

Abmahnfähige Fehler bei der Gestaltung von Maklerverträgen

Münster, den 2. Juli 2015



Referent: Jürgen Evers, Rechtsanwalt für Vertriebsrecht, Bremen

Kurzübersicht

Rechtsverhältnisse des Maklers und Maklerpflichten

Maklervertrag

AGB-Vertragskontrolle

Typische Fehler bei der Vertragsgestaltung

Abmahnrisiken wegen Verletzung von Maklerpflichten

Versäumnisse bei Information und Dokumentation

Aufklärungsversäumnis als Irreführung

Kundenabwehrschreiben

Abschlusskosten

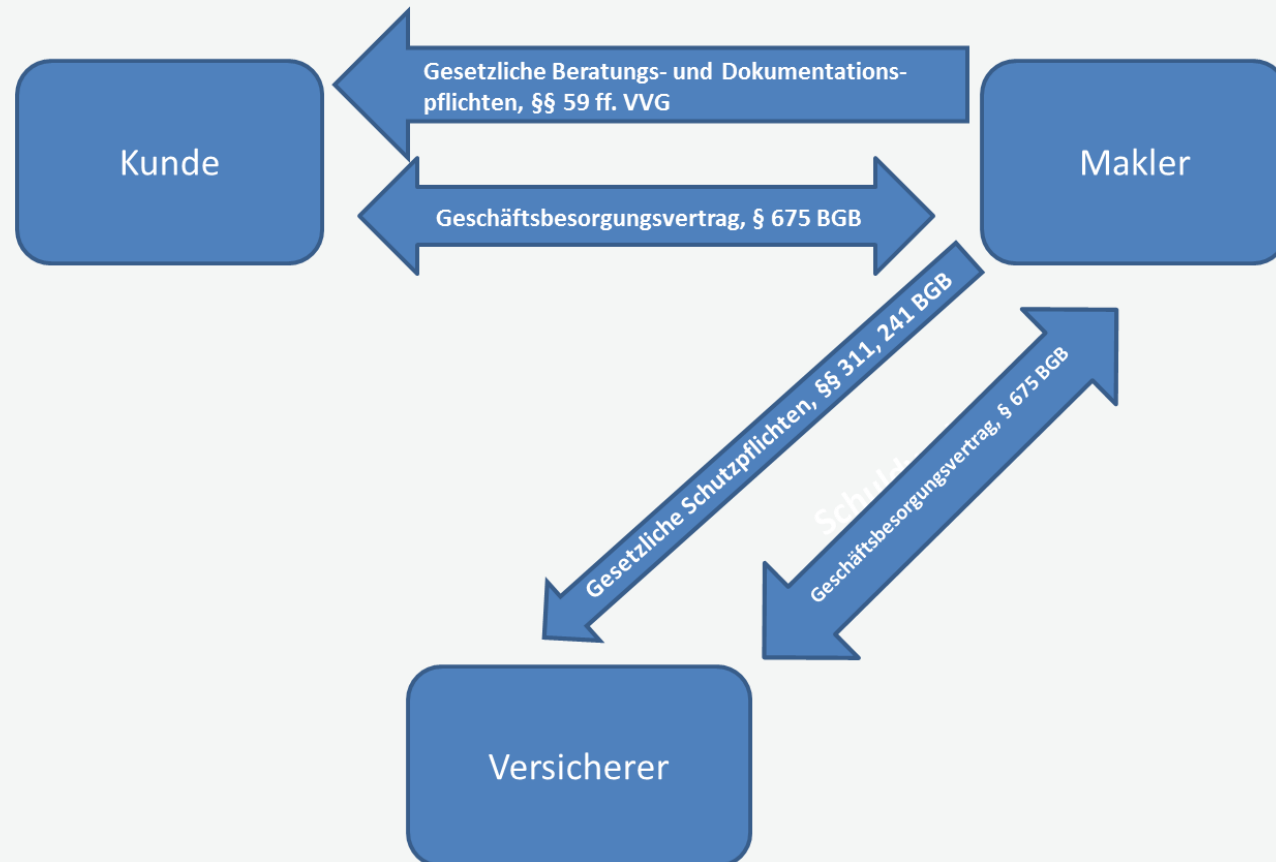
Vorgehensweise bei einer Abmahnung

Abmahnkosten

Telefonwerbung

Rechtsverhältnisse des Maklers und Maklerpflichten

Rechtsverhältnisse des Versicherungsmaklers



Maklerpflichten



Grundlage: §§ 60, 61, 62 VVG; Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen VM und VN, § 675 BGB (h.M. **BGH**, 22.05.1985 - IV a ZR 190/83 - **VertR-LS 11**)

