

AFFILIATE & RECHT

[Startseite](#) | [Aufsätze](#) | [Urteile](#) | [Newsletter](#) | [Forum](#) | [Impressum](#) | [Über uns](#)

Einführung

- **Teil 1**
Vertragsverhältnisse zwischen Affiliate, Merchant und Affiliate-Netzwerk

- **Teil 2**
Sind Affiliates Handelsvertreter?

- **Teil 3**
Der Handelsvertreter-Ausgleich - Ein Faß ohne Boden für Merchants?

- **Teil 4**
Wie weit darf ein Affiliate die Marken und Werke (s)eines Merchants nutzen?

- **Teil 5**

Kritische Angebote in Partnerprogrammen: Finanzprodukte

von **RA Dr. Martin Bahr**  [Den Aufsatz downloaden](#)

1. Einführung:

Partnerprogramme werden auch von Unternehmen aus der Finanzbranche im Marketing eingesetzt. Dieser Bereich ist zum Schutz des Verbrauchers gesetzlich stark reguliert. Eine eigene Aufsichtsbehörde, die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, überwacht neben den Kreditinstituten auch den Vertrieb.

Häufig stellt sich die Frage, ob die strengen gesetzlichen Regeln auch für Affiliates gelten, die Finanzprodukte bewerben. Sollte dies zutreffen, so wären hohe Anforderungen an deren werbende und vermittelnde Tätigkeit zu stellen. Verstöße und Unregelmäßigkeiten würden teilweise Ordnungswidrigkeiten (§ 144 Gewerbeordnung = GewO) oder sogar Straftaten (§ 148 GewO) darstellen, die mit bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe geahndet werden können. Straftaten im ordnungsrechtlichen Bereich haben zudem häufig Gewerbe- und Berufsverbote zur Folge.

Kritische Angebote in Partnerprogrammen: Finanzprodukte

▪ Teil 6

Kritische Angebote in Partnerprogrammen: Medikamente und Arzneimittel

▪ Teil 7

Kritische Angebote in Partnerprogrammen: Gewinn- / Glücksspiele

▪ Teil 8

Mitstörerhaftung des Merchants für seinen Affiliate

▪ Teil 9

Rechtliche Betrachtung des URL-Hijacking

▪ Teil 10

Click Spamming: Ein (rechtlich) junges Phänomen

▪ Teil 11

Preisangabepflichten für Affiliates

Zum besseren Verständnis soll zunächst kurz die Vermittlung und Vermarktung von Finanzprodukten im "Offline"-Bereich dargestellt werden. Man unterscheidet hier nachfolgende Produktgruppen:

a) Girokonten

Konten aller Art, z.B. Giro- oder Termingeldkonten, dürfen in geschäftsmäßigem Umfang nur von Kreditinstituten angeboten werden. Beschränkungen hinsichtlich der Vermittlung bestehen nicht, zumal hier in der Regel auch kein großes finanzielles Risiko und kein erhöhter Beratungsbedarf bestehen.

b) Versicherungen

Der "freie Versicherungsvermittler" benötigt zum jetzigen Zeitpunkt lediglich eine Gewerbeanmeldung. Er ist meistens Handelsvertreter (§ 84 HGB) und damit Kaufmann. Jedoch werden nach einer neuen EU-Richtlinie (2002/92/EG) strengere Anforderungen an Versicherungsvermittler gestellt: Sie müssen sich künftig registrieren lassen, eine Berufshaftpflichtversicherung abschließen und zudem eine qualifizierte Ausbildung vorweisen können.

Die gesetzliche Umsetzung dieser Richtlinie ist in Deutschland noch nicht erfolgt, soll aber bis zum 15.01.2005 geschehen. Es ist davon auszugehen, dass als größte Veränderung zum Status Quo eine mindestens einjährige IHK-Ausbildung gefordert wird. Zuwiderhandlungen sollen als Ordnungswidrigkeit verfolgt werden.

c) Anteile an Kapitalanlagegesellschaften, Investmentanteile u.ä.

Vermittler von Anteilen an einer Kapitalanlagegesellschaft, ausländischen Investmentanteilen und anderen öffentlich angebotenen Vermögensanlagen benötigen nach § 34 c I Nr 1. b GewO für ihre Tätigkeit eine Erlaubnis. Diese wird von der Ordnungsbehörde regelmäßig an jeden vergeben, da sie nur rudimentäre Anforderungen an die persönliche Zuverlässigkeit stellt. So erhält diese Erlaubnis z.B. nur der nicht, wer in den letzten fünf Jahren vor Antragstellung wegen eines Eigentums- oder Vermögensdelikts rechtskräftig verurteilt wurde. Den zusätzlichen Anforderungen nach der o.g. EU-Richtlinie müssen diese Vermittler zusätzlich genügen.

d) Kredite

Darlehensvermittler benötigen ebenfalls eine Gewerbeerlaubnis nach § 34 c GewO. Ausgenommen von dieser Regelung sind lediglich Kreditinstitute, die eine gesonderte Erlaubnis nach dem Kreditwesengesetz innehaben, sowie Unternehmer, die Ratenzahlung akzeptieren,

z.B. Warenhäuser und der Versandhandel.

