

DKM 2016

III. KONGRESS MAKLERRECHT: VORTRAG

**Rechtliche Herausforderungen des
digitalisierten Maklerbetriebes**

Dortmund, 27.10.2016

Referent: Jürgen Evers, Rechtsanwalt für Vertriebsrecht, Bremen

Überblick

- Ausgangslage
- Datenschutz im Maklerbetrieb
- Außenauftritt des Maklerbetriebs
- Werbung
 - Telefon
 - E-Mail, SMS, Messenger, Fax
 - Soziale Medien
- Folgen unlauterer Werbung
- Leads
- Online Vermittlung

Ausgangslage

Ausgangslage

Herausforderung Digitalisierung:

Optimierung der Beratungs- und Vermittlungstätigkeit mit digitaler Unterstützung Neuland:

- Internet
- Instant Messenger (z. B. WhatsApp)
- Social-Media-Plattformen (z. B. Facebook, Google+, Twitter)
- Smartphone-Apps

Ausgangslage

Chance der Digitalisierung:

- Digitalisierung schafft erhöhtes Maß an Transparenz und komfortablere Beratung- und Abschlussmöglichkeiten

Vorteil für VM:

- Kostenreduzierung bei höherer Einbindung des Kunden

Vorteil für Kunden:

- adäquate Kommunikation; Interaktionsmöglichkeiten

Ausgangslage

Hybride Betreuung

- heißt: Einsatz digitaler Technik im Beratungsprozess
- umfasst:
 - digitale und vom Kunden gesteuerte Erfassung und Umsetzung seiner Wünsche bis zum online-Abschluss
 - Beratung durch den Makler (Präsenztermin, Telefon, Video-Telefonie oder Live-Chat)
 - Kommunikation per E-Mail oder Messenger

Herausforderung: Wahrung des rechtlichen Rahmens in der digitalisierten Beratungstätigkeit

Datenschutz im Maklerbetrieb

Datenschutz im Maklerbetrieb

Grundlagen des Datenschutzrechts

- Bundesdatenschutzgesetz (BDSG)
- Landesdatenschutzgesetze
- spezielle Gesetze für bestimmte Teilbereiche des Datenschutzrechts
 - Bsp.: das Telemediengesetz (TMG) und das Telekommunikationsgesetz (TKG)
- verfassungsrechtliche Ebene: Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG)

Datenschutz im Maklerbetrieb

Schutzgut von hohem Rang

Rechtsprechung: Interesse des Kunden an Geheimhaltung personenbezogener Daten, sensibler Gesundheitsdaten und Kontrolle der Datenverwendung ist Schutzgut von hohem Rang

Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten ist deshalb **nur dann zulässig**, wenn:

- nach dem Gesetz erlaubt
- der Betroffene eingewilligt hat

Datenschutz im Maklerbetrieb

- Verantwortlichkeit des VM für Einhaltung der Bestimmungen des BDSG soweit er Daten erhebt, speichert oder überträgt
- Bezogen auf jede Phase der Handhabung von Daten, muss VM prüfen, ob Voraussetzungen für Umgang mit jedem einzelnen personenbezogenen Datum vorliegen

Datenschutz im Maklerbetrieb

Sicherheitsstandards für Daten: verschlüsseltes Mailpostfach

- *Innerbetriebliche Organisation ist so zu gestalten ist, dass sie besonderen Anforderungen des Datenschutzes gerecht wird (Anlage zu § 9 Satz 1, 2, 3 BDSG)*

Datenübermittlung via soziale Medien (Facebook-Messenger, WhatsApp)

- Kundendaten sollten nicht durch soziale Medien verschickt werden, weil sie über den Server von Dienstanibern verschickt werden
- es ist nicht auszuschließen, dass Dienstaniber oder staatliche Behörden Zugriff auf die Daten und Dokumente der Nutzer haben und diese auch gebrauchen

Datenschutz im Maklerbetrieb

Datenverarbeitung und -übermittlung in Sonderfällen

Neue Geschäftsmodelle durch Kooperation mit „InsurTechs“, z.B.

