

## Bürgerliches Recht

Die Entscheidung, mit der der BGH seine restriktive Rechtsprechung zur Telefonwerbung fortsetzt, wird von Möllers (JZ 1999, 1122), der ihr im Ergebnis zustimmt, dogmatisch hinterfragt und im Hinblick auf die Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs und die Bedeutung des Urteils für die Werbung der Banken besprochen.

**AGBG §§ 1 Abs. 1, 9.+**

**Für die von einem Verwender vorformulierten einseitigen rechtsgeschäftlichen Erklärungen des Kunden, die weder eine Nebenabrede enthalten noch zum notwendigen Inhalt eines gleichzeitig abgeschlossenen Vertrages gehören, aber im Zusammenhang mit der vertraglichen Beziehung stehen, gilt das AGBG entsprechend.**

**Eine vorformulierte Klausel, in der der Kunde sein Einverständnis mit telefonischer Werbung erklärt, enthält eine unangemessene Benachteiligung i.S. von § 9 AGBG.**

BGH, Urteil v. 16. 3. 1999 – XI ZR 76/98 (OLG Frankfurt/M.).

Der Kläger ist ein rechtsfähiger Verein, der satzungsgemäß Verbraucherinteressen wahrnimmt. Die beklagte Bank verwendet Kontoeröffnungsformulare, die unter der Zeile für die Unterschrift des Kunden und einer durchgezogenen Linie – neben einer Einwilligungserklärung für die Übermittlung von Kundendaten an Kooperationspartner der beklagten Bank und für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von persönlichen Angaben – folgende Klausel enthalten:

„Telefonwerbung: Ich erkläre mich damit einverstanden, daß die C. AG oder eine von ihr beauftragte Stelle mich telefonisch zum Zwecke der Beratung anspricht. Dieses Einverständnis umfaßt über die bestehende Geschäftsverbindung hinaus die Werbung für Produkte der Bank und ihrer Kooperationspartner ... Dieses Einverständnis ist jederzeit widerrufbar ...“

Mit der Klage hat der Kläger sämtliche formularmäßige Einverständniserklärungen, für die eine besondere Unterschrift des Kunden vorgesehen ist, wegen Verstoßes gegen §§ 9, 11 Nr. 15 b AGBG beanstandet.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat ihr im wesentlichen stattgegeben. Nur soweit der Kläger die Einverständniserklärung zur Telefonwerbung durch die beklagte Bank selbst beanstandet, ist die Berufung erfolglos geblieben.

Mit ihren zugelassenen Revisionen erstreben der Kläger die einschränkungslose Untersagung einer formularmäßigen Einverständniserklärung zur Telefonwerbung, die Beklagte die vollständige Einweisung der Klage, soweit sie sich auf die Telefonwerbeklausel bezieht.

Die Revision des Klägers hatte Erfolg, die der Beklagten dagegen nicht.

Aus den Gründen:

I-II.1. Das Berufungsgericht ist im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, daß die beanstandete Klausel nach § 1 Abs. 1 AGBG als eine Allgemeine Geschäftsbedingung zu behandeln ist. Zwar sind in § 1 Abs. 1 AGBG nur vorformulierte Vertragsbedingungen genannt, die von einem Verwender bei Abschluß des Vertrages beim Kunden gestellt werden und als Kernbestandteile oder Nebenabreden Inhalt dieses Vertrages werden sollen. Mit Rücksicht auf den Schutzzweck des Gesetzes ist es jedoch geboten, auch die vom Verwender vorformulierten einseitigen rechtsgeschäftlichen Erklärungen, die weder eine Nebenabrede enthalten noch zum notwendigen Inhalt eines gleichzeitig abgeschlossenen Vertrages gehören, den Regelungen des Gesetzes zu unterstellen, sofern sie nur im Zusammenhang mit einer vertraglichen Beziehung stehen, ohne deren rechtlicher Bestandteil zu sein (vgl. MünchKomm/Kötz, 3. Aufl. AGBG § 1 Rdn. 4; Soergel/Stein, AGBG 12. Aufl. § 1 Rdn. 8; Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG 8. Aufl. § 1 Rdn. 16; Wolf/Horn/Lindacher, AGBG 3. Aufl. § 1 Rdn. 6 und 7; vgl. auch BGHZ 95, 362, 363 f. [= JZ 1986, 185 m. Anm. Simitis]).

So liegt der Fall hier. Die Beklagte läßt sich im Zusammenhang mit dem Abschluß des Kontoeröffnungsvertrages das – einseitige – vorformulierte Einverständnis ihres Kunden mit telefonischer Werbung durch sie selbst und ihre Kooperationspartner erklären. Daß der Kunde diese Erklärung gesondert unterschreiben muß, berührt ihren Charakter als Allgemeine Geschäftsbedingung nicht. Entscheidend ist, daß die Beklagte bei der von ihrem Kunden abzugebenden Erklärung die rechtsgeschäftliche Gestaltungsfreiheit für sich ebenso in Anspruch nimmt wie bei der Vorformulierung eines Vertragstextes und der Kunde nur darauf, ob er die Erklärung abgeben will, nicht aber auf ihren Inhalt Einfluß hat (vgl. dazu Ulmer/Brandner/Hensen aaO; Soergel/Stein aaO).