2. Anwendung auf Partnerprogramme:

Die genannten Vorschriften sind möglicherweise auch auf Affiliates anwendbar. Im folgenden sollen dazu ausschließlich das "Pay per Sale"- und das "Pay per Lead"-Programm betrachtet werden. Bei "Pay per Click" steht die Vermittlung eines Abschlusses nicht im Vordergrund, es handelt sich, auf das Produkt bezogen, meist um reine Werbung (siehe: Recht für Merchants und Affiliates - Teil I).

a) "Nachweis zum Abschluss solcher Verträge"

Kern des Problems ist der Wortlaut des § 34 c GewO:

GewO § 34c Makler, Bauträger, Baubetreuer

(1) Wer gewerbsmäßig

1. den Abschluss von Verträgen über (...)

vermitteln oder die Gelegenheit zum Abschluss solcher Verträge

nachweisen will, bedarf der Erlaubnis der zuständigen Behörde."

Danach bedarf somit nicht nur die eigentliche Vermittlung, sondern auch der Nachweis zum Abschluss solcher Verträge der ordnungsbehördlichen Genehmigung.

Unter der Vermittlung ist jede auf Vertragsschluss gerichtete Tätigkeit zu zählen, selbst wenn diese erfolglos bleibt. Ein Nachweis zum Vertragsschluss betreibt, wer dem Auftraggeber zwecks Anbahnung von Vertragsverhandlungen einen bisher unbekanntem Interessenten zuleitet.

aa) "Pay per Sale"

Ein einfaches "Pay per Sale"-Partnerprogramm, bei dem der potentielle Kunden auf einen Banner klickt, auf die Webseite des Merchants umgeleitet wird und dort einen Vertragsabschluss tätigt, fällt demnach nicht unter diese Regelung: Der Affiliate vermittelt hier nicht explizit die Daten des Kunden, sondern leitet den Kunden lediglich weiter. Er ist

vergleichbar mit einem "Marktschreier", der die Kunden anlockt, mit dem Verkauf aber nichts zu tun hat.

bb) "Pay per Lead"

Anders ist die Lage bei bestimmten "Pay per Lead"-Programmen, bei denen das Eingabeformular für die Daten des Interessenten gemeinsam mit der Information (z.B. über einen Aktienfond) sich auf der Webseite des Affiliates befindet. Der Affiliate ist hier mit einem Adressenvermittler zu vergleichen, der entgeltlich Interessentendaten sammelt und diese weiterleitet.

Hier ist es hilfreich, eine Entscheidung des BVerwG (Beschl. v. 10.10.1990 - Az: 1 B 131.90) aus dem Jahre 1990 heranzuziehen. Es ging dabei um die Frage, ob ein Adressvermittler, der in einer Datenbank Immobilien- und Wohnungsangebote sammelt und aktualisiert, einer besonderen Erlaubnis nach § 34 c Abs.1 Nr.1 a GewO bedarf, wenn er gegen Entgelt diese Daten an Immobilien- und Wohnungssuchende weitergibt.

Das haben die Richter klar bejaht:

"Es ist nicht zweifelhaft, dass es sich (...) um eine unter § 34 c Abs.1 Nr. 1 a GewO fallende Nachweistätigkeit handelt. Das Argument der Beschwerde, die geschilderte Tätigkeit unterscheide sich nicht von dem, was täglich verschiedene Zeitungen und andere Publikationsorgane tun, die in ihrem Anzeigenteil vergleichbare Informationen anbieten, trifft nicht zu.

Anders als bei derartigen Anzeigenpublikationen wird bei der hier zu beurteilenden Nachweistätigkeit eine Auswahl nach den vom einzelnen Interessenten angegebenen Kriterien vorgenommen; Zweck der Tätigkeit ist es, den jeweiligen Interessierten durch gezielte Adressenauswahl zu Kauf oder Miete (...) eines Grundstücks oder einer Wohnung zu verhelfen.

