

**BGH**

**26.2.2009**

**I ZR 28/06**

**Ein Versicherungsvertreter darf Kundendaten, die ein Geschäftsgeheimnis seines früheren Dienstherrn darstellen, nach der Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses nicht schon deshalb für eigene Zwecke verwenden, weil er die Kunden während des Bestehens des Handelsvertreterverhältnisses selbst geworben hat (im Anschluss an BGH, Urt. v. 28.1.1993 - I ZR 294/90, NJW 1993, 1786).**

**UWG § 17 Abs. 2, §§ 3, 4 Nr. 11**

LG Heidelberg, Entscheidung vom 22.03.2005 - 11 O 142/04

OLG Karlsruhe, Entscheidung vom 11.01.2006 - 6 U 84/05 -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. November 2008 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Pokrant, Prof. Dr. Büscher, Dr. Bergmann und Dr. Kirchhoff für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 11. Januar 2006 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

#### **Tatbestand:**

Der Beklagte ist selbständiger Versicherungsmakler. Er reichte seit 1991 Versicherungsverträge für von ihm geworbene Kunden über die Agentur seines Vaters bei der Rechtsvorgängerin der Klägerin ein, für die sein Vater seit 1966 als Versicherungsvertreter tätig war. Mit Schreiben vom 14. Juli 2004 kündigte die Klägerin das Generalagenturverhältnis mit dem Vater des Beklagten. Nach der Auflösung des Generalagenturverhältnisses schrieb der Beklagte rund 450 in der Vergangenheit von ihm betreute Kunden der Agentur seines Vaters an mit dem Ziel, ihnen neue Versicherungsverträge zu vermitteln.

Die Klägerin hat darin ein unlauteres Verhalten gesehen. Sie hat behauptet, der Beklagte sei als Angestellter seines Vaters tätig geworden, und hat ihn im Wege der Stufenklage auf Auskunftserteilung und Schadensersatz sowie auf Unterlassung und Löschung der von ihm gespeicherten Kundendaten sowie Herausgabe der Kundenunterlagen in Anspruch genommen.

Der Beklagte ist dem entgegengetreten und hat geltend gemacht, die angeschriebenen Kunden habe er in seiner Eigenschaft als freier Makler geworben. Er habe nicht die Unterlagen der Agentur seines Vaters, sondern ausschließlich seine eigenen Aufzeichnungen über die von ihm geworbenen Kunden verwendet.

Das Landgericht hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt. Das Berufungsgericht hat die Klage auf die Berufung des Beklagten abgewiesen.

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision, mit der sie ihr Klagebegehren weiterverfolgt. Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

## Entscheidungsgründe:

### I.

Das Berufungsgericht hat angenommen, die mit der Klage erhobenen Ansprüche bestünden nicht, weil dem Beklagten ein Wettbewerbsverstoß nicht angelastet werden könne. Zur Begründung hat es ausgeführt:

Auf eine vertragliche Grundlage könne die Klägerin ihre Ansprüche nicht stützen, weil die Parteien zu keinem Zeitpunkt vertraglich miteinander verbunden gewesen seien. Die Klage sei auch nicht unter dem Gesichtspunkt unlauteren Wettbewerbs begründet. Der Beklagte sei als freier Versicherungsvertreter grundsätzlich nicht gehindert, Kunden der Klägerin abzuwerben. Es könne ihm daher nicht als Wettbewerbsverstoß angelastet werden, wenn er versucht habe, Kunden, die der Rechtsvorgängerin der Klägerin von der früheren Versicherungsagentur seines Vaters zugeführt worden seien, zur Beendigung des Vertragsverhältnisses mit der Klägerin und zum Abschluss von Verträgen mit anderen Versicherungsgesellschaften zu veranlassen. Er habe sich dabei auch nicht unlauterer Mittel bedient. Ein Verstoß gegen § 17 Abs. 1 UWG scheide aus, weil nicht nachgewiesen sei, dass der Beklagte bei der Rechtsvorgängerin der Klägerin oder bei seinem Vater angestellt gewesen sei. Er habe sich ein Geschäftsgeheimnis der Klägerin auch nicht unbefugt verschafft oder es unbefugt verwertet. Die Kenntnis der Namen der von ihm angeschriebenen Kunden habe er sich in redlicher Weise dadurch verschafft, dass er diese Kunden selbst geworben und über die Agentur seines Vaters an die Rechtsvorgängerin der Klägerin vermittelt habe. Der Inhalt der vom Beklagten versandten Schreiben sei wettbewerbsrechtlich ebenfalls nicht zu beanstanden. Sie dienten dem grundsätzlich nicht zu missbilligenden Zweck der Kundenwerbung.