Produktentwicklung

- Community Life

Vertrieb

- flexperto

Vertragsverwaltung/-optimierung

- Getsafe

Schaden

- Assisto

Datenschutz im Maklerbetrieb

Hybride Betreuung

- Makler-App können einen Bedarf beim Kunden wecken, den Kunden vertieft informieren, Angebote erstellen und Kundenwünsche entgegen nehmen

elektronischer Versicherungsordner:

- Versicherer und Kunde sollen einfach und kostengünstig in direkten Kontakt gebracht werden

Datenschutz im Maklerbetrieb

Rechtlicher Rahmen

- Urheberrecht, soweit Werke Dritter verwendet werden (Fotos, Texte etc.)
- Markengesetz (z. B. bei der Namensgebung einer App)
- BDSG, weil zwangsläufig persönliche Daten des Kunden genutzt werden
- Telemediengesetz (TMG)

Datenschutz im Maklerbetrieb

Einschaltung oder Wechsel von Back-Office-Dienstleistern

- Einsatz von Maklerverwaltungssoftware oder/und Auslagerung einzelner Prozesse auf externe Dienstleister
- grds. ohne Einwilligung möglich:
 - sog. Auftragsdatenverarbeitung ist gem. § 11 BDSG nicht als Übermittlung i. S. d. § 3 Abs. 4 S. 3 Nr. 3 i. V. m. § 3 Abs. 8 S. 3 BDSG anzusehen

Datenschutz im Maklerbetrieb

Bestandsübertragung I

Möglichkeit personenbezogene Kundendaten weiterzugeben?

- *Übermittlung von Daten ist grundsätzlich nur möglich, soweit dies gesetzlich erlaubt ist oder der Betroffene eingewilligt hat (§ 4 BDSG).*

Erlaubnisnorm § 28 BDSG:

- Zulässigkeit der Datenweitergabe und Datennutzung, wenn berechtigte Interessen der übermittelnden Stelle oder des Empfängers vorliegen und schutzwürdige Interesse der Betroffenen nicht beeinträchtigt sind
- Einzelfallabwägung für jeden Kunden!
- Zulässigkeit nach § 28 BDSG ist risikobehaftet!

Fazit: Einholung der Einwilligung des Kunden erforderlich

Datenschutz im Maklerbetrieb

Bestandsübertragung II

Code of Conduct (CoC) des GDV für Maklerbetrieb I

- Datenschutzkodex des GDV
 - Sammlung von Richtlinien und/oder Regelungen, die sich VU als freiwillige Selbstbindung auferlegt haben; dient als Handlungsorientierung

Datenschutz im Maklerbetrieb

Bestandsübertragung III

- Anwendung des Art. 20 CoC
„(...) Im Falle eines Widerspruchs findet die Datenübermittlung grundsätzlich nicht statt (...)“
- widerspricht Kunde nicht, findet die Datenübermittlung nicht statt

Darf der Makler die so erlangten Daten verwenden?

- Verstoß gegen § 4 BDSG; fingierte Zustimmung grds. nicht ausreichend
- Strafbarkeit wegen Verletzung von Privatgeheimnissen gemäß § 203 Abs. 1 Nr. 6 StGB, soweit Bestandsdaten von Lebens-, Kranken- oder Unfallversicherungen betroffen sind

Datenschutz im Maklerbetrieb

Anforderungen an die Einwilligung I (§ 4 Abs. 1, 3. Variante BDSG)

- Freiwilligkeit: Makler darf Kunden weder zwingen, einzuwilligen, noch darf er Kunden in sonstiger Weise unter Druck setzen
 - Information über Zweck der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung der Daten
 - ggf. Hinweis auf die Folgen der Verweigerung
 - i.d.R. Schriftform

Achtung: Unterzeichnet Kunde ein Dokument, in Einwilligung neben anderen Erklärungen enthalten ist, muss Einwilligungserklärung drucktechnisch besonders hervorgehoben werden (§ 4 a Abs. 1 Satz 4 BDSG).

Datenschutz im Maklerbetrieb

Anforderungen an die Einwilligung II

(§ 4 Abs. 1, 3. Variante BDSG)

- ggf. richterliche Inhaltskontrolle
- Grundsatz der kundenfeindlichsten Auslegung
- ggf. Unwirksamkeit der Klausel wegen unangemessener Benachteiligung

Bei Nichtvorliegen einer Einwilligung ggf. Strafbarkeit wegen Verletzung von Privatgeheimnissen nach § 203 Abs. 1 Nr. 6 StGB soweit Bestandsdaten von Lebens-, Kranken- oder Unfallversicherungsverträgen betroffen sind.