Dies ist die typische Nachweistätigkeit im Sinne des § 34 c Abs.1 Nr. 1 a GewO. Ob dabei Kartei und Schreibmaschine oder aber Computer eingesetzt werden, ist rechtlich unerheblich."

b) Gewerbliche Tätigkeit

Die Erlaubnis nach § 34 c GewO benötigt, wer dieser Tätigkeit gewerbsmäßig nachgeht. Gewerbsmäßigkeit ist die ständige, auf Gewinnerzielung ausgerichtete, und nicht nur gelegentliche Tätigkeit. Gewerbliche Nutzung liegt somit grundsätzlich schon beim entgeltlichen Einblenden von Bannerwerbung vor.

c) "Anbieten, Vorschlagen oder Durchführen anderer Vorbereitungsarbeiten"

Die für Versicherungs- und Investment-Vermittler zusätzlich relevante EU-Richtlinie 2002/92/EG definiert Vermittlung als

"Anbieten, Vorschlagen oder Durchführen anderer Vorbereitungsarbeiten zum Abschließen von Versicherungsverträgen oder das Abschließen [selbst]" (Art 2, Nr. 3).

Während das

"Anbieten, Vorschlagen oder Durchführen anderer Vorbereitungsarbeiten zum Abschließen von Versicherungsverträgen oder das Abschließen von Versicherungsverträgen oder das Mitwirken bei deren Verwaltung und Erfüllung, insbesondere im Schadensfall"

noch keine Vermittlung sein soll, sondern lediglich den Status des Tippgebers begründet (Art. 2 Nr. 3 UA 3).

Eine hinreichende Klarheit und Sicherheit ergibt sich durch diese Definitionen aber noch nicht. An diesem Zustand hat sich auch nichts durch die Umsetzung der Versicherungsvermittler im Jahre 2007 und der Verbraucherkreditrichtlinie im Jahre 2010 geändert. Es fehlt weiterhin an einer hinreichend präzisen, nationalen Norm.

d) Das "Tchibo"-Urteil aus dem Jahr 2010

Eine wichtige Entscheidung, die in diesem Zusammenhang nicht unerwähnt bleiben darf, bildet die "Tchibo"-Entscheidung des LG Hamburg (Urt. v. 03.04.2010 - Az.: 408 O 95/09). Der große deutsche Kaffee-Händler hatte auf seiner Internetseite unterschiedliche Versicherungs- und Finanzverträge von Dritten angeboten. Die Hamburger Richter stufen Tchibo als Finanz- und Versicherungsvermittler ein.

Vom Finanz- und Versicherungsvermittler abzugrenzen sei - so die Hamburger Richter - grundsätzlich der sogenannte Tippgeber. Der Tippgeber stelle lediglich den Kontakt zwischen

dem Interessenten und einem Vermittler bzw. dem späteren Vertragspartner her. Die Nennung von Abschlussmöglichkeiten und die Anbahnung von Verträgen stelle noch keine Vermittlung dar, wenn sie als vorbereitende Handlungen nicht auf eine konkrete Willenserklärung des Interessenten zum Abschluss eines Vertrages abzieln.

Tchibo sei nicht als bloßer Tippgeber, sondern vielmehr als Vermittler einzustufen, so die Robenträger, da es konkrete Versicherungs- und Finanzprodukte auf seiner Webseite präsentier und anbiete sowie den Kontakt zu den Vertragspartnern vermittele.

3. Fazit

Völlig problemlos und ohne besondere Erlaubnis können Girokonten in einem Partnerprogramm beworben werden. Bei Krediten und Anteilen an Kapitalgesellschaften liegt die Problematik bei dem Merkmal des "Nachweises" im § 34 c GewO. Unter Umständen wird hier eine besondere Gewerbeerlaubnis benötigt. Der Affiliate sollte hier die aktuelle Rechtsprechung und die weitere Rechtsentwicklung im Auge haben.

Abgesehen von den formalen Anforderungen ist speziell im Bereich der Finanzdienstleistung Wachsamkeit gefordert. Der Affiliate sollte den Merchant vorab genauer untersuchen, denn gerade der Finanzbereich ist ein traditionelles Feld für "schwarze Schafe".

Weitere Rechts-Portale von uns:

[Dialer & Recht](#) - Musterschreiben, Urteile und Aufsätze

[Glücksspiel & Recht](#) - Rechtliche Infos zu Glücks- und Gewinnspielen

[Mehrwertdienste & Recht](#) - Rechts-Infos zu Mehrwertdiensten

[R-Gespräche & Recht](#) - Urteile & Aufsätze zum Rechts-Problem der R-Gespräche

[Suchmaschinen & Recht](#) - Artikel, Infos und Urteile zum Recht der Suchmaschinen