

Anmerkung zum Beschluß des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 27. Januar 2000 - I ZR 241/97 (Telefonwerbung VI) [Urteilsanmerkung]

Thomas M. J. Möllers

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Möllers, Thomas M. J. 2001. "Anmerkung zum Beschluß des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 27. Januar 2000 - I ZR 241/97 (Telefonwerbung VI) [Urteilsanmerkung]." JuristenZeitung (JZ) 56 (2): 102-4.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under the following conditions:

Deutsches Urheberrecht

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publizieren>



Mohr Siebeck
72010 Tübingen
Postfach 20 40
ISSN 0022-6882

Redaktion:
72074 Tübingen
Wilhelmstraße 18
e-mail: jz@mohr.de

Telefon
(07071) 923-52
Telefax
(07071) 923-67

Juristen JZ Zeitung

2 56. Jahrgang
19. Januar 2001
Seiten 53-104

Aus dem Inhalt:

Albert Bleckmann

Das europäische Demokratieprinzip

Stefan Muckel

Islamischer Religionsunterricht und Islamkunde
an öffentlichen Schulen in Deutschland

Beate Gsell

Kaufrechtsrichtlinie und Schuldrechtsmodernisierung

Reinhard Damm und **Elena von Mickwitz**

Kooperation und Haftung in interprofessionellen
Sozietäten

EuGH mit Anmerkung von

Martina R. Deckert und **Werner Schroeder**

Arbeitnehmerfreizügigkeit und Kündigungsabfindung

BVerfG mit Anmerkung von

Georg Hermes

Kompetenzabgrenzung bei der Verwaltung
von Bundesfernstraßen

BGH mit Anmerkung von

Fritz Ossenbühl

Abgrenzung zwischen hoheitlicher Amtshaftung
und privater Deliktshaftung

BGH mit Anmerkung von

Thomas M. J. Möllers

Vorformuliertes Einverständnis mit Telefonwerbung
durch die Bank?



dingung nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bundesweit von allen V. Banken verwendet wird.

Der Senat kann allerdings offenlassen, ob der Begriff der Geldangelegenheiten – wie das Berufungsgericht ausführt – sich im gegebenen Zusammenhang auf Bankgeschäfte im Sinne des Kreditwesengesetzes beschränkt oder – wie die Revision meint – nach heutigem Verständnis weit ausgelegt werden muß und Geldanlagen in Versicherungen, Bausparverträgen oder sonstigen Finanzdienstleistungsprodukten umfaßt (vgl. auch *Reischauer/Kleinhans*, KWG, Losebl., Stand August 1998, § 1 Rdn. 5 a; *Beck*, KWG, Losebl., Stand Oktober 1999, § 1 Rdn. 49).

Auch wenn die Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit dem Einverständnis der Kundin zur – auch telefonischen – Beratung in Geldangelegenheiten weit auszulegen wären und danach auch in Telefonwerbung der Beklagten für den Abschluß einer Kapitallebensversicherung bei ihrer Kooperationspartnerin eingewilligt worden wäre, so ist die Klausel doch als unangemessene Benachteiligung nach § 9 AGBG unwirksam (vgl. *BGHZ* 141, 124 ff.; 141, 137 ff.).

Die Klausel ist gemäß § 8 AGBG am Maßstab des § 9 AGBG zu messen, da sie von der gesetzlichen Regelung des § 1 UWG in ihrer Ausprägung durch die Rechtsprechung abweicht, nach der Telefonwerbung gegenüber Privaten grundsätzlich unzulässig ist. Geboten ist insoweit in Verbandsklageverfahren nach § 13 Abs. 2 Nr. 3 UWG ebenso wie bei Verbandsklagen gemäß § 13 Abs. 2 Nr. 1 AGBG eine generalisierende und die beiderseitigen Interessen abwägende Betrachtung. Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind nach § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen; dies ist nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG im Zweifel anzunehmen, wenn sie mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren sind. So liegt es hier.

