

Kartell- und Wettbewerbsrecht der Versicherungsunternehmen

von
Prof. Dr. Meinrad Dreher, Dr. Michael Kling, Dr. Jens Hoffmann

2. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2015

Verlag C.H. Beck im Internet:
www.beck.de

ISBN 978 3 406 64233 3

§ 8. Die Mitversicherung

Wettbewerb bezüglich des Produkts vorhanden. Da Schutzobjekt des Kartellrechts der Wettbewerb als solcher und nicht allein die Marktgegenseite ist, kann ein Kunden- oder Maklerwunsch die bestehenden kartellrechtlichen Anforderungen nicht beseitigen.¹⁹⁰ Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Bildung von Mitversicherungsgemeinschaften – wie ausgeführt – die wettbewerbliche Handlungsfreiheit aller Nachfrager, d.h. auch derjenigen, die sich an dem Kundenwunsch nicht beteiligen, und der Wettbewerber sowie der Rückversicherer auf der vorgelagerten Marktstufe berührt.

Mitversicherungsgemeinschaften ist es immanent, dass sie nicht zur Deckung eines Einzelrisikos oder einzelner Risiken eines Versicherungsnehmers gegründet werden. Vielmehr setzt eine Mitversicherungsgemeinschaft das Ziel der beteiligten Unternehmen voraus, gemeinsam eine Mehrzahl von Mitversicherungsgeschäften zu tätigen und damit eine – in der Regel unbestimmte – Vielzahl von Risiken zu versichern.¹⁹¹ Diese Zielsetzung der Zusammenarbeit in einer Gemeinschaft geht immer über eine konkrete Nachfrage, also über den Kundenwunsch, hinaus.¹⁹² Die Entscheidung eines Kunden, ein bestimmtes Mitversicherungsprodukt von einer bestimmten Gruppe zusammenarbeitender Versicherungsunternehmen beziehen zu wollen, vermag daher keinesfalls die Zusammenarbeit der Unternehmen in einer Versicherungsgemeinschaft zu begründen.¹⁹³ 104

Dass eine Mitversicherungsgemeinschaft auf Initiative eines Maklers zustande kommt, ist möglich. Insoweit unterscheiden sich also Kunden- und Maklerwunsch.¹⁹⁴ Dem Makler kann nämlich durchaus daran gelegen sein, dass die beteiligten Versicherungsunternehmen eine unbestimmte Vielzahl von Risiken versichern, damit er seinem Kundenkreis eine Mitversicherungslösung anbieten kann. Kartellrechtliche Fragen können sich bei der Beteiligung eines Maklers auch im Vertikalverhältnis, also im Verhältnis zwischen den Versicherungsunternehmen und dem Makler stellen.¹⁹⁵ Im Horizontalverhältnis, also bei der Zusammenarbeit der Versicherungsunternehmen, ändert der Maklerwunsch an dem grundsätzlichen Verstoß gegen das Selbständigkeitspostulat nichts.¹⁹⁶ Auch die GVO Versicherungswirtschaft belegt, dass der Maklerwunsch eine Wettbewerbsbeschränkung nicht ausschließt. Ohne eine mögliche Wettbewerbsbeschränkung wäre es nämlich nicht nötig, die Gruppenfreistellung ausdrücklich auch auf eine „über einen Makler“ gegründete Versicherungsgemeinschaft zu erstrecken.¹⁹⁷ 105

¹⁹⁰ So im Ergebnis auch *Kreiling* (Fn. 7), S. 39 f.; *Kiecker*, in: Wiedemann, Hdb. KartellR, § 33 Rn. 99.

¹⁹¹ Siehe oben Rn. 47. Das erkennt beispielsweise *Wiemer*, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 11. Aufl. 2010, Art. 81 – Sonderbereich Versicherungswirtschaft Rn. 161, der von einer Versicherungsgemeinschaft spricht, die dadurch zustande kommt, „dass der Kunde oder ein Makler mehrere Versicherer zur Abdeckung eines bestimmten Risikos einschaltet“; ähnlich *Esser-Wellié/Stappert*, in: MünchKommEuWettbR, 2007, SB VersW Rn. 67; *Meyer-Lindemann*, in FK, SB Versicherungswirtschaft Rn. 72.

¹⁹² Vgl. ausführlich *Hoffmann* (Fn. 8), S. 93 f.

¹⁹³ So *Hoffmann* (Fn. 8), S. 94; ähnlich *Schaloske* (Fn. 21), S. 356 f.

¹⁹⁴ Ausführlich zu dieser Unterscheidung und den Folgen für die kartellrechtliche Bewertung *Hoffmann* (Fn. 8), S. 97 f.

¹⁹⁵ Vgl. *Hoffmann* (Fn. 8), S. 98 ff., der beispielhaft für eine Wettbewerbsbeschränkung eine Gebietsbeschränkung nennt.