Maklervertrag

Regelungsinhalt eines Maklervertrages

Ein Maklervertrag sollte folgendes regeln:

- a) Konkretisierung des Vertragsgegenstandes
- b) Leistungen des Maklers (Maklerpflichten)
- c) Obliegenheiten des Auftraggebers und deren Folgen
- d) Maklervergütung
- e) Maklerhaftung
- f) Laufzeit, Kündigung
- g) Maklervollmacht
- h) Einwilligung zur Kontaktaufnahme per Telefon, -fax und E-Mail
- i) Einwilligung zum Datenschutz

Schriftlicher Vertrag, warum überhaupt?

Ein schriftlicher Vertrag...

- zeigt Kunden Umfang und Grenzen der Maklerleistungen auf,
- schafft Klarheit und Konsens für Vertragsabwicklung und vermeidet Kundenunzufriedenheit durch Fehlvorstellungen,
- modifiziert gesetzliches Schuldverhältnis der §§ 59 ff. VVG,
- bildet Kern des Enthafungsmanagements,
- verhindert, dass Richter im Streitfall Maklerpflichten statuieren oder modellieren.

AGB-Vertragskontrolle

Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) sind Maklerklauseln gemäß § 305 I 1 BGB, wenn sie für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind und Makler diese als Verwender dem Kunden bei Vertragsschluss stellt

Im Privatkundengeschäft (gegenüber Verbrauchern) ist AGB-Recht gemäß § 310 III Nr. 2 BGB schon anwendbar, wenn die vorformulierte Vertragsbedingung nur zur einmaligen Verwendung bestimmt ist und soweit der Verbraucher auf Grund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte

Im Firmenkundengeschäft liegt die untere Grenze bei 3 bis 5 Verwendungen (*OLG Köln, Urt. v. 04.08.2000 – 4 U 60/99 – VertR-LS 9 – Chrysler 4 –*)

In der Praxis ist AGB-Recht – von wenigen Ausnahmen abgesehen – anwendbar

Individualklauseln

Makler-AGB liegen nicht vor, wenn Klauseln zwischen Makler und Kunden im Einzelnen ausgehandelt werden (§ 305 I 3 BGB)

Aushandeln erfordert, dass Makler Kunden wesentlichen Inhalt der Bestimmung ernsthaft zur Verhandlung stellt; Kunden muss Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen eingeräumt werden, damit er die reale Möglichkeit hat, Einfluss auf die inhaltliche Ausgestaltung der Maklervertragsbedingungen zu nehmen

Rechtsfolge: §§ 305 ff. BGB nicht anwendbar

Individualvereinbarungen unterliegen nicht der AGB-Kontrolle

AGB-Vertragskontrolle

Messlatten der AGB-Kontrolle

Bedingungswerk des Maklervertrags

1. muss für Kunden **klar und verständlich** sein (§ 307 I 2 BGB – Transparenzgebot –);
2. darf für Kunden **keine überraschende oder mehrdeutige Regelung** enthalten (§ 305 c BGB: Klausel darf nach den Umständen, insbesondere dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, nicht so ungewöhnlich sein, dass Kunde mit ihr nicht zu rechnen braucht – Nichteinbeziehungsgebot – und Grundsatz der kundenfeindlichsten Auslegung –)
3. darf nicht **unangemessen benachteiligen** (§§ 308, 309 BGB im Privatkundengeschäft sowie § 307 I BGB im Privat- und Firmenkundengeschäft – Benachteiligungsverbot –)

AGB-Vertragskontrolle

Rechtsfolgen bei AGB-Beanstandungen

- Hält Klausel richterlicher Inhaltskontrolle nicht stand, führt dies zur Unwirksamkeit der Klausel, nicht des VMV insgesamt, § 306 I, 2. Var. BGB
- Unwirksamkeit unselbständigen Klauselteils führt aber zur Unwirksamkeit der gesamten Klausel (Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, vgl. § 306 I BGB)
- Gesetz tritt an die Stelle unwirksamer Klauseln (§ 306 II BGB)
- Überraschende Klausel wird gar nicht erst Inhalt des VMV (§ 305 c I BGB)
- Auslegungszweifel gehen stets zu Lasten des Maklers (§ 305 c II BGB)

Typische Fehler bei der Vertragsgestaltung

Unklare Klauseln

Klauselbeispiel:

„Der Mandant beauftragt den Makler mit der Beratung, Konzeptionierung und Vermittlung seiner Versicherungsverträge vor dem zum Zeitpunkt der Vertragsschließung aktuellen Hintergrund.“

Haftungsverschärfende Klauseln

Klauselbeispiele:

*„Untersuchung des Versicherungsmarktes und Auswahl des Deckungsangebotes, das für das jeweilige Risiko **den bestmöglichen Versicherungsschutz** bietet.“*

*„Der Maklerauftrag gilt nur für die **in der Anlage vom Mandanten zu benennenden Versicherungen**. Soweit hier **keine Eintragungen** vorgenommen wurden, gilt der Auftrag für **alle bestehenden Versicherungsverträge** des Mandanten.“*

Unangemessen benachteiligende Klauseln

Klauselbeispiel:

„Ausgenommen vom Gegenstand dieses Maklerauftrages sind:

- 1. Direktversicherer**
- 2. Gesetzliche Sozialversicherungen**
- 3. Versicherer, die nicht der deutschen
Aufsichtsbehörde unterliegen**
- 4. Rechts- und Steuerberatung zu
Versicherungsprodukten“**

Unangemessen benachteiligende Klauseln

Klauselbeispiele:

*„Die vom Makler zu erbringende Leistung ist **auf die Vermittlung** des jeweiligen Versicherungsvertrages **beschränkt**; eine **über die Vermittlung** des jeweiligen Versicherungsvertrages **hinausgehende Beratungs- oder Betreuungspflicht ist nicht Gegenstand dieser Vereinbarung und wird vom Makler nicht geschuldet.**“*

*„Im Falle der Beendigung des Maklerverhältnisses, gleich aus welchem Grunde, wird **der Kunde den Versicherer** über den Termin der Beendigung des Maklervertrages **informieren.**“*

Unangemessen benachteiligende Klauseln

Klauselbeispiel:

„Der Makler übernimmt aufgrund des vorliegenden Vertrages folgende Leistungen für den Mandanten:

*Die Überprüfung und Anpassung des Versicherungsschutzes **nach erfolgter Mitteilung einer Risikoänderung** oder **nach entsprechender expliziter Beauftragung** des Mandanten.“*

Unangemessen benachteiligende Klauseln

Klauselbeispiel:

*„Der Makler erhält **ausreichend Zeit**, um die Vermittlung eines Versicherungsvertragsverhältnisses vorzubereiten und verschiedene Angebote bei den Versicherern einzuholen. **Benötigt der Mandant eine sofortige Deckung** eines Risikos, **hat er ein sofortiges Tätigwerden** mit dem Makler im Maklervertrag **schriftlich zu vereinbaren.**“*

Unangemessen benachteiligende Klauseln

Klauselbeispiel:

*„Im Falle einer ganzen oder teilweisen Aufgabe oder Veräußerung seines Geschäftsbetriebes sowie im Falle der Umgründung oder Fusion kann **der Makler diesen Vertrag auf einen Rechtsnachfolger übertragen**, der an seiner Stelle in den Maklervertrag eintritt. Der Kunde ist in diesem Falle berechtigt, den Vertrag innerhalb eines Monats nach Zugang einer entsprechenden Mitteilung durch den Makler zum Übertragungstermin zu kündigen.“*

Unangemessen benachteiligende Klauseln

Klauselbeispiel:

*„Haftung des Maklers ist im Falle **leicht fahrlässiger Verletzung seiner vertraglichen Pflichten** auf einen Betrag in Höhe von 1.230.000 EUR je Schadenfall begrenzt. Mindestens für diese Versicherungssumme hält der Makler eine VSH vor. Sollte in der Zukunft durch gesetzliche Anpassungen die Pflichtversicherung auf der Grundlage von § 34d Abs. 2 GewO i.V.m. § 9 VersVermV eine höhere Pflichtversicherungssumme mit sich bringen, gilt jeweils die höhere Summe. **Der Makler verpflichtet sich, für die Dauer seiner Tätigkeit die VSH aufrechtzuerhalten.**“*

Intransparente Klauseln

Klauselbeispiel:

*„Die Vergütung des Maklers trägt bei courtagepflichtigen Verträgen der Versicherer. Sie ist dann Bestandteil der Versicherungsprämie. Für den Fall, dass der Versicherer nur eine **geringe Courtage** gewährt, steht es dem Versicherungsmakler in Anlehnung an § 99 HGB frei, ein gesondertes Entgelt mit dem Auftraggeber zu regeln. Eine vertragswidrige Tätigkeit gem. § 654 BGB liegt insoweit nicht vor. Ist im Einzelfall nichts anderes vereinbart, schuldet der Auftraggeber für Beratung, Vermittlung und Betreuung im Hinblick auf courtagefreie Verträge die **übliche Vergütung**.“*