Der wettbewerbsrechtlichen Mißbilligung unerbetener Telefonwerbung im privaten Bereich liegt der Gedanke zugrunde, daß der Schutz der Individualität vorrangig gegenüber dem wirtschaftlichen Gewinnstreben von Wettbewerbern ist und daß die berechtigten Interessen der gewerblichen Wirtschaft, ihre Produkte werbemäßig anzupreisen, es angesichts der Vielfalt der Werbemethoden nicht erfordern, mit der Werbung auch in den privaten Bereich des unvorbehaltenen Verbrauchers einzudringen ist (st. Rspr.; *BGH GRUR* 1995, 220 – Telefonwerbung V, m. w. N.; *BGHZ* 141, 124 ff.; 141, 137 ff.). Danach ist es bei einer generalisierenden Abwägung der beiderseitigen Interessen gerade auch gegenüber dem in seiner Privatsphäre geschützten Werbeadressaten unangemessen, wenn Kontoeröffnungsanträge von Banken eine vorformulierte Einverständniserklärung des Kunden enthalten, die eine telefonische Werbung der Bank für Vertragsabschlüsse in anderweitigen Geldangelegenheiten ermöglichen soll, die über das Vertragsverhältnis mit der Bank, mit dem die Abgabe der Einverständniserklärung in Zusammenhang steht, hinausgehen (*BGHZ* 141, 124 ff.). Die Unangemessenheit der Klausel wird entgegen einer im Schrifttum vertretenen Auffassung (vgl. *v. Westphalen* BB 1999, 1131 f.; *Imping* MDR 1999, 857) nicht dadurch ausgeräumt, daß die vorformulierte Einverständniserklärung jederzeit widerruflich ist, denn damit wird die Initiative zur Wiederherstellung der ungestörten Privatsphäre in unzulässiger Weise auf den Betroffenen verlagert (*BGHZ* 141, 124 ff.; 141, 137 ff.).

4. Der Beurteilung der beanstandeten Telefonwerbung als wettbewerbswidrig steht die Richtlinie 97/7/EWG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. 5. 1997 über

den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (Fernabsatzrichtlinie – ABl. EG Nr. L 144 v. 4. 6. 1997, S. 19), deren Umsetzungsfrist am 4. 6. 2000 abläuft, nicht entgegen. Zum einen enthält die Richtlinie nur eine Mindestregelung, die den Mitgliedstaaten grundsätzlich einen weitergehenden Schutz der Verbraucher freistellt (Art. 14 FernabsatzRiL). Sodann findet die Richtlinie nach ihrem Art. 3 Abs. 1 1. Spiegelstrich keine Anwendung auf Verträge über Finanzdienstleistungen, zu denen gemäß Anhang II 2. Spiegelstrich auch Versicherungsgeschäfte zählen. Soweit eine spezielle Richtlinie für den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen geplant ist, die nicht nur den Mindest-, sondern auch den zulässigen Höchststandard beschreiben soll, kann dies noch nicht berücksichtigt werden. Insoweit liegt bislang lediglich der 1998 vorgelegte Vorschlag der Kommission vor

Anmerkung

Professor Dr. **Thomas M. J. Möllers**, Universität Augsburg

1. Zum Sachverhalt

In der vorstehenden Entscheidung des I. Senates¹ hatte eine Genossenschaftsbank, die im Rahmen eines Agenturvertrages auch Versicherungsverträge vermittelt, dem Kunden bei der Eröffnung von Sparkonten vorgegedruckte Texte vorgelegt, die in dieser Form bundesweit von allen Genossenschaftsbanken verwendet werden. Der Kunde erklärte sich durch Unterschrift mit der „persönlichen und telefonischen Beratung in Geldangelegenheiten durch die Bank einverstanden“. Dabei war hinter den Varianten „einverstanden“/„nicht einverstanden“ das Kästchen hinter dem Wort „einverstanden“ bereits angekreuzt. Der *BGH* erachtete die Klausel in Übereinstimmung mit der Vorinstanz² für rechtswidrig. Im Ergebnis und auch weitgehend inhaltlich schloss sich der für das Wettbewerbsrecht zuständige I. Senat damit einem Urteil des für das Bankrecht zuständigen XI. Senates aus dem Jahre 1999 an³.

