

**Schriften zum Recht des Informationsverkehrs
und der Informationstechnik**

Band 8

**Direktmarketing und
Persönlichkeitsschutz im Rahmen
der Geschäftsverbindung
von Bank und Kunden**

**Von
Felix Ch. Hey**



Duncker & Humblot · Berlin

FELIX CH. HEY

**Direktmarketing und Persönlichkeitsschutz im Rahmen
der Geschäftsverbindung von Bank und Kunden**

**Schriften zum Recht des Informationsverkehrs
und der Informationstechnik**

Herausgegeben von Prof. Dr. Horst Ehmann und Prof. Dr. Rainer Pitschas

Band 8

Direktmarketing und Persönlichkeitsschutz im Rahmen der Geschäftsverbindung von Bank und Kunden

Von

Felix Ch. Hey



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Hey, Felix Ch.:

Direktmarketing und Persönlichkeitsschutz im Rahmen der
Geschäftsverbindung von Bank und Kunden / von Felix Ch. Hey. –
Berlin : Duncker und Humblot, 1994

(Schriften zum Recht des Informationsverkehrs und der
Informationstechnik; Bd. 8)

Zugl.: München, Univ., Diss., 1991

ISBN 3-428-07853-5

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1994 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0940-1172

ISBN 3-428-07853-5

Meinen Eltern

Vorwort

Unter dem Stichwort "Allfinanz" bewegen sich Banken und Versicherungen in den letzten Jahren aufeinander zu. Diese Annäherung betrifft sowohl die angebotenen Dienstleistungen als auch das Geschäftsgebaren.

Die vorliegende Arbeit untersucht Möglichkeiten und Grenzen des Direktmarketings der Banken. Dabei soll das Augenmerk allerdings nicht nur auf die Anbahnung der Geschäftsabschlüsse, sondern darüber hinaus auf die Folgen solchermaßen erzielter Geschäfte gerichtet werden; ein Aspekt, der auch in der Bankpraxis bisweilen zu kurz kommt: ist doch mit dem bloßen Abschluß das Geschäft mit dem Kunden noch keineswegs vollständig abgewickelt. Eine Rückkoppelung dahingehend, wieviele Aquisitionen in der Abwicklung ernste Probleme aufwerfen, fehlt weitgehend.

Die Arbeit wurde im Wintersemester 1990/91 der juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation vorgelegt. Bedingt durch einige Gesetzesänderungen erfuhr sie einige Umarbeitungen. Rechtsprechung und Schrifttum sind bis zum 31.12.1992, teilweise auch darüber hinaus, berücksichtigt.

Meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Dres.h.c. Claus-Wilhelm Canaris, danke ich herzlich für die umfassende und geduldige Förderung, die ich von ihm erfahren habe.

München, im Juli 1993

Felix Christopher Hey

Inhaltsverzeichnis

Teil 1

Einleitung

I. Einführung in die Thematik	13
II. Gründe einer intensiveren Werbung im Bereich der Kreditwirtschaft	14
1. Die Konkurrenzsituation der Kreditinstitute untereinander	15
2. Konkurrenz der Versicherungen	16
3. Kundeninteresse	17
III. Vorzüge und Gefahren des Direktmarketings	17
1. Problemstellung	18

Teil 2

Einzelbetrachtung von Werbemaßnahmen der Kreditinstitute

I. Werbung durch Anschreiben und Postwurfsendungen (Briefkastenwerbung)	21
1. Die Rechtsprechung des BGH	22
2. Kritik der Rechtsprechung	24
a) Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch Briefwerbung?	24
b) Einschränkung des Persönlichkeitsschutzes wegen unverhältnismäßiger Kosten für den Werbenden?	25
c) Kritik an der Argumentationsführung des BGH	25
3. Briefkastenwerbung durch Postwurfsendungen	29
II. Telefonwerbung	30
1. Wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Telefonwerbung	31
a) Tatbestand des §1 UWG	32

