Wettbewerbsrecht gilt auch für gesetzliche Krankenkassen

Eigener Leitsatz:

Die Streitigkeit einer klagebefugten Einrichtung mit einer gesetzlichen Krankenkasse über die Mitgliederwerbung der gesetzlichen Krankenkasse gehört vor die ordentlichen Gerichte, wenn kein Verstoß gegen das SGB V, sondern nur ein Verstoß gegen Wettbewerbsrecht gerügt wird.
Eine gesetzliche Krankenkasse kann als Unternehmen angesehen werden, soweit sie nicht nur im Rahmen ihres gesetzlichen Versorgungsauftrages handelt, sondern auch wirtschaftlich tätig wird. Dem steht eine richtlinienkonforme Auslegung des UWG nicht entgegen.

OLG Celle

Urteil vom 09.09.2010

Az.: 13 U 173/09

Leitsatz:

1. Für Streitigkeiten zwischen einer nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG klagebefugten Einrichtung und einer gesetzlichen Krankenkasse über deren Mitgliederwerbung, ist die ordentliche Gerichtsbarkeit zuständig, wenn die wettbewerbsrechtlichen Ansprüche nicht auf einen Verstoß gegen die Vorschriften des SGB V, sondern ausschließlich auf wettbewerbsrechtliche Normen gestützt werden, deren Beachtung auch jedem privaten Mitbewerber obliegt (vgl. BGH, Beschluss v. 30. Januar 2008, I ZB 8/07, GRUR 2008, 447 Tz. 13 f. – Treuebonus).

2. Zur Frage, ob eine gesetzliche Krankenkasse, die ihre Versicherungsnehmer mit irreführenden Angaben nach § 5 Abs. 1 UWG auf ihrer Internetseite von einem Wechsel in eine andere

Krankenkasse abhalten will, nach einer Auslegung von § 2 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 6 UWG im Lichte der Richtlinie 2005/29 EG vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken [UGPRichtlinie. dort: Art. 2 lit. b) und lit. d)] als „Unternehmer“ und die beanstandete Handlung als „geschäftliche Handlung“ anzusehen ist.

Urteil

In dem Rechtsstreit

B., vertreten durch den Vorstand, dieser vertreten durch den Vorsitzenden
M. H., B., C.,

Beklagte und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte K., Dr. T. & Partner GbR, H.Straße, H.,
Geschäftszeichen: #####

gegen

Z. e. V.,F., vertreten durch das geschäftsführende Präsidiumsmitglied, L., B.,

Kläger und Berufungsbeklagter,

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Dr. L., B., Dr. S., H.Straße, C.,
Geschäftszeichen: #####

hat der 13. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Celle unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters am Oberlandesgericht Dr. K. sowie der Richterinnen am Oberlandesgericht Z. und R. auf die mündliche Verhandlung vom 24. August 2010 für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 29. Oktober 2009 verkündete Urteil der 7. Zivilkammer (1. Kammer für

Handelssachen) des Landgerichts Lüneburg wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat auch die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagten bleibt nachgelassen, die Vollstreckung wegen der Unterlassungsverpflichtung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 15.000,00 € und wegen der Kosten in Höhe von 120 % des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, sofern nicht der Kläger vor der Vollstreckung wegen der Unterlassungsverpflichtung Sicherheit in Höhe von 15.000,00 € und wegen der Kosten Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe

I.

Der Kläger nimmt die Beklagte auf Unterlassung der vormals auf deren Homepage „#####“ eingestellten Internetwerbung in Anspruch, nachdem er im einstweiligen Verfügungsverfahren vor dem Oberlandesgericht Celle obsiegt (Senatsurteil vom 2. April 2009 – 13 W 16/09) und die Beklagte sich trotz Aufforderung geweigert hatte, eine Abschlusserklärung abzugeben.

Die Homepage der Beklagten, einer gesetzlichen Krankenkasse, enthielt unter dem Link „#####“ unter der Überschrift „#####“ am 12. Dezember 2008 u. a. folgende Aussage:
„Wer die B. jetzt verlässt, bindet sich an die Neue für die nächsten
18 Monate! Somit entgehen Ihnen attraktive Angebote, die Ihnen die
B. im nächsten Jahr bietet und Sie müssen am Ende möglicherweise
draufzahlen, wenn Ihre neue Kasse mit dem ihr zugeteilten Geld nicht