### II.

Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg. Sie führen zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Nach den vom Berufungsgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegten tatsächlichen Feststellungen können ein Wettbewerbsverstoß des Beklagten und damit ein Anspruch der Klägerin auf Unterlassung, Herausgabe oder Löschung der Kundendaten sowie auf Auskunft und Schadensersatz nicht verneint werden.

1. Die Annahme des Berufungsgerichts, ein Verstoß gegen § 17 Abs. 1 UWG scheide schon deshalb aus, weil nicht nachgewiesen sei, dass der Beklagte bei der Rechtsvorgängerin der Klägerin oder bei seinem Vater angestellt gewesen sei, ist allerdings aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

a) Täter eines Geheimnisverrats nach § 17 Abs. 1 UWG kann nur eine Person sein, die bei dem Unternehmen beschäftigt ist, dem das Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis zusteht. Der Begriff des bei einem Unternehmen Beschäftigten i.S. von § 17 Abs. 1 UWG ist zwar weit auszulegen; selbständige Gewerbetreibende fallen jedoch nicht darunter (RG JW 1927, 2378; Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., § 17 Rdn. 14; Ohly in Piper/Ohly, UWG, 4. Aufl., § 17 Rdn. 13; MünchKomm.UWG/Brammsen, § 17 Rdn. 32 m.w.N.).

b) Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, dass der Beklagte eine selbständige Tätigkeit ausgeübt hat. Es sei nicht nachgewiesen, dass er bei der Rechtsvorgängerin der Klägerin oder bei seinem Vater angestellt gewesen sei. Dagegen erhebt die Revision keine Rügen. Sie macht lediglich geltend, nach den Feststellungen des Landgerichts habe der Beklagte jedenfalls als Untervertreter seines Vaters gehandelt oder sei wie ein solcher zu behandeln. Danach scheidet der Beklagte als Täter eines Geheimnisverrats nach § 17 Abs. 1 UWG aus, selbst wenn er, wie die Revision geltend macht, als Untervertreter seines Vaters i.S. von § 92 Abs. 1 und 2, § 84 Abs. 3 HGB tätig geworden sein sollte. Auch der Handelsvertreter, der als Untervertreter für einen anderen Handelsvertreter als Unternehmer Geschäfte vermittelt oder in dessen Namen abschließt, übt eine selbständige Tätigkeit aus (vgl. § 84 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 HGB). Als Täter eines Geheimnisverrats nach § 17 Abs. 1 UWG kommt daher nur der nicht selbständig tätige Handelsvertreter in

Betracht, der nach § 84 Abs. 2 HGB als Angestellter gilt (vgl. Fezer/Rengier, UWG, § 17 Rdn. 29; Harte-Bavendamm in Harte/Henning, UWG, § 17 Rdn. 8).

2. Einen Verstoß gegen § 17 Abs. 2 UWG hat das Berufungsgericht mit der Begründung verneint, der Beklagte habe sich weder ein Geschäftsgeheimnis der Klägerin unbefugt verschafft (§ 17 Abs. 2 Nr. 1 UWG) noch es unbefugt verwertet (§ 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG). Diese Beurteilung hält auf der Grundlage der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis i.S. von § 17 UWG ist jede im Zusammenhang mit einem Betrieb stehende Tatsache, die nicht offenkundig, sondern nur einem eng begrenzten Personenkreis bekannt ist und nach dem bekundeten, auf wirtschaftlichen Interessen beruhenden Willen des Betriebsinhabers geheimgehalten werden soll (vgl. BGH, Urt. v. 15.3.1955 - I ZR 111/53, GRUR 1955, 424, 425 - Möbelpaste; Urt. v. 1.7.1960 - I ZR 72/59, GRUR 1961, 40, 43 = WRP 1960, 241 - Wurftaubenpresse; Urt. v. 7.11.2002 - I ZR 64/00, GRUR 2003, 356, 358 = WRP 2003, 500 - Präzisionsmessgeräte). Kundendaten eines Unternehmens können ein Geschäftsgeheimnis darstellen, wenn sie Kunden betreffen, zu denen bereits eine Geschäftsbeziehung besteht und die daher auch in Zukunft als Abnehmer der angebotenen Produkte in Frage kommen. Dabei darf es sich nicht lediglich um Angaben handeln, die jederzeit ohne großen Aufwand aus allgemein zugänglichen Quellen erstellt werden können (vgl. BGH, Urt. v. 27.4.2006 - I ZR 126/03, GRUR 2006, 1044 Tz. 19 = WRP 2006, 1511 - Kundendatenprogramm). Da das Berufungsgericht zu den Kundendaten, die der Beklagte nach dem Vortrag der Klägerin für die Anschreiben an die rund 450 Kunden der Agentur seines Vaters verwendet haben soll, keine näheren Feststellungen getroffen, sondern insoweit ein Geschäftsgeheimnis der Klägerin unterstellt hat, ist hiervon zu Gunsten der Klägerin für die revisionsrechtliche Prüfung auszugehen.