b)	Das erste Telefonwerbungsurteil des BGH.....	33
c)	Die neueren Urteile des BGH	33
2.	Bürgerlich-rechtliche Unterlassungsansprüche gegenüber der Telefonwerbung wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.....	35
3.	Anwendbarkeit von §§1 HTWiG,56,I GewO auf telefonische Geschäftsabschlüsse	36
III.	Vertreterbesuche an der Haustür	39
1.	Das Widerrufsrecht des Kunden nach der Regelung des Gesetzes über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften(HTWiG)	40
a)	Gesetzeszweck des HTWiG.....	41
b)	Tatbestand des Widerrufsrechts.....	42
(1)	Entgeltlicher Vertrag	42
(2)	Bestimmung zur Erklärungsabgabe durch mündliche Verhandlungen.....	43
(3)	Einschränkung durch das Merkmal der vorhergehenden Bestellung.....	45
c)	Rückabwicklung bei Ausübung des Widerrufs.....	49
2.	Beschränkungen der Möglichkeit von Werbung durch Kreditinstitute durch die Vorschriften der Gewerbeordnung.....	55
d)	Tätigwerden im Reisegewerbe	56
(1)	Tatbestandsvoraussetzungen des §55,I GewO.....	56
(2)	Nichtvorliegen einer vorhergehenden Bestellung	58
(3)	Rechtsfolgen des §55,I GewO.....	60
e)	Die Verbotsvorschrift des §56,I GewO.....	60
(1)	Das Verbot des §56,I Nr.2 lit.a GewO.....	61
(2)	Das Verbot des §56,I Nr.1 lit.h GewO.....	61
(3)	Das Verbot des §56,I Nr.6 GewO.....	61
(4)	Das Verhältnis von §56,I GewO zu §823,II BGB	62
f)	Würdigung der Regelung der §§55ff. GewO für die Kreditwirtschaft	62
3.	Spezielle Widerrufsrechte in §11 AuslNVG und §23 KAGG.....	63
4.	Der unerbetene Hausbesuch am Maßstab des §1 UWG	64
5.	Problematik der §§6,2 GewO,6 Nr.2 HTWiG: Verfassungsmäßigkeit trotz Begünstigung eines in Konkurrenz stehenden Gewerbes?.....	70
IV.	Werbung über Bildschirmtext.....	72
1.	Kennzeichnungspflicht.....	73
2.	Zulässigkeit von Werbung durch Btx anhand des Maßstabes des §1 UWG	75
3.	Anwendbarkeit von §1 HTWiG im Rahmen von Btx	78

*Teil 3***Einordnung der Einzelvorschriften zur Briefkasten-, Telefon-, Haustür- und Btx-Werbung in die Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde**

I. Ausgangspunkt und Aufgabenstellung	79
II. Der Schutz der Persönlichkeit des Umworbene	80
1. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Zivilrecht	81
2. Persönlichkeitsschutz durch §1 UWG.....	82
3. Der Schutz der Entscheidungsfreiheit durch § 1 HTWiG, § 11 AuslInvG, § 23 KAGG.	85
III. Einschränkung des Persönlichkeitsschutzes des Umworbene durch Selbstgestaltung ..	87
1. Die Einwilligung beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht	87
2. Das Erfordernis der Einwilligung bei §1 UWG.....	90
3. Das Merkmal der vorhergehenden Bestellung in § 1 HTWiG, § 55,I GewO, § 11 AuslInvG, § 23 KAGG.....	90
IV. Die rechtliche Beurteilung des Direktmarketing unter Einbeziehung der Bank-Kunden-Beziehung	91
1. Charakter und Besonderheiten des Bank-Kunde-Verhältnisses.....	92
2. Einzelfälle.....	94
a) Telefon- und Btx-Werbung.....	94
b) Briefkastenwerbung	96
c) Hausbesuche	97

*Teil 4***Schadensersatzansprüche des Kunden bei nachteiligen Geschäftsabschlüssen infolge unzulässiger Werbemaßnahmen**

I. Einschlägige Fallgruppen nachteiliger Geschäftsabschlüsse	101
1. Fehlgeschlagene Vermögensanlage	101
a) Die Rechtsprechung des BGH.....	102
b) Kritik der Rechtsprechung	102
2. Die Problematik übermäßiger Verschuldung.....	103
3. Die Problematik der bisherigen Handhabung beider Fallgruppen	105

II. Alternative Lösungsansätze für den Bereich Verschuldungsproblematik	109
1. Entsprechende Anwendung des §310 BGB.....	109
2. Lösung nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage	110
3. Haftung aus gesetzlichem Schuldverhältnis	111
III. Inhalt des Schadensersatzanspruches	115
Literaturverzeichnis	118
Stichwortverzeichnis	126