2. Die Begründung

a) Allgemeines Persönlichkeitsrecht und § 1 UWG

Der für das Bankrecht zuständige XI. Senat stützte sich im letzten Jahr noch vorwiegend auf einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB, nämlich einer „besonders schwerwiegenden Beeinträchtigung der verfassungsrechtlich geschützten Privatsphäre“ des Verbrauchers⁴. Diese Argumentation ist aber zu eng, denn sie läßt außer Acht, dass der Gewerbetreibende Telefonanrufe zwar auch abwehren, sich aber nicht auf das Persönlichkeitsrecht, sondern nur auf eine „belästigende Störung“⁵ der beruflichen Tätigkeit berufen kann⁶.

Erfreulicherweise übernimmt der I. Senat diese wenig überzeugende Begründung des XI. Senates nicht, sondern

¹ Auch abgedruckt in WM 2000, 1264 = ZIP 2000, 113 = WRP 2000, 722 = VersR 2000, 864 – Telefonwerbung VI.

² *OLG Stuttgart* BB 1997, 2181 = WM 1998, 2054 = WuB V B. § 1 UWG 1.99, 268 (*van Look*).

³ *BGHZ* 141, 124 = JZ 1999, 1120 (*Möllers*) = NJW 1999, 1864 = WM 1999, 841 = ZIP 1999, 846 = EWIR § 9 AGBG 4/99, 433 (*Ulrich*) = DB 1999, 1109 = BB 1999, 1130 (*von Westphalen*) = WRP 1999, 660 = MDR 1999, 856 (*Imping*) = VersR 1999, 971 = DStR 1999, 909.

⁴ *BGHZ* 141, 124 (Fn. 3), unter II.2. Nur ergänzend hatte der XI. Senat § 1 UWG herangezogen.

⁵ *BGHZ* 113, 282, 285 = NJW 1991, 2087 – Telefonwerbung IV; *BGH* NJW 1996, 660 – Telefaxwerbung.

stützt sich vielmehr auf § 1 UWG. Zwischen dem Schutz der Individualsphäre des Angerufenen und dem wirtschaftlichen Gewinnstreben der Wettbewerber müsse eine Interessenauswägung vorgenommen werden: Angesichts der Vielfalt der Werbemethoden sei es nicht erforderlich, in den privaten Bereich des Verbrauchers einzudringen⁷. Diese Überlegungen finden sich an anderer Stelle auch in der Rechtsprechung des *EuGH*, der Einschränkungen von Werbeformen fast ausnahmslos für zulässig erklärt⁸. Überdies soll das Vertrauen der Anleger in den Finanzmarkt durch solche Anrufe nicht erschüttert werden, wie dies in der Wertpapierdienstleistungs-RiL⁹ oder der Rechtsprechung des *EuGH* zum Ausdruck kommt¹⁰. Und schließlich stellt es eine Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des Kunden dar, wenn der Werbende den Überraschungseffekt solcher Telefonanrufe nutzt, um den Angerufenen zu einem Vertragsschluss zu überreden¹¹. Schließlich läßt sich auch die negative Informationsfreiheit als Argumentationsfigur heranziehen, um unerwünschte Telefonanrufe abzuwehren¹².

