06.06.2019, I ZR 67/18, juris, Tz. 59). Der Versicherungsvermittler darf sich nicht als ein unabhängiger Berater vorstellen. Durch das Verbot der Mischttätigkeit sollen die Unabhängigkeit des Versicherungsberaters gegenüber der Versicherungswirtschaft gewahrt, missbräuchliche Positionierungen am Markt verhindert und eine für den Verbraucher klare Unterscheidbarkeit gewährleistet werden (Büschgens in: Steuerberater Branchenhandbuch, 207. Ergl. März 2023, B. Recht, I. Versicherungsvermittlerrecht, Rn. 67; Heitzer in Ennuschat/Wank/Winkler, GewO, 9. Auflage, 2020, Rn. 86; Schönleiter in: Landmann/Rohmer, GewO, 91. Ergl., März 2023, § 34d Rn. 109; Will in: BeckOK GewO, 59. Ed. Stand 01.06.2023, § 34d Rn. 94).

21

Dass eine der Hauptleistungspflichten des Versicherungsmaklers in der Beratungstätigkeit besteht, nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs die den Abschluss eines Versicherungsvertrags betreffenden Vorbereitungsarbeiten auch dann unter den Begriff „Versicherungsvermittlung“ fallen, wenn der betreffende Versicherungsvermittler nicht die Absicht hat, einen tatsächlichen Versicherungsvertrag abzuschließen (EuGH, Urteil vom 31.05.2018, C-542/16, juris, Tz. 34 ff.), und ein Versicherungsberater den Abschluss von Vermittlungsverträgen für den Auftraggeber vermitteln darf, ändert nichts an der eindeutigen gesetzlichen Vorgabe. Ein Versicherungsvermittler darf nicht das Gewerbe eines Versicherungsberaters ausüben. Unabhängig von der Reichweite der ihm erteilten Erlaubnis und der Frage nach etwaigen Verstößen im Einzelfall ist jedenfalls klar, dass ein Versicherungsvermittler sein Dienstleistungsangebot nicht auch als Versicherungsberatung bewerben darf.

22

bb. Der Beklagte hat sich für den Beruf des Versicherungsvermittlers in Form des Versicherungsmaklers entschieden. Dennoch bietet er in dem streitbefangenen Internetauftritt

23

gemäß der in den Anlagen K3 und K4 wiedergegebenen konkreten Verletzungsformen ausdrücklich Leistungen auch als Versicherungsberater an:

Anl. K3:	24
„Bilddarstellung wurde entfernt“	25
„Bilddarstellung wurde entfernt“	26
„Bilddarstellung wurde entfernt“	27
Anl. K4:	28
„Bilddarstellung wurde entfernt“	29
„Bilddarstellung wurde entfernt“	30
Bereits der erste Satz unter der Überschrift Berufsbezeichnung & Beratungsangebot	31
„Die Firma bietet Versicherungsvermittlung sowie -beratung an“	32
ist eindeutig und verstößt ebenso eindeutig gegen das in § 34d Abs. 3 GewO normierte Trennungsprinzip. Selbst wenn der Beklagte niemals Beratungstätigkeiten außerhalb der Reichweite der ihm nach § 34d Abs. 1 GewO erteilten Erlaubnis ausgeübt haben und dies auch in Zukunft nicht beabsichtigen sollte, tritt er nach außen hin in unzulässiger Weise als Versicherungsvermittler und Versicherungsberater auf.	33
Dass der Beklagte für sich den Status eines Versicherungsberaters in Anspruch nimmt, folgt im Gesamtkontext der Werbung auch aus den anschließenden Angaben	34
„Eine Beratung ohne Vermittlung kann als Sachverständiger erbracht werden, wobei diese Tätigkeit gesondert zu entlohnen ist.“,	35
„Erlaubnis nach § 34d Gewerbeordnung als Versicherungsmakler und Sachverständiger für das Versicherungswesen“ und	36
„Die Beratung und Vertragsvermittlung durch den Versicherungsmakler ist durch eine Courtage abgegolten. ... Die Beratung ohne Vermittlung durch den Versicherungssachverständigen erfolgt durch eine Honorarvereinbarung. ... Versicherungsvermittlung ist gem. § 4 XI UStG von der Umsatzsteuer befreit. Reine Beratungs-Honorare sind USt-pflichtig“.	37
Wie bereits das Landgericht ausgeführt hat, unterscheidet der Beklagte ausdrücklich zwischen seinem Dienstleistungsangebot als zum einen Versicherungsmakler (Beratung und Vertragsvermittlung gegen Courtage/Provision und ggf. Honorar) und zum anderen Versicherungsberater (Beratung ohne Vermittlung durch ihn in seiner Eigenschaft als Sachverständigen, gegen Honorar oder Taxe). Der Ansicht des Beklagten, selbst einem minderbemittelten Verbraucher sei bekannt, dass ein Sachverständiger etwas anderes sei, als ein Versicherungsberater, kann im streitbefangenen Kontext nicht beigetreten werden. Die Werbung setzt im Gesamtkontext die eingangs genannte Versicherungs-Beratung (Tätigkeit eines Versicherungsberaters) mit der Sachverständigen-Beratung gleich. Dies macht insoweit Sinn, als sowohl Versicherungsberater als auch Sachverständige für sich in Anspruch nehmen, ihre Arbeit unabhängig, objektiv und neutral zu erledigen.	38

