

# **Die Zulässigkeit der Markt- und Meinungsforschung nach Datenschutz- und Wettbewerbsrecht**

Prof. Dr. Gerrit Hornung, LL.M.

Unter Mitwirkung von Dipl.-Jur. (Univ.) Kai Hofmann

Passau, 2. Dezember 2013

# Inhaltsverzeichnis

<b>1</b>	<b>Einleitung und Untersuchungsgegenstand.....</b>	<b>1</b>
<b>2</b>	<b>Problemstellung .....</b>	<b>2</b>
2.1	Datenschutzrecht .....	2
2.2	Lauterkeitsrecht .....	4
2.3	Verhältnis der beiden Rechtsgebiete .....	5
<b>3</b>	<b>Der Begriff der Markt- oder Meinungsforschung in § 30a BDSG .....</b>	<b>6</b>
3.1	Wortlaut.....	7
3.2	Systematische Auslegung .....	9
3.3	Entstehungsgeschichte.....	9
3.3.1	Grundaussagen .....	9
3.3.2	Insbesondere: Das Anonymisierungsgebot .....	11
3.3.2.1	Marktforschung zu eigenen Geschäftszwecken nach § 30a BDSG? .....	11
3.3.2.2	Marktforschung ohne konkreten Auftrag.....	14
3.3.3	Zwischenergebnis.....	14
3.4	Teleologische Auslegung .....	15
3.4.1	Wahrung der Anonymität der Befragten .....	15
3.4.1.1	Grundsätzliches Verhältnis zum Auftraggeber .....	16
3.4.1.2	Verschiedene Fallgruppen der Auftragsdatenverarbeitung.....	16
3.4.2	Informationsbeschaffung zur Unterstützung von Entscheidungen mit verallgemeinerungsfähigen Aussagen.....	18
3.4.2.1	Verminderte Eingriffstiefe .....	18
3.4.2.2	Voraussetzung: keine verschleierte Werbung .....	21
3.4.3	Anwendung wissenschaftlicher Methoden und strikte Trennung von nichtwissenschaftlichen Bereichen.....	23
3.5	Ergebnis.....	24
<b>4</b>	<b>Der Begriff der Werbung in § 7 UWG .....</b>	<b>25</b>
4.1	Grundlagen .....	25
4.2	Richtlinienkonforme Auslegung .....	26
4.2.1	Europäische Richtlinien .....	26

4.2.2	Folgerungen für das UWG aus der UGP-Richtlinie.....	29
4.2.3	Folgerungen für das UWG aus der FA-Richtlinie und der EK-DSRL.....	32
4.3	Fallgruppen und Berücksichtigung von § 30a BDSG .....	34
4.3.1	Anwendungsbereich, Gesetzesbegründung und Absichtung.....	34
4.3.2	Problemfälle: produkt- und dienstleistungsspezifische Umfragen, Kundenzufriedenheitsstudien .....	36
4.3.2.1	Beispiele aus der Rechtsprechung.....	37
4.3.2.2	Argumente für die Kriterienbildung.....	41
4.3.2.2.1	Lauterkeitsrechtliche und datenschutzrechtliche Perspektive .....	42
4.3.2.2.2	Lauterkeitsrechtlicher Ansatz: Unterschwellige Werbewirkung .....	42
4.3.2.2.3	Datenschutzrechtlicher Ansatz: geringeres Risikopotential; Differenzierung nach dem Einwilligungserfordernis .....	45
4.3.2.2.4	Weitgehender Gleichlauf der Ansätze.....	46
4.3.2.2.5	Konfliktfälle .....	47
4.4	Rückwirkungen auf andere Normen.....	48
4.4.1	Auswirkungen auf § 30a und § 11 BDSG.....	48
4.4.2	Auswirkungen auf § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG .....	49
4.4.3	Auswirkungen auf § 823 und § 1004 BGB .....	50
<b>5</b>	<b>Ergebnisse .....</b>	<b>50</b>
<b>6</b>	<b>Literatur .....</b>	<b>52</b>

# 1 Einleitung und Untersuchungsgegenstand

Markt- und Meinungsforschung liefert in modernen Gesellschaften wichtige empirische Grundlagen für Entscheidungen in verschiedenen Gesellschaftsbereichen und befasst sich dementsprechend mit einer großen Bandbreite von Themