Blanke Meier Evers
Rechtsanwälte

Diskussionsforum – am Hafen Hamburg

Handelsvertreterrecht

Hamburg, 23. Januar 2013

Die Continentale

Überblick

- ✓ Bereitstellungspflichten des Unternehmers
- ✓ Abgrenzung Vorbereitungshandlung / Vertragsverstoß
- ✓ Kundenkommunikation anlässlich des Ausscheidens
- ✓ Ausgleichsanspruch
- ✓ Grenzen nachvertraglicher Wettbewerbstätigkeit
- ✓ Herausgabepflicht von Akquisedaten
- ✓ Rechte des VU gegen unzulässigen Wettbewerb des VV
- ✓ Abmahngefahren

Bereitstellungspflicht des Unternehmers

Die Bereitstellungspflicht des Unternehmers

Nach der Vorschrift des § 86 a Abs. 1 HGB hat der Unternehmer dem Handelsvertreter die zur Ausübung seiner Tätigkeit erforderlichen Unterlagen wie Muster, Zeichnungen, Preislisten, Werbedrucksachen, Geschäftsbedingungen, zur Verfügung zu stellen.

Über die Möglichkeit, Kosten zu berechnen, schweigt sich das Gesetz aus => die Zurverfügungstellung hat unentgeltlich zu erfolgen

Die Bereitstellungspflicht des Unternehmers

Begriff der Unterlagen

- Keine Legaldefinition, lediglich beispielhafte Aufzählung
- der Begriff der Unterlagen ist weit auszulegen
- Unterlagen sind
  - Antragsformulare, Tarifbeschreibungen, Prospekte, Tarifrechenmodule/-programme
  - Werbedrucksachen (= Kundenzeitschrift; nicht aber auf Vertreter individualisierter Kundenbrief)
  - Versicherungsbedingungen; Infoblätter

Die Bereitstellungspflicht des Unternehmers

Erforderlichkeit

- Erforderlich sind Unterlagen, die notwendig sind, damit der VV das Produkt bei der Kundschaft anpreisen kann (enger Begriff)

Die Bereitstellungspflicht des Unternehmers

Hardware

- Tarifrechner streitig; teilweise wird vertreten, dass Zurverfügungstellung bei „geschlossenen Systemen“ (nur für ein Unternehmen verwendbar, nicht allgemein für die Vertretertätigkeit) grundsätzlich unentgeltlich zu erfolgen hat; teilweise wird auch bei geschlossenen Systemen Kostenbelastung für zulässig gehalten
- Problem der Abgrenzung Bereitstellungspflicht (Vorhaltekosten) von Ausstattungen des regelmäßigen Geschäftsbetriebes
  - PC gehört heute zum regelmäßigen Geschäftsbetrieb
  - Problem: „geschlossenes System“
    - Wenn PC „geschlossenes System“, kann PC nicht zum regelmäßigen Geschäftsbetrieb gehören; AO-Vertreter nur für einen U tätig; kein Bedürfnis, den regelmäßigen Geschäftsbetrieb so zu fassen, dass auch vertragswidrige Tätigkeiten umfasst wären
    - Lösung: U muss nicht zur Verfügung stellen, VV hat aber Erstattungsanspruch, wenn erforderliche Hardware günstiger am Markt erhältlich ist, in Höhe der Differenz zum Marktpreis

Die Bereitstellungspflicht des Unternehmers

Software

- Tarifsoftware und Tarifprogramme = Unterlage
- Agenturinformationssoftware: Unterlage, sofern zur Deckung der Informationspflicht des U eingesetztes Tool
- Agenturverwaltungssoftware ≠ Unterlage, da nicht Vorhaltekosten, sondern regelmäßiger Geschäftsbetrieb
- Standardsoftware (MS Office etc.) ≠ Unterlage

Die Bereitstellungspflicht des Unternehmers

Servicekostenpauschalen

Servicekostenpauschalen hardwareseitig folgen den Regeln der Hardware

Servicekostenpauschalen softwareseitig können VV unangemessen benachteiligen, wenn die Servicekosten auch die Programme umfassen, die dem VV zur Verfügung zu stellen sind

Soweit für ein geschlossenes System vorgeschrieben, hat VV Erstattungsanspruch, wenn Servicekostenpauschale günstiger am Markt erhältlich ist, in Höhe der Differenz zum Marktpreis

Die Bereitstellungspflicht des Unternehmers

Briefpapier, Visitenkarten, Analysebögen

- Aufwendungen für Briefpapier, Visitenkarten und Analysebögen entstehen im regelmäßigen Geschäftsbetrieb (§ 87 d HGB)
- Gibt Unternehmer Gestaltung von Briefkopf und Visitenkarten vor mit Aufdruck der Marke des Unternehmers ≠ Unterlage
- Vom Unternehmer vorgeschriebene Analysebögen mit dem Aufdruck der Marke des Unternehmers ≠ Unterlage
- Vom Unternehmer empfohlene allgemeine Analyseunterlagen, z.B. vom „Arbeitskreis EU-Vermittlerrichtlinie“ ≠ Unterlage

Die Bereitstellungspflicht des Unternehmers

Seminarkosten

- Seminar ≠ Unterlage, aber erforderliche Nachricht i.S.d. § 86 a II1 HGB, wenn

  - erforderlich für Vergütungs- und Karrieresystem des U

  - Produktkenntnisse vermittelt werden

- Seminare zu allgemeinen Themen, z.B. Motivation, Rhetorik, Empfehlungsmanagement ≠ erforderliche Nachricht

- Reise- und Übernachtungskosten zum Seminar: Kosten des regelmäßigen Geschäftsbetriebs (§ 87 d Abs. 1 HGB)

Die Bereitstellungspflicht des Unternehmers

Werbematerial (Luftballons, Kugelschreiber, Gummibärchen, give-aways etc.)

- keine Unterlagen
- auch wenn mit dem Logo des VU versehen
- aber Abgrenzung Vorhaltekosten/regelmäßiger Geschäftsbetrieb unklar, da VV nicht Markenwerbung schuldet
- Lösung: Vorhaltekosten nur, wenn auf Markenwerbung des VU beschränkt; sofern zusätzlich Individualisierung der Agentur: regelmäßiger Geschäftsbetrieb

Abgrenzung: Vorbereitung / Wettbewerbsverstoß

Abgrenzung Vorbereitung / Wettbewerbsverstoß

Besteht Vertretervertrag noch, darf VV Wettbewerb nur vorbereiten.

Vorbereitung (+), wenn VV

- Schulungen eines Wettbewerbers besucht
- Angebote anderer VU studiert
- GmbH gründet
- Geschäftslokal einrichtet
- Umdeckungsstrategie entwickelt

Vorbereitung (-), wenn VV

- Akzeptanz der Produkte bei den Kunden prüft
- für konkurrierende Produkte tätig wird
- Anträge zurückstellt, um sie später bei der Konkurrenz einzudecken

Kundenkommunikation anlässlich des Ausscheidens

Ansprache durch Kunden I

Wird VV vor Vertragsende von Kunden angesprochen, stellt sich die Frage, welche zulässigen Informationen er geben kann, z.B.

- Wunsch auf Neuausrichtung, künftig für anderen Versicherer tätig?
- Tätigkeitsende am ..., Räumlichkeiten wie bisher?
- Verhandlungen über weitere Zusammenarbeit scheiterten, weil …?
- VU hat zum ..... gekündigt, weil...?

Ansprache durch Kunden II

Schadenmeldungen werden soweit möglich weiterhin entgegengenommen und bearbeitet?

Möglichkeit im Schadensfall bisherigen Vertrag zu kündigen?

Verträge bestehen weiter, grds. zuständig Bestandsnachfolger, auf Wunsch weiterhin Betreuung der Versicherungsangelegenheiten?

Ansprache durch Kunden III

Mit dem neuen Versicherer individuellere und unabhängigere Betreuung in allen Versicherungsfragen?

Sonstige Vorteile für Kunden, z.B. Rückgriff auf eine umfangreichere Produktpalette; Rückgriff auf Produkte mit besserem Preis-/Leistungsverhältnis ein Ansprechpartner in allen Versicherungsfragen?

Sofern weitere Betreuung erwünscht, Versicherungsunterlagen mitbringen, da kein Zugriff mehr auf Bestandsdaten?

Hinweis auf Kündigungsrecht für auslaufende Verträge bzw. Jahresverträge und Umdeckungsmöglichkeiten?

Ansprache durch Kunden IV

Kunde will Vertrag bei anderen VU kündigen und das Risiko bei VU neu versichern:

Darf der VV den Vertrag bei dem Fremdversicherer kündigen und Kunden vorschlagen, mit dem Vertragsneuabschluss noch zu warten, bis er ihm einen Tarif des neuen Versicherers anbieten kann?

Ansprache durch Kunden IV

Kunde hat Vertrag bei VU, der in Kürze abläuft:

Darf VV Kunden vorschlagen, den Vertrag nicht zu verlängern bzw. mit einem Vertragsneuabschluss zu warten, bis er ihm als er ihm bei dem neuen Versicherer eine breitere Produktpalette anbieten kann?

Kundenanschreiben

Kundenschreiben, das lediglich darüber informiert, dass Vermittler seine Tätigkeit nach Vertragsende mit anderem VU fortsetzt, verstößt weder gegen Wettbewerbsverbot noch gegen Vertretervertragspflichten

Im Kundenschreiben darf Vermittler künftigen Vertragspartner u.U. sogar namentlich nennen und Kunden anbieten, sie nachvertraglich

zu betreuen und/oder
sie bei neuem Absicherungsbedarf auf Wunsch über die Angebote und Leistungen anderer VU zu informieren

Voraussetzung:
berechtigtes Interesse an Kundenanschreiben

Berechtigtes Interesse (+),
wenn der U den Kunden per Rundschreiben erklärt, der VV sei jetzt nicht mehr für ihn tätig und er Nachfolger benennt, so dass der Eindruck plötzlicher und sofortiger Beendigung der Zusammenarbeit entsteht, Kunden also zu Spekulationen über die Umstände der offenbar plötzlichen Trennung veranlasst sind

Ausgleichsanspruch

Blanke Meier Evers
Rechtsanwälte

Ausschluss des Ausgleichs

Eigenkündigung des VV, § 89 b Abs. 3 Nr. 1 HGB

Ausnahmen:

„Begründeter Anlass“, z.B.

- Bestandswegnahme/Einschränkung der Verdienstmöglichkeiten

- schleppende und unvollständige Zahlung der Provision/einseitige Provisionsherabsetzung

- Einschränkung der selbständigen Stellung des VV

Blanke Meier Evers
Rechtsanwälte

Ausschluss des Ausgleichs

Eigenkündigung des VV, § 89 b Abs. 3 Nr. 1 HGB

Ausnahmen:

„Begründeter Anlass“, z.B.

- Kündigung der Geschäftsverbindung zu einem Großkunden

- grundlose Einstellung der Diskontierung von Abschlussprovisionen

- nachträgliche Konkurrenzsituation durch Produkterweiterung

- unberechtigte fristlose Kündigung durch VU

Blanke Meier Evers

Ausschluss des Ausgleichs

Eigenkündigung des VV, § 89 b Abs. 3 Nr. 1 HGB

Ausnahme:

Begründeter Anlass, z.B.

- Entziehung des Rechts des VV zur Führung unechter UV
- Entziehung der Abschlussvollmacht
- Herabsetzung der Superprovision ohne Ausgleich
- Vorenthaltung von Provision entgegen § 87 a III
- Produkteinstellung

Blanke Meier Evers

Ausschluss des Ausgleichs

Eigenkündigung des VV, § 89 b Abs. 3 Nr. 1 HGB

Ausnahmen:

„Begründeter Anlass“, z.B. nicht

- Übernahme des VU durch anderes VU, sofern wirtschaftliche Stellung des VV nicht beeinträchtigt

- Rückgang des Neugeschäfts infolge harten Wettbewerbs um 30%

- Konjunkturbedingte Einkommensrückgänge

Neufassung des § 89 b HGB

Grund der Neufassung

EuGH-Urteil vom 26.03.2009 – Deutsche Tamoil –

Art. 17 Abs. 2 lit. a der RiLi 86/653/EWG des Rates vom 18. Dezember 1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen HV ist dahin auszulegen, dass er nicht erlaubt, dass der AA des HV von vornherein durch seine Provisionsverluste infolge der Beendigung des Vertragsverhältnisses begrenzt wird, auch wenn die dem U verbleibenden Vorteile höher zu bewerten sind.

§ 89 b I HGB 1989

(1) Der HV kann von dem UU nach Beendigung des Vertragsverhältnisses einen angemessenen Ausgleich verlangen, wenn und soweit

- 1. der Unternehmer aus der Geschäftsverbindung mit neuen Kunden, die der Handelsvertreter geworben hat, auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses erhebliche Vorteile hat,
- 2. der HV infolge der Beendigung des Vertragsverhältnisses Ansprüche auf Provision verliert, die er bei Fortsetzung desselben aus bereits abgeschlossenen oder künftig zustande kommenden Geschäften mit den von ihm geworbenen Kunden hätte, und
- 3. die Zahlung eines Ausgleichs unter Berücksichtigung aller Umstände der Billigkeit entspricht.

§ 89 b I, V HGB 2009

(1) Der HV kann von dem U nach Beendigung des Vertragsverhältnisses einen angemessenen Ausgleich verlangen, wenn und soweit

- 1. der Unternehmer aus der Geschäftsverbindung mit neuen Kunden, die der Handelsvertreter geworben hat, auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses erhebliche Vorteile hat und
- 2. die Zahlung eines Ausgleichs unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der dem HV aus Geschäften mit diesen Kunden entgehenden Provisionen, der Billigkeit entspricht.

§ 89 b I1 Nr. 1 HGB, Unternehmervorteile

- **Bisher Vermutung: Provisionsverluste entsprechen Vorteilen**
- **Jetzt:**
- **Sinn und Zweck des Ausgleichsanspruchs**
  - **Provisionssurrogat (kapitalisierte Restvergütung)**
  - **Entschädigungsanspruch**
  - **Vergütung für die Überlassung des Kundenstamms**
  - **Bereicherungsanspruch - Ausgleich einer Äquivalenzstörung**
- **Unternehmergewinn**
- **Bruttoprinzip**
- **Prämieneinnahmen des VU = Unternehmervorteile**

§ 89 b I1 Nr. 2 HGB, Billigkeit

- Wertbildende Anspruchsvoraussetzung
  - **Billigkeit als Komplementärtatbestand zu den Unternehmervorteilen?**
  - **Keine Zweckrelation der Billigkeitsmerkmale**
- Funktion der Provisionsverluste im Rahmen der Billigkeit - Wille des Richtliniengebers unklar
- Vermutung der Billigkeit

§ 89 b I1 Nr. 2 HGB, Billigkeit

- Billigkeitsprüfung im engeren Sinne
  - **Fehlende Provisionsverluste = anspruchsmindernder Billigkeitsaspekt**
  - **Verlustprognose zur Ermittlung der anspruchsmindernden Differenz**
    - **Einmalprovision (AP und BP-Differenzierung entfällt)**
    - **bei Stückprovision ist Anspruchsminderung um 100% möglich**
    - **Entgehende Pensum- und Staffelprovisionen, die Neuwerbung voraussetzen, nicht berücksichtigungsfähig (Fortsetzungsfiktion)**
  - **Anspruchserhaltende und -mindernde Billigkeitsaspekte**
    - **In Betracht kommende Aspekte**
    - **Bewertung des Billigkeitsaspektes**
    - **Monetarisierung**
    - **Abwägung**

§ 89 b V HGB, Höchstgrenze

- Jahresprovision und sonstige Vergütung
- Jahresprovision
  - **Auch hier alle erstjährigen Provisionen, alle Provisionen ab dem 2. Versicherungsjahr**
- Sonstige Vergütung
  - **Zuschüsse mit Ausnahme durchlaufender Posten**
  - **Bonifikationen; Pensum- und Staffelvergütungen**

Fazit

- Unternehmervorteile = Prämieneinnahmen
- Wegfall der Unterscheidung zwischen Vermittlungs- und Verwaltungsprovisionen
- Höhere Ausgleichsforderungen der Vertreter
- Betroffen alle Ausgleichsansprüche, die nach dem Inkrafttreten des Gesetzes (31.07.2009) entstanden sind
- Betroffen auch unverjährte Ausgleichsansprüche, die zuvor entstanden sind (Gebot richtlinienkonformer Auslegung, str. bezogen auf VV)

Nachvertragliche Wettbewerbstätigkeit und Ausgleichsanspruch

Nachvertragliche Wettbewerbstätigkeit und Ausgleichsanspruch

Im Grundsatz gilt: nachvertraglicher Wettbewerb kann Unternehmervorteile mindern

Voraussetzung

Umdeckung von Beständen muss bei Vertragsbeendigung schon absehbar gewesen sein

Umfang der Minderung muss geschätzt werden § 287 ZPO

Nachvertragliche Wettbewerbstätigkeit und Ausgleichsanspruch

Im Grundsatz gilt: nachvertraglicher Wettbewerb mindert AA unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit auch bei einer Berechnung nach den Grundsätzen

Voraussetzung

Umfang der Minderung von Vorteilen lässt sich nicht feststellen

Umdeckung von Beständen muss bei Vertragsbeendigung schon absehbar gewesen sein

Grenzen nachvertraglicher Wettbewerbstätigkeit

Grenzen nachvertraglicher Wettbewerbstätigkeit

Nachvertragliches Wettbewerbsverbot

Schriftform
begrenzt auf Vertragsprodukte
max. 2 Jahre (einschließlich etwaiger Freistellung!)
Karenzentschädigungspflicht des VU
Verzichtsmöglichkeit des VU

Grenzen nachvertraglicher Wettbewerbstätigkeit

Im Grundsatz gilt: Freier Wettbewerb

- VU hat keinen Anspruch auf Erhalt des Kundenstamms

- VV darf die für VU betreuten Kunden anschreiben; bloße Kundenanschrift ist offenkundige Tatsache, kein Betriebsgeheimnis

unzulässig ist

- Schlechtmachen des VU

- Kündigungshilfe, soweit Tätigkeit als VV, VM binden Wettbewerbsrichtlinien nicht! (VM = Außenseiter)

Grenzen nachvertraglicher Wettbewerbstätigkeit

§ 90 HGB

VV darf Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse nach Vertragsbeendigung weder verwerten noch anderen mitteilen, soweit dies der Berufsauffassung eines ordentlichen Kaufmannes widerspricht

Grenzen nachvertraglicher Wettbewerbstätigkeit

Geschäfts- und Betriebsgeheimnis = angereicherte Kundenadresse

z.B. mit bestimmter Tarifinformation Ablaufdatum etc.

Auch Aquisedatenverwertung ist unzulässig, wenn

- Daten nur einem beschränkten Personenkreis bekannt sind

und

- Daten dem vertretenen VU gehören

Grenzen nachvertraglicher Wettbewerbstätigkeit

Wettbewerbswidrig handelt,

wer sich Zugang zum Geschäftsabschluss durch unlautere Ausnutzung von Geschäftsgeheimnissen schafft

Nicht wettbewerbswidrig handelt,

wer Daten verwertet, die Kunde ihm sogleich offerieren würde

Herausgabepflicht von Akquisedaten

Herausgabepflicht von Akquisedaten

Beauftragter ist verpflichtet, dem Auftraggeber alles, was er zur Ausführung des Auftrags erhält und was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt, herauszugeben (§ 667 BGB).

Herausgabepflicht umfasst:

- Schriftverkehr, den VV für VU geführt hat, sowohl zugegangenen Schriftstücke als auch die Kopien eigener Schreiben des VV

- Notizen, die VV im Rahmen der Tätigkeit gemacht hat, sofern nicht bloße Arbeitshilfe oder Gedächtnisstütze

- nicht Unterlagen, die persönliche Eindrücke des VV wiedergeben

Akquisedaten sind nicht herauszugeben, sofern Herausgabeanspruch vertraglich ausgeschlossen

Rechte des U gegen unzulässigen Wettbewerb des VV

Rechte des VU gegen unzulässigen Wettbewerb des VV

Ist VV noch für U tätig, darf VV nachvertraglichen Wettbewerb nur vorbereiten; überschreitet VV die Grenze der Vorbereitungshandlung,

kann VU Unterlassung und Schadensersatz wegen etwaiger Umdeckungen verlangen

Rechtsgrundlage: Pflichtverletzung, § 280 BGB

Umfang des Schadensersatzes gemäß § 249 BGB: entgehende Prämien oder Provisionen

Darlegungs- und Beweislast beim VU; weist VU einen Fall nach, kann er Auskunft und Rechnungslegung vom VV verlangen!

Rechte des VU gegen unzulässigen Wettbewerb des VV

Strafanzeige und Strafantrag, § 17 II Nr. 2 UWG

Tathandlung:
unbefugtes Verwerten oder Mitteilen von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen

Geschäftsgeheimnisse:
alle Daten eines VU, die beschränktem Personenkreis bekannt sind

Verwerten:
jede Art der wirtschaftlichen Nutzung zur Gewinnerzielung oder Kostensenkung

Mitteilen:
Weitergabe an einen beliebigen Dritten

Unbefugt:
kein Rechtfertigungsgrund (bspw. Einwilligung)

Rechte des VU gegen unzulässigen Wettbewerb des VV

Strafanzeige und Strafantrag, § 17 II Nr. 2 UWG

Subjektiver Tatbestand:

Vorsätzliches Handeln

Strafverfolgung:

nur auf Antrag

Maßnahme der Strafverfolgungsbehörden:

Durchsuchung

Voraussetzung für eine Durchsuchung:

gemäß § 102 StPO zureichende tatsächliche Anhaltspunkte, dass eine bestimmte Straftat verübt wurde und aufgrund kriminalistischer Erfahrung die Vermutung besteht, dass der Zweck der Durchsuchung – z.B. Auffindung von Beweismitteln - erreicht werden kann

Durchsuchungsobjekt:

Wohnung oder Arbeits- oder Geschäftsräume des Verdächtigen

Aufgefundene Beweismittel:

Sicherstellung
oder Beschlagnahme nach §§ 94 ff. StPO

Rechte des VU gegen unzulässigen Wettbewerb des VV

Strafanzeige und Strafantrag, § 17 II Nr. 2 UWG

Rechtsfolgen

Strafandrohung

Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren

Entzug der Erlaubnis nach § 34 d GewO

Bei Verurteilung wegen Straftat im Zusammenhang mit der Ausübung der Tätigkeit als VersVerm können Zweifel an der für den Gewerbebetrieb erforderlichen Zuverlässigkeit im Sinne des § 34 d II Nr. 1 GewO bestehen, die Entziehung der Erlaubnis rechtfertigen können

Rechte des VU gegen unzulässigen Wettbewerb des VV

Erlass einstweiliger Verfügung

gerichtet auf Unterlassung der Verwertung und/oder Weitergabe der Kundendaten

zusätzlich generell Unterlassen des Vermittelns oder Anbietens von Versicherungs- und Finanzdienstleistungsprodukten, sofern Wettbewerbsverbot besteht

Rechte des VU gegen unzulässigen Wettbewerb des VV

Verfügungsanspruch

Bei Zuwiderhandlungen gegen § 17 UWG erfüllt i.d.R. §§ 3, § 4 Nr. 11 UWG (Vorsprung durch Rechtsbruch)
Unterlassungsansprüche § 8 I 1 UWG, § 823 BGB, § 280 BGB

Verfügungsgrund

§ 12 II UWG begründet widerlegliche tatsächliche Vermutung der Dringlichkeit

Bei schon seit längerer Zeit bestehender Möglichkeit der Einleitung des Hauptsacheverfahrens entfällt Vermutung

Rechte des VU gegen unzulässigen Wettbewerb des VV

Rechtsfolge

Vermittler hat Kosten des einstweiligen Verfügungsverfahrens und ggf. auch einer vorangegangenen Abmahnung zu tragen

Rechtsfolge bei Verstoß gegen einstweilige Verfügung

Wird gegen Verpflichtung auf Grund einstweiliger Verfügung verstoßen, ist Schuldner (also der Vermittler) gemäß § 890 ZPO wegen einer jeden Zuwiderhandlung auf Antrag von dem Prozessgericht zu Ordnungsgeld oder Ordnungshaft zu verurteilen

Rechte des VU gegen unzulässigen Wettbewerb des VV

Auskunfts- und Schadensersatzklage

Neben Schadensersatzanspruch aus § 9 UWG kommen verschiedene Anspruchsgrundlagen des BGB für Schadensersatzanspruch des U in Betracht, z.B. §§ 280, 823 I, 823 II i. V. m. § 17 UWG, § 826 BGB

Schadensersatz bestimmt sich nach §§ 249 ff. BGB, d. h. Vermittler hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre

Umfasst wird der dem VU entgangene Gewinn

Rechte des VU gegen unzulässigen Wettbewerb des VV

Auskunfts- und Schadensersatzklage

Ist § 17 UWG erfüllt, hat der Unternehmer die Wahl, seinen Schaden auf folgende Weise zu berechnen

1. Konkreter Schaden einschließlich des entgangenen Gewinns
2. Angemessene (fiktive) Gebühr für die Nutzung der Kundendaten
3. Herausgabe des Verletzergewinns