Entgegen der Darstellung des Beklagten in der Berufungsbegründung – der dort auf Seite 7 f. 39
eingebundene Text weicht von der angegriffenen konkreten Verletzungsform ab – hat dieser
seinen gewerberechtlichen Status nicht an anderer Stelle hinreichend klargestellt. Aus den
Angaben unter „Berufsrechtliche Regelungen“ gemäß der Anlage K3 folgt nicht, dass der
Beklagte nur als Versicherungsvermittler nach § 34d Abs. 1 GewO zugelassen ist, und der
Satz „Erlaubnis nach § 34d Gewerbeordnung als Versicherungsmakler und Sachverständiger
für das Versicherungswesen“ suggeriert eine doppelte Erlaubnis.

§ 34d Abs. 3 GewO ist geltendes Recht und nicht nur von den Zulassungsbehörden, sondern 40
auch vom Beklagten zu beachten. Die Norm verpflichtet die Gewerbetreibenden unmittelbar,
ihr Gewerbe nur innerhalb des Zugelassenen auszuüben. Verfassungsrechtliche Bedenken
gegen das Verbot der Doppelzulassung sind weder vorgetragen noch sonst erkennbar,
ebenso wenig ein Verstoß gegen das europäische Recht (s. auch Will in: BeckOK GewO, 59.
Ed. Stand 01.06.2023, § 34d Rn. 95). Art. 34d GewO hat seine europarechtliche Grundlage in
der IDD, die ebenfalls zwischen Versicherungsvermittlung und Versicherungsberatung
unterscheidet.

c. Angesichts der hohen Wertigkeit, die in der Versicherungsbranche dem „unabhängigen 41
Berater“ im Marketing zugemessen wird, ist ein Verstoß gegen § 34d Abs. 3 GewO
grundsätzlich geeignet, die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern und
Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen (s. Schönleiter in Landmann/Rohmer, GewO, 91.
Ergl., März 2023, § 34d Rn. 110). Der Beklagte geriert sich als Versicherungsberater und
nimmt insoweit zu Unrecht ein auf der absoluten Unabhängigkeit, Neutralität und Objektivität
gründendes besonderes Vertrauen in Anspruch. Dies ist geeignet, die Verbraucher und
sonstigen Marktteilnehmer zu veranlassen, sich für das Dienstleistungsangebot des
Beklagten statt das eines Mitbewerbers zu entscheiden. Hierdurch verschafft sich der
Beklagte zu Lasten der Verbraucher einen Vertrauensvorsprung und zu Lasten der
Mitbewerber einen ungerechtfertigten Marktvorteil.

Soweit der Beklagte meint, der Wettbewerbssenat des Bundesgerichtshofs habe dem 42
Versicherungsmakler dessen Unabhängigkeitsstatus bescheinigt und insoweit mit einem
Versicherungsberater gleichgestellt, ist ihm entgegenzuhalten, dass die in Bezug
genommene Entscheidung (Urteil vom 05.11.2020, I ZR 234/19 – Zweitmarkt für
Lebensversicherungen I) nicht das Trennungsgebot des § 34d GewO betrifft, sondern die
Frage des Bestehens eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses zwischen
Versicherungsberater oder Versicherungsmakler einerseits und dem Versicherer
andererseits. Der Bundesgerichtshof hat bezogen auf einen konkreten, bereits bestehenden
Versicherungsvertrag Versicherungsmakler und Versicherungsberater als Wettbewerber des
Versicherers um die Erbringung von Beratungsleistungen angesehen und nur in diesem
Zusammenhang ausgeführt, es komme dabei nicht darauf an, dass Versicherungsmakler
oder -berater unabhängige Beratungsleistungen anbieten (a.a.O., juris, Tz. 21).

d. Wiederholungsgefahr folgt aus der bereits vorgenommenen Verletzungshandlung. Der 43
Rechtsbruchtatbestand ist bereits vollständig dadurch erfüllt, dass der Beklagte sich in seiner
Werbung nach außen hin auch als Vermittlungsberater ausgibt. Er übt allein schon durch die
Werbung als solche bereits das „andere“ Gewerbe aus, selbst dann, wenn er bislang keine
entsprechenden Anfragen erhalten haben und auch nicht beabsichtigen sollte,
Beratungstätigkeiten außerhalb der ihm erteilten Zulassung nach § 34d Abs. 1 GewO
anzunehmen.

2. Der Annexanspruch auf Erstattung der der Höhe nach nicht zu beanstandenden 44
Abmahnkostenpauschale folgt aus § 13 Abs. 3 UWG. Die Abmahnung vom 17.10.2022 war

begründet.

3. Die auf § 13 Abs. 5 UWG gestützte Widerklage ist aus den o.a. Gründen unbegründet. 45

III. 46

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. 47

Das Urteil betrifft die tatrichterliche Übertragung allgemein anerkannter Auslegungs- und Rechtsanwendungsgrundsätze auf einen Einzelfall, so dass kein Anlass besteht, gemäß § 543 Abs. 2 ZPO die Revision zuzulassen. 48

Gegenstandswert für das Berufungsverfahren: 15.000,00 € 49