auskommt und deswegen einen Zusatzbeitrag erhebt.“

Der Kläger, zu dessen Mitgliedern u. a. die Industrie und Handelskammern sowie eine große Anzahl privater Krankenkassen gehören, beanstandete die zitierte Werbeaussage als irreführend i. S. des § 5 Abs. 1 UWG und forderte die Beklagte zur Abgabe einer Unterlassungserklärung sowie zur Übernahme der Kosten für die außergerichtliche Rechtsverfolgung auf. Mit Schreiben vom 6. Januar 2009 räumte die Beklagte ihren Wettbewerbsverstoß wegen der fehlerhaften Information auf ihrer Internetseite ein, entfernte den Text von ihrer Homepage und sagte zu, mit diesem Text künftig nicht mehr zu werben. Die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung lehnte sie jedoch ab.

Wegen der näheren Einzelheiten des Sach und Streitstandes erster Instanz und der darin gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Mit Urteil vom 29. Oktober 2009 hat das Landgericht die Beklagte verurteilt, es bei Meidung der in § 890 Abs. 1 ZPO vorgesehenen Ordnungsmittel zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken die zitierte Behauptung aufzustellen, und an den Kläger 208,65 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 7. Januar 2009 zu zahlen.

Dagegen richtet sich die Berufung der Beklagten, mit der sie ihren Klagabweisungsantrag in vollem Umfang weiter verfolgt. Unter Aufrechterhaltung und Vertiefung ihrer erstinstanzlichen Ausführungen vertritt sie weiterhin die Auffassung, dass der Rechtsstreit in die Zuständigkeit der Sozialgerichtsbarkeit falle. Darüber hinaus sei das UWG infolge der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken (UGPRichtlinie) nicht anwendbar. Mangels Gewinnerzielungsabsicht sei die hoheitlich handelnde Beklagte nicht als „Gewerbetreibende“ i. S. des Art. 2
lit. b) UGPRichtlinie anzusehen. Demzufolge stelle die

beanstandete Aussage auch keine „Geschäftspraxis“ gemäß Art. 2 lit. d) UGPRichtlinie dar.

Die Beklagte beantragt,
das am 29. Oktober 2009 verkündete Urteil des Landgerichts Lüneburg aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt die angefochtene Entscheidung.

Auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen wird ergänzend verwiesen.

II.

Die zulässige Berufung ist unbegründet.

1. Für den Rechtsstreit ist die ordentliche Gerichtsbarkeit zuständig.

a) Nach § 13 GVG ist die ordentliche Gerichtsbarkeit zuständig, soweit es sich nicht um einen Rechtsstreit handelt, der der Sozialgerichtsbarkeit zugewiesen ist. Nach § 51 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 S. 1 SGG entscheiden die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit auch über privatrechtliche Streitigkeiten in Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung, auch soweit durch diese Angelegenheiten Dritte betroffen werden.

aa) Für Streitigkeiten zwischen gesetzlichen Krankenkassen über die Zulässigkeit von Maßnahmen der Mitgliederwerbung ist nach § 51 Abs. 1 SGG der Rechtsweg zu den Sozialgerichten eröffnet (BGH, Beschluss vom 15. Januar 1998 – I ZB 20/97, GRUR 1998, 744, 745 – Mitgliederwerbung). Maßgeblich hierfür ist, dass das Rechtsverhältnis der gesetzlichen Krankenkassen untereinander durch Vorschriften des SGB gesondert geregelt ist (BGH, Beschluss vom 9. November 2006 – I ZB 28/06, NJW 2007, 1819, 1820 – Gesamtzufriedenheit. BSGE 82, 78, 79 f.).

bb) Für die Frage, ob der Rechtsweg zu den Sozialgerichten auch für Streitigkeiten einer nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG klagebefugten Einrichtung mit einer gesetzlichen Krankenkasse über deren Mitgliederwerbung gilt, ist ausschließlich entscheidend, ob eine Angelegenheit der gesetzlichen Krankenversicherung Gegenstand der Streitigkeit ist. Davon ist auszugehen, wenn durch den Gegenstand des Streits Maßnahmen betroffen sind, die unmittelbar der Erfüllung der den Krankenkassen nach dem Sozialgesetzbuch (SGB) Fünftes Buch (V) obliegenden öffentlichrechtlichen Aufgaben dienen. Werden die wettbewerbsrechtlichen Ansprüche dagegen nicht auf einen Verstoß gegen die 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 und Abs. 2 S. 1 SGG (BGH, Beschluss v. 30. Januar 2008, I ZB 8/07, GRUR 2008, 447
Tz. 13 f. – Treuebonus).