Rechte des VU gegen unzulässigen Wettbewerb des VV

Auskunfts- und Schadensersatzklage

VU hat regelmäßig keine Kenntnis von Art und Umfang der schadenbegründenden Handlungen des Vermittlers, deshalb schuldet Vermittler U gemäß § 242 BGB Auskunft zur Berechnung des entgangenen Gewinns

Auskunft und Schadenersatz können im Wege der Stufenklage geltend gemacht werden

Erteilt der Vermittler Auskunft vorsätzlich nicht vollständig, begeht er Prozessbetrug = Vermögensdelikt, in Aufzählung des § 34 d II Nr. 1 GewO erwähnt

Vermittler riskiert u.U. Entzug der Erlaubnis wegen erheblicher Zweifel an erforderlicher Zuverlässigkeit im Sinne des § 34 d II Nr. 1 GewO

Rechte des VU gegen unzulässigen Wettbewerb des VV

Herausgabe- bzw. Vernichtungsansprüche

Im Falle unbefugter Verwertung einer Kundenliste kann VU Herausgabe oder Vernichtung der im Besitz des Vermittlers befindlichen Kundenliste beanspruchen, und zwar auf der Grundlage des Beseitigungsanspruchs gemäß § 8 I UWG

Beseitigungsanspruch bezieht sich auf unbefugt gefertigte Aufzeichnungen und Unterlagen über Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse sowie auf Gegenstände, die in unzulässiger Weise unter Verwertung des Geheimnisses hergestellt wurden

VU kann Vernichtung oder Herausgabe zum Zwecke der Vernichtung verlangen

Abmahngefahren

Abmahngefahren bei VVG-Verstößen

Versäumnisse bei Informations- und Dokumentationspflichten

§§ 60 ff. VVG = **Marktverhaltensregelungen**

Unerheblich hierfür ist, dass Verbraucher auf die Dokumentation verzichten kann

Verzichtsmöglichkeit ändert nichts am Verbraucherschutz- und Marktverhaltenszweck der Vorschriften des Vermittlerrechts

Abmahngefahren bei VVG-Verstößen

Protokollierungsversäumnis

Verstoß gegen Pflicht, VN Protokoll nach § 61 Abs. 1 VVG vor Vertragsabschluss zu überlassen = unlauteren Handlung i. S. des § 4 Nr. 11 UWG (= Verstoß gegen Vorschrift, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln)

VM handelt wettbewerbswidrig, wenn er VN kein Beratungsprotokoll überreicht; wegen dieses wettbewerbsfremden Verhaltens kann konkurrierender Vermittler Unterlassung verlangen

Abmahngefahren bei VVG-Verstößen

Säumnis mit der Erstinformation

Wettbewerbsfremd i.S. des 4 Nr. 11 UWG i.V.m. §§ 11 VersVermV, 60ff. VVG handelt VM, wenn

VM die Erstinformation nicht aushändigt

Wegen dieses unlauteren Handelns kann ein Mitbewerber im Wege der einstweiligen Verfügung auf Unterlassung klagen

Abmahngefahren bei Verletzung von Beratungspflichten

Aufklärungsversäumnis als Irreführung

Klärt VV VN bei Kündigung von Bestandsverträgen zur Umdeckung von LV mit BU nicht darüber auf, wegen veränderter gesundheitlichen Situation der versicherten Person, **Versicherungsschutz** u.U. **nicht mehr** oder **nur gegen höhere Prämie** erlangen zu können, handelt VV **pflichtwidrig**

<u>und</u>

Mitbewerber kann unter dem Gesichtspunkt der **Irreführung** i.S. des § 5 Abs. 1, 5a Abs. 1 UWG wegen dieses unlauteren Verhaltens Unterlassung verlangen

Abmahngefahren bei Verletzung von Beratungspflichten

Aufklärungsversäumnis als Irreführung

Klärt VV VN nicht über steuerliche Nachteile der Kündigung von vor dem 1.1.2005 abgeschlossenen LV auf, kann Mitbewerber unter dem Gesichtspunkt der Irreführung i.S. des § 5 Abs. 1, 5a Abs. 1 UWG Unterlassung dieses unlauteren Verhaltens verlangen

Hinweis auf Veränderung bei der Besteuerung von Erträgnissen aus LV durch das Alterseinkünftegesetz ist weder geschäftsmäßige Hilfeleistung in Steuersachen noch unerlaubte Rechtsdienstleistung

Abmahngefahren bei Verletzung von Maklerpflichten

Aufklärungsversäumnis als Irreführung

Behauptet ein VM bei Maklereinbruch in vertretervermittelte Versicherung, **zwischen VM und VV gäbe es keinerlei Unterschiede** mit Ausnahme des Umfangs der Versicherungsprodukte, kann VV als Mitbewerber wegen irreführender Behauptung Unterlassung verlangen

VN wird darüber in die Irre geführt, dass er den Anspruch darauf verliert, dass Versicherer ihn vertragsbegleitend über die Laufzeit der Versicherung berät (§ 6 Abs. 4, Abs. 6 VVG)

Abmahngefahren wegen Behinderung

Kundenabwehrschreiben

Verwendung von sog. Kundenabwehr- oder Kontaktverbotsschreiben kann benachteiligten Wettbewerber unter dem Gesichtspunkt der **gezielten Behinderung** (§ 4 Nr. 10 UWG) ein Unterlassungsanspruch geben

Dies kann z.B. gelten, wenn ein ausgeschiedener VV im Rahmen anschließender Maklertätigkeit Schreiben verwendet, mit denen der **Kunde** dem **Versicherer** jegliche **direkte oder indirekte Kontaktaufnahme über Vertreter untersagt**

Fragen?