2. Die vom Kläger beanstandete Klausel über das Einverständnis mit der Telefonwerbung enthält bei einer auch im Verbandsklageverfahren gebotenen generalisierenden und die beiderseitigen Interessen abwägenden Betrachtung (vgl. BGHZ 65, 107, 111, 112; 82, 238, 240, 241) eine unangemessene Benachteiligung des Kunden im Sinne von § 9 AGBG.

Telefonwerbung stellt eine besonders schwerwiegende Beeinträchtigung der verfassungsrechtlich geschützten Pri-

vatsphäre des Angerufenen dar. Sie ist ein grober Mißbrauch des vom Inhaber im eigenen Interesse und auf eigene Kosten unterhaltenen Telefonanschlusses zu Werbezwecken, erlaubt ein praktisch unkontrollierbares Eindringen in die Lebensgewohnheiten der Zielperson und zwingt ihr zu einem ausschließlich durch den Werbenden bestimmten Zeitpunkt in ihrer häuslichen Sphäre Anpreisungen von Waren und Dienstleistungen auf. Die Anrufe werden im allgemeinen von in dieser Art der Werbung besonders geschulten Personen vorgenommen, deren psychologisch geschickt eingesetzter Redegewandtheit sich der aus seiner gegenwärtigen Tätigkeit Gerissene meist nur unter peinlicher Verletzung der Regeln der Höflichkeit entziehen kann.

Erklärte man eine solche Form der Werbung ohne Einschränkungen für rechtmäßig, wäre ihr Umsichgreifen innerhalb kurzer Zeit schon aus Wettbewerbsgründen unvermeidlich und damit der Inhaber eines Telefonanschlusses nicht nur vielfältigen Belästigungen ausgesetzt, sondern sein Anschluß für ins Gewicht fallende Zeiträume für erwünschte Anrufe blockiert und damit in unzumutbarer Weise seinem bestimmungsgemäßen Zweck entfremdet.

Wegen der massiven Beeinträchtigungen für die Zielpersonen und im Hinblick auf die Nachahmungsgefahr hat der I. Zivilsenat des BGH in ständiger Rechtsprechung (vgl. BGHZ 54, 188, 190 ff.; 113, 282, 283 f.; BGH NJW 1989, 2820; NJW 1994, 1071, 1072; NJW-RR 1995, 613 f.) die Telefonwerbung im privaten Bereich sogar grundsätzlich als mit den guten Sitten des Wettbewerbs unvereinbar angesehen und einen Verstoß gegen § 1 UWG bejaht, wenn nicht der Angerufene zuvor ausdrücklich oder konkludent sein Einverständnis mit einem solchen Anruf erklärt hat. Diese Beurteilung stützt sich vor allem auf die Erwägung, daß der Schutz der Individualsphäre 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 Werbemaßnahmen auch in den privaten Bereich des umworbene[n] Verbrauchers einzudringen.

Nach Auffassung des erkennenden Senats gelten diese Grundsätze nicht nur im Verhältnis von Wettbewerbern untereinander, sondern erst recht für die Zulässigkeit der Telefonwerbung gegenüber dem in seiner Privatsphäre zu schützenden Werbeadressaten selbst. Das Erfordernis eines ausdrücklichen oder konkludenten Einverständnisses schließt eine Herbeiführung der „Einverständniserklärung“ durch Allgemeine Geschäftsbedingungen aus. Jede andere Sicht der Dinge würde Wettbewerber zu einer entsprechenden Angleichung ihrer Geschäftsbedingungen ermuntern und zu eben der massiven Belästigung führen, der das Erfordernis des ausdrücklichen oder zumindest konkludenten Einverständnisses entgegenwirken soll. Sie würde darüber hinaus dem Schutzzgedanken des § 1 UWG widersprechen.

Daß die Kunden, deren Einverständnis die Beklagte herbeiführen will, mit ihr eine dauernde Kontoverbindung eingehen, ändert an der Unangemessenheit der Klausel nichts. Die Kontoverbindung rechtfertigt ein Eindringen in die Privatsphäre zu Werbezwecken nicht (vgl. für den ähnlichen Fall eines bestehenden Versicherungsvertrages BGH NJW-RR 1995, 613 f.). Ebenso wenig ist es von Bedeutung, daß die Einverständniserklärung jederzeit widerruflich ist. Die Klausel soll den Verwender von der Notwendigkeit befreien, das Einverständnis des Kunden durch Individualvereinbarung herbeizuführen, und verlagert die Initiative zur Wiederherstellung der ungestörten Privatsphäre auf den Betroffenen.

