

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

22 54. Jahrgang
19. November 1999
Seiten 1065-1124

Aus dem Inhalt:

Hasso Hofmann

Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung?

Ulrich Ehricke

Die Anfechtung einer Tilgungsbestimmung gem. § 366 Abs. 1 BGB wegen Irrtums

Tatjana Hörnle

Das antiquierte Schuldverständnis der traditionellen Strafzumessungsrechtsprechung und -lehre

Astrid Stadler

Erlaß und Freizügigkeit einstweiliger Maßnahmen im Anwendungsbereich des EuGVÜ

EuGH

Zum europäischen einstweiligen Rechtsschutz – Rechtssachen „Van Uden“ und „Mietz“

VerfGH NW mit Anmerkung von

Josef Isensee

Zusammenlegung von Justiz- und Innenministerium?

BGH mit Anmerkung von

Herbert Roth

Zur Anerkennung ausländischer Bürgerentscheidungen

BGH mit Anmerkung von

Thomas M. J. Möllers

Einverständnis mit Telefonwerbung durch AGB?



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 § 36b 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 abzielen¹. Das *OLG Frankfurt* als Vorinstanz hatte eine *unmittelbare* Anwendung von § 1 AGBG bejaht² 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 auseinanderzusetzen³, stimmte der *BGH* der Vorinstanz nur „im Ergebnis“ zu und bejahte nur eine „entsprechende“⁴ 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 Meinung⁵ 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 sind⁶. In der Taschenkontroll-Entscheidung hatte der *BGH* auf den „rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden“⁷ 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 hatte⁸. 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 konnte⁹.

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* gewertet¹⁰. Diese Rechtsprechung wurde auch auf unerwünschte Telefonate von Anlageberatern ausgedehnt¹¹. 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 möglich¹².

Weniger überzeugend ist allerdings die dogmatische Begründung, daß der Telefonanruf beim privaten Kunden eine „besonders schwerwiegende Beeinträchtigung der verfassungsrechtlich geschützten Privatsphäre“¹³, also eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts darstellt, während gleichzeitig sich der Gewerbetreibende nicht auf das Persönlichkeitsrecht berufen und deshalb nur eine „belästigende Störung“¹⁴ 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 kann¹⁵. 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 angesehen¹⁶.

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 ausulegen, *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 widerruflich ist¹⁷. Im Gegensatz dazu hatte das *OLG Frankfurt* das Einverständnis durch eine AGB-Klausel für *zulässig* erachtet¹⁸. 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 wird¹⁹. Daneben könnte auch das Bestehen einer dauerhaften Geschäftsbeziehung dazu führen, daß der Kunde konkludent in Telefonanrufe einwilligt²⁰. 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 bemängelt²¹. In jüngster Zeit sind auch dem BAWe immer wieder Beschwerden von Verbrauchern vorgetragen worden, die sich massiv der Telefonwerbung einzelner Wertpapierdienstleistungsunternehmen ausgesetzt sehen²². Provokativ wird diese Fallgruppe als „Beispiel der Ineffizienz von Recht und Richtersprüchen“²³ 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 Instrumentarium²⁴ bezeichnet wird. Allerdings fehlen sowohl dem AGBG als auch dem UWG²⁵ ein Klagerecht des nicht unmittelbar verletzten Verbrauchers und Ermittlungsbefugnisse, die beispielsweise öffentlich-rechtlichen Behörden zustünden²⁶. Die Rechtsfolge zielt im AGBG nicht auf Unwirksamkeit der Klausel, sondern nur auf Unterlassung oder Widerruf²⁷. Diese Negativkontrolle kann nur unzureichend sicherstellen, daß inhaltsgleiche oder ähnliche Klauseln desselben Verwenders oder Dritter nicht mehr verwendet werden²⁸. 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. § 90 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 ist²⁹. Nach Art. 7 Abs. 1 *AGB-Richtlinie* sorgen die Mitgliedstaaten für angemessene und wirksame Mittel, daß mißbräuchlichen Klauseln „ein Ende gesetzt wird“³⁰. In der Literatur wird überwiegend die Ansicht vertreten, die §§ 13 ff. AGBG würden diesen Anforderungen entsprechen³¹. 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 ist³².

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 Spezialvorschrift³³. Mit Wirkung zum 1. 1. 1998³⁴ wurde mit dem § 36 b Wertpapierhandelsgesetz (WpHG) eine weitere Regelung geschaffen, um Mißstände bei der Werbung für Wertpapierdienstleistungen und Wertpapiernebenleistungen zu begegnen³⁵. 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 unterlegene 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 Warenertermingeschäfte = 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 Köhler/Pieper (Fn. 12), vor § 13 Rdn. 3.