Unangemessen benachteiligende Klauseln

Klauselbeispiel:

*„Die Haftung aus der Versicherungsvermittlung trägt **ausschließlich der persönlich beratende Vermittler**, welcher in der zu erteilenden Erstinformation nach § 11 VersVermV zu benennen war. Er ist selbständiger Versicherungsvermittler mit eigener Zulassung und kein Erfüllungs- oder Verrichtungsgehilfe des Maklers.*

...

Die oben geregelten Haftungsbeschränkungen gelten nicht, soweit die Haftung des Maklers oder die daraus resultierenden Schadenersatzansprüche des Mandanten auf einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Pflichtverletzung des Maklers oder auf einer Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit beruhen.“

Unwirksame Widerrufsbelehrungen

Klauselbeispiel:

Widerrufsrecht

*„Ich/Wir kann/können diesen Versicherungsmaklervertrag innerhalb von 14 Tagen nach seiner Unterzeichnung widerrufen, und zwar auch dann, wenn der Makler mit seinen Dienstleistungen bereits begonnen hat. Mein Widerruf wird nur wirksam, wenn er in schriftlicher Form per eingeschriebenen Brief innerhalb der genannten Frist **beim Makler/Hauptverwaltung eingegangen** ist.“*

Insuffiziente Klauseln

Klauselbeispiele:

*„Eine anderweitige oder weitergehende Tätigkeits- oder
Beratungsverpflichtung, **außer für die Vermittlung und/oder
Verwaltung des gewünschten Versicherungsschutzes des
Mandanten besteht nicht.**“*

*„Der Makler verpflichtet sich, Versicherer **nur entsprechend der
Weisungen** des Mandanten zu informieren.“*

Insuffiziente Klauseln

Klauselbeispiel:

„Der Mandant (VN) willigt ein, dass die an der Versicherungsabwicklung beteiligten Unternehmen in erforderlichem Umfang Daten, die sich aus Antragsunterlagen oder der Vertragsdurchführung (Beiträge, Versicherungsfälle, Vertragsänderungen) ergeben, an Rückversicherer zur Beurteilung des Risikos und zur Abwicklung der Rückversicherung sowie zur Beurteilung des Risikos und der Ansprüche an andere Versicherer und an ihren Verband übermittelt. Diese Einwilligung gilt unabhängig vom Zustandekommen des Vertrages auch für die entsprechende Prüfung bei anderweitig beantragten Versicherungsverträgen und bei künftigen Anträgen. Der Mandant (VN) willigt ferner ein, dass diese Unternehmen, soweit dies zur ordnungsgemäßen Durchführung seiner Versicherungsangelegenheiten erforderlich ist, allgemeine Vertrags-, Abrechnungs- und Leistungsdaten speichern und an den Makler weitergeben dürfen. Gesundheitsdaten dürfen nur an Personen- und Rückversicherer übermittelt werden, an Makler dürfen sie nur weitergegeben werden, soweit es zur Vertragsgestaltung erforderlich ist. Etwaige Benachrichtigungen nach § 33 BDSG sind über den Makler an den Mandanten (VN) zu richten“.

Gründe der Insuffizienz der Datenschutzklausel der Versicherer

Die Datenschutzklausel der Versicherer ist auf Belange der Risikoträger zugeschnitten.

Es werden keine Personen konkret benannt, an die Makler Kundendaten weitergibt, z.B. Mitarbeiter, externe Dienstleister, Pools usw.

Die Ausrichtung der Tätigkeit des Maklers ist anders als die des Versicherers.

Makler sollte daher eine eigene auf seine Tätigkeit zugeschnittene Klausel verwenden.