Datenschutz im Maklerbetrieb

Rechte des Kunden I

- Benachrichtigungspflicht (Übermittlung von Basisinformationen)

Ausnahmen

- Kunde erlangt auf andere Weise von der Speicherung oder Übermittlung Kenntnis (§ 33 Abs. 12 Nr. 1 BDSG)
- Speicherung oder Übermittlung ist durch Gesetz ausdrücklich vorgesehen (§ 33 Abs. 12 Nr. 4 BDSG)
- die Daten sind für eigene Zwecke gespeichert und aus allgemein zugänglichen Quellen entnommen sind und eine Benachrichtigung wegen
- der Vielzahl der betroffenen Fälle unverhältnismäßig ist (§ 33 Abs. 2 Nr. 7 lit. a BDSG)

Datenschutz im Maklerbetrieb

Rechte des Kunden II

- Berichtigungspflicht für falsche o. unvollständige Daten (§ 35 Abs. 1 BDSG)
- Lösungsanspruch (§ 35 Abs. 2 BDSG)
- Sperrung von Daten (§ 35 Abs. 3 BDSG)
- Widerspruchsrecht (§ 35 Abs. 5 BDSG)
- Auskunftsrecht (§ 34 BDSG)

Datenschutz im Maklerbetrieb

Mögliche Sanktionen gegen VM bei Verletzung von Rechten des Kunden

- Schadensersatz (§ 7 S. 1 BDSG)
- Haftung aus Delikt (§ 823 Abs. 1 und 2 BGB)
- Ordnungswidrigkeit bei Verstoß gegen § 33 Abs. 1 BDSG bzw. gegen § 34 Abs. 1 BDSG (§ 43 Abs. 1 Nr. 8, Nr. 8a BDSG)
- Geldbuße bei Ordnungswidrigkeit bis zu 50 T€ (§ 43 Abs. 3 Satz 1 BDSG)

Außenauftritt des Maklerbetriebs

Außenauftritt des Maklerbetriebs

Internetauftritt/Impressum

- Tätigkeit des VM: gemäß § 34 d GewO erlaubnispflichtig
- Beachtung der Informationspflichten im Geschäftsverkehr nach TMG
 - bei geschäftlich genutzten Social-Media-Accounts (z. B. Twitter, Facebook, Google+) sollte Impressum eingerichtet werden!

Außenauftritt des Maklerbetriebs

Internetauftritt/Datenschutzerklärung

- weitere Informationspflicht nach dem TMG:
Datenschutzerklärung, die jederzeit abrufbar ist für Kunden

Gesetzliche Anforderungen

- Unterrichtung über Art, Umfang, und Zweck der Datenerhebung und -verwendung in verständlicher bzw. transparenter Form (§ 13 Abs. 1 TMG)
- Nutzer ist darauf hinzuweisen, dass er seine Einwilligung jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen kann (§ 13 Abs. 3 TMG)
- Nutzer ist anzuzeigen, wenn eine Weitervermittlung an anderen Diensteanbieter erfolgt (§ 13 Abs. 5 TMG)
- Nutzer ist darüber zu informieren, dass Diensteanbieter Nutzung und Bezahlung von Telemedien (Apps/Webseiten etc.) anonym oder unter Pseudonym zu ermöglichen hat, soweit technisch möglich und zumutbar (§ 13 Abs. 6 TMG)

Außenauftritt des Maklerbetriebs

Internetauftritt/Kontaktformular

- weitere Informationspflicht nach TMG: Angaben, die schnelle elektronische Kontaktaufnahme und unmittelbare Kommunikation mit VM ermöglichen, einschließlich Adresse für elektronische Post (E-Mail)
- Nutzeranfragen muss VM zeitnah beantworten; Webseitenbetreiber müssen innerhalb von 60 Minuten reagieren!
- erfolgt keine Antwort: Irreführung nach § 5 UWG; klagebefugte Verbände und Mitbewerber können Unterlassungsklage erheben
- im Übrigen: Bußgeld von bis zu 50 T€ bei Verstoß gegen § 5 TMG, ggf. Schadensersatzpflicht gem. § 823 Abs. 2 BGB

Außenauftritt des Maklerbetriebs

Internetauftritt / Verantwortlichkeit für Links

Grundsätzlich gilt:

„Wer sich fremde Informationen zu Eigen macht, auf die er mithilfe eines Links verweist, haftet dafür wie für eigene Informationen (...)“

(BGH, 18.06.2015 – I ZR 74/14, Juris Tz. 13)

- Entscheidend sind Umstände des Einzelfalls, insbesondere Art des verwendeten Links

Achtung: wer mit Links auf Seiten verweist, die beleidigende Inhalte haben und diese Inhalte kennt, ist zur Entfernung der Links verpflichtet

- Prüfpflicht nach Setzen eines Links besteht nur im Ausnahmefall

Außenauftritt des Maklerbetriebs

Internetauftritt

Gilt der für Offline-Vermittlung geltende Rechtsrahmen auch für Online-Vertrieb?