¹⁹⁶ Zu den betroffenen Handlungsfreiheiten siehe noch unten Rn. 106 und 108 sowie *Hoffmann* (Fn. 8), S. 103 ff.

¹⁹⁷ Vgl. *Hoffmann* (Fn. 8), S. 104.

- 106 Für die kartellrechtliche Irrelevanz von Versicherungsgemeinschaften, deren Zusammensetzung auf einen Kunden- oder Maklerwunsch zurückgeht, wird als Beispiel der „Rahmenvertrag der Mitversicherer mit einem Unternehmen über die betriebliche Altersversorgung der Unternehmensmitarbeiter“ angeführt, „wenn letztere selbst auch Versicherungsnehmer sind“.¹⁹⁸ Gerade dieser Fall zeigt durch die damit verbundene „Lieferverpflichtung“ des Unternehmens betreffend Versicherungsverträge gegenüber bestimmten Wettbewerbsteilnehmern und die Festlegung der Wettbewerbsparameter ausschließlich durch sie die Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit Dritter, nämlich der außenstehenden Versicherer und der Versicherungsnehmer, aufgrund der Bildung und Tätigkeit der Versicherungsgemeinschaft.¹⁹⁹
- 107 Weiter stünde einem kartellrechtlichen „Rechtfertigungsgrund Kundenwunsch“ auch entgegen, dass Ausnahmen von dem Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV jenseits des ungeschriebenen, aber allgemein anerkannten Kriteriums der Spürbarkeit einer gesetzlichen Grundlage bedürfen. Weder Art. 101 Abs. 3 AEUV noch die GVO Versicherungswirtschaft weisen jedoch normative Anhaltspunkte für eine Berücksichtigung von Kundenwünschen als Rechtfertigungsgründe auf. Daher kommt es auf einen weiteren, naheliegenden Einwand gegen eine solche Rechtfertigung, dass sich das Kartellrecht nämlich einem sehr subjektiven²⁰⁰ und damit ebenso sehr steuerbaren Kriterium nicht öffnen sollte,²⁰¹ nicht mehr an.
- 108 Jedenfalls schafft das bloße Vorliegen eines Kunden-, aber auch das eines Maklerwunsches daher bei der Bildung einer Versicherungsgemeinschaft noch keine kartellrechtliche Immunität.²⁰² Anderes kann allenfalls dann gelten, wenn bei der im Einzelfall erfolgenden Mitversicherung ausschließlich der Versicherungsnehmer als Kunde bzw. in dessen Vertretung ein Makler die Zusammensetzung der Mitversicherer steuert, ohne dass wettbewerbliche Handlungsspielräume auf Seiten von Versicherungsunternehmen – bis zu einem Einfluss auf die Zusammensetzung der Mitversicherer – eröffnet werden.²⁰³ Da die Einzelmitversicherung jedoch ohnehin in der Regel kartellrechtlich zulässig ist, liegt die kartellrechtliche Bedeutung des Kundenwunsches vor allem bei der Bildung von Mitversicherungsgemeinschaften.
- 109 Dass die Bildung einer Mitversicherungsgemeinschaft, die eine Mehr- oder sogar Vielzahl von Versicherungsgeschäften betrifft, *in toto* dem Wunsch sowie den konkretisierenden Festlegungen sämtlicher Versicherungskunden entsprechen könnte, ist dagegen schon aus praktischen Gründen nicht vorstellbar.²⁰⁴ Dies zeigt auch das bereits angeführte Beispiel des Rahmenvertrags. Die entsprechenden, tatsächlich existierenden Verträge sind nicht das Ergebnis einer nicht verhandelbaren *ex ante*-Festlegung durch Kunden, sondern beruhen auf umstrittenen Tarifvertragsklauseln, die die betriebliche Altersversorgung von Mitarbeitern der erfassten Unternehmen an ganz bestimmte Versicherungsunternehmen lenken. Diese Klauseln und die sie um-

¹⁹⁸ So Hörst, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Art. 1 VersW-GVO Rn. 26.

¹⁹⁹ Vgl. zur Bildung einer Versicherungsgemeinschaft im Falle des Abschlusses eines Rahmenvertrags oben Rn. 47 ff.

²⁰⁰ In seinem rein subjektiven Ansatz unterscheidet sich der angebliche Rechtfertigungsgrund Kundenwunsch von dem ohne weiteres auch bei Mitversicherungsgemeinschaften heranzuziehenden Arbeitsgemeinschaftsgedanken, der in der objektiven Unmöglichkeit der Risikoübernahme durch die einzelnen Versicherungsunternehmen, die an einer Gemeinschaft beteiligt sind, gründet.

²⁰¹ So schon Dreher, VersR 2004, 1, 7.

²⁰² A. A. ausdrücklich Esser-Wellié/Hohmann, VersR 2004, 1211, 1212 f.

²⁰³ Vgl. auch BKartA, Leitbrief (Fn. 189).

²⁰⁴ Siehe dazu oben Rn. 104.

§ 8. Die Mitversicherung

setzenden Rahmenverträge sind Ergebnisse von Verhandlungen, die die Wettbewerbsspielräume Dritter, nämlich der ausgeschlossenen Versicherer und der in ihrer Auswahlfreiheit beschränkten Versicherungsnehmer, berühren.²⁰⁵

III. Die Spürbarkeit

1. *Die Ausgangslage.* Wettbewerbsbeschränkungen, die nicht spürbar sind, unterfallen nicht dem Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV.²⁰⁶ Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung des EuGH. Nach der – derzeit in der Überarbeitung befindlichen – *de minimis*-Bekanntmachung der Kommission von 2001²⁰⁷ bestehen Marktanteilschwellen, unterhalb derer die Kommission Sachverhalte als nicht spürbar ansieht.²⁰⁸ Die Marktanteilschwellen gelten allerdings nicht für sog. Kernbeschränkungsregelungen. Bei der kartellrechtlichen Beurteilung von Mitversicherungsgemeinschaften führen beide Kriterien zu grundsätzlichen Rechtsfragen.

2. *Die Bedeutung der Kernbeschränkungsregelung der de minimis-Bekanntmachung für Mitversicherungsgemeinschaften.* Soweit es um das Verbot von Kernbeschränkungen in Form von Preisregelungen durch die *de minimis*-Bekanntmachung geht, können Mitversicherungsgemeinschaften unmittelbar betroffen sein. Denn die bereits angeführte einheitliche Preisgestaltung durch Übernahme der Prämie, die der führende Versicherer mit den Versicherungsnehmern als einheitliche Prämie für alle Versicherer vereinbart, stellt eine Vereinbarung im Sinne der *de minimis*-Bekanntmachung dar, die die Festsetzung eines Preises beim Verkauf eines Produkts an Dritte bezweckt.

Die bis zum 31. März 2003 gültige GVO Versicherungswirtschaft 1992 hatte in Art. 12 lit. a festgelegt, den an einer Mitversicherungsgemeinschaft beteiligten Unternehmen dürften nur bestimmte, dort ausdrücklich aufgeführte „Wettbewerbsbeschränkungen auferlegt werden“, wozu auch „die Verpflichtung, [...] die von der Gemeinschaft beschlossenen Bruttoprämien zu verwenden“, gehört. Aus dieser Regelung wurde gefolgert, die Spürbarkeit sei bei Mitversicherungsgemeinschaften stets nur nach quantitativen Kriterien zu beurteilen, d.h. die Regelung betreffend die preisbezogenen Kernbeschränkung finde hier keine Anwendung.²⁰⁹ Anderenfalls komme es nämlich zu einem Wertungswiderspruch, da die GVO Versicherungswirt-

²⁰⁵ Vgl. dazu die Nachweise oben Rn. 47 ff.

²⁰⁶ Vgl. ausführlich oben § 6 Rn. 4 ff.

²⁰⁷ Siehe oben Fn. 125.

²⁰⁸ Bindungswirkung entfaltet die Bekanntmachung nur für die EU-Kommission, siehe oben § 4 Rn. 14 sowie EuGH v. 13.12.2012 – Rs. C-226/11, EuZW 2013, 113 – „Expedia“.

²⁰⁹ So Kreiling (Fn. 7), S. 32 noch zum Verhältnis der früheren GVO Versicherungswirtschaft zu Nr. 11 der früheren Bagatellbekanntmachung der Kommission von 1997 (ABl. EG 1997 Nr. C 372, S. 13 = WuW 1998, 159), die in Nr. 11. Abs. 1 lit. a Bagatellbekanntmachung von 2001 ihre Fortsetzung gefunden hat. Im Übrigen geht die Literatur regelmäßig ohne Problematisierung der Kernbeschränkungsregelung davon aus, für die Mitversicherung im Einzelfall und/oder für Mitversicherungsgemeinschaften könne eine Spürbarkeitsprüfung nach den quantitativen Kriterien erfolgen, so z. B. Esser-Wellié/Stappert, in: MünchKommEuWettbR, 2007, SB VersW Rn. 46; Hörst, VR 2003, 148, 152 (für Mitversicherungsgemeinschaften); Honsel (Fn. 61), S. 222 f. (für die Mitversicherung im Einzelfall); Müller, Versicherungsbinnenmarkt, 1995, Rn. 142 (für die Mitversicherung im Einzelfall) sowie unabhängig von Mitversicherungsgemeinschaften allgemein für das Verhältnis von Bagatellbekanntmachung und GVO Versicherungswirtschaft Hootz, in: GK-GWB, 5. Aufl., 8. Lfg. 2003, VO 358/2003 Art. 1 Rn. 64; Schümann, Die Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 3932/92 für die Versicherungswirtschaft, 1998, S. 78 f.; Marlow, Die GVO für die Versicherungswirtschaft, 1998, S. 9 f. (auf der Grundlage einer schon damals überholten Bagatellbekanntmachung) und Fitzsimmons, Insurance Competition Law, 1994, S. 24.

