

# Keine Extrawurst für Versicherungsmakler

Die Sachwalter-Stellung enthebt Makler nicht davon, das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb zu beachten. Das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf beschäftigte sich mit einem derartigen Fall.

Der Wettbewerbssenat des OLG Düsseldorf hatte über die Unterlassungsklage eines Mitbewerbers gegen einen Versicherungsmakler zu entscheiden. Mit Service Calls hatte der Makler Kunden telefonisch kontaktiert und dabei auf die Möglichkeit hingewiesen, bestehende Versicherungen zu wechseln. Mit der Klage warf der Mitbewerber dem Makler vor, Telefonwerbung ohne die erforderliche vorherige Einwilligung betrieben zu haben. Der Makler verteidigte sich damit, er habe mit den Service Calls lediglich die ihm obliegende dauerhafte Pflicht zur Betreuung der Versicherungsinteressen seiner Kunden wahrgenommen. Landgericht und Oberlandesgericht ließen dies nicht gelten und winkten die Unterlassungsklage durch.

Der 15. Zivilsenat des OLG Düsseldorf erachtete den Unterlassungsanspruch des Maklers als gerechtfertigt an. Seine Begründung: Rufe ein Makler einen Ver-

## Kompakt

- Service Calls von Maklern sind Telefonanrufe, die auch Werbezwecken dienen.
- Der Makler muss entweder eine Einwilligung einholen oder einen anderen Kommunikationsweg wählen.
- Kann die Einwilligung nicht bewiesen werden, geht das auf jeden Fall zu Lasten des Maklers.

braucher an, um einen Service Call durchzuführen, sei dies Werbung mit einem Telefonanruf im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Nr. 2 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Zwar werde der Begriff der Werbung im UWG nicht definiert. Er sei jedoch grundsätzlich dem Begriff der Direktwerbung in Art. 13 Abs. 3 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation zuzuordnen, da § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG der Umsetzung dieser Bestimmung diene. Unter Direktwerbung werde Werbung verstanden, die sich unmittelbar an einen Marktteilnehmer wende, wie dies bei der Telefonwerbung der Fall sei.

## Wie der Begriff der Werbung definiert wird

Zwar definiere die Datenschutzrichtlinie den Begriff der Direktwerbung nicht selbst. Es sei aber davon auszugehen, dass der europäische Gesetzgeber ihn verstehen wissen wollte, wie er in Art. 2 lit. a der Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung bestimmt ist. Dieser definiert den Begriff Werbung als jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen oder den Vertrieb von Dienstleistungen, zu fördern. In diesem Sinne sei auch der Begriff der Werbung in § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG zu verstehen. Zwar beziehe sich diese Richtlinie wegen der Beschränkung auf Gewerbetreibende nicht auf Verbrau-

cher. Für diese sei aber die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken heranzuziehen. Diese sehe Werbung als Unterfall der kommerziellen Mitteilung beziehungsweise Kommunikation. Kommerzielle Kommunikation sei nicht nur die unmittelbar produktbezogene Werbung, sondern auch die mittelbare Absatzförderung, etwa durch Imagewerbung oder Sponsoring.

## Begriff weit auszulegen

Von dem Ziel eines Telefonanrufs, den Absatz von Waren oder Dienstleistungen zu fördern, sei auszugehen, wenn dieser objektiv darauf gerichtet ist, die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers zu beeinflussen und so den Absatz zu fördern. Dabei sei der Begriff der geschäftlichen Entscheidung weit auszulegen. Das Ziel der Absatzförderung oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen sei gegeben, wenn der Angerufene unmittelbar zu einem Geschäftsabschluss aufgefordert werden solle. Dazu genüge es, wenn bei einem bestehenden Vertragsverhältnis die Vertragsbeziehung fortgesetzt oder erweitert werden solle.

Im Rahmen eines bestehenden Vertragsverhältnisses werde die Fortsetzung oder Erweiterung der Vertragsbeziehung etwa dann angestrebt, wenn es um die Versicherung eines weiteren Risikos oder die Erhöhung der Versicherungssumme gehe. Ein Werbezweck würde auch dann verfolgt, wenn der Anruf bloß mittelbar dem Ziel diene, den Absatz oder Bezug von Waren oder Dienstleistungen zu för-



© Ivan Ivanov / iStock / Thinkstock

dern, zum Beispiel mittels eines Anrufes, um die Aufmerksamkeit des Verbrauchers auf ein bestimmtes Produkt zu lenken. Deshalb seien auch Kundenzufriedenheitsanfragen Werbung, weil sie jedenfalls auch dazu dienen, Kunden zu behalten und damit künftige Geschäftsabschlüsse zu fördern. Erst recht seien sie Werbung, wenn der werbliche Charakter des Anrufs dadurch verschleiert werde, dass er als Kundenbefragung bezeichnet werde.