## Anmerkung

Professor Dr. Thomas M. J. Möllers, Augsburg

Die Werbung über das Telefon hat in den letzten Jahren massiv zugenommen, obwohl zahlreiche höchstrichterliche Entscheidungen regelmäßig einen Verstoß gegen AGBG und UWG bejaht haben. Deshalb sollen im folgenden neben den nicht ganz unumstrittenen Voraussetzungen des Unterlassungsanspruchs die Verbandsklageverfahren des AGBG und UWG bewertet werden (I.). Die für die amtliche Sammlung vorgesehene Entscheidung ist zudem für das Werberecht von Banken und Wertpapierdienstleistungsunternehmen nach § 23 KWG und § 36 b WpHG von Bedeutung. In diesem Rahmen sind die Voraussetzungen dieser Eingriffsnormen zu prüfen und die Befugnisse des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen (BAKred) und des Bundesaufsichtsamtes für den Wertpapierhandel (BAWe) aufzuzeigen (II.).

### I. Die konkrete AGB-Klausel

#### 1. Die Anwendung des AGBG

Auf die Einverständniserklärung des Kunden, die der Bank erlaubte, mittels Telefon über ihre Leistungen zu informieren und zu werben, war die Anwendung des AGBG nicht ganz unproblematisch. Erforderlich sind nach § 1 AGBG Vertragsbedingungen, also zweiseitige Regelungen, die auf den Inhalt des Vertrages abzielen<sup>1</sup>. Das *OLG Frankfurt* als Vorinstanz hatte eine *unmittelbare* Anwendung von § 1 AGBG bejaht<sup>2</sup> und dies damit begründet, daß der Kunde nicht erkennen könne, daß die Einverständniserklärung eine vom Kontoeröffnungsvertrag unabhängige, freiwillige einseitige Erklärung darstelle, weil beide Rechtsgeschäfte nicht deutlich voneinander getrennt gewesen seien. Ohne sich mit dieser Ansicht inhaltlich auseinanderzusetzen<sup>3</sup>, stimmte der *BGH* der Vorinstanz nur „im Ergebnis“ zu und bejahte nur eine „entsprechende“<sup>4</sup> Anwendung von § 1 AGBG. Eine unmittelbare Anwendbarkeit war abzulehnen, weil die Einverständniserklärung nicht den Kernbestandteil oder eine notwendige Nebenabrede des Kontoeröffnungsvertrages bildete, so daß der Vertrag auch ohne diese Erklärung in Kraft treten konnte. Eine zweite Analogie problematisierte der *BGH* allerdings nicht: Nach ganz herrschender Meinung<sup>5</sup> sind Vertragsbedingungen nur zweiseitige Rechtsgeschäfte. Die Einverständniserklärung stellt dagegen nur ein einseitiges Rechtsgeschäft dar.

Im Ergebnis ist dem *BGH* und der herrschenden Literatur zuzustimmen. In einem ersten Schritt ist anerkannt, daß allgemeine Geschäftsbedingungen wie Willenserklärungen aus der Sicht des Empfängerhorizonts zu beurteilen sind<sup>6</sup>. In der Taschenkontroll-Entscheidung hatte der *BGH* auf den „rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden“<sup>7</sup> abgestellt, um eine Willenserklärung von einer rechtlich unverbindlichen Bitte abzugrenzen. Das *OLG Frankfurt* übersieht

allerdings die davon zu trennende Frage, wie eine Willenserklärung in einem zweiten Schritt rechtlich zu beurteilen ist. Diese Frage ist rein objektiv und nicht aus der Sicht des Empfängers zu klären. Hier lag ein einseitiges Rechtsgeschäft vor, weil es unabhängig vom übrigen Vertragsbestandteil Gültigkeit hatte<sup>8</sup>. Allerdings mag man durchaus darüber streiten, Vertragsbedingungen zwingend als zweiseitige Rechtsgeschäfte zu definieren, wenn beispielsweise § 10 Nr. 1 und § 11 Nr. 16 AGBG ausdrücklich einseitige Erklärungen einer Inhaltskontrolle unterwerfen. Ungeachtet dessen ist auch eine entsprechende Anwendung von § 1 AGBG gerechtfertigt, weil der Kunde ebensowenig wie bei Vertragsbedingungen Gestaltungsmacht auf die Klausel ausüben konnte<sup>9</sup>.