schaft Preisregelungen bei Mitversicherungsgemeinschaften ausdrücklich zulasse, während die Anwendbarkeit der de minimis-Bekanntmachung bei einer solchen Regelung ausgeschlossen sei. Daher sei in der Preisregelung der GVO eine „Privilegierung als Spezialvorschrift“ zu sehen.²¹⁰

- 113 Die aktuelle GVO Versicherungswirtschaft – und auch schon die Vorgänger-GVO aus dem Jahre 2003 – enthält anders als die frühere GVO keine Liste sog. weißer Klauseln mehr. An die Stelle einer Regelung solcher freigestellter Klauseln ist in Art. 7 der neuen GVO eine Regelung zu unzulässigen Klauseln, eine Liste sog. schwarzer Klauseln, getreten.²¹¹ Nur für Mit-Rückversicherungsgemeinschaften enthält Art. 7 lit. f GVO ein Verbot der Vereinbarung von „Bruttoprämien im Direktversicherungs-Geschäft“. Im Umkehrschluss lässt sich die grundsätzliche Zulässigkeit der Vereinbarung von einheitlichen Bruttoprämien in Mitversicherungsgemeinschaften außerhalb der Rückversicherung im Direkt-Versicherungsgeschäft ableiten. Dies wird bestätigt durch Erwägungsgrund 18 der GVO Versicherungswirtschaft, wonach „im Rahmen einer Mitversicherungsgemeinschaft einheitliche Versicherungsbedingungen und Bruttoprämien vorkommen können“. Mithin ist es auch nach der neuen GVO Versicherungswirtschaft grundsätzlich zulässig, dass eine Mitversicherungsgemeinschaft Prämien im Sinne von Einheitsprämien gegenüber den Versicherungsnehmern als Entgelt festlegt. Die Rechtslage nach der GVO Versicherungswirtschaft unterscheidet sich hinsichtlich der Kernbeschränkungsregelung also nur darin zur Rechtslage nach der ersten GVO Versicherungswirtschaft aus dem Jahre 1992, dass eine Preisregelung bei Mitversicherungsgemeinschaften nicht mehr ausdrücklich, sondern nur noch implizit für zulässig erklärt wird.
- 114 Das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung betrifft die Verbotsregelung in Art. 101 Abs. 1 AEUV. Festzustellen ist in diesem Zusammenhang, ob überhaupt eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegt und ob diese erheblich ist. Nur wenn diese Feststellung getroffen ist, ist der Weg frei, Art. 101 Abs. 3 AEUV anzuwenden. Die Prüfung von Art. 101 Abs. 3 AEUV und damit auch jene der GVO Versicherungswirtschaft, die diese Freistellungsregelung für die Fallgruppe Mitversicherungsgemeinschaften konkretisiert, setzt daher das Vorliegen einer spürbaren Wettbewerbsbeschränkung voraus. Schon rechtssystematisch überzeugt die These vom Wertungswiderspruch zwischen GVO Versicherungswirtschaft und Bagatellbekanntmachung daher nicht.²¹²
- 115 Die in Art. 101 Abs. 3 AEUV angesprochenen kompensatorischen positiven Wirkungen, die zu einer Freistellung führen können, haben überhaupt nur dann eine Bedeutung, wenn nach der Prüfung von Art. 101 Abs. 1 AEUV von entsprechenden negativen wettbewerblichen Wirkungen auszugehen ist, die nur im Rahmen einer Freistellung kompensationsfähig sind. Die von der GVO Versicherungswirtschaft vorausgesetzte Freistellungsfähigkeit von Bruttoprämienvereinbarungen bei Mitversicherungsgemeinschaften ändert nichts an dem grundsätzlich wettbewerbsbeschränkenden Charakter derartiger Vereinbarungen. Damit kann in einer auf die Wettbe-

²¹⁰ Kreiling (Fn. 7), S. 32.

²¹¹ Dies gilt unabhängig davon, dass die in Art. 7 GVO genannten Klauseln nicht sämtlich als Verbot, sondern zum Teil als rechtlich zwingende Gebote formuliert sind. Denn mit den in Art. 7 GVO aufgeführten Klauseln sollen nach Erwägungsgrund 18 „die Beschränkungen des Wettbewerbs zwischen den an der Versicherungsgemeinschaft beteiligten Unternehmen auf ein Minimum begrenzt werden“.