Abmahnrisiken wegen Verletzung von Maklerpflichten

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 Informationen nach § 61 Abs. 1 VVG vor Vertragsabschluss zu überlassen, erfüllt Tatbestand einer unlauteren Handlung i. S. des § 4 Nr. 11 UWG (= Verstoß gegen gesetzlichen 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, 60 ff. 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 Maklerpflichten

Aufklärungsversäumnis als Irreführung

Klärt VM VN bei Kündigung der Bestandsverträge 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 VM nicht nur pflichtwidrig

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 Maklerpflichten

Aufklärungsversäumnis als Irreführung

Klärt VM 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 Erträgen aus LV durch das Alterseinkünftegesetz ist weder geschäftsmäßige Hilfeleistung in Steuersachen noch unerlaubte Rechtsdienstleistung

Abmahngefahren bei Verletzung von Maklerpflichten

Aufklärungsversäumnis als Irreführung

Behauptet VM bei Maklereinbruch in vertretervermittelte Versicherung, zwischen VM und VV gäbe es keinerlei Unterschiede mit Ausnahme des Umfangs der Versicherungsprodukte, kann 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 IV, VI 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 gilt z.B., wenn ein aus dem Unternehmen eines VV ausgeschiedener Untervermittler im Rahmen anschließender Maklertätigkeit Schreiben verwendet, mit denen Kunde dem Versicherer jegliche direkte oder indirekte Kontaktaufnahme über Vertreter untersagt

Abmahngefahren

Abschlusskostenausweis

Nicht gegen Marktverhaltensregeln verstößt VM, wenn er VN zum Vertragsabschluss rät, ohne auf verbundene Abschlusskosten hinzuweisen

Gebot, die in die Prämien einkalkulierten Abschlusskosten als einheitlichen Gesamtbetrag auszuweisen, richtet sich nur an VU;

VM ist weder Repräsentant noch Vertreter oder Erfüllungsgehilfe des VU

Abmahngefahren

Aufklärung über Abschlusskosten im Einzelfall

Soweit VM im Einzelfall nach § 242 BGB zur Aufklärung über Abschlusskosten verpflichtet ist, verletzt er keine Marktverhaltensregelung

Marktverhaltensregelungen = Normen, die ein typisiertes Verhalten im Markt regeln

Allgemeine Ge- und Verbote zur Beratung, die erst im konkreten Vertragsverhältnis einen spezifischen Inhalt erfahren, regeln kein Gruppenverhalten am Markt

Vorgehensweise bei einer Abmahnung

Vorgehensweise bei einer Abmahnung

Abmahnung = Hinweis eines Wettbewerbers auf ein wettbewerbswidriges Verhalten des Konkurrenten, verbunden mit der Aufforderung, dieses Verhalten künftig zu unterlassen

Abmahnung ist i.d.R. mit Aufforderung verbunden, eine strafbewehrte Erklärung dahingehend abzugeben, dass das abgemahnte Verhalten künftig unterlassen wird (= Vertragsstrafe bei neuerlichen Verstoß gleicher Art)

i.d.R. zusätzlich Aufforderung, dem Abmahnenden die diesem entstandenen Kosten, vor allem RA-Kosten, zu erstatten

Vorgehensweise bei einer Abmahnung

Typischerweise wird jedes Verhalten abgemahnt, das dem Abmahnenden deshalb als wettbewerbsfremd erscheint, weil der Abgemahnte sich dadurch einen irregulären Wettbewerbsvorteil zu verschaffen sucht oder verschaffen könnte

Wer eine Abmahnung erhält, sollte diese gründlich prüfen oder durch einen RA prüfen lassen, denn nicht selten

- ✓ enthalten sie inhaltliche Fehler
- ✓ sind die abzugebenden Unterlassungserklärungen zu weit gefasst
- ✓ oder ist das abgemahnte Verhalten nicht wettbewerbswidrig

Vorgehensweise bei einer Abmahnung

Richtige Person abgemahnt?

Richtet sich nach Verantwortlichkeit für das abgemahnte Fehlverhalten

Durch das UWG wird Kreis der abmahnfähigen Personen auf den Inhaber des Unternehmens erweitert, wenn für Unternehmen Mitarbeiter oder Beauftragte tätig werden, die sich unmittelbar wettbewerbswidrig verhalten (§ 8 II UWG)

In einem mehrstufigen Vertriebssystem ist es für Haftung des Unternehmens ausreichend, dass Berater in betriebliche Absatzorganisation des Unternehmens eingebunden und dem Unternehmen damit die Möglichkeit eröffnet ist, bestimmenden Einfluss auf die Vertriebsorganisation zu nehmen

Umgekehrt kann aber auch das Fehlverhalten einer Absatzorganisation, die aus selbständigen Vermittlern besteht, nicht immer demjenigen zugerechnet werden, von dem der Vermittler mit dem Produktabsatz beauftragt ist

Vorgehensweise bei einer Abmahnung

Richtige Person abgemahnt? (Fortsetzung)