b) Das fehlende ausdrückliche oder konkludente Einverständnis

aa) Dass unerwünschte Telefonanrufe grundsätzlich unzulässig sind, ist unstrittig. In einer Kette von Entscheidungen wurden die Voraussetzungen der Telefonwerbung präzisiert: Schon 1970 hatte der *BGH* einen Verstoß gegen § 1 UWG festgestellt, wenn Wettbewerber Kunden anriefen, zu denen bisher keine Beziehungen bestanden¹³. In zwei weiteren Entscheidungen betonte er, dass auch bei einer *bestehenden Kundenbeziehung* Telefonanrufe nur zulässig sind, wenn der Angerufene zuvor sein Einverständnis ausdrücklich oder zumindest mutmaßlich erklärt habe¹⁴. Diese Grundsätze übertrug der *BGH* dann auf Anrufe bei Gewerbetreibenden¹⁵. In der Telefonwerbung-V-Entscheidung erklärte der *BGH*, dass ein konkludentes Einverständnis nur bei Gewerbetreibenden, nicht aber bei Privatkunden vermutet werden könne. Die Bekanntgabe der Telefonnummer oder persönlicher Daten in einem Versicherungsantrag bildeten für ein solches stillschweigendes Einverständnis keine ausreichenden Anhaltspunkte¹⁶.

bb) Es war folglich nur konsequent, dass nun Banken versuchten, mit ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen ein solches *ausdrückliches Einverständnis* des Kunden für künftige Telefonanrufe zu erreichen. In der Telefonwerbung-VI-Entscheidung hat der I. Senat die Unzulässigkeit

der Klausel nun damit begründet, dass sich die Telefonwerbung auch auf Versicherungsverträge bezog und damit die Erörterung von Geldangelegenheiten ermöglicht, die über das Vertragsverhältnis mit der Bank hinausgehen¹⁷. Mit einer ähnlichen Überlegung hatte schon der XI. Senat in seiner Entscheidung aus dem Jahre 1999 die Klausel, dass „beauftragte Stellen“ die Beratung durchführen dürfen, für unzulässig erklärt: Der Kreis der Geschäfte oder der Geschäftspartner wird für den Kunden unüberschaubar, und er kann noch einfacher von den Anrufenden „überrumpelt“ werden. Dabei half es auch nicht, dass dem Kunden ausdrücklich das Recht eingeräumt war, sein Einverständnis jederzeit zu widerrufen, weil damit die Initiative zur Wiederherstellung der ungestörten Privatsphäre auf den Kunden verlagert würde¹⁸. Dem ist zuzustimmen, weil üblicherweise der Kunde bei Vertragsabschluss auf die Klausel keinen gestalterischen Einfluss ausüben kann.

3. Noch ungeklärte Fälle

a) Ausdrückliches Einverständnis

Es ist unschwer vorherzusagen, dass auch künftig Entscheidungen zur Zulässigkeit von Telefonwerbung ergehen werden. Schon die Problematik des ausdrücklichen Einverständnisses ist noch nicht vollständig geklärt. Im Folgenden sollen beispielhaft noch nicht endgültig geklärte Fälle aufgezeigt werden. Zu weit geht wohl die Ansicht des XI. Senates aus dem Jahre 1999, jede Art des Einverständnisses durch Allgemeine Geschäftsbedingungen sei unzulässig¹⁹. Zutreffenderweise hat der I. Senat diese weite Formulierung auch nicht wiederholt. Ob damit aber bereits immer durch Allgemeine Geschäftsbedingungen die telefonische Werbung für eigene Produkte nach § 1 UWG zulässig ist, wie dies *van Look* meint²⁰, erscheint vor dem Hintergrund der *BGH*-Rechtsprechung zweifelhaft. Zurückhaltender verlangt *Imping* eine zweifache Belehrung, um die AGB für zulässig zu erachten; dagegen spricht allerdings, dass damit die Initiative wieder beim Verbraucher liegt, um den Eingriff in die Privatsphäre rückgängig zu machen²¹. Zulässig ist wohl eine Klausel, die sich nur auf Bankgeschäfte bezieht, die mit dem konkreten Vertragsverhältnis in einem Zusammenhang stehen²², und dem Kunden die freie Wahl zwischen den Varianten „einverstanden“ und „nicht einverstanden“ belässt. Schließlich werden Telefonanrufe auch möglich sein, wenn das Einverständnis durch Individualvereinbarung herbeigeführt wird und der Passus entsprechend ausgehandelt wurde²³.

b) Konkludentes Einverständnis

Ebensowenig geklärt ist die Frage, was ausreichen muss, damit konkludent von einem Einverständnis des Kunden in Telefonwerbung auszugehen ist. Im Gegensatz zum öster-

6 Zur Kritik *Fikentscher/Möllers* NJW 1998, 1337, 1339 ff, 1342; *Möllers* JZ 1999, 1122.

7 *BGH* JZ 2001, 101 f. unter II.3.b); so schon *BGH* GRUR 1995, 220 – Telefonwerbung V und *BGHZ* 141, 124, 128 zu § 1 UWG.