b) Danach ist für den vorliegenden Rechtsstreit die ordentliche Gerichtsbarkeit zuständig. Die Parteien streiten nicht darüber, inwieweit die Bestimmungen des SGB V (hier § 175 Abs. 4) den durch die Werbung angesprochenen Mitgliedern die Möglichkeit eröffnen, bei Erhebung eines Zusatzbeitrages vor Ablauf von
18 Monaten die Kasse zu wechseln. Meinungsverschiedenheiten bestehen vielmehr ausschließlich darüber, ob die Werbung der Beklagten über den objektiv völlig unumstrittenen Inhalt der sozialrechtlichen Regelung die angesprochenen Verkehrskreise irreführt und deshalb nach dem Maßstab des UWG unlauter und zu verbieten ist. Für eine derartige Streitigkeit ist entgegen der Auffassung der Beklagten auch dann der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten gegeben, wenn
wie hier – auf der Passivseite eine gesetzliche Krankenversicherung steht. Dass dadurch im Einzelfall zur gerichtlichen Überprüfung einer Werbemaßnahme je nachdem, ob

Klägerin eine gesetzlich oder eine private Krankenkasse bzw. eine Einrichtung nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 bis 4 UWG ist, der Rechtsweg zu den Sozialgerichten oder den ordentlichen Gerichten eröffnet sein kann, ist in den besonders geregelten Rechtsbeziehungen der gesetzlichen Krankenkassen untereinander begründet, die durch Normen des Sozialrechts geprägt sind. Daraus folgt aber nicht, dass auch bei wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten, bei denen diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind und die sich nicht nach den Vorschriften des Sozialrechts richten, der Rechtsweg zu den Sozialgerichten eröffnet ist (BGH, Beschluss vom 9. November 2006 – I ZB 28/06, NJW 2007, 1819, 1820 – Gesamtzufriedenheit).

2. Entgegen der Auffassung der Beklagten unterfällt der vorliegende Rechtsstreit dem UWG: Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht unter Berücksichtigung der Neufassung des UWG zum 29. Dezember 2008 sowie der Richtlinie 2005/29 EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern und Verbrauchern (Abl. L 149 vom 11. Juni 2006, S. 22 ff.. Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken. im Folgenden: UGPRichtlinie), deren Umsetzung durch die vorgenannte Novellierung des UWG erfolgt ist.

a) Mit der UGPRichtlinie werden die Regeln im Bereich der unlauteren Geschäftspraktiken im Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern (sog. „B2C“) auf Gemeinschaftsebene vollständig harmonisiert. In ihrem Anwendungsbereich dürfen die Mitgliedstaaten keine strengeren als die in der Richtlinie festgelegten Maßnahmen erlassen (Art. 4), und zwar auch nicht, um ein höheres Verbraucherschutzniveau zu erreichen (EuGH, Urteil vom 23. April 2009 – C261/07 und C299/07, GRUR 2009, 599, Tz. 52 – VTB/Total B. u. G./S. und vom 14. Januar 2010 – C304/08, GRUR 2010, 244, Tz. 41 – P. Warenhandelsgesellschaft).

Nach ihrem Erwägungsgrund 6 dient die UGPRichtlinie der

Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über unlautere Geschäftspraktiken einschließlich der unlauteren Werbung, die die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher unmittelbar und dadurch die wirtschaftlichen Interessen rechtmäßig handelnder Mitbewerber mittelbar schädigen (vgl. auch Erwägungsgrund 8). Dafür genügt es ausweislich des Erwägungsgrundes 7, dass die Geschäftspraktiken in unmittelbarem Zusammenhang mit der Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidungen des Verbrauchers in Bezug auf Produkte stehen. Die UGPRichtlinie erfasst und berührt dagegen nicht die nationalen Rechtsvorschriften in Bezug auf unlautere Geschäftspraktiken, die lediglich die wirtschaftlichen Interessen von Mitbewerbern schädigen oder sich auf ein Rechtsgeschäft zwischen Gewerbetreibenden beziehen. die Mitgliedstaaten können solche Praktiken, falls sie es wünschen, im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht weiterhin regeln.

b) Gemessen an diesem Maßstab ist vorliegend der Anwendungsbereich des durch die UGPRichtlinie vollharmonisierten Bereichs der unlauteren Geschäftspraktiken im Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern (= B2C) eröffnet. Die streitgegenständliche Aussage der Beklagten, mit der sie früher auf ihrer Internetseite geworben hat, steht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Beeinflussung der Entscheidung ihrer Versicherungsnehmer und richtet sich an diese als Verbraucher in Bezug auf ihre Krankenversicherung.