Partner: Dr. Gernot Blanke, Dr. Klaus Meier, Jürgen Evers

Bereich Vertriebsrecht: Jürgen Evers, Marco Cybucki; Mary Gyamfuaa; Reinhold Friele, Britta Oberst; Juliane Reichard; Aline Reus; Sascha Alexander Stallbaum; Dr. Friedemann Utz

Adresse: Schwachhauser Heerstraße 25
28211 Bremen

Telefon: 0421 / 696 77 0
Telefax: 0421 / 696 77 166

E-Mail: info@bme-law.de
Internet: http://www.bme-law.de

vr.aktuell

finden sie unter http://www.bme-law.de

Kriminalisierung der telefonischen Kaltakquise

„Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen“

Geltung:

Seit 04. August 2009

Intention:

Verschärfung u.a. des UWG (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) zum Schutz des **Verbrauchers** vor Werbeanrufen

Sanktion:

Pönalisierung der Telefonwerbung mit Geldbußen bis zu 50.000,-- € (§ 20 II UWG)

Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes

§ 7 II Nr. 2 UWG: Sanktion von Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern in Abgrenzung zu **sonstigen Marktteilnehmern**, insbesondere Unternehmern

- „Verbraucher“ (§ 2 II UWG i.V.m. § 13 BGB):

  jede natürliche Person, die im Geschäftsverkehr zu Zwecken handelt, die **nicht** ihrer gewerblichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit zuzurechnen sind

- „Unternehmer“ (§ 2 I Nr. 6 UWG):

  jede Person, die im Rahmen ihrer gewerblichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit handelt und jede Person, die im Namen oder Auftrag einer solchen Person handelt;

Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes

Bei Verbrauchern galt bisher:

telefonische Kontaktaufnahme wettbewerbsrechtlich unzulässig, wenn nicht - wie nach wie vor bei sonstigen Marktteilnehmern - wenigstens schlüssig, stillschweigend oder konkludent eingewilligt wurde

Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes

Beispiele unzulässiger telefonischer Werbeanrufe I:

- Cold Callings (Kaltakquise ohne Geschäftsbeziehung)
- Abtelefonieren von Telefonbucheinträgen
- Nacharbeiten von Kunden nach Kündigung
- Anruf nach Bitte des Kunden um Info-Material
- Anruf trotz fehlender oder unwirksamer Einwilligung
- Anrufe bei „Altkunden“ nach Unternehmenswechsel
- Anruf zur Erweiterung der Geschäftsverbindung

Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes

Beispiele unzulässiger telefonischer Werbeanrufe II:

- Erneuter Anruf nach Abschluss eines Einmalgeschäfts (LV)
- Anruf bei Kunden, der frühere Einwilligungserklärung widerrufen hat
- Rückruf bei Kunden, der ohne ausdrückliche Rückrufbitte im Unternehmen angerufen hat
- Schweigen des Interessenten auf Mailing, mit dem die Telefonwerbung angekündigt worden ist

Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes

Neu:

Erforderlich bei Verbrauchern ist stets die vorherige ausdrückliche Einwilligung

Form:

Schriftform nicht erforderlich, aber zu Beweiszwecken empfehlenswert, da Anrufer für Einwilligung des Angerufenen beweispflichtig ist

Lösung

Es einfach mit unterdrückter Rufnummer versuchen?

Keine gute Idee!

- Es ist verboten, bei Werbeanrufen die Telefonnummer zu unterdrücken (§ 102 II TKG)
- Verstoß gegen Rufnummerunterdrückungsverbot stellt Ordnungswidrigkeit dar (§ 149 I 1 Nr. 17c TKG)
- Es droht eine Geldbuße bis 10.000,-- € (§ 149 II1, 4. Variante TKG)

Lösung

Umsetzung zulässiger Telefonakquise

durch Einholung der ausdrücklichen Einwilligung von Empfehlungsinteressenten durch vorheriges Schreiben mit Rückantwortkarte, allerdings:

nicht durch E-Mailing, da dies ebenfalls nach § 7 II Nr. 3 UWG eine vorherige ausdrückliche Einwilligung des Empfängers erfordert

- Dabei wird Wettbewerbswidrigkeit nicht dadurch ausgeräumt, dass Identifizierung als eine solche in der Betreffzeile möglich ist oder