### 2. Die dogmatische Begründung unzulässiger Telefonwerbung

a) Die Entscheidung paßt sich nahtlos in die bisherige Rechtsprechung zur Telefonwerbung ein. In zahlreichen Urteilen hatte der *BGH* Telefonwerbung als *Verstoß gegen § 1 UWG* gewertet<sup>10</sup>. Diese Rechtsprechung wurde auch auf unerwünschte Telefonate von Anlageberatern ausgedehnt<sup>11</sup>. Das Ergebnis und überwiegend auch die Argumentation, warum Telefonwerbung unzulässig ist, überzeugt: Die unaufgeforderte Telefonwerbung verstößt gegen die guten Sitten, weil der Angerufene durch den Anruf überrumpelt wird. Er erkennt erst im Gesprächsverlauf den werbenden Charakter des Gesprächs; eine Störung ist bereits eingetreten und der Abbruch des Telefongesprächs oft nur unter Verletzung der Höflichkeitsregeln möglich<sup>12</sup>.

Weniger überzeugend ist allerdings die dogmatische Begründung, daß der Telefonanruf beim privaten Kunden eine „besonders schwerwiegende Beeinträchtigung der verfassungsrechtlich geschützten Privatsphäre“<sup>13</sup>, also eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts darstellt, während gleichzeitig sich der Gewerbetreibende nicht auf das Persönlichkeitsrecht berufen und deshalb nur eine „belästigende Störung“<sup>14</sup> der beruflichen Tätigkeit abwehren kann. An anderer Stelle wurde aufgezeigt, daß man wegen dieser Unstimmigkeit das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht heranziehen sollte und statt dessen die negative Informationsfreiheit die Unzulässigkeit nach § 1 UWG gleichermaßen für Private und Gewerbetreibende begründen kann<sup>15</sup>. Auch der *EuGH* hatte im Rahmen unzulässiger Telefonwerbung nicht etwa das Persönlichkeitsrecht des Angerufenen, sondern das Vertrauen in die Finanzmärkte als maßgeblichen Gesichtspunkt für die Rechtswidrigkeit angesehen<sup>16</sup>.

**8** Immerhin hatten laut Angaben des *OLG Frankfurt* etwa 2/3 aller Kunden diese Unterschrift verweigert und gleichwohl das Konto eröffnen können. Dieser Teil des Sachverhaltes ist nur wiedergegeben in *OLG Frankfurt* ZIP 1998, 729 – Commerzbank.

**9** *BGH* JZ 1999, 1120, 1121 unter II. m. Nachweisen auf die herrschende Lehre. Strengeres Recht verstößt nicht gegen die AGB-Richtlinie (RiL 93/13/EWG v. 5. 4. 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. Nr. L 95, 29), weil Art. 8 der Richtlinie ausdrücklich strengeres nationales Recht zuläßt.

**10** *BGHZ* 54, 188, 191 = NJW 1970, 1738 – Telefonwerbung I; *BGH* NJW 1989, 2820 = GRUR 1989, 753 – Telefonwerbung II; *BGH* NJW-RR 1990, 359 – Telefonwerbung III; *BGHZ* 113, 282, 285 = NJW 1991, 2087 – Telefonwerbung IV; *BGH* NJW 1994, 1071 – Lexikothek; *BGH* NJW-RR 1995, 613 = GRUR 1995, 220 – Telefonwerbung V.

**11** *OLG Frankfurt* GRUR 1983, 674 – Lästiger Anlageberater.

**12** S. ausführlich *BGH* JZ 1999, 1120, 1121 unter II.2; *Köhler/Piper*, UWG, 1996, vor § 13 Rdn. 3.

**13** *BGH* JZ 1999, 1120, 1121 unter II.2.

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

**15** *Fikentscher/Möllers* NJW 1998, 1337, 1339 ff., 1342.

**16** *EuGH*, 10. 5. 1995, Slg. 1995, I-1141 Tz. 44 ff. = JZ 1996, 144, dazu *Kort*, S. 132 = NJW 1995, 2541 m. Anm. *Becker* NJW 1996, 179 – Alpine

**1** *Kötz*, in: MünchKomm, 3. Aufl., 1993, § 1 AGBG Rdn. 4; *BGH* JZ 1999, 1120, 1121 unter II.

**2** S. *OLG Frankfurt* ZIP 1998, 729 – Commerzbank.

**3** Auch in früheren Entscheidungen für die Analogie nicht begründet, s. beispielsweise *BGH* NJW 1990, 2313, 2314 – Sektionseinwilligung.

**4** Daß der *BGH* eine Analogie bejaht, ergibt sich nur aus dem Wort „entsprechend“, das wiederum nur im Leitsatz und nicht in den Gründen auftaucht.