- Vermittler i.S.d. § 34 GewO oder bloße Vergleichsrechner?
 - Bei der Möglichkeit zum Online-Vertragsabschluss:
Versicherungsmakler (§ 59 Abs. 3 VVG)

Bei erstem Geschäftskontakt:

Mitteilung besonderer Statusinformationen (§ 11 VersVermV, klar, verständlich, Textform)

Soziale Medien

Präsenz

- Name für die Einrichtung eines Accounts
(Verhinderung von Account-Grabbing)
- Vorhalten eines Impressums (str.)
- Nutzung von Werken (Bilder, Videos):
Einwilligung des Rechteinhabers bzw. des Urhebers nötig
- Beachtung der jeweiligen AGBs der sozialen Netzwerke

Werbung

Werbung per Telefon

- **Spannungsverhältnis:** Interesse des VM an Telefonwerbung **vs.** Interesse des Verbrauchers an Privatsphäre
- „Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen“
- vorherige ausdrückliche Einwilligung des **Verbrauchers** in die telefonische Kontaktaufnahme nötig (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG)

Erfüllung vertraglicher Verpflichtungen, z.B. Überwachung und Optimierung des Versicherungsbedarfs des Kunden ≠ Werbung

Werbung per Telefon

Anforderungen an die Einwilligung i. S. d. UWG (§ 7)

- Erklärung in Kenntnis der Sachlage für konkreten Fall; Verbraucher muss wissen, dass Erklärung Einverständnis darstellt und worauf es sich bezieht
- Die Einwilligung erfolgt für den konkreten Fall, wenn klar wird, welche Produkte oder Dienstleistungen welcher Unternehmen von der Einwilligung konkret erfasst werden
- nur „Opt-in“-Methode

Werbung per Telefon

Anforderungen an die Einwilligung nach dem BDSG (§ 4a BDSG)

- Daten für Werbezwecke = i.d.R personenbezogene Daten
- keine Unterscheidung Verbraucher & Unternehmern
 - a) Hinweis auf den vorgesehenen Zweck der Erhebung
 - b) Hinweis auf die Verarbeitung oder Nutzung und
 - c) (soweit im Einzelfalls notwendig od. auf Verlangen)
Hinweis auf die Folgen der Verweigerung
- Einwilligung muss ohne Zwang erfolgen!
- Möglichkeit, Einwilligung durch Abwählen/Streichen zu versagen genügt („Opt-out“)

Werbung per Telefon

- für mutmaßliche Einwilligung **sonstiger Marktteilnehmer** (also potentielle Gewerbekunden) in telefonische Kontaktaufnahme ist sachliches Interesse erforderlich
- mutmaßliche Einwilligung ergibt sich nicht aus unwirksamer ausdrücklicher Einwilligung
- Anrufe des VM, die sich nicht auf die eigentliche geschäftliche Tätigkeit des Angerufenen beziehen, dürften wettbewerbswidrig sein

Werbung per E-Mail, SMS, Messenger, Fax

- vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten, also sowohl eines Verbrauchers als auch eines sonstigen Marktteilnehmers, nötig
- Erklärung in der Kenntnis der Sachlage und für den konkreten Fall
- Ausnahme bei elektronischer Post (§ 7 Abs. 3 UWG)
- Einwilligung kann durch Zeitablauf erlöschen! (1 ½ jähriges Zurückliegen der erteilten Einwilligung, LG Berlin, 09.12.2011 – 15 O 343/11, Juris Tz. 46)

Lösungsmöglichkeiten

- formularmäßige Einwilligungsklauseln = AGB
- Inhaltskontrolle gem. §§ 305 ff. BGB
- Grundsätzlich „Opt-in-Methode wählen („ausdrückliche Erklärung“)
- Nachweis wird durch „Double-opt-in-Verfahren“ ermöglicht
- Transparenzgebot: klare und verständliche Formulierung (mehrdeutige Inhalte vermeiden!)
- Vermeidung sog. überraschender Klauseln (§ 305 c Abs. 1 BGB)