b) Der Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte habe sich diese Kundendaten nicht unbefugt i.S. von § 17 Abs. 2 Nr. 1 UWG verschafft, weil es sich um Daten von Kunden handle, die er selbst geworben habe, kann aus Rechtsgründen nicht beigetreten werden.

aa) Der Umstand, dass der Beklagte - unstreitig - schon während der Zeit seiner Tätigkeit für die Agentur seines Vaters Kenntnis von den in Rede stehenden Kundendaten erlangt hat, schließt nicht aus, dass er sich das in diesen Daten verkörperte Geschäftsgeheimnis der Klägerin unbefugt verschafft hat. Ein ausgeschiedener Mitarbeiter darf zwar die während der Beschäftigungszeit erworbenen Kenntnisse auch später unbeschränkt verwenden, wenn er keinem Wettbewerbsverbot unterliegt (vgl. BGHZ 38, 391, 396 - Industrieböden; BGH, Urt. v. 3.5.2001 - I ZR 153/99, GRUR 2002, 91, 92 = WRP 2001, 1174 - Spritzgießwerkzeuge). Dies gilt allerdings nur für Informationen, die er in seinem Gedächtnis bewahrt (BGH, Urt. v. 14.1.1999 - I ZR 2/97, GRUR 1999, 934, 935 = WRP 1999, 912 - Weinberater) oder auf die er aufgrund anderer Quellen zugreifen kann, zu denen er befugtermaßen Zugang hat. Die Berechtigung, erworbene Kenntnisse nach Beendigung des Dienstverhältnisses auch zum Nachteil des früheren Dienstherrn einzusetzen, bezieht sich dagegen nicht auf Informationen, die dem ausgeschiedenen Mitarbeiter nur deswegen noch bekannt sind, weil er auf schriftliche Unterlagen zurückgreifen kann, die er während der Beschäftigungszeit angefertigt hat (BGH, Urt. v. 19.12.2002 - I ZR 119/00, GRUR 2003, 453, 454 = WRP 2003, 642 - Verwertung von Kundenlisten). Liegen dem ausgeschiedenen Mitarbeiter derartige schriftliche Unterlagen - beispielsweise in Form privater Aufzeichnungen oder in Form einer auf dem privaten Notebook abgespeicherten Datei - vor und entnimmt er ihnen ein Geschäftsgeheimnis seines früheren Arbeitgebers, verschafft er sich damit dieses Geschäftsgeheimnis unbefugt i.S. von § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG (BGH GRUR 2006, 1004 Tz. 14 - Kundendatenprogramm, m.w.N.).

bb) Einem solchen Verwertungsverbot im Hinblick auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse unterliegen nicht nur angestellte Handelsvertreter i.S. von § 84 Abs. 2 HGB, sondern auch Handelsvertreter, die eine selbständige Tätigkeit ausüben (§ 84 Abs. 1 Satz 2 HGB). Nach § 90 HGB darf der (selbständige) Handelsvertreter Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, die ihm anvertraut oder als solche durch seine Tätigkeit für den Unternehmer bekannt geworden sind, auch nach Beendigung

des Vertragsverhältnisses nicht verwerten oder anderen mitteilen, soweit dies nach den gesamten Umständen der Berufsauffassung eines ordentlichen Kaufmanns widersprechen würde. Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob der Beklagte als Untervertreter i.S. von § 92 Abs. 1 und 2, § 84 Abs. 3 HGB, § 59 Abs. 2 VVG für seinen Vater tätig geworden ist, wie das Landgericht angenommen hat, oder die Kunden, wie er behauptet hat, als Versicherungsmakler (§ 59 Abs. 3 VVG) vermittelt hat. Für die rechtliche Beurteilung in der Revisionsinstanz ist daher mit der Revision der Klägerin davon auszugehen, dass dem Beklagten die Kundendaten als Untervertreter seines Vaters bekannt geworden sind.