Die notwendige Prüfung des Einzelfalls kann ergeben, dass zwar ein wettbewerbswidriges Verhalten des selbständig tätigen Vermittlers vorliegt, dieses aber dem Unternehmen nicht zugerechnet werden kann

Können die Geschäftsführer einer wettbewerbswidrig handelnden Gesellschaft den Nachweis führen, dass sie von dem monierten Verhalten keine Kenntnis gehabt haben und auch nicht ohne weiteres haben konnten, sind sie selbst wettbewerbsrechtlich nicht verantwortlich zu machen

Denn: im wettbewerbsrechtlichen Sinne haftet nach der Rechtsprechung grundsätzlich derjenige, der die wettbewerbswidrige Handlung selbst zielgerichtet vornimmt, zumindest von dieser Kenntnis hat oder sich diese Kenntnis ohne weiteres, bzw. mit unverhältnismäßigem Aufwand verschaffen kann

Vorgehensweise bei einer Abmahnung

Richtige Person abgemahnt? (Fortsetzung)

Erweist sich die Abmahnung mit der strafbewehrten Unterlassungserklärung

1. als inhaltlich zu weit gehend,
2. verpflichtet sie nicht die verantwortlichen Personen oder
3. sind etwa die in Ansatz gebrachten, zu erstattenden Kosten zu hoch,

steht der Abgemahnte vor der Wahl, die abgeforderte Erklärung überhaupt nicht oder in modifizierter Form abzugeben.

Denn selbst wenn die Abmahnung inhaltlich angreifbar ist, kann immer noch ein wettbewerbswidriges Verhalten vorliegen; dies ist etwa dann der Fall, wenn sich zwar nicht die Geschäftsführer des Unternehmens wettbewerbswidrig verhalten, aber das Unternehmen; in diesem Fall sollte darauf geachtet werden, eine eigene und zutreffende Unterlassungserklärung abzugeben.

Vorgehensweise bei einer Abmahnung

Umgang mit Mehrfachabmahnungen

Eine Besonderheit sind Mehrfachabmahnungen, bei denen ein abmahnfähiger Sachverhalt durch mehrere unterschiedliche Wettbewerber abgemahnt wird.

Jeder, der berechtigt abmahnt, hat einen Unterlassungsanspruch und Kostenerstattungsanspruch, eine Unterlassungserklärung muss aber nur einmal abgegeben werden.

Mehrfachabmahnungen lassen sich nach Eingang der ersten Abmahnung nicht ausschließen; insofern sollte man das berechtigt abgemahnte Verhalten unverzüglich unterlassen und die notwendige Unterlassungserklärung abgeben.

Gegebenenfalls haben dann mehrere Wettbewerber einen eigenständigen Anspruch auf Erstattung der ihnen entstandenen Rechtsanwaltskosten; zu prüfen ist, ob zum Zeitpunkt der Beauftragung eines Rechtsanwalts durch den Abmahnenden das wettbewerbswidrige Verhalten überhaupt noch begangen wurde.

Vorgehensweise bei einer Abmahnung

Umgang mit Mehrfachabmahnungen (Fortsetzung)

Dem später abmahnenden Wettbewerber sollte die bereits abgegebene Unterlassungserklärung übersandt werden, um diese nachzuweisen.

Gehen allerdings mehrere Wettbewerber ersichtlich gezielt gemeinschaftlich und gleichzeitig vor, kann es sich um eine extensive Mehrfachabmahnung handeln, die dann insgesamt unzulässig ist.

Den betreffenden Unternehmen wird von der Rechtsprechung die Möglichkeit der Durchsetzung ihrer Interessen im Rechtswege abgesprochen – etwaige Klagen sind dann schon unzulässig.

Nach dem UWG steht dem Abgemahnten sogar ein eigener Anspruch auf Erstattung ihm entstandener Kosten, Aufwendungen und Schäden zu.

Vorgehensweise bei einer Abmahnung

Die einstweilige Verfügung

Unterlässt der Abgemahnte das monierte Verhalten nicht oder gibt er die geforderte Unterlassungserklärung nicht ab, wird der Abmahnende bei Gericht den Erlass einer einstweiligen Verfügung beantragen.

Ziel ist es, dem Abgemahnten das gerügte Verhalten vorläufig zu untersagen und für jeden weiteren Verstoß ein Ordnungsgeld, ersatzweise Ordnungshaft, anzudrohen.

Im Allgemeinen kann bei Gericht der Erlass einer einstweiligen Verfügung regelmäßig durchgesetzt werden, wenn der Antrag in sachlicher und rechtlicher Hinsicht stichhaltig begründet ist.