**5** *Kötz* (Fn. 1), § 1 AGBG Rdn. 4; *Soergel/Stein*, BGB, 12. Aufl., 1991, § 1 Rdn. 8.

**6** *BGHZ* 133, 184, 188 – Taschenkontrolle im Einkaufsmarkt.

**7** *BGHZ* 133, 184, 189. Auch sind Klauseln grundsätzlich kundenfeindlich auszulegen, *BGHZ* 91, 55, 61.

b) In stetiger Rechtsprechung hat der BGH allerdings anerkannt, daß Telefonanrufe dann zulässig sind, wenn der Angerufene zuvor ausdrücklich oder konkludent sein Einverständnis abgegeben hat. Hierfür soll das Einverständnis durch eine AGB-Klausel nicht ausreichen, sondern gegen § 1 UWG und § 9 AGBG verstoßen, obwohl der Kunde mit der Bank eine dauerhafte Kontoverbindung eingeht und das Einverständnis widerrufen ist<sup>17</sup>. Im Gegensatz dazu hatte das OLG Frankfurt das Einverständnis durch eine AGB-Klausel für zulässig erachtet<sup>18</sup>. Weil der Kunde bei Vertragsabschluß auf die Klausel aber keinen gestalterischen Einfluß ausüben kann, wird man dem BGH zustimmen können. Künftig werden Telefonanrufe nur noch möglich sein, wenn das Einverständnis durch Individualvereinbarung herbeigeführt wird<sup>19</sup>. Daneben könnte auch das Bestehen einer dauerhaften Geschäftsbeziehung dazu führen, daß der Kunde konkludent in Telefonanrufe einwilligt<sup>20</sup>. Ein solches konkludentes Einwilligen verlangt allerdings Erklärungszeichen, wie beispielsweise eine Bankverbindung, die der Kunde regelmäßig über das Telefon pflegt.

**3. Durchsetzung**

a) Schon vor Jahren wurde das Umsichgreifen der unerlaubten Telefonwerbung trotz eindeutiger Rechtsprechung bemängelt<sup>21</sup>. In jüngster Zeit sind auch dem BAWe immer wieder Beschwerden von Verbrauchern vorgetragen worden, die sich massiv der Telefonwerbung einzelner Wertpapierdienstleistungsunternehmen ausgesetzt sehen<sup>22</sup>. Provokativ wird diese Fallgruppe als „Beispiel der Ineffizienz von Recht und Richtersprüchen“<sup>23</sup> bezeichnet. § 13 Abs. 2 AGB und § 13 Abs. 2 UWG sehen zwar die Verbandsklage als erweiterte Klagemöglichkeit für Verbände und Industrie- und Handelskammern vor, ein Verfahren, das zum Teil als bewährtes Instrumentarium<sup>24</sup> bezeichnet wird. Allerdings fehlen sowohl dem AGBG als auch dem UWG<sup>25</sup> ein Klagerecht des nicht unmittelbar verletzten Verbrauchers und Ermittlungsbefugnisse, die beispielsweise öffentlich-rechtlichen Behörden zustünden<sup>26</sup>. Die Rechtsfolge zielt im AGBG nicht auf Unwirksamkeit der Klausel, sondern nur auf Unterlassung oder Widerruf<sup>27</sup>. Diese Negativkontrolle kann nur unzureichend sicherstellen, daß inhaltsgleiche oder ähnliche Klauseln desselben Verwenders oder Dritter nicht mehr verwendet werden<sup>28</sup>. Im UWG wird regelmäßig nur der Unterlassungs- oder Beseitigungsanspruch, nicht aber, wegen der ungleich schwieriger zu beweisenden Voraussetzungen, der Anspruch auf Schadensersatz geltend gemacht. Das Ordnungsgeld, welches mit einer Unterlassungsklage gem. § 890 ZPO angeordnet werden kann, verlangt einen entsprechen-

den Antrag und kann auch nur dann durchgesetzt werden, wenn der Verurteilte gegen den Tenor des Urteils verstößt und der Kläger von diesem Verstoß auch erfährt. Das ist bei Verbraucherverbänden nicht immer der Fall, weil sie auf die Informationen des Kunden angewiesen sind und die Weitergabe des Verstoßes oft aus Bequemlichkeit unterbleibt.

b) Auch die europäischen Vorgaben geben nicht unbedingt einen besseren Rechtsschutz, weil der Wortlaut nicht eindeutig ist<sup>29</sup>. Nach Art. 7 Abs. 1 AGB-Richtlinie sollen die Mitgliedstaaten für angemessene und wirksame Mittel, daß mißbräuchlichen Klauseln „ein Ende gesetzt wird“<sup>30</sup>. In der Literatur wird überwiegend die Ansicht vertreten, die §§ 13 ff. AGBG würden diesen Anforderungen entsprechen<sup>31</sup>. Die Unterlassungsklagenrichtlinie verlangt in Art. 2 Abs. 1 lit. c), daß ein bestimmter Betrag im Fall der Nichtbeachtung der Entscheidung zu bezahlen ist, allerdings nur, soweit dies nach dem Recht des Mitgliedstaates zulässig ist<sup>32</sup>.