cc) Das Verwertungsverbot nach § 90 HGB betrifft grundsätzlich alle Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, die dem ausgeschiedenen Handelsvertreter während des Vertragsverhältnisses bekannt geworden sind. Es ist daher entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts im Streitfall für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung nach § 17 Abs. 2 UWG ohne Belang, dass dem Beklagten die Namen der von ihm angeschriebenen Kunden deshalb bekannt geworden sind, weil er die Kunden (als Untervertreter i.S. von §§ 92, 84 Abs. 3 HGB) selbst geworben und über die Agentur seines Vaters an die Rechtsvorgängerin der Klägerin vermittelt hat.

(1) Im handelsrechtlichen Schrifttum ist umstritten, ob und unter welchen Umständen nach Beendigung des Handelsvertretervertragsverhältnisses einem Verwertungsinteresse des Handelsvertreters an der Nutzung der Daten von ihm neu gewonnener Kunden ein Vorrang vor dem Geheimnischutzinteresse des Unternehmers einzuräumen ist. Teilweise wird ohne Einschränkung die Ansicht vertreten, Kundenlisten, die der Handelsvertreter durch Gewinnung neuer Kunden selbst entwickelt habe, dürfe er nach Vertragsbeendigung, auch wenn sie bisher geheimhaltungsbedürftig gewesen seien, nunmehr für eigene Zwecke verwerten (Staub/Brüggemann, Großkommentar zum HGB, 4. Aufl., § 90 Rdn. 4; Staub/Emde, Großkommentar zum HGB, 5. Aufl., § 90 Rdn. 8). Teilweise wird auf eine Interessenabwägung abgestellt und ein überwiegendes Verwertungsinteresse des Handelsvertreters nur angenommen, wenn und soweit er zur Sicherung seiner wirtschaftlichen Lage auf die Verwertung der Kundenliste angewiesen ist, wobei zu berücksichtigen sein könne, ob sich die Aufwendungen des Handelsvertreters für die Gewinnung oder Erhaltung der Kunden noch nicht ausgezahlt haben (vgl. Thume in Küstner/Thume, Handbuch des gesamten Außendienstrechts, Bd. 1, 3. Aufl. Rdn. 2176). Nach anderer Ansicht ist nur die branchenfremde Verwertung der Namen und Anschriften selbst geworbener Kunden frei; die branchengleiche Verwertung soll dagegen nur erlaubt sein, wenn die Kunden ohne Zutun des Handelsvertreters entschlossen sind, die Geschäftsbeziehungen zu dem Unternehmer nicht mehr fortzusetzen (vgl. Hopt in Baumbach/Hopt, HGB, 33. Aufl., § 90 Rdn. 7; MünchKomm.HGB/ v. Hoyningen-Huene, 2. Aufl., § 90 Rdn. 24 f.; ähnlich OLG Koblenz NJW-RR 1987, 95, 98).

(2) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist dagegen für eine Abwägung mit einem Verwertungsinteresse des Handelsvertreters im Rahmen des § 90 HGB schon von vornherein kein Raum. Vielmehr ist der Handelsvertreter nach § 667 BGB, der auf die Rechtsbeziehungen zwischen Unternehmer und Handelsvertreter als einem Auftragsverhältnis ergänzend anzuwenden ist, verpflichtet, nach Beendigung des Vertragsverhältnisses alle Kundenanschriften an den Unternehmer herauszugeben. Die Herausgabepflicht bezieht sich auf alles, was der Handelsvertreter aus der Tätigkeit für den Unternehmer erlangt; sie umfasst demnach auch die Daten solcher Kunden, die der Handelsvertreter selbst geworben hat (vgl. BGH, Urt. v. 28.1.1993 - I ZR 294/90, NJW 1993, 1786, 1787; Urt. v. 10.5.1995 - VIII ZR 144/94, NJW-RR 1995, 1243 f.).