c) Für die Feststellung, ob die Beklagte auch nach einer Auslegung von § 2 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 6 UWG im Lichte der UGPRichtlinie (zu diesem Erfordernis: BGH, Beschluss vom 5. Juni 2008 – I ZR 4/06, GRUR 2008, 807 Tz. 9 – MillionenChance) als „Unternehmer“ und die beanstandete Handlung als „geschäftliche Handlung“ anzusehen ist, sind die in Art. 2 lit. b) und lit. d) UGPRichtlinie gegebenen Definitionen maßgeblich.

aa) Nach Art. 2 lit. d) UGPRichtlinie sind unter

„Geschäftspraktiken im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern“ jede Handlung, Unterlassung, Verhaltensweise oder Erklärung, kommerzielle Mitteilung einschließlich Werbung und Marketing eines Gewerbetreibenden zu verstehen, die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produktes an Verbraucher zusammen hängt. Dass die beanstandete Aussage auf der Internetseite der Beklagten darauf gerichtet war, ihre Mitglieder von einem Wechsel zu einer anderen gesetzlichen Krankenkasse abzuhalten, steht außer Frage. Angesichts des zwischen den gesetzlichen Krankenkassen infolge der Novellierungen durch das Gesetz zur Sicherung und Strukturverbesserung der gesetzlichen Krankenkassen (Gesundheitsstrukturgesetz) vom 21. Dezember 1992 sowie durch das Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung vom 26. März 2007 gewünschten und herrschenden Wettbewerbs weist diese Maßnahme einen unmittelbaren Bezug zur Absatzförderung auf. Sie ist daher als eine Geschäftspraktik im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrau

chern gemäß Art. 2 lit. d) UGPRichtlinie und damit zugleich als eine „geschäftsähnliche Handlung“ im Sinne des § 2 Nr. 1 UWG anzusehen.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der von der Beklagten in Bezug genommenen Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) vom 16. März 2004 (C264/01, Slg. 2004, I S. 2493, Tz. 51 ff.). Dort hat der EuGH die Unternehmenseigenschaft der deutschen gesetzlichen Krankenkassen nach Art. 81 und 82 EG verneint und dazu ausgeführt, dass sie eine rein soziale Aufgabe wahrnehmen und ihre Tätigkeit nicht wirtschaftlicher Art sei (Tz. 51, 55, 57). Ergänzend hat er jedoch klargestellt, dass sich nicht ausschließen lasse, dass die Krankenkassen außerhalb ihrer Aufgaben rein sozialer Art im Rahmen der Verwaltung des deutschen Systems der sozialen Sicherheit Geschäftstätigkeiten ausüben, die keinen sozialen, sondern einen wirtschaftlichen

Zweck haben. In diesem Fall wären die von ihnen zu treffenden Entscheidungen möglicherweise als Beschlüsse von Unternehmen anzusehen (Tz. 58). Das hat er im Ergebnis für die Festsetzung von Festbeträgen durch die Kassenverbände verneint, weil diese insoweit nur eine ihnen gesetzlich auferlegte Pflicht im Rahmen der Verwaltung des deutschen Systems der sozialen Sicherheit erfüllten und nicht als Unternehmen handelten, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben (Tz. 64).

So liegt der Fall indes bei dem hier streitgegenständlichen Verhalten der Beklagten nicht. Mit der Veröffentlichung der beanstandeten Passagen auf ihrer Internetseite hat sie nicht ausschließlich in Wahrnehmung ihres gesetzlichen Versorgungsauftrages gehandelt, sondern im Rahmen des gesetzlich forcierten Wettbewerbs zwischen den gesetzlichen Krankenkassen die Möglichkeiten ergriffen, ihre Mitglieder von einem Wechsel zu einer anderen Krankenkasse abzuhalten, um ihre Marktposition gegenüber den anderen gesetzlichen Krankenkassen zu wahren. Der beanstandeten Maßnahme kommt daher kein sozialer, sondern ein wirtschaftlicher Zweck zu.