²¹² Zustimmend Hoffmann (Fn. 8), S. 112; Schaloske (Fn. 21), S. 375.

§ 8. Die Mitversicherung

werbsbeschränkung bezogenen Spürbarkeitsprüfung auch nach Sinn und Zweck der GVO Versicherungswirtschaft einerseits sowie der de minimis-Bekanntmachung andererseits kein Wertungswiderspruch bestehen. Die unter der früheren GVO Versicherungswirtschaft noch aufzuwerfende Frage, ob die verschiedenen Berechnungsweisen zur Ermittlung der Marktanteile zu einem Wertungswiderspruch führten,²¹³ stellt sich jetzt nicht mehr. Die aktuelle GVO Versicherungswirtschaft hat die Marktanteilsberechnung an die allgemein – auch für die Marktanteilsberechnung nach der de minimis-Bekanntmachung – geltenden Grundsätze angepasst,²¹⁴ sodass in diesem Punkt ein Gleichlauf besteht.

Die Trennung in den kartellrechtlichen Wertungen durch die de minimis-Bekanntmachung einerseits und die GVO Versicherungswirtschaft andererseits belegen schließlich noch die jeweiligen Regelungen zur Markt- und Kundenaufteilung. Nach der de minimis-Bekanntmachung liegt eine Kernbeschränkung unter anderem vor, wenn eine Vereinbarung „die Aufteilung von Märkten oder Kunden“ bezweckt. Art. 7 lit. e GVO Versicherungswirtschaft verbietet als Freistellungsvoraussetzung jede Vereinbarung, die eine „Aufteilung von Märkten oder Kunden vorsieht“. Die GVO Versicherungswirtschaft nimmt mit dieser Regelung völlig unabhängig von der Frage, welche Wirkung eine Markt- oder Kundenaufteilung im Rahmen einer Mitversicherungsgemeinschaft auf das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV hat, eine eigenständige Bewertung der Freistellungsfähigkeit einer solchen Mitversicherungsgemeinschaft vor. 116

Im Ergebnis führt die preisbezogene Kernbeschränkungsregelung²¹⁵ der de minimis-Bekanntmachung dazu, dass die de minimis-Bekanntmachung auf Mitversicherungsgemeinschaften nicht anwendbar ist,²¹⁶ wenn diese – was regelmäßig der Fall ist – Preisregelungen treffen. Denn damit liegt eine nach der de minimis-Bekanntmachung verbotene Kernbeschränkung vor.²¹⁷ Wenn die Kommission bei der kartellrechtlichen Beurteilung von Mitversicherungsgemeinschaften in der Vergangenheit gleichwohl Umsatzschwellen der de minimis-Bekanntmachung berücksichtigt hat,²¹⁸ liegt darin nicht die Beseitigung eines Wertungswiderspruchs zur GVO Versicherungswirtschaft, sondern ein Wertungswiderspruch zu Inhalt und Telos der de minimis-Bekanntmachung selbst. 117

Das Ergebnis, dass die de minimis-Bekanntmachung auf Mitversicherungsgemeinschaften, die Preisregelungen treffen, nicht anwendbar ist, gilt sowohl – aus den zuvor dargelegten Gründen – innerhalb als auch – aus nachfolgend genannten Gründen 118

²¹³ Siehe Voraufgabe § 8 Rn. 294 f.

²¹⁴ Im Einzelnen dazu siehe unten Rn. 128 ff.

²¹⁵ Mit der Bezugnahme auf dieses Kriterium werden die entsprechenden Ausführungen von *Dreher*, in: FS Immenga, 2004, S. 101 ff. konkretisiert und, soweit sich daraus rechtliche Folgerungen ableiten, modifiziert.

²¹⁶ Die de minimis-Bekanntmachung (Fn. 125), Rn. 11 Nr. 1 lit. a schränkt genau genommen nur den Anwendungsbereich der Ziffern 7–9 ein. Allerdings regeln gerade sie die fehlende Spürbarkeit. Sind sie im konkreten Fall nicht anwendbar, kommt der gesamten de minimis-Bekanntmachung keine Bedeutung zu, weshalb – verkürzt – von der fehlenden Anwendbarkeit der de minimis-Bekanntmachung zu sprechen ist, vgl. *Hoffmann* (Fn. 8), S. 109.

²¹⁷ Vgl. zu dem Ausnahmefall, in dem keine Prämienvereinheitlichung erfolgt, oben Fn. 157.

²¹⁸ So EG-Kommission (Fn. 119), Rn. 31, wobei sich die Kommission nur dadurch an der direkten Heranziehung der Bagatellbekanntmachung von 1997 gehindert sah, dass „die an einer Gemeinschaft beteiligten Versicherungsunternehmen nicht als kleinere oder mittlere Unternehmen im Sinne dieser Bekanntmachung eingestuft werden können“. Vgl. auch *Schumm*, in: Schröter/Jakob/Mederer, Art. 81 – Fallgruppen Versicherungen Rn. 38.