(3) War der Beklagte als Untervertreter seines Vaters tätig, wovon für die rechtliche Beurteilung in der Revisionsinstanz auszugehen ist, war er folglich nach § 667 BGB verpflichtet, alle Kundenanschriften, auch solche von ihm neu gewonnener Kunden, an die Klägerin herauszugeben. Zwischen der Klägerin und dem Beklagten bestanden nach den Feststellungen des Berufungsgerichts zwar keine unmittelbaren Vertragsbeziehungen. Eine Herausgabepflicht des Beklagten bestand jedoch jedenfalls mittelbar, weil er gegenüber seinem Vater und sein Vater gegenüber der Klägerin der Herausgabepflicht nach § 667 BGB unterlagen.

c) Aus den dargelegten Gründen können entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auf der Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen auch die Voraussetzungen einer unbefugten Verwertung i.S. von § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG nicht verneint werden.

3. Ist demnach für die rechtliche Beurteilung in der Revisionsinstanz von einem Verstoß gegen § 17 Abs. 2 UWG auszugehen, so folgt der Unterlassungsanspruch aus § 8 Abs. 1 Satz 1 i.V. mit §§ 3, 4 Nr. 11 UWG. Die Verpflichtung zum Schadensersatz ergibt sich aus § 9 Satz 1 UWG, der vorbereitende Auskunftsanspruch aus § 242 BGB. Herausgabe oder Vernichtung der Kundendaten kann mit dem Anspruch auf Beseitigung nach § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG verlangt werden (vgl. BGH GRUR 2006, 1044 Tz. 17 - Kundendatenprogramm, m.w.N.). Die für diese Beurteilung maßgebliche Rechtslage hat sich durch das Inkrafttreten des Ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 22. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2949) am 30. Dezember 2008 nicht geändert.

### III.

Auf die Revision der Klägerin ist das angefochtene Urteil daher aufzuheben. Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

Das Berufungsgericht wird zunächst festzustellen haben, ob - und gegebenenfalls in welchem Umfang - der Beklagte bei der Vermittlung der von der Agentur seines Vaters betreuten Kunden, wie er behauptet hat, als Versicherungsmakler tätig geworden ist. Kunden, die der Beklagte als Versicherungsmakler über die Agentur seines Vaters vermittelt hat, sind auch seine Kunden, weil der Versicherungsmakler im Auftrag des Kunden tätig wird (vgl. § 59 Abs. 3 VVG). Eine Pflicht des Beklagten zur Herausgabe solcher Kundendaten an die Klägerin bestünde nicht, so dass insoweit ein Verstoß gegen § 17 Abs. 2 UWG zu verneinen wäre.

Soweit der Beklagte als Untervertreter seines Vaters i.S. von §§ 92, 84 Abs. 3 HGB tätig geworden sein sollte, wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, ob das Klagebegehren der Klägerin zu weit geht, weil es sich auch auf Kundendaten bezieht, zu deren Verwertung der Beklagte befugt ist. Das auf Schadensersatz, Unterlassung, Auskunft, Herausgabe und Löschung gerichtete Begehren der Klägerin erfasst den gesamten Bestand der von der früheren Agentur des Vaters des Beklagten betreuten Versicherungskunden der Klägerin. Es kann jedoch nur insoweit begründet sein, als der Beklagte verpflichtet ist, die betreffenden Kundendaten an die Klägerin herauszugeben, und er ihm bekannte Kundendaten nicht zu eigenen Zwecken verwenden durfte. So darf er insbesondere Namen und Anschriften von Kunden, die ihm unabhängig von schriftlichen oder sonstigen Aufzeichnungen bekannt sind und die er deshalb im Gedächtnis behalten hat oder die er aufgrund seiner Kenntnis leicht ermitteln kann, unbeschränkt verwenden (vgl. BGH GRUR 1999, 934, 935 - Weinberater). Nach seinem unter Beweis gestellten Vorbringen in der Berufungsinstanz hat der Beklagte zudem einzelne, von ihm namentlich benannte Kunden nicht nur an die Rechtsvorgängerin der Klägerin, sondern auch an andere Versicherungsgesellschaften vermittelt. Auf die Daten solcher Kunden, über die er aufgrund der Vermittlung an andere Versicherungsgesellschaften befugtermaßen verfügt, darf der Beklagte, selbst wenn er diese Kunden für die Rechtsvorgängerin der Klägerin als Untervertreter seines Vaters und nicht als Versicherungsmakler erworben haben sollte, auch nach der Beendigung der Rechtsbeziehungen zu der Klägerin weiterhin zugreifen.