8 *EuGH* Slg. 1993, I-6787 = JZ 1994, 359 = *EuZW* 1994, 119 = *EuR* 1994, 91 – Hünermund; *EuGH* Slg. 1995, I-179 = JZ 1995, 938 (*Engel*) – Leclerc-Siplec; s. aber Fn. 10.

9 Wertpapierdienstleistungs-RiL v. 10.5.1993 93/22/EWG, ABl. Nr. L 141, 27 Erwägungsgrund 42; jetzt auch Allgemeinverfügung gemäß § 36 b Abs. 1 und Abs. 2 WpHG bezüglich der Werbung in Form des „cold calling“ v. 27.7.1999, BAnz. Nr. 149 v. 12.8.1999, S. 13 518, Begründung.

10 *EuGH* Slg. 1995, I-1141 Tz. 44 ff = JZ 1996, 144 (*Kort*) = NJW 1995, 2541 – Alpine Investments (Verbot der telefonischen Kundenwerbung für Waretermingeschäfte = cold calling).

11 Allgemeinverfügung (Fn. 9), Begründung.

12 *Fikentscher/Möllers* NJW 1998, 1337, 1339 ff, 1342; *Möllers* JZ 1999, 1122; a.A. *AG Kiel* MMR 2000, 51.

13 *BGHZ* 54, 188 = JZ 1970, 690 = NJW 1970, 1738 – Telefonwerbung I.

14 *BGH* NJW 1989, 2820 = GRUR 1989, 753 – Telefonwerbung II; *BGH* NJW-RR 1990, 359 = ZIP 1990, 199 – Telefonwerbung III.

15 *BGHZ* 113, 282 = NJW 1991, 2087 – Telefonwerbung IV.

16 *BGH* GRUR 1995, 220, 221 = NJW-RR 1995, 613 – Telefonwerbung V.

17 *BGH* JZ 2001, 101 f. unter II.3.b) – Telefonwerbung VI.

18 *BGHZ* 141, 124, 129 = JZ 1999, 1120 sowie jetzt *BGH* JZ 2001, 101 f. unter II.3.b) – Telefonwerbung VI; a.A. *OLG Frankfurt* ZIP 1998, 729, 730 – Commerzbank; *von Westphalen* BB 1999, 1131, 1132; *Imping* MDR 1999, 857

19 So *BGHZ* 141, 124, 128 = JZ 1999, 1120 unter II.2 – Telefonwerbung durch AGB-Klausel; kritisch *Imping* MDR 1999, 857.

20 *van Look* WuB V B. § 1 UWG 1.99 unter IV.4.

21 S. oben Fn. 18.

22 Offen lässt der *BGH* die Frage, wie oder wie weit dieser Zusammenhang sein darf. Ungeklärt ist beispielsweise, ob das Einverständnis bei Abschluss eines Girovertrages auch die Werbung bzw. Beratung für Investments-Fonds umfasst.

23 *BGHZ* 141, 124, 129 = JZ 1999, 1120 unter II.2 – Telefonwerbung durch AGB-Klausel stellt nicht auf das Aushandeln ab; kritisch deshalb *von Westphalen* BB 1999, 1131, 1132.

reichischen Recht²⁴ wird hierfür eine dauerhafte Geschäftsbeziehung alleine nicht ausreichen²⁵. Notwendig ist ein aktives Tätigwerden des Kunden. Ein Anruf der Bank, der durch eine vorhergehende, nachvollziehbare Aufforderung des Angerufenen veranlasst worden ist²⁶, wird sicherlich ein konkludentes Einverständnis darstellen. Aber auch ohne eine Aufforderung wird es ausreichen, wenn der Kunde selbst über das Telefon seine Verbindung zur Bank pflegt; man wird dann davon ausgehen können, dass er konkludent einwilligt, seinerseits von der Bank angerufen zu werden.