bb) Im Hinblick auf die konkret beanstandete Tätigkeit ist die Beklagte auch als „Gewerbetreibende“ im Sinne des Art. 2 lit. b) der UGPRichtlinie anzusehen. Danach ist als Gewerbetreibender jede natürliche oder juristische Person anzusehen, „die im Geschäftsverkehr im Sinne dieser Richtlinie im Rahmen ihrer gewerblichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit handelt, und jede Person, die im Namen oder Auftrag des Gewerbetreibenden handelt“. Damit erfasst die gemeinschaftsrechtliche Begriffsbestimmung – wie die nationale Auslegung (BGH, Urteil vom 4. Dezember 2008 – I ZR 3/06, GRUR 2009, 871 Tz. 33 – Ohrclips. BGHZ 167, 40 Tz. 490) – jede auf gewisse Dauer angelegte, selbstständige, wirtschaftliche Betätigung, die darauf gerichtet ist, Waren oder Dienstleistungen gegen Entgelt zu vertreiben. Das ist hier der Fall, weil die Beklagte – auch wenn sie als juristische Person des öffentlichen Rechts Teil der mittelbaren Staatsverwaltung

ist und öffentlichrechtlich geregelten Krankenversicherungsschutz gewährt – mit der beanstandeten Werbeinformation auf ihrer Internetseite nicht zu sozialen, sondern zu wirtschaftlichen und damit zu unternehmerischen Zwecken gehandelt hat.

Dieser Auslegung steht auch nicht entgegen, dass nach der Entscheidung des EuGH in Vergabesachen (Urteil vom 11. Juni 2009 – C300/07, NJW 2009, 2427, 2429 – O. GbR/AOK R./H.) gesetzliche Krankenkassen als juristische Person des öffentlichen Rechts Aufgaben im Zusammenhang mit der Gesundheit der Bevölkerung erfüllen, die im Allgemeininteresse liegen und nichtgewerblicher Art sind, da die genannten Kassen ihre Leistungen nicht in Gewinnerzielungsabsicht erbringen (EuGH, a. a. O. Tz. 49). Der EuGH verwendet diese Feststellung als eine Begründung für die Einordnung der gesetzlichen Krankenkassen als juristische Person des öffentlichen Rechts und bejaht damit allein das Vorliegen der Tatbestandmerkmale des Art. 1 IX Unterabs. 2 lit a) und b) der Richtlinie 2004/18/EG. Aus diesen Ausführungen zu der Einordnung der gesetzlichen Krankenkassen als Einrichtung des öffentlichen Rechts lässt sich nach Auffassung des Senats nicht folgern, dass die Annahme einer gewerblichen Tätigkeit im Gemeinschaftsrecht zwingend und damit abweichend von der Annahme der Unternehmereigenschaft nach § 2 Nr. 6 UWG (vgl. zum nationalen Recht: BGHZ 95, 158, 160. BGH, Urteil vom 3. Juli 2008 – I ZR 145/05, GRUR 2008, 810 Tz. 21 – Kommunalversicherer) das Vorhandensein einer Gewinnerzielungsabsicht voraussetzt. Auch aus der von der Beklagten angeführten Entscheidung des EuGH vom 11. Juli 2006 (C205/03, Slg. 2006, I S. 6292 – FENIN) ist nichts Gegenteiliges zu entnehmen. In dem dortigen Verfahren, das die Einkaufstätigkeit von Einrichtungen des spanischen Gesundheitswesens betraf, die das Gericht der Europäischen Union (EuG) nicht als unternehmerische Tätigkeit eingestuft hatte, hat der EuGH lediglich den Ansatz des EuG bestätigt, dass bei der Beurteilung des Wesens der Einkaufstätigkeit der

Kauf des Erzeugnisses nicht von dessen späterer Verwendung zu trennen ist und dass dessen wirtschaftlicher oder nichtwirtschaftlicher Charakter zwangsläufig den Charakter der Einkaufstätigkeit bestimmt (EuGH, a. a. O. Tz. 25).

3. Dem Kläger steht der geltend gemachte Unterlassungsanspruch gemäß § 8 Abs.1 und 3 Nr. 2 UWG i. V. m. §§ 3, 5 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 UWG a. F. bzw.
§§ 3, 5 Abs.1 Nr. 7 UWG n. F. zu.

a) Nach der unverändert gebliebenen Fassung des § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG ist der Kläger als rechtsfähiger Verband zur Förderung gewerblicher oder selbstständiger beruflicher Interessen klagebefugt. Zu seinen Mitgliedern gehören u. a. auch private Krankenversicherungen, die ebenso wie die Beklagte als gesetzliche Krankenkasse Gesundheitsleistungen anbieten.