Das jetzige Verbandsklageverfahren ist also verbesserungsbedürftig, weil das Urteil der obsiegenden Partei keine ausreichende Rechtswirkung gegenüber dem Verletzer entfaltet. De lege ferenda wäre beispielsweise zu prüfen, ob der Gesetzgeber das zuständige Gericht verpflichtet, das Ordnungsgeld in Abänderung des § 890 Abs. 1 S. 1 ZPO auch ohne Antrag des Klägers festzusetzen.

**II. Das Werberecht der Banken**

**1. §§ 23 KWG und § 36 b WpHG**

In der Vergangenheit beurteilte sich die Werbung von Wertpapierfirmen anhand des UWG sowie des § 23 KWG als Spezialvorschrift<sup>33</sup>. Mit Wirkung zum 1. 1. 1998<sup>34</sup> wurde mit dem § 36 b Wertpapierhandelsgesetz (WpHG) eine weitere Regelung geschaffen, um Mißstände bei der Werbung für Wertpapierdienstleistungen und Wertpapiernebenleistungen zu begegnen<sup>35</sup>. Solche Wertpapierdienst- und -nebenleistungen bilden beispielsweise die Anschaffung

29 Generell zur fehlenden Klarheit europäischer Rechtstexte, s. Möllers, Die Rolle des Rechts im Rahmen der europäischen Integration, 1999, S. 12 ff.

30 Zu Art. 6 der Gleichbehandlungsrichtlinie (76/207/EWG v. 9. 2. 1976, ABl. Nr. L 39, 40), der dazu verpflichtet, den „Zugang zu den Gerichten“ zu eröffnen, und dessen Umsetzung durch § 611 a BGB s. ausführlich Möllers (Fn. 29), S. 19 ff.

31 Palandt/Heinrichs (Fn. 27), Vorb. § 13 AGBG Rdn. 1; Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 8. Aufl., 1997, § 13 Rdn. 69; s. ausführlich Micklitz ZIP 1998, 937.

32 Der Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 lit. c) Unterlassungsklagen-RiL 98/27/EG v. 19. 5. 1998, ABl. Nr. L 166, 51 lautet: Rechtsbehelfe, die darauf abzielen, „sofern dies nach dem Recht des Mitgliedstaates zulässig ist, eine Anordnung dahingehend, daß die innerlegene beklagte Partei im Fall der Nichtbeachtung der Entscheidung innerhalb einer von den Gerichten oder Verwaltungsbehörden festgesetzten Frist... einen bestimmten Betrag für jeden Tag der Nichtbeachtung oder jede andere Summe zahlen muß, welche die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften vorsehen, um die Beachtung der Entscheidung zu gewährleisten“.

33 § 23 Abs. 1 KWG lautet: Um Mißständen bei der Werbung der Institute zu begegnen, kann das Bundesaufsichtsamt bestimmte Arten der Werbung untersagen, soweit nicht die Zuständigkeit des Bundesaufsichtsamtes für den Wertpapierhandel nach § 36 b des Wertpapierhandelsgesetzes gegeben ist. Auch nach den §§ 10 Abs. 2, 15 g Abs. 2 i. V. m. AuslInvestmG kann das Bundesaufsichtsamt für Kreditwesen (BAKred) bestimmte Arten der Werbung untersagen, um Mißständen bei der Werbung für ausländische Investmentanteile zu begegnen.

34 Gesetz zur Umsetzung von EG-Richtlinien zur Harmonisierung bank- und wertpapieraufsichtsrechtlicher Vorschriften vom 22. 10. 1997, BGBl. I, 2518.

35 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.

Investments (Verbot der telefonischen Kundenwerbung für Warenermin-geschäfte = cold calling).

17 BGH JZ 1999, 1120, 1121 unter II.2 sowie die Nachweise in Fn. 10.

18 OLG Frankfurt ZIP 1998, 729, 730 – Commerzbank.

19 BGH JZ 1999, 1120, 1121 unter II.2.

20 Dies wurde vom BGH nicht problematisiert. Allerdings gestattet dies § 12 2. Alt. österreichisches Wertpapieraufsichtsgesetz (WAG) v. 30. 12. 1996, BGBl. 753/1996: 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.

21 Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, WRP 1996, 641.

22 Möllers ZBB 1999, 134, 139.

23 Gilles NJW 1988, 2424, 2426; zustimmend Ulrich, Anmerkung zu Telefonwerbung durch AGB-Klausel, EWIR § 9 AGBG 4/99, 433, 434.

24 Köbler/Pieper (Fn. 12), vor § 13 Rdn. 3.

25 Emmerich, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 5. Aufl., 1998, § 323 mit weitergehenden Literaturhinweisen. Eine Klagemöglichkeit des Verbrauchers eröffnet z. B. Art. 10 schweizerisches UWG.

26 Köbler/Pieper (Fn. 12), § vor § 13 Rdn. 3.

27 Palandt/Heinrichs, BGB, 58. Aufl., 1999, Vorb. § 13 AGBG Rdn. 1.

28 Micklitz ZIP 1998, 937, 942.

und Veräußerung von Wertpapieren, aber auch die Anlageberatung<sup>36</sup>.