4. Die europa- und bankrechtliche Dimension

Die Zulässigkeit eines Einverständnisses in die Telefonwerbung muß auch europäischen Vorgaben entsprechen.

a) Die Fernabsatz-RiL

Zu Recht hat der *BGH* festgestellt, dass die Notwendigkeit eines vorherigen Einverständnisses nicht gegen die Fernabsatz-RiL 97/27/EG²⁷ verstößt. Einerseits gilt die RiL nicht für Finanzdienstleistungen; andererseits erlaubt Art. 14 der Richtlinie strengeres nationales Recht²⁸.

Wenn zum Teil argumentiert wird, Art. 14 erlaube nur ein Verbot für Waren oder Dienstleistungen²⁹, übersieht diese Ansicht, dass nach ständiger Rechtsprechung des *EuGH* die Waren- und Dienstleistungsfreiheit auch immer die entsprechende Werbung umfasst³⁰. Zudem ermächtigt Art. 10 Abs. 2 der Fernabsatz-RiL die Mitgliedstaaten, Techniken zu verbieten, die der Verbraucher offenkundig ablehnt, was zumindest bei noch nicht bestehenden Kundenbeziehungen unterstellt werden kann³¹. Überdies hatte der *EuGH* in der Alpine Investments-Entscheidung ausgeführt, dass das „cold calling“ zwar grundsätzlich als schnelles Mittel der Kontaktaufnahme bei grenzüberschreitendem Verkehr der Dienstleistungsfreiheit des Art. 49 (ex-Art. 59) EGV unterfällt. Ein Verbot, telefonisch Warentermingeschäfte anzubieten, sei allerdings aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls zur Aufrechterhaltung des guten Rufes des nationalen Finanzsektors zulässig³².

b) Die geplante RiL für den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen

Zu Recht mußte der *BGH* die geplante RiL für den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen noch nicht beachten, befindet sich diese doch noch im Entwurfsstadium³³. So sah die erste Fassung die vorherige Einwilligung bei der Kontaktaufnahme mittels Voice-Mail-Systemen und Telefax-Geräten vor³⁴. Ob auch die Kontaktaufnahme mittels E-Mail und Telefon einer solchen vorherigen Zustimmung bedarf, ist noch

nicht abschließend geklärt³⁵. Die Richtlinie schweigt auch über die Vorgaben, welche Anforderungen an die vorherige Zustimmung zu stellen sind. Bei telefonischer Kommunikation soll nunmehr erforderlich sein, dass die Identität des Anbieters und der Zweck des Anrufs zu Beginn eines jeden Gesprächs offenzulegen sind³⁶. Die geplante Richtlinie sieht beispielsweise eine Bedenkzeit und ein Widerrufsrecht vor, so dass insoweit die Anforderungen an eine zulässige Telefonwerbung gesenkt werden können. Allerdings hat der *EuGH* in der Alpine Investment-Entscheidung ausdrücklich ein Verbot von Telefonwerbung für zulässig erachtet³⁷; auch nach erfolgter Harmonisierung könnte sich der Mitgliedstaat auf Art. 10 Abs. 2 berufen, der ein Verbot erlaubt, wenn der Verbraucher die Art der Werbung offensichtlich ablehnt³⁸. Weil diese Richtlinie nicht nur einen Mindeststandard schafft, sondern nach jetzigem Stand abschließend sein soll, wird wohl der *EuGH* zu diesen Fragen abschließend Stellung zu nehmen haben.