Unerheblich für die Qualifizierung einer Kundenzufriedenheitsanfrage als Werbung sei es, dass die Anfrage mit einem anderen Anliegen verknüpft werde. Mit der Erwägung, sonstige Beweggründe stünden im Vordergrund, könne einer Kundenzufriedenheitsanfrage nicht der werbliche Charakter genommen werden. Diese zu Kundenzufriedenheitsanfragen entwickelten Grundsätze hat der Wettbewerbssenat des OLG Düsseldorf auf Ser-

vice Calls von Maklern übertragen. Nach seiner Auffassung steht dem nicht entgegen, dass der Makler gesetzlich zur Vertragsbetreuung gehalten ist, was die Abfrage nach der Zufriedenheit des Kunden einschließe. Es sei keineswegs evident, dass mit Service Calls keinerlei werbliche Absichten verbunden werden, auch wenn sie teilweise ohne neue Angebote erfolgten. Denn es gehe nichtsdestotrotz ersichtlich darum, die Wechselwilligkeit des Kunden zu überprüfen und bei Bedarf diesem entsprechende Angebote zu übermitteln. Dies habe der beklagte Makler selbst eingeräumt mit seinem Vortrag, er böte solche Dienste an, wenn sein Kunde beim Service Call dringenden Änderungsbedarf anmelde. Jedenfalls dienten diese Calls damit (auch) dazu, künftige Vertragsabschlüsse zu erleichtern.

## Kein unlauteres Verhalten an den Tag legen

Diese Wertung behindere den Makler auch keineswegs (unbillig) darin, seine Verpflichtungen, die Betreuung des Kunden, zu erfüllen. Denn versicherungsrechtliche Betreuungspflichten dispensierten Versicherungsmakler nicht von gleichrangigen gesetzlichen Pflichten. In Erfüllung seiner Betreuungspflichten dürfe der Makler daher kein unlauteres Werbeverhalten an den Tag legen. Komme er seiner (etwaigen) auf versicherungsrechtlicher Basis beruhenden Betreuungspflicht nach, indem er den Kunden telefonisch kontaktiere, dürfe er diese telefonische Kontaktaufnahme nur dann für eine (mittelbare) Werbung nutzen, wenn er zuvor eine ausdrückliche Einwilligung des Kunden eingeholt hat.

Der Senat stellt den Makler vor die Wahl, seinen versicherungs- und wettbewerbsrechtlich begründeten Verpflichtungen im Rahmen von Service Calls zu genügen: Der Makler könne eine telefonische Kontaktaufnahme zum Kunden durch die vorherige ausdrückliche Einwilligung legitimieren lassen oder alternativ einen anderen Kommunikationsweg wäh-

## Mehr Infos

Tipps und Informationen rund ums Thema Vertriebsrecht finden Sie auf der Homepage der Kanzlei Evers, Bremen, unter [www.evers-vertriebsrecht.de/](http://www.evers-vertriebsrecht.de/) oder bei RA Jürgen Evers, Telefon: 04 21/69 67 70.

len. Die erforderliche Einwilligung hat der Senat verneint.

## Makler trägt Darlegungs- und Beweislast

Mit dem Adjektiv „ausdrücklich“ stelle das Gesetz klar, dass eine konkludente Einwilligung nicht genüge. Seit Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) am 25. Mai 2018 sei die Legaldefinition der Einwilligung in Art. 4 Nr. 11 DSGVO maßgebend. Deshalb sei eine freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung erforderlich, mit der die betroffene Person zeigt, dass sie damit einverstanden ist, dass die betreffenden personenbezogenen Daten verarbeitet werden.

Als Werbender trage der Makler die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer vorherigen ausdrücklichen Einwilligung für seinen Service Call. Für den Nachweis der Einwilligung sei deren vollständige Dokumentation erforderlich. Erst wenn der Werbende seiner Darlegungslast genügt, obliegt es wieder dem anderen Teil darzulegen, dass dennoch kein Einverständnis mit Werbeanrufen erklärt worden sei.

Es gehe zulasten des Maklers, wenn weder die von ihm behauptete Einwilligung noch deren Nichtvorhandensein bewiesen werden können. ■



## Autor:

Jürgen Evers ist als Rechtsanwalt der Kanzlei Evers, Bremen, spezialisiert auf Vertriebsrecht, vor allem Handels-, Versicherungsvertreter- und Versicherungsmaklerrecht.