- Filter eingerichtet ist, der derartige E-Mails erkennen und aussondern kann

Fallstricke

Fallstricke

AGB-Einwilligung nur unter engen Voraussetzungen wirksam

<u>Lösung I:</u>

Einwilligungsklausel sollte so gestaltet sein, dass sie

- **nicht überrascht**
- **in ihrem Umfang nicht zu weit gefasst ist (konkrete Werbemaßnahmen)**
- **zeitlich eingegrenzt ist (z.B. abends zwischen 18h-21h)**
- **Einwilligung nicht unterstellt („opt-out-Verfahren“), sondern ausdrückliche Einwilligungserklärung vorsieht, Verbraucher also aktiv tätig werden muss („opt-in-Verfahren“)**
- **über jederzeitige Widerruflichkeit belehrt**

Fallstricke

AGB-Einwilligung nur unter engen Voraussetzungen wirksam
<u>Lösung II:</u>

Einwilligungsklausel sollte so gestaltet sein, dass sie

- **keine Telefonwerbung durch Dritte einschließt**
- **nicht mit anderen Vertragserklärungen kombiniert wird**
- **Hinweis darauf enthält, dass Verbraucher freiwillig einwilligt**
- **Verbraucher über entscheidungserhebliche Umstände unterrichtet**
- **Verbraucher Wahl zwischen gleichwertig präsentierten Möglichkeiten einräumt und eine Option nicht als vorzugswürdig suggeriert**

Rechtsfolgen des Verstoßes

Rechtsfolgen des Verstoßes

Bisherige Sanktionen rein zivilrechtlicher Natur:

- <u>Ansprüche des Verbrauchers:</u>

  Unterlassung und Schadenersatz nach §§ 1004, 823 I BGB aus der Verletzung des allg. Persönlichkeitsrechts

Rechtsfolgen des Verstoßes

- <u>des Mitbewerbers:</u>

  Unterlassung und Schadenersatz nach §§ 8 I, 9 Satz 1 UWG

- <u>von Wirtschafts- und Verbraucherverbänden (§ 8 III, Nr. 2, 3 UWG) :</u>

  Unterlassung und Gewinnabschöpfung nach §§ 8 I, 10 UWG

Rechtsfolgen des Verstoßes

Nunmehr zusätzlich: Bußgeldtatbestand des § 20 UWG:

- Bußgeldtatbestand allerdings nur gegenüber **Verbrauchern**
- unabhängig von zivilrechtlichen Abmahnungen, da Bußgelder anders als lauterkeitsrechtliche Ordnungsgelder auch schon beim ersten Verstoß verhängt werden können
- Verstöße gegenüber **Nichtverbrauchern** „nur“ wettbewerbswidrig, aber nicht bußgeldbewehrt

Rechtsfolgen des Verstoßes

Wie wird Geldbuße bemessen?

- Vorsätzliche Verstöße:

  Geldbuße bis zu 50.000,-- € (§ 20 II UWG),

- Fahrlässige Verstöße:

  Geldbuße bis zu 25.000,-- € (§ 17 II OWiG)

- Vorsatz und Fahrlässigkeit müssen sich auf die fehlende vorherige ausdrückliche Einwilligung beziehen
- Bei der Zumessung sind die wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters zu berücksichtigen (§ 17 III OWiG)
- Übersteigt der durch den Verstoß erlangte wirtschaftliche Vorteil die genannten Obergrenzen, können sie auch überschritten werden (§ 17 IV OWiG)

Rechtsfolgen des Verstoßes

Wer setzt die Geldbuße fest?

Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (§ 20 III UWG i.V.m. § 36 I OWiG)

Rechtsfolgen des Verstoßes

Wer ist Täter?

- Werbender Unternehmer selbst (trotz Einschaltung eigener Mitarbeiter oder eines Call-Centers)
- Call-Center
- Anrufender Mitarbeiter, sofern begründete Zweifel am Vorliegen einer Einwilligung

Prozessuales

Rechte des Mitbewerbers gegen unzulässige Telefonwerbung des Versicherungsmaklers

Erlass **einstweiliger Verfügung** nach vorheriger **Abmahnung**

gerichtet auf Unterlassung der unzulässigen Telefonwerbung

Rechte des Mitbewerbers gegen unzulässige Telefonwerbung des Versicherungsmaklers

Verfügungsanspruch

bei Zuwiderhandlungen gegen § 7 UWG

- Verbraucher: §§ 1004, 823 BGB
- Mitbewerber: §§ 8 I, 9 S. 1 UWG
- Verbände: §§ 8 I, 10 UWG

Verfügungsgrund

- § 12 II UWG begründet <u>für Ansprüche aus UWG</u> widerlegliche tatsächliche Vermutung der Dringlichkeit
- Bei schon seit längerer Zeit bestehender Möglichkeit der Einleitung des Hauptsacheverfahrens entfällt Vermutung

Rechte des Mitbewerbers gegen unzulässige Telefonwerbung des Versicherungsmaklers

Rechtsfolge

Versicherungsmakler hat Kosten des einstweiligen Verfügungsverfahrens und ggf. auch einer vorangegangenen Abmahnung zu tragen

Rechtsfolge bei Verstoß gegen einstweilige Verfügung

Wird gegen Verpflichtung auf Grund einstweiliger Verfügung verstoßen, ist Schuldner (also der Versicherungsmakler) gemäß § 890 ZPO wegen einer jeden Zuwiderhandlung auf Antrag von dem Prozessgericht zu Ordnungsgeld oder Ordnungshaft zu verurteilen