c) § 36 b WpHG und die

„cold calling“-Allgemeinverfügung des BAWe

Wie schon im letzten Jahr schweigt der *BGH* wiederum zum Verhältnis der AGB-Klausel zu § 36 b WpHG, der dem Bundesaufsichtsamt für Wertpapierhandel (BAWe) das Recht gibt, Missständen bei der Werbung für Wertpapierdienstleistungen und Wertpapiernebenleistungen zu begegnen³⁹. Solche Wertpapierdienst- und -nebenleistungen bilden beispielsweise die Anschaffung und Veräußerung von Wertpapieren, aber auch die Anlageberatung⁴⁰. In einer Untersagungsverfügung hat nun das BAWe im September 1999 das sog. „cold calling“ als unzulässige Telefonwerbung untersagt. Leider bleibt weitgehend offen, in welchem Umfang die oben beschriebenen „künftigen Fälle“ zulässig sind. Recht pauschal wird nur formuliert, dass die telefonische Kontaktaufnahme mit Kunden im Rahmen bestehender Geschäftsbeziehungen in Bezug auf Wertpapierdienst- oder -nebenleistungen nicht als Mißstand im Sinne des § 36 b WpHG anzusehen ist.

Resümee

Auch diese Entscheidung ist nur ein weiterer Zwischenschritt, um die Zulässigkeit der Telefonwerbung zu präzisieren. Zahlreiche Fragen sind im Rahmen von § 1 UWG, aber auch im Verhältnis zu den europäischen Vorgaben und dem WpHG noch offen – vor allem sind die Konturen des ausdrücklichen oder konkludenten Einverständnisses noch weiter zu entwickeln.

²⁴ § 12 Abs. 3 2. Alt. österreichisches Wertpapieraufsichtsgesetz (WAG) v. 30.12.1996, BGBl. 753/1996 lautet: Danach ist die telefonische Werbung verboten, sofern der Kunde nicht vorher sein Einverständnis gegeben hat oder bei einer andauernden Geschäftsbeziehung die telefonische Werbung abgelehnt hat.

²⁵ S. die Nachweise in Fn. 14.

²⁶ Sog. „warm calling“, s. jetzt Allgemeinverfügung (Fn. 9).

²⁷ RiL 97/27/EG v. 20.5.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. Nr. L 144, 19 = NJW 1998, 212.

²⁸ So bereits Möllers JZ 1999, 1122, 1124; ders. ZBB 1999, 134, 140; jetzt auch *BGH* JZ 2001, 101f. unter II.3.b).

²⁹ So *LG Berlin* MMR 1999, 43 = CR 1999, 187.

³⁰ S. beispielsweise die Urteile in den Fn. 8 und 10.

³¹ Für unerwünschte E-mail s. *Fikentscher/Möllers* NJW 1998, 1338, 1343; zustimmend *LG Berlin* MMR 1999, 43.

³² *EuGH* Slg. 1995-I, 1141 (Fn. 10), Tz. 44 ff – Alpine Investments; hierzu auch Möllers ZBB 1999, 134, 140.

³³ *BGH* JZ 2001, 101f. unter II.3.b); zur Problematik des Vorpreschens des nationalen Gesetzgebers durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen s. Möllers WM 2000, 2284.

³⁴ Art. 10 des Entwurfs einer RiL über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen v. 19.11.1998, ABl. Nr. C 385 S. 10.

³⁵ S. die Erwägungsgründe zu Art. 10 in der Fassung v. 13.4.1999, Dok. 7206/99.

³⁶ S. Art. 10 Nr. 4 des Entwurfs einer RiL über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen in der Fassung v. 13.4.1999, Dok. 7206/99.

³⁷ S. oben Fn. 10.

³⁸ Zum vergleichbaren Fall von Art. 10 Abs. 2 Fernabsatz-RiL s. oben Fn. 31.

³⁹ Sie beruht auf Art. 13 Wertpapierdienstleistungs-RiL, wonach Werbung nur gestattet ist, „sofern Form und Inhalt der Werbung den einschlägigen Vorschriften entsprechen, die im Interesse der Allgemeinheit festgelegt worden sind“, s. Wertpapierdienstleistungs-RiL 93/22 v. 10.5.1993, ABl. Nr. L 141, 27.

⁴⁰ S. im einzelnen § 2 WpHG.