Muss der Abgemahnte mit einem vom Abmahnenden angekündigten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung rechnen, sollte er bei dem für das Verfügungsverfahren zuständigen Gericht eine Schutzschrift einreichen, wenn er dringend darauf angewiesen ist, sich des abgemahnten Verhaltens zu bedienen.

Vorgehensweise bei einer Abmahnung

Die einstweilige Verfügung (Fortsetzung)

Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn die Verwendung bestimmter vom Abgemahnten eingekaufter Leads als wettbewerbsfremd abgemahnt wird, der Abgemahnte aber davon überzeugt ist, dass die Leads wettbewerbsrechtlich beanstandungsfrei generiert worden sind und er im Falle der verzögerten Bearbeitung Gefahr liefe, auf den Kosten für die dann wertlosen Leads hängen zu bleiben.

Schutzschrift = Schriftsatz, mit dem der Abgemahnte schon vor Eingang eines Antrages auf Erlass einer einstweiligen Verfügung dort die Sach- und Rechtslage aus seiner Sicht darstellt.

Die Schutzschrift verhindert nicht selten, dass das Gericht dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ohne mündliche Verhandlung stattgibt, da dann Schilderungen der Sach- und Rechtslage vorliegen, die einander widersprechen.

Vorgehensweise bei einer Abmahnung

Die einstweilige Verfügung (Fortsetzung)

Gegen die einstweilige Verfügung ist im gerichtlichen Widerspruchsverfahren vorzugehen.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist nur dann begründet, wenn der Abmahnende für den Erlass dringende Gründe vorbringen kann.

Allerdings erleichtert das Wettbewerbsrecht dem Abmahnenden den Nachweis, indem es die Dringlichkeit zu seinen Gunsten vermutet. Damit muss der Abmahnende die Dringlichkeit nicht darlegen, sondern der Abgemahnte muss sie widerlegen. Grundsätzlich entfällt diese Dringlichkeit, wenn der Abmahnende von dem abgemahnten Verhalten über einen Zeitraum von etwa sechs Monaten – dieser Zeitraum schwankt von Fall zu Fall – Kenntnis gehabt, aber gleichwohl nichts gegen das aus seiner Sicht wettbewerbswidrige Verhalten unternommen hat.

Abmahnkosten

Abmahnkosten

Beispiel am Streitwert von 25.000,00 Euro

Außergerichtliche Rechtsanwaltskosten:

Streitwert: € 25.000,00

1,3 Geschäftsgebühr, Nr. 2300 VV RVG	€ 1.024,40
Auslagenpauschale, Nr. 7002 VV RVG	<u>€ 20,00</u>
Zwischensumme	€ 1.044,40
19 % Umsatzsteuer	<u>€ 198,44</u>
Summe	<u><u>€ 1.242,84</u></u>

Abmahnkosten

Zusätzliche Kosten bei einem einstweiligen Verfügungsverfahren (ohne mündliche Verhandlung)

Fremde Anwaltskosten:

1,3 Verfahrensgebühr, Nr. 3100 VV RVG	€ 1.024,40
abzgl. 0,65 Geschäftsgebühr gem. Vorbem. 2.3 Abs. 4 VV RVG	€ <u>512,20</u>
Zwischensumme	€ 512,20
Auslagenpauschale, Nr. 7002 VV RVG	€ <u>20,00</u>
Zwischensumme	€ 532,20
19 % Umsatzsteuer	€ <u>101,12</u>
Summe	€ 633,32

Eigene Anwaltskosten:

1,3 Verfahrensgebühr, Nr. 3100 VV RVG	€ 1.024,40
Auslagenpauschale, Nr. 7002 VV RVG	€ <u>20,00</u>
Zwischensumme	€ 1.044,40
19 % Umsatzsteuer	€ <u>198,44</u>
Summe	€ 1.242,84

3-fache Gerichtskosten € 1.113,00

Gesamtsumme € **2.989,16**

Abmahnkosten

Zusätzliche Kosten bei einem Einstweiligen Verfügungsverfahren (mit mündlicher Verhandlung)

Fremde Anwaltskosten:

1,3 Verfahrensgebühr, Nr. 3100 VV RVG	€ 1.024,40
abzgl. 0,65 Geschäftsgebühr gem. Vorbem. 2.3 Abs. 4 VV RVG	€ <u>512,20</u>
Zwischensumme	€ 512,20
1,2 Terminsgebühr, Nr. 3104 VV RVG	€ 945,60
Auslagenpauschale, Nr. 7002 VV RVG	€ <u>20,00</u>
Zwischensumme	€ 1.477,80
19 % Umsatzsteuer	€ <u>280,78</u>
Summe	€ 1.758,58