– außerhalb des Anwendungsbereichs der GVO Versicherungswirtschaft. Denn auch wenn die Freistellungsvoraussetzungen der GVO nicht erfüllt sind, bleiben die aus der GVO für das Verhältnis zur de minimis-Bekanntmachung abgeleiteten Folgerungen gleichwohl gültig. Die GVO Versicherungswirtschaft bestätigt insoweit nur die schon unabhängig davon geltende und aus der Rechtsnatur der Mitversicherung folgende Erkenntnis, dass die Mitversicherung im Regelfall notwendigerweise mit einheitlichen Prämien einhergeht. Dem entspricht die Kommissionsentscheidung im Fall P&I Clubs, die einen Sachverhalt zum Gegenstand hatte, der schon infolge sehr hoher Marktanteile der Beteiligten außerhalb des Anwendungsbereichs der damals geltenden GVO Versicherungswirtschaft 1992 lag.²¹⁹ Die Kommission geht in ihrer Entscheidung unter der Überschrift „Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung“ davon aus, dass „ein gewisses Maß an Disziplin der Beteiligten bei der Festsetzung der Prämienätze“ im Hinblick auf die zugrunde liegende Schadenteilungsvereinbarung „erforderlich“ sei und die entsprechenden Regelungen in der Vereinbarung zudem „angemessen“ seien.²²⁰

- 119 Die regelmäßige Unanwendbarkeit der de minimis-Bekanntmachung auf Mitversicherungsgemeinschaften wegen vereinheitlichter Prämien und AVB führt indessen nicht dazu, dass die Spürbarkeit in diesen Fällen zwingend zu bejahen ist. Vielmehr hat eine Einzelfallprüfung zu erfolgen.²²¹ Aufgrund der neueren EuGH-Rechtsprechung ist zwar in Frage gestellt, ob bei bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen die Spürbarkeit überhaupt zu prüfen ist.²²² Zum einen ist aber davon auszugehen, dass der EuGH lediglich die Prüfungssystematik dahingehend verändert hat, dass bereits auf der Ebene der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung eine „hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs“ zu untersuchen ist.²²³ Zum anderen stellt die Vereinheitlichung von Prämien und AVB in Mitversicherungsgemeinschaften schon keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar,²²⁴ sodass unabhängig davon, wie die EuGH-Rechtsprechung verstanden wird, eine Einzelfallprüfung der Spürbarkeit angezeigt ist. Eine wichtige Rolle spielen hierbei die Marktanteile der Versicherungsgemeinschaft und der an ihr beteiligten Unternehmen.²²⁵ Jedenfalls bei Marktanteilen von insgesamt mehr als 5 % ist nach der Rechtsprechung der europäischen Gerichte in aller Regel von der Spürbarkeit auszugehen.²²⁶

²¹⁹ Kommission v. 12.4.1999, ABL.EG Nr. L 125, S. 12 ff., Rn. 89 ff. = WuW/E EU-V 271, wobei die Kommission in Rn. 103 ff. das Vorliegen einer Mit-Rückversicherungsgemeinschaft im Ergebnis offen gelassen hat.

²²⁰ Lediglich für weitergehende prämienbezogene Regelungen – *in concreto* zu einem Selbstbehalt, der für die Schadenteilung keine Rolle spielte – war die Kommission (Fn. 219), Rn. 92 f. zu Recht der Ansicht, die Regeln gingen „über das für den Fortbestand der Schadenteilungsvereinbarung unbedingt erforderliche Maß hinaus“ und ein entsprechender Preiswettbewerb würde die Schadenteilungsvereinbarung „nicht gefährden“.

²²¹ Vgl. schon oben § 6 Rn. 8 und Hoffmann (Fn. 8), S. 109 f.

²²² Siehe zu den Schlüssen, welche die EU-Kommission aus EuGH v. 13.12.2012 – Rs. C-226/11, WuW/E EU-R 2639 Rn. 16 – „Expedia“ zieht, bereits oben § 6 Rn. 5 (Fn. 9).

²²³ In diesem Sinne EuGH v. 14.3.2013 – Rs. C-32/11, WuW/E EU-R 2696 = EuZW 2013, 716 Rn. 34, 46 – „Allianz Hungária/Gazdasági Versenyhivatal“. Zur Integration des Spürbarkeitskriteriums in das Tatbestandsmerkmal der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung siehe auch Hoffmann (Fn. 8), S. 108 m. w. N.

²²⁴ Siehe oben Rn. 84 ff. sowie Bartmann, in: Mäger, EU-KartR, Kap. 10 Rn. 119 und Hoffmann (Fn. 8), S. 106 f.