Teil 1

Einleitung

I. Einführung in die Thematik

In einem Brief an eine Freundin schreibt Wilhelm von Humboldt am 7. September 1830: "Jede Störung meiner Einsamkeit, jeder auch nur Stunden dauernde Besuch ist mir höchst unangenehm." Insbesondere im Bereich der Werbung hat die Entwicklung seitdem gezeigt, daß sich solche "höchst unangenehmen Störungen" des Einzelnen in einem freiheitlich verfaßten Wirtschaftssystem nicht ohne weiteres vermeiden lassen. Sie werden nachgerade zur Methode, wenn man die Möglichkeiten des Direktmarketings, insbesondere des Direktvertriebs und der Direktwerbung betrachtet. Unter diesen Begriffen faßt die Betriebswirtschaftslehre Formen der Werbung und des Absatzes zusammen, bei denen der Anbieter von Waren und Dienstleistungen unmittelbar und ohne Zwischenschaltung von Händlern und Vermittlern mit seinen Kunden in individuellen, direkten Kontakt tritt, wie dies bei Geschäftsabschlüssen am Telefon und anlässlich von Hausbesuchen geschieht, bzw. bei denen er eine Werbebotschaft direkt und nicht mit Hilfe eines anderen Mediums übermittelt, so etwa über Briefsendungen, Telefon und Bildschirmtext¹. Wie die Werbung insgesamt ist auch das Direktmarketing eine Ausprägung des Handelns im freien Wettbewerb; die Umworbene haben daher prinzipiell die hieraus entstehenden Belästigungen hinzunehmen. Die Besonderheit des Direktmarketings liegt freilich darin, daß mit den durch diesen Begriff umschriebenen Werbemethoden Eingriffe in die Privatsphäre des Individuums verbunden sind, die bei Werbung üblichen Zuschnitts nicht eintreten. Angesichts der zunehmenden Tendenz, den Schutz der Persönlichkeit und der Privatsphäre des einzelnen zu stärken², unterwerfen Gesetzgebung und Judikatur diese Formen der Werbung verschiedenartigen Beschränkungen. Die dabei einschlägigen Vorschriften sind jedoch überaus zahlreich und finden sich in den unterschiedlichsten Rechtsmaterien. Über die in der Rechtsanwendung

¹ vgl. etwa, mit Unterschieden im Detail, Dallmer, S.4f., Scheuch, S.414f., Tietz, B. in: Vahlens großes Wirtschaftslexikon, München 1987, S.403, Gerardi in: Marketing-Enzyklopädie, Bd.I, München 1974, S.403

² vgl. BVerfGE 54, 148, 153, Hefermehl GRUR 1980, 622, 626

damit verbundenen Probleme hinaus entstehen besondere Schwierigkeiten, wenn sich die Werbung nicht an einen mehr oder minder undifferenzierten Kreis Umworbener richtet, sondern zwischen Werbendem und Betroffenen bereits zuvor geschäftliche Kontakte bestanden haben; die Eigenarten derartiger Sonderbeziehungen müssen etwa durch die Anwendung von Ausnahmetatbeständen berücksichtigt werden. Ein gutes Beispiel einer solchen Beziehung, die sich nicht auf zufällige, einmalige Kontakte beschränkt, stellt in der Praxis das Verhältnis zwischen Bank und Kunde dar. Unter Berücksichtigung dieser Beziehung sollen im folgenden die Rahmenbedingungen der Werbung allgemein und insbesondere der Schutz der Persönlichkeit des Umworbene im Bereich der Kreditwirtschaft untersucht werden. Über die bereits erwähnten Besonderheiten hinaus verdient die Werbung durch Kreditinstitute auch deshalb Interesse, weil diese sich noch mehr als andere Branchen bei der Inanspruchnahme neuer Methoden des Direktmarketings einer nur schwer überschaubaren Anzahl von Einzelnormen gegenübersehen, die die Zulässigkeit von Werbung im Bankenbereich beschränken. Dies wiederum legt den kritischen Vergleich zur Rechtslage bei konkurrierenden Gewerbezweigen wie etwa der Versicherungswirtschaft nahe. Schließlich können sich bei der Anwendung der Schutzvorschriften auf Bankgeschäfte eigenartige Probleme auf der Rechtsfolgeseite ergeben.