Eigene Anwaltskosten:

1,3 Verfahrensgebühr, Nr. 3100 VV RVG	€ 1.024,40
1,2 Terminsgebühr, Nr. 3104 VV RVG	€ 945,60
Auslagenpauschale, Nr. 7002 VV RVG	€ <u>20,00</u>
Zwischensumme	€ 1.990,00
19 % Umsatzsteuer	€ <u>378,10</u>
Summe	€ 2.368,10

3-fache Gerichtskosten	€ <u>1.113,00</u>
Summe	€ <u>5.239,68</u>

zuzüglich: Abwesenheitsgeld / Fahrtkosten für Teilnahme an mündlicher Verhandlung
Bei einer Einigung zusätzlich: 1,0 Einigungsgebühr i.H.v. € 788,00 (Nr. 1003 VV RVG)

Telefonwerbung

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

Geltung:

Seit 04. August 2009

Änderung durch „Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken“ vom 1. Oktober 2013

Intention:

Verschärfung u.a. des UWG zum Schutz des **Verbrauchers** vor Werbeanrufen

Sanktion:

Pönalisierung der Telefonwerbung mit Geldbußen bis zu 300.000,-- € (§ 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 überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können.

- „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 vor der Gesetzesänderung im Jahre 2009:

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 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 Anbündelung von Risiken

Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes

Beispiele unzulässiger Werbeanrufe II:

- Erneuter Anruf nach Abschluss eines Einmalgeschäfts (Versicherungsvertrag = typisches Einmalgeschäft)
- 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

Wirksamkeitsanforderungen an Einwilligungserklärungen I

Erforderlich bei Verbrauchern ist stets die vorherige ausdrückliche Einwilligung

Form:

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

Wirksamkeitsanforderungen an Einwilligungserklärungen II

AGB-Einwilligung nur unter engen Voraussetzungen wirksam
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

Wirksamkeitsanforderungen an Einwilligungserklärungen III

AGB-Einwilligung nur unter engen Voraussetzungen wirksam
Einwilligungsklausel sollte so gestaltet sein, dass sie

- kein Einverständnis mit Telefonwerbung durch Dritte umfasst
- nicht mit anderen Vertragserklärungen kombiniert wird
- einen Hinweis darauf enthält, dass der Verbraucher freiwillig einwilligt
- den Verbraucher über entscheidungserhebliche Umstände unterrichtet
- Verbraucher zwischen gleichwertig präsentierten Alternativen wählen kann und Option nicht als vorzugswürdig suggeriert wird

Rechtsfolgen des Verstoßes

Sanktionen rein zivilrechtlicher Natur:

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

Rechtsfolgen des Verstoßes

- des Mitbewerbers:
Unterlassung und Schadenersatz nach §§ 8 I, 9 Satz 1 UWG
- von Wirtschafts- und Verbraucherverbänden (§ 8 III Nr. 2, 3 UWG) :
Unterlassung und Gewinnabschöpfung nach §§ 8 I, 10 UWG

Rechtsfolgen des Verstoßes

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 300.000,-- € (§ 20 II UWG),
- Fahrlässige Verstöße:
Geldbuße bis zu 150.000,-- € (§ 17 II OWiG)
- Vorsatz und Fahrlässigkeit müssen sich auf die fehlende vorherige ausdrückliche Einwilligung beziehen
- Bei der Zumessung sind grds. u.a. 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)

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

Marktlösungen

Es einfach mit unterdrückter Rufnummer versuchen?

- Es ist verboten, bei Werbeanrufen die Telefonnummer zu unterdrücken (§ 102 II TKG)
- Verstoß gegen Rufnummernunterdrückungsverbot stellt Ordnungswidrigkeit dar (§ 149 I Nr. 17c TKG)
- Es droht eine Geldbuße bis 100.000,-- € (§ 149 Abs. 2 Satz 1, 3. Variante TKG)

Marktlösungen

Kunden höflich um Bestätigung bitten, dass er mit dem Anruf einverstanden ist, bevor weiter telefoniert wird

allerdings:

- Nachträgliche Genehmigung ersetzt nicht vorherige Einwilligung
- Problem für Außendienst nicht beseitigt

Fragen ?

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

Bereich VR: Jürgen Evers, Reinhold Friele, Mary Gyamfuaa, Florian Jaacks; 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>



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