## 2. Mißstand bei der Werbung

a) Nach dem Regelungszweck von § 23 KWG<sup>37</sup> und § 36 b WpHG soll einerseits die Aufsichtsbehörde gegen Mißstände in der Werbung einschreiten, um zu verhindern, daß das *Ansehen der Wertpapierfirmen in der Öffentlichkeit* beschädigt wird. Hintergrund seiner Einführung ist die besondere Vertrauensempfindlichkeit des Kreditgewerbes, die es nötig mache, „daß die Kreditinstitute sich bei ihrer Werbung die der Natur ihres Geschäftes angemessene Zurückhaltung auferlegen“<sup>38</sup>. Damit korrespondieren die Erwägungsgründe der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie, nämlich die doppelte Zielsetzung neben dem Anlegerschutz ein reibungsloses Funktionieren der Wertpapiermärkte zu gewährleisten<sup>39</sup>. Andererseits ist § 36 b WpHG vor dem Hintergrund von Art. 13 Wertpapierdienstleistungsrichtlinie und der Dienstleistungsfreiheit des Art. 49 EGV auszulegen und zu berücksichtigen, daß Werbung eine essentielle Voraussetzung zur Sicherstellung der Grundfreiheiten zukommt. Beide Zwecke sind deshalb in einen angemessenen Ausgleich zu bringen.

Entscheidendes Tatbestandsmerkmal für einen Verstoß gegen § 36 b WpHG bildet die Frage, wann ein „Mißstand bei der Werbung“ gegeben ist. Dieser ausfüllungsbedürftige Begriff liegt nach der Begründung des Regierungsentwurfes zu § 36 b WpHG vor, „wenn die Werbemaßnahme geeignet ist, die Ordnungsmäßigkeit der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen und Wertpapiernebenleistungen zu beeinträchtigen oder zu gefährden“<sup>40</sup>. Ähnlich wird bei § 23 KWG ein Mißstand angenommen, wenn bestimmte Methoden der Werbung zu erheblichen Nachteilen für die Gesamtwirtschaft oder zu einer Gefährdung der Funktionsfähigkeit des Kreditgewerbes führen können<sup>41</sup>.

b) Grundsätzlich stellt die unerwünschte Telefonwerbung ohne vorherige Zustimmung (*cold calling*) auch einen Mißstand im Sinne von § 36 b WpHG bzw. § 23 KWG dar. Über die Überlegungen zur Unzulässigkeit nach § 1 UWG hinaus kommt bei Wertpapierdienstleistungen erschwerend hinzu, daß sie ihrer Natur nach regelmäßig komplex und dem Kunden wenig vertraut sind. Wenn aber potentielle Kunden ohne ausreichende Überlegungszeit gedrängt werden, Wertpapierdienstleistungen in Anspruch zu nehmen, die sie möglicherweise nachhaltig belasten, ist die Werbemaßnahme geeignet, die ordnungsgemäße Erbringung der Wertpapierdienstleistung zu beeinträchtigen.

Etwas anderes gilt, wenn der Kunde vorab sein Einverständnis mit einem solchen Anruf erklärt (*warm calling*). Auch nach § 12 Abs. 3 I. Alt. des § 12 Abs. 3 des österreichi-

schen WAG ist ein vorheriges Einverständnis des Kunden rechtfertigend<sup>42</sup>.

Wegen der grundsätzlich gegenüber dem UWG gefährlicheren Geschäfte im Rahmen eines Bankvertrages wird man auch im Rahmen von § 36 b WpHG die Einverständniserklärung durch allgemeine Geschäftsbedingungen nicht für ausreichend erachten. Ob die österreichische Rechtslage mit diesem Ergebnis inhaltlich übereinstimmt, wird erst der OGH entscheiden, indem er die erste Alternative von § 12 Abs. 3 des österreichischen WAG auslegt.

c) Die Unzulässigkeit der Telefonwerbung widerspricht auch nicht Art. 10 Abs. 1 der Fernabsatzrichtlinie 97/77/EG<sup>43</sup>. Weil danach nur die vorherige Zustimmung für die Kommunikation mit Automaten als Gesprächspartner (Voice-Mail-System) und Fernkopie (Telefax) normiert ist, wurde zwar geschlußfolgert, die Richtlinie erlaube grundsätzlich unaufgeforderte Telefonanrufe und E-Mails, gegen die sich der Verbraucher zur Wehr setzen müsse<sup>44</sup>. Eine solche Ansicht ist aber schon deshalb abzulehnen, weil Art. 14 der Richtlinie strengeres nationales Recht erlaubt. Zudem ermächtigt Art. 10 Abs. 2 der Richtlinie die Mitgliedstaaten, Techniken zu verbieten, die der Verbraucher offenkundig ablehnt<sup>45</sup>.