b) Die von der Beklagten unter der Rubrik „Beiträge und Fakten“ mit der Überschrift „Der Gesundheitsfonds kommt“ früher eingestellte Werbung ist – wie bereits ausgeführt – als geschäftliche Handlung im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 1 UWG anzusehen und hinsichtlich der streitgegenständlichen Angaben irreführend nach § 5 Abs. 1 UWG a. F. bzw. § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 UWG n. F. Unstreitig „warnt“ die Beklagte ihre Mitglieder und damit Verbraucher vor der mit einem Wechsel verbundenen 18monatigen Bindungsfrist, weil ihnen dadurch mögliche attraktive Angebote der Beklagten entgingen und sie im Falle der Erhebung eines Zusatzbeitrages draufzahlen könnten. Damit erweckt sie bei einem nicht unerheblichen Teil der angesprochenen Versicherungsnehmern den Eindruck, durch einen Wechsel von der Beklagten zu einer anderen Krankenversicherung könnten ihnen aufgrund der Bindung im Falle der Erhebung eines Zusatzbeitrages finanzielle Nachteile entstehen. Diese Information widerspricht indes der Gesetzeslage, die gerade im Fall der Erhebung eines Zusatzbeitrages gemäß § 175 Abs. 4 Satz 5 SGB V ein Sonderkündigungsrecht binnen Monatsfrist vorsieht, und ist damit als irreführend im Sinne des § 5 Abs.1 UWG a. F. bzw. §

5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 UWG n. F. anzusehen. Die danach gegebene Irreführung ist auch geeignet, ihre Versicherungsnehmer von einem Wechsel in eine andere Krankenkasse abzuhalten.

c) Auch die für das Bestehen eines Unterlassungsanspruchs erforderliche Wiederholungsgefahr ist gegeben. Schon ein einmaliger Wettbewerbsverstoß begründet die tatsächliche Vermutung für die Wiederholungsgefahr (st. Rspr.: BGH, Urteil vom 19. Juni 1997 – I ZR 46/95, GRUR 1997, 929, 930 – Herstellergarantie. Versäumnisurteil vom 26. Oktober 2000 – I ZR 180/98, GRUR 2001, 453, 455 – T. Zentrum), die in der Regel nur durch die Abgabe einer bedingungslosen und unwiderruflichen Unterlassungsverpflichtungserklärung unter Übernahme einer angemessenen Vertragsstrafe für jeden Fall der Zuwiderhandlung ausgeräumt werden kann (BGH, Urteile vom 24. November 1983 – I ZR 192/81, GRUR 1984, 214, 216 – CopyCharge und vom 12. Juli 1984 – I ZR 123/08, GRUR 1985, 155, 156 – Vertragsstrafe bis zu …). Etwas anderes gilt auch nicht, wenn sich der Unterlassungsanspruch gegen eine am privaten Geschäftsverkehr teilnehmende Körperschaft des öffentlichen Rechts richtet (BGH, Urteile vom 2. Mai 1991 – I ZR 227/89, GRUR 1991, 769, 771 – Honorarfrage und vom 24. Februar 1994 – I ZR 59/92, GRUR 1994, 516, 517 – Auskunft über Notdienste m. w. N.).

4. Die Androhung des Ordnungsmittels beruht auf § 890 Abs.1 und 2 ZPO.

5. Dem Kläger steht ein Anspruch gegen die Beklagte auf Erstattung ihrer außergerichtlichen Aufwendungen für ihre – nach obigen Ausführungen – berechtigte Abmahnung vom 17. Dezember 2008 in Höhe von 208,65 € aus § 12 Abs.1 Satz 2 UWG zu (vgl. zur zulässigen Höhe: Köhler/Bornkamm, UWG 28. Aufl. § 12 Rdn. 1.98 m. w. Nachw.). Die zugesprochenen Zinsen folgen aus § 280 Abs.1 und 2, § 288 Abs. 1 BGB, weil die Beklagte durch ihre Weigerung mit Schreiben vom 6. Januar 2009, die verlangten

Rechtsverfolgungskosten des Klägers zu zahlen, eine Mahnung nach § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB hat entbehrlich werden lassen.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

Der Senat hat die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung gem. § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO zugelassen. Der Rechtsstreit betrifft die Auslegung von Art. 2 lit. b)
und d) der UGPRichtlinie, weshalb sich für das letztinstanzliche Gericht die Notwendigkeit ergeben könnte, den EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens anzurufen (BVerfG, NVwZ 2009, 519 f.. BGH, Beschluss vom 16. Januar
I ZR 130/02).