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

²⁶ Köhler/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 Anlageberatung³⁶.

2. Mißstand bei der Werbung

a) Nach dem Regelungszweck von § 23 KWG³⁷ 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“³⁸. Damit korrespondieren die Erwägungsgründe der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie, nämlich die doppelte Zielsetzung neben dem Anlegerschutz ein reibungsloses Funktionieren der Wertpapiermärkte zu gewährleisten³⁹. 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“⁴⁰. 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 können⁴¹.

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 rechtfertigend⁴².

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/EG⁴³. 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 müsse⁴⁴. 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 ablehnt⁴⁵.

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*^{45a} 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 Wertpapierdienstleistungsunternehmen⁴⁶.

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 Recht⁴⁷.

36 S. im einzelnen § 2 WpHG.

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

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

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

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

41 Fischer, in: Schimansky/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 1997, Bd. III, § 131 Rdn. 8; Szagunn/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/Kleinhans, Kreditwesengesetz, Stand: 1/1999, § 23 Rdn. 25, 28; Bähre/Schneider, KWG-Kommentar, 3. Aufl., 1986, § 23 Anm. 3.

42 S. oben Fn. 20.

43 RiL 97/7/EG v. 20. 5. 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. Nr. L 144, 19 = NJW 1998, 212.

44 Schulte-Nölke NJW 1998, 210, 211.

45 Möllers ZBB 1999, 134, 140. Zum anderen hat der EuGH in der Alpine-Entscheidung den Schutz des Finanzmarktes als Rechtfertigungsgrund ausdrücklich anerkannt; s. oben Fn. 16.

45a 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.

46 Zu den Einzelfragen s. vertiefend Möllers ZBB 1999, 134, 143.

47 Weitere Beispiele s. für den Bereich des Umwelt- und Haftungsrechts Möllers, Rechtsgüterschutz im Umwelt- und Haftungsrecht, 1996.

handlung durch eine zeitgleiche Bild- und Tonübertragung zu vernehmen.

Die Rechtshilfeleistung des ersuchten Staates muß im konkreten Fall die Einhaltung der für die Hauptverhandlung geltenden wesentlichen Verfahrensgarantien gewährleisten.

BGH, Urteil v. 15. 9. 1999 – 1 StR 286/99
(LG Mannheim).

EGGVG §§ 23 ff.; StPO §§ 98 Abs. 2 S. 2, 105 Abs. 1 S. 1.+

Für die Überprüfung der Art und Weise des Vollzugs einer nach § 105 Abs. 1 S. 1 StPO richterlich angeordneten abgeschlossenen Durchsuchung kann der Betroffene die richterliche Entscheidung entsprechend § 98 Abs. 2 S. 2 StPO jedenfalls dann beantragen, wenn die beanstandete Art und Weise des Vollzugs nicht ausdrücklicher und evidenter Bestandteil der richterlichen Anordnung war.

BGH, Beschluß v. 25. 8. 1999 – 5 AR (VS) 1/99
(OLG Stuttgart).

Neuerscheinungen

Allgemeines. Rechtsgeschichte. Ausbildung und Praxis

Bogdandy, Armin von: Gubernative Rechtsetzung. Eine Neubestimmung der Rechtsetzung und des Regierungssystems unter dem Grundgesetz in der Perspektive gemeineuropäischer Dogmatik. – Tübingen: Mohr-Siebeck, 1999. XIX, 548 S. (Jus publicum; Bd. 48.) Zugl.: Berlin, Freie Univ., Habil.-Schr., 1996. ISBN 3-16-147171-7; Gewebe: ca. 230,-; ca. sfr 200,-; ca. S 1680,-. [Erscheint: November 1999]

Denken und Umsetzung des Konstitutionalismus in Deutschland und anderen europäischen Ländern in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts. Hrsg. von Martin Kirsch; Pierangelo Schiera. – Berlin: Duncker und Humblot, 1999. 272 S. (Schriften zur europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte; Bd. 28.) ISBN 3-428-09769-6; brosch.: 148,-; S 1080,-; sfr 131,-. [Erscheint: November 1999]

Gassner, Ulrich M.: Heinrich Triepel. Leben und Werk. – Berlin: Duncker und Humblot, 1999. 605 S. (Tübinger Schriften zum Staats- und Verwaltungsrecht; Bd. 51.) Zugl.: Tübingen, Univ., Habil.-Schr., 1995. ISBN 3-428-09216-3; brosch.: 148,-; S 1080,-; sfr 131,-. [Erscheint: November 1999]

Institutionen, Instrumente und Akteure sozialer Kontrolle und Disziplinierung im frühneuzeitlichen Europa, Institutions, instruments and agents of social control and discipline in early modern Europe. Hrsg. von Heinz Schilling. – Frankfurt/M.: Klostermann, 1999. (Studien zur europäischen Rechtsgeschichte; 127.) ISBN 3-465-03048-6; Gewebe. [Erscheint: November 1999]

Die **juristische Examensvorbereitung.** Ziel, Weg, Ausblick. B. Behmenburg u. a. (Hrsg.). – Münster: Lit, 1999. 112 S. (Münsteraner Einführungen; Juristische Arbeitsbücher; Bd. 2.) ISBN 3-8258-4501-X; brosch.: 19,80.