²²⁵ Zur Marktanteilsberechnung siehe unten Rn. 128 ff.

²²⁶ Vgl. im Einzelnen Hoffmann (Fn. 8), S. 113 f.

§ 8. Die Mitversicherung

Soweit ausnahmsweise allein das deutsche Kartellrecht Anwendung findet, besteht 120 trotz des gesetzgeberischen Ziels, das GWB weitgehend an Art. 101, 102 AEUV und deren Auslegung durch die europäische Rechtsanwendungspraxis anzugleichen, keine Bindung an die *de minimis*-Bekanntmachung.²²⁷ Die vom Bundeskartellamt im Jahr 2007 erlassene Bagatellbekanntmachung²²⁸ entspricht in den wesentlichen Inhalten der *de minimis*-Bekanntmachung.²²⁹ So sind die Marktanteilsschwellen identisch und Kernbeschränkungen, darunter die Festsetzung von Preisen, führen dazu, dass die Bagatellbekanntmachung nicht anwendbar ist.²³⁰ Die Frage, ob die hohen Marktanteilsschwellen der Bekanntmachung, die im europäischen Rahmen gerechtfertigt sein mögen, auf die nationalen Verhältnisse übertragbar sind,²³¹ hat das Bundeskartellamt damit bejaht.

Früher ist das Bundeskartellamt jedenfalls noch davon ausgegangen, dass schon 121 Mitversicherungsgemeinschaften mit Marktanteilen von über 2 % den Markt spürbar beeinflussen.²³² Da die Bagatellbekanntmachung im Regelfall auf eine Mitversicherungsgemeinschaft wegen der Prämienvereinheitlichung nicht anwendbar ist, könnte das Bundeskartellamt auch heute noch zu diesem Ergebnis gelangen, ohne gegen seine Bekanntmachung zu verstoßen. Überdies enthält die Bagatellbekanntmachung – im Unterschied zur *de minimis*-Bekanntmachung – nur die Aussage, dass das Bundeskartellamt „regelmäßig von der Einleitung eines Verfahrens“ absieht, wenn die Marktanteilsschwellen unterschritten ist. Im Ausnahmefall wäre mithin auch deshalb eine abweichende Einschätzung möglich.

IV. Die Freistellung nach der GVO Versicherungswirtschaft bei Mitversicherungsgemeinschaften

1. *Die befristete Freistellung zur Deckung neuartiger Risiken. a) Der Tatbestand.* 122 Mitversicherungsgemeinschaften können nach Art. 6 GVO Versicherungswirtschaft in zwei Fällen vom Kartellverbot freigestellt sein: entweder nach Absatz 1, wenn die Versicherungsgemeinschaft „[a]usschließlich zur Deckung neuartiger Risiken gegründet“ wurde, oder nach Absatz 2, wenn die Versicherungsgemeinschaft die für sie maßgebliche Marktanteilsschwelle nicht überschreitet. Während die marktanteilsbezogene Freistellung solange gilt, wie die Versicherungsgemeinschaft die Marktanteilsschwelle nicht überschreitet,²³³ ist die marktanteilsunabhängige Freistellung bei Versicherungsgemeinschaften zur Deckung neuartiger Risiken auf drei Jahre „ab dem Tage ihrer erstmaligen Gründung“ befristet.

Die EU-Kommission begründet die marktanteilsunabhängige Freistellung damit, 123 dass im Falle wirklich neuartiger Risiken nicht vorhersehbar sei, „welche Zeichnungskapazität zur Risikodeckung erforderlich ist und ob zwei oder mehrere Versicherungsgemeinschaften nebeneinander die entsprechende Versicherung anbieten könnten“.²³⁴

²²⁷ Siehe oben § 6 Rn. 5.

²²⁸ Bekanntmachung Nr. 18/2007 des Bundeskartellamtes über die Nichtverfolgung von Kooperationsabreden mit geringer wettbewerbsbeschränkender Bedeutung („Bagatellbekanntmachung“) vom 13. März 2007.

²²⁹ Siehe oben § 6 Rn. 5.

²³⁰ Bagatellbekanntmachung (Fn. 228), Rn. 8 ff. und Rn. 13 f.

²³¹ Vgl. Dreher, WuW 2005, 250.

²³² BKartA TB 1981/82, BT-Drucks. 10/243, S. 83.

²³³ Gemäß Art. 6 Abs. 5–10 GVO Versicherungswirtschaft gilt die Freistellung im Falle der Überschreitung sogar für einen begrenzten Übergangszeitraum weiter, siehe dazu oben Fn. 139.

²³⁴ Erwägungsgrund 15 GVO Versicherungswirtschaft.