## 3. Durchsetzung

Das BAWe kann nach § 36 b WpHG tätig werden, wenn ein Mißstand vorliegt oder unmittelbar zu erwarten ist. Vor Erlass einer *Einzelverfügung* als Verwaltungsakt wird das BAWe dem Unternehmen zunächst eine erste Gelegenheit zur Stellungnahme geben. Gibt das Unternehmen eine solche nicht ab oder ändert sie nichts an der Rechtsauffassung des BAWe, wird dieses die förmliche Aufforderung aussprechen, die Werbemaßnahme umgehend einzustellen. Ist zu erwarten, daß die beanstandete Maßnahme dennoch fortgesetzt wird, wird es eine Untersagung androhen und dem Unternehmen nochmals Gelegenheit geben, Stellung zu nehmen. Bleiben auch diese Maßnahmen erfolglos, kann das BAWe schließlich eine Untersagungsverfügung erlassen. Neben der Einzelverfügung kann das BAWe eine *Allgemeinverfügung*<sup>45a</sup> erlassen. Wegen der zahlreichen Mißbräuche hat das BAWe jetzt eine Allgemeinverfügung erlassen, um unerwünschte Telefonwerbung von Wertpapierdienstleistungsunternehmen zu untersagen. Mit einer solchen Allgemeinverfügung erreicht das BAWe neben den etwa 4000 klassischen Kreditinstituten weitere 4000 neu gegründete Wertpapierdienstleistungsunternehmen<sup>46</sup>.

Im Ergebnis werden die im AGBG und UWG geregelten Verbandsklagen für Banken und Wertpapierdienstleistungsunternehmen durch das öffentlich-rechtliche Aufsichtsrecht des § 36 b WpHG und § 23 KWG wirkungsvoll ergänzt und bilden ein anschauliches Beispiel für die sinnvolle Verzahnung von Zivilrecht und öffentlichem Recht<sup>47</sup>.

<sup>36</sup> S. im einzelnen § 2 WpHG.

<sup>37</sup> RegE Begr. KWG, BT-Drs. 1114/59, S. 25.

<sup>38</sup> RegE Begr. KWG, BT-Drs. 1114/59, S. 25.

<sup>39</sup> Vgl. Erwägungsgründe 2, 37, 38 Wertpapierdienstleistungs-RiL (Fn. 35); RegE Begr. zum Zweiten Finanzmarktförderungsgesetz, BT-Drs. 12/6679, S. 1; Koller, in: *Asmann/Schneider*, WpHG, 2. Aufl., 1999, vor § 31 Rdn. 8 ff.; *Hommelhoff ZHR* 153 (1989), 181, 192 f.; *Möllers ZGR* 1997, 334, 337.

<sup>40</sup> RegE Begr. zum Zweiten Finanzmarktförderungsgesetz, BR-Drs. 963/96 v. 20. 12. 1996, S. 114.

<sup>41</sup> *Fischer*, in: *Schimansky/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch, 1997, Bd. III, § 131 Rdn. 8; *Szaggunn/Haug/Ergenzinger*, KWG, 6. Aufl., 1997, § 23 Rdn. 2 bzw. wenn die Schutzobjekte des KWG (vgl. § 6 Abs. 2 KWG) beeinträchtigt werden, s. *Dreyling*, Das Recht der Bankenwerbung nach dem Kreditwesengesetz, 1977, S. 16 ff.; *Reischauer/Kleinhaus*, Kreditwesengesetz, Stand: 1/1999, § 23 Rdn. 25, 28; *Bähre/Schneider*, KWG-Kommentar, 3. Aufl., 1986, § 23 Anm. 3.

<sup>42</sup> S. oben Fn. 20.

<sup>43</sup> RiL 97/77/EG v. 20. 5. 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABL Nr. L 144, 19 = NJW 1998, 212.

<sup>44</sup> *Schulte-Nölke* NJW 1998, 210, 211.

<sup>45</sup> *Möllers ZBB* 1999, 134, 140. Zum anderen hat der *EGH* in der Alpine-Entscheidung den Schutz des Finanzmarktes als Rechtfertigungsgrund ausdrücklich anerkannt, s. oben Fn. 16.

<sup>45a</sup> Allgemeinverfügung gem. § 36 b Abs. 1 und 2 WpHG bezüglich der Werbung in Form des „cold calling“ v. 27. 7. 1999, BANz. No. 149, S. 13 518.

<sup>46</sup> Zu den Einzelfragen s. vertiefend *Möllers ZBB* 1999, 134, 143.

<sup>47</sup> Weitere Beispiele s. für den Bereich des Umwelt- und Haftungsrechts *Möllers*, Rechtsgüterschutz im Umwelt- und Haftungsrecht, 1996.