Nelson, Hein L. W.: Gai Institutiones III, 88–181. Die Kontraktobligationen; Text und Kommentar. Von Hein L. W. Nelson und Ulrich Manthe. – Berlin: Duncker und Humblot, 1999. XII, 605 S. (Freiburger rechtsgeschichtliche Abhandlungen; N. F., Bd. 35.) ISBN 3-428-09883-8; brosch.: 178,-; sfr 158,-; S 1299,-.

Niederle, Jan: 500 Spezial-Tipps für Juristen. Wie man geschickt durchs Studium und das Examen kommt. – Münster: Jan Niederle Media, 1999. ca. 100 S. ISBN 3-9806932-9-5; Pb.: 16,80 (freier Pr.).

Sommer, Wolfgang: Ausbildungskompaß Rechtsanwalts- und Notarfachangestellte. Tipps, Hinweise, Vorschriften und Regeln für die erfolgreiche Ausbildung und Prüfung. 2., überarb. Aufl. – Wiesbaden: Gabler, 1999. 139 S. ISBN 3-409-29799-5; brosch.: 24,-.

Stiebitz, Karen: Heinz Such (1910–1976). Ein Jurist zwischen bürgerlicher Rechtsdogmatik und sozialistischer Rechtsgewinnung. – Köln u. a.: Böhlau, 1999. ca. 312 S. (Arbeiten zur Geschichte des

NEU BEI MOHR: Die Entwicklung des eigenständigen DDR-Bodenrechts

Beate Grün Vom Teilungsunrecht zum Wiedervereinigungsrecht

Die Entstehung und Entwicklung des sozialistischen Bodenrechts in der DDR und seine Überwindung im Zuge der Wiedervereinigung

Mit der deutschen Wiedervereinigung hat das überkommene DDR-Bodenrecht große Bedeutung erlangt. Es bildet den Ausgangspunkt einer umfassenden Transformations- und Anpassungsgesetzgebung sowie einer vielfältigen Rechtsprechung, deren Ziel die endgültige Klärung der Eigentumsverhältnisse an Grundstücken und Gebäuden auf dem Gebiet der ehemaligen DDR ist. Beate Grün untersucht die eigenständige DDR-Eigentums- und Bodennutzungsrechtsstruktur über einen Zeitraum von mehr als 40 Jahren aus rechtshistorischer und rechtsdogmatischer Sicht. Dazu wertet sie schwer zugängliches DDR-Material sowie die Rechtsprechung des Obersten Gerichts der DDR aus und deckt die Dogmatik auf, die hinter den vielfältigen SBZ/DDR-Regelungen stand. Zudem erörtert sie deren wirtschaftliche und ideologische Hintergründe. Als Schlüssel zur Erfassung des DDR-Rechts erweist sich die Fortgeltung des BGB seit 1945, das als systematisches Grundlagenrecht für die Ausbildung eigenständiger DDR-Rechtsfiguren diente. Die gegenwärtige These, das DDR-Recht sei dilettantisches Machwerk gewesen, erweist sich als ebenso unzutreffend wie zahlreiche andere Vorstellungen über den Inhalt oder Zweck des DDR-Rechts. Außerdem beleuchtet Beate Grün die Hinwendung zum Privateigentum nach der Wende und den daraus resultierenden Inhaltswandel der ehemals sozialistischen Eigentums- und Nutzungsrechtsfiguren. Eine kritische Würdigung finden auch die Regeln der Sachenrechtsbereinigung und der Schuldrechtsanpassung, die eine schonende Überleitung der DDR-Rechtspositionen oftmals verfehlen. Nachgetragen wird die aktuelle Diskussion zum Neubauerneigentum. Veranlaßt durch die vorliegende Untersuchung hat der BGH seine Rechtsprechung zugunsten der Vererblichkeit des Neubauerneigentums bereits geändert.

2000. Ca. 610 Seiten (Jus Privatum). ISBN 3-16-147217-9 Leinen ca. DM 170,-/ca. öS 1240,-/ca. sfr 150,- (Januar)



Mohr Siebeck

<http://www.mohr.de>