Werbung per E-Mail, SMS, Messenger, Fax

E-Mail-Werbung: zusätzliche Anforderungen, § 6 Abs. 1, 2 TMG

- Werbung muss als solche erkennbar sein; in Kopf- und Betreffzeile darf weder Absender noch werbender Charakter der Nachricht verschleiert oder verheimlicht werden
- Diejenigen Personen (auch Unternehmen, Personenvereinigungen etc.), in deren Auftrag Werbe-E-Mail verschickt wird, müssen klar identifizierbar sein
- Angebote zur Verkaufsförderung wie Preisnachlässe, Zugaben, Geschenke müssen klar als solche erkennbar sein, Bedingungen für die Inanspruchnahme müssen leicht zugänglich sein und eindeutig angegeben werden

Werbung in sozialen Medien

Verwendung des Facebook Like-Buttons:

- Facebook erhält die IP-Adresse desjenigen, der auf den Like-Button klickt und zwar unabhängig davon, ob derjenige einen Facebook- Account besitzt oder nicht
- Informationen des Nutzers und dessen Aktivitäten auf der Seite werden ggf. mit seinem Profil bei Facebook verknüpft und dort gespeichert
- Datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit gem. § 12 TMG i.V.m. § 3 Abs. 7 BDSG
- keine Erlaubnis i.S.d. § 15 TMG mangels Erforderlichkeit

Rechtsfolgen unlauterer Werbung

Rechtsfolgen unlauterer Werbung

Unterlassungs-, Auskunfts- und Schadenersatzansprüche

- wettbewerbswidrig handelnde Telefonwerber & E-Mail-Sender können auf Beseitigung, bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden (§ 8 Abs. 1 UWG)
- bei vorsätzlichem/fahrlässigem Handeln: ggf. Schadenersatzpflicht (§ 9 UWG)
- Zurechnung wettbewerbswidriger Handlungen der Mitarbeiter des Handelsvertreters nach § 8 Abs. 2 UWG

Rechtsfolgen unlauterer Werbung

Ordnungswidrigkeit

- wettbewerbswidrige Telefonanrufe = Ordnungswidrigkeit gem. § 20 UWG
- bei vorsätzlichem oder fahrlässigem Handeln: Ahndung mit einem Bußgeld i. H. v. bis zu 300 T€
- Werbeanrufer dürfen ihre Telefonnummer nicht unterdrücken (§102 Abs. 2 i. V. m. § 149 Abs. 1 Nr. 17c Telekommunikationsgesetz)
- bei einem Verstoß: Ahndung mit einem Bußgeld bis zu 100 T€

Gewerbeordnung

- ggf. Widerruf der Versicherungsvermittlungserlaubnis bei fehlender Zuverlässigkeit (§ 34 d Abs. 2 Nr. 1 GewO)

Leads

Leads

- Kontaktdaten potenzieller Interessenten, die sich für ein bestimmtes Versicherungsprodukt interessieren
- Zweck:
 - Erhöhung der Abschlussquote
 - Abkürzung der Neukundenakquise
- Vorsicht beim Erwerb von Online-Leads!
- Lead-Verwender trifft wettbewerbsrechtliche Verkehrssicherungspflicht
- Umfang der Prüfpflicht ist offen
- bei Verstoß gegen diese Pflicht ggf. Inanspruchnahme auf Unterlassung (§ 7 Abs. 2 Nr. 2, Nr. 3 UWG)

Online-Vermittlung

Online-Vermittlung durch VM

Verletzung von Beratungspflichten, § 6 Abs. 6 VVG analog?

- Darüber, ob einem VM der online Absatz von Versicherungen möglich ist, ohne dass eine Befragungs- und Beratungspflicht nach § 61 VVG besteht, besteht Streit
- Internetauftritt, der keine Befragung oder Beratung des Kunden nach dessen Wünschen und Bedürfnissen vorsieht, birgt Risiko, dass VM auf Unterlassung in Anspruch genommen wird

Fragen?

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

Bereich VR: Jürgen Evers, Reinhold Friele, Britta Oberst,
Aline Reus, Sascha Alexander Stallbaum,
Dr. Friedemann Utz, Evelin Freundt

Adresse: Schwachhauser Heerstraße 25, 28211 Bremen

Telefon: 0421/ 696 77 0

Telefax: 0421/ 696 77 166

E-Mail: info@vr.bme-law.de

Internet: <http://www.bme-law.de>