

## Service-Calls: Das UWG gilt trotz Betreuungspflicht

### Dauerhafte Betreuungspflicht und Sachwalter-Stellung entbinden Versicherungsmakler nicht vom Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG).

#### Die Kernaussagen

- Serviceanrufe von Maklern haben werblichen Charakter.
- Sie bedürfen deshalb einer ausdrücklichen Einwilligung des Angerufenen.
- Kann die Einwilligung nicht nachgewiesen werden, geht dies zulasten des Maklers.
- Online-Einwilligungen müssen vollständig dokumentiert werden.
  - Screenshots reichen nicht aus, wenn diese nicht erkennen lassen, wer die Inhalte eingepflegt hat, auf welchem Vorgang die Einträge beruhen und was dort eigentlich "submitted" worden ist.
- Dagegen besteht die Möglichkeit einen anderen Kommunikationsweg zu wählen, der keine vorherige ausdrückliche Einwilligung verlangt.

#### Der Streitfall

Ein Mitbewerber hat vor dem Wettbewerbssenat des Oberlandesgerichts (OLG) Düsseldorf gegen einen Versicherungsmakler auf Unterlassung geklagt. Dieser hatte im Rahmen eines Service-Calls Kunden telefonisch kontaktiert und dabei auf die Möglichkeit hingewiesen, bestehende Versicherungen zu wechseln. Der Mitbewerber warf dem Makler vor, Telefonwerbung ohne vorherige Einwilligung betrieben zu haben. Der Makler meinte, er habe lediglich die ihm obliegende dauerhafte Pflicht zur Betreuung der Versicherungsinteressen seiner Kunden wahrgenommen. LG und OLG ließen dies jedoch nicht gelten. Der 15. Zivilsenat des OLG sah den Unterlassungsanspruch des Maklers mit folgenden Erwägungen als gerechtfertigt an.

#### Die Begründung

Ein Service-Call eines Maklers, der sich an Verbraucher richte, sei als Telefonwerbung i.S. von § 7 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Nr. 2 UWG anzusehen. Zwar werde der Werbebegriff 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.

Zwar werde der Begriff der Direktwerbung auch in der Datenschutzrichtlinie nicht selbst definiert. Es sei aber davon auszugehen, dass der europäische Gesetzgeber ihn so verstanden 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 oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen 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 Verbraucher. Für diese sei aber die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken heranzuziehen, die Werbung als Unterfall der kommerziellen Mitteilung bzw. Kommunikation verstehe. Unter kommerzielle Kommunikation falle nicht nur die unmittelbar produktbezogene Werbung, sondern auch die mittelbare Absatzförderung, etwa durch Imagewerbung oder Sponsoring.

Es sei von dem Ziel eines Telefonanrufs, den Absatz von Waren oder Dienstleistungen zu fördern, auszugehen, wenn dieser objektiv darauf gerichtet ist, durch Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung des Verbrauchers den Absatz zu fördern. Dabei sei der Begriff der geschäftlichen Entscheidung weit auszulegen. Das Ziel der Förderung des Absatzes oder Bezuges von Waren oder Dienstleistungen sei stets gegeben, wenn der Angerufene unmittelbar zu einem Geschäftsabschluss bestimmt werden solle. Dazu genüge es, wenn im Rahmen eines bestehenden Vertragsverhältnisses die Fortsetzung oder Erweiterung der Vertragsbeziehung angestrebt werde. Dies sei der Fall, wenn es um die Versicherung eines weiteren Risikos oder die Erhöhung der Versicherungssumme gehe.

Es werde auch ein Werbezweck verfolgt, wenn der Anruf bloß mittelbar dem Ziel dienlich sei, den Absatz oder Bezug von Waren oder Dienstleistungen zu fördern, z.B. mittels eines Anrufes zu dem Zweck, die Aufmerksamkeit des Verbrauchers auf ein bestimmtes Produkt zu lenken. Deshalb seien auch Kundenzufriedenheitsanfragen Werbung, weil sie zumindest auch dazu dienen, Kunden zu halten 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 wird. 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 stehen, könne einer Kundenzufriedenheitsanfrage nicht der Charakter einer Werbung genommen werden.

Diese zu Kundenzufriedenheitsanfragen entwickelten Grundsätze hat der Wettbewerbssenat des OLG Düsseldorf auf Service-Calls von Maklern übertragen. Nach seiner Auffassung steht dem nicht entgegen, dass der Makler gesetzlich zur Vertragsbetreuung gehalten ist, was eine Erkundigung nach der Zufriedenheit des Kunden einschließe. Es sei keineswegs evident, dass mit Service-Calls keinerlei werbliche Absichten verbunden werden, auch wenn sie teilweise ohne Berücksichtigung neuer Angebote erfolgten. Denn es gehe nichts desto trotz ersichtlich darum, die Wechselwilligkeit des Kunden zu überprüfen und bei sich erweisendem Bedarf diesem entsprechende Angebote zu übermitteln. Dies habe der beklagte Makler selbst eingeräumt mit seinem Vortrag, er biete diese Dienste an, wenn sein Kunde im Rahmen des Service-Calls dringenden Änderungsbedarf anmelde. Jedenfalls dienten Serviceanrufe damit (auch) dazu, künftige Vertragsschlüsse zu erleichtern.

Es könne hierbei auch nicht von einer unbilligen Behinderung des Maklers bei der Erfüllung seiner versicherungsrechtlichen Betreuungspflichten die Rede sein. Denn diese befreiten den Makler nicht von gleichrangigen gesetzlichen Pflichten. Auch bei der 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: Entweder holt er vorher eine ausdrückliche Einwilligung ein oder er wählt einen anderen Kommunikationsweg.

Im Streitfall fehle es eben an einer ausdrücklichen vorherigen Einwilligung. Mit dem Adjektiv „ausdrücklich“ stelle das Gesetz klar, dass eine konkludente Einwilligung nicht genüge. Seit Inkrafttreten der DSGVO am 25.05.2018 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 oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung erforderlich, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist. Als Werbender trage der Makler die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Einwilligung. 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.