II. Gründe einer intensiveren Werbung im Bereich der Kreditwirtschaft

Die Motive für die Anwendung von Werbung im allgemeinen und des Direktmarketings im besonderen sind naturgemäß vielfältig. Die Banken haben insgesamt erst später als andere Branchen dem Marketing eine höhere Bedeutung zugemessen. Für die Tatsache, daß auch die Kreditinstitute in jüngerer Zeit verschiedenste Formen der Werbung und des Direktmarketings in ihr absatzpolitisches Instrumentarium einbezogen und ein distanzierteres Verhalten gegenüber ihren Kunden aufgegeben haben, dem noch die Vorstellung zugrunde lag, daß die Initiative im Bankgeschäft überwiegend vom Kunden ausgeht³, lassen sich allerdings Gründe aufzeigen. Sie finden sich generell in der im Laufe der letzten Jahre in bemerkenswertem Umfang gewachsenen Konkurrenz in den Bereichen der Finanzierung und der Kapitalanlage im Privatkundengeschäft der Kreditinstitute⁴. Eine intensivere Konkurrenzsituation besteht dabei sowohl zwischen den Banken und Sparkassen untereinander, als auch gegenüber den Versicherungsunternehmen, Kreditkartengesellschaften,

³ Cramer, Jörg in: Bruhn, S.749

⁴ vgl. allgemein zur erhöhten Konkurrenz Betsch, S.1ff., Dallmer/Greff, S.720ff, Eppe, Die Bank 10/1991, , 544ff.

Industrieunternehmen mit eigenen Leasinggesellschaften sowie Kredit- und Anlagevermittlern⁵.

1. Die Konkurrenzsituation der Kreditinstitute untereinander

Ausgangspunkt der marktstrategischen Überlegungen der Banken für den Wettbewerb untereinander ist die Einsicht, daß die Anforderungen an Werbung und Beratung im Privatkundengeschäft gewachsen sind. War noch bei Einführung der bargeldlosen Lohn- und Gehaltszahlung Ende der sechziger Jahre die Erweiterung des Kundenbestandes durch zahlreiche neu zu eröffnende Lohn- und Gehaltskonten gesichert, so ist heute der Markt weitgehend erschöpft angesichts der Erfassung nahezu der gesamten Arbeitsbevölkerung mit mindestens einer Bankdienstleistung; 96% aller deutschen Haushalte verfügen über mindestens ein Girokonto, etwa die Hälfte der Haushalte unterhält mehr als eine Bankverbindung⁶. Die Strategie der Anbieter geht infolgedessen dahin, nunmehr den gesamten finanziellen Versorgungsbedarf eines Kunden mit Finanzdienstleistungen "aus einer Hand" abzudecken⁷. Eine Ausdehnung des Geschäfts wird daher betrieben durch die Vermittlung weiterer Bankdienstleistungen an Kunden, die bisher nur eine oder wenige Leistungen in Anspruch nahmen. Diese Maßnahmen des sogenannten cross-sellings⁸ an bereits vorhandene Kunden setzen jedoch voraus, den Kunden insoweit von Konkurrenzinstituten abzuwerben und erfordern damit einen erhöhten Werbe- und Beratungsaufwand. Die Aktivierung solchermaßen "brachliegender" Kundenverbindungen bedingt darüber hinaus das Eindringen in die Privatsphäre dieser Kunden, sollen sie von einer konkreten, individuell gestalteten Werbemaßnahme überhaupt erreicht werden. Verbesserte Marktpositionen können auf diese Weise nahezu nur noch im Verdrängungswettbewerb erreicht werden, während man den eigenen Kundenstamm gegenüber anderen Mitbietern gerne abschirmen möchte⁹.

Im Bestreben nach Verbesserung der Rentabilität spielen auch bilanztechnische Erwägungen eine Rolle. Aufgrund des aus § 11 KWG abzuleitenden

⁵ Stracke, Die Bank 11/88, 590, Cramer, Jörg, a.a.O.(Fn.3) , S.756, Epple, Die Bank 10/91, 544, 547

⁶ Zahlen nach Epple, Die Bank 91, 544, 548

⁷ Stracke, Die Bank 11/88, 590, allg.zur Bedeutung des "Verbrauchers" für die Banken Hellner/Steuer WM Sonderbeil.Sept.91, S.11, 12

⁸ dazu Cramer, Jörg, a.a.O.(Fn.3) , S.749, Keßler in:Süchting/van Hooven S.146, Ausfelder, Die Bank 2/91, S.91, Epple, Die Bank 10/91, 544, 545

⁹ Stracke, Die Bank 11/88, 590, 593