Den Anlass für die Befristung sieht die Kommission darin, dass nach drei Jahren „das gesammelte Datenmaterial über Schadensfälle ausreichen [dürfte], um beurteilen zu können, ob ein Bedarf an einer Versicherungsgemeinschaft besteht“.²³⁵

- 124 *b) Das neuartige Risiko.* Zentrale Bedeutung für die befristete, marktanteilsunabhängige Freistellung hat der Begriff des neuartigen Risikos. Ihn definiert Art. 1 Nr. 6 GVO Versicherungswirtschaft als

„a) ein Risiko, das zuvor nicht existierte und das nur durch ein völlig neuartiges Versicherungsprodukt gedeckt werden kann, nicht aber durch Ergänzung, Verbesserung oder Ersatz eines vorhandenen Versicherungsprodukts oder
b) in Ausnahmefällen ein Risiko, das sich einer objektiven Analyse zufolge so wesentlich verändert hat, dass nicht vorhersehbar ist, welche Zeichnungskapazität zur Risikodeckung erforderlich ist“.

- 125 Die Alternative in lit. b ist gegenüber der Vorgänger-GVO neu. Da lit. a „ein völlig neuartiges Versicherungsprodukt“ fordert, fiel unter der Vorgänger-GVO „ein Risiko, dessen Natur sich erheblich verändert hat (beispielsweise ein massiver Anstieg terroristischer Aktivitäten)“, ²³⁶ nicht unter den Begriff des neuartigen Risikos.²³⁷ Dasselbe galt für Naturkatastrophen, wie z.B. Hurrikane, Tornados, Erdbeben, Überflutungen, Hochwasser und Lawinen, da diese Risiken – unabhängig davon, ob sie nunmehr intensiviert auftreten – schon länger existieren.²³⁸

- 126 *c) Die Kombination neuartiger und bekannter Risiken.* Schließlich stellt sich noch die Frage, ob die zur Deckung neuartiger Risiken gegründete Versicherungsgemeinschaft auch Risiken versichern darf, die nicht neuartig im Sinne von Art. 1 Nr. 6 GVO Versicherungswirtschaft sind.²³⁹ Obschon gegenüber dem Entwurf der GVO 2010 einige Formulierungen, die gegen eine Kombination neuartiger und bekannter Risiken sprachen, weggefallen sind,²⁴⁰ folgt aus dem Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 GVO Versicherungswirtschaft, dass eine derartige Kombination ausgeschlossen ist. Die Versicherungsgemeinschaft muss nämlich „[a]usschließlich zur Deckung neuartiger Risiken gegründet“ sein. Dabei kommt es nicht nur auf den Gründungszeitpunkt an. Auch spätere Zweckänderungen, die zu einer Ausdehnung der Tätigkeit auf die Deckung bekannter Risiken führen, sind von der Freistellung nicht erfasst.²⁴¹

- 127 Das bedeutet allerdings nicht, dass die in einer Mitversicherungsgemeinschaft zur Versicherung neuartiger Risiken zusammenarbeitenden Unternehmen nicht auch bekannte Risiken im Wege der Mitversicherung decken dürfen. Entscheiden sie sich dafür, sind hierzu lediglich zwei unterschiedliche Versicherungsgemeinschaften notwendig.²⁴² Auf die Versicherungsgemeinschaft, welche die neuartigen Risiken deckt,

²³⁵ Erwägungsgrund 15 GVO Versicherungswirtschaft.

²³⁶ Zum Beispiel konkret die seit dem 11.9.2001 herrschende neue Dimension der Terrorgefahr, vgl. *Dreher/Baubkus*, „Neuartige Risiken“ bei der kartellrechtlichen Beurteilung der Mitversicherung, VersR 2010, 1389, 1391.

²³⁷ Erwägungsgrund 20 GVO Nr. 358/2003; Commission staff working document (Fn. 137), SEC(2009) 364, Rn. 150.

²³⁸ *Dreher/Baubkus*, VersR 2010, 1389, 1391.

²³⁹ Eine Kombination von Risiken, die unter Art. 1 Nr. 6 lit. a GVO und von solchen, die unter lit. b fallen, ist unzweifelhaft möglich, siehe schon *Dreher/Baubkus*, VersR 2010, 1389, 1393.

²⁴⁰ Im Einzelnen siehe *Dreher/Baubkus*, VersR 2010, 1389, 1393.

²⁴¹ Vgl. *Ellger*, in: Immenga/Mestmäcker, EU-WettbR, Teil 1, Art. 6 VO 267/2010 Rn. 10; *Hoffmann* (Fn. 8), S. 131; *Meyer-Lindemann*, in: FK, SB Versicherungswirtschaft Rn. 83.

²⁴² In diesem Sinne schon *Dreher/Baubkus*, VersR 2010, 1389, 1393. Ausführlich hierzu *Hoffmann* (Fn. 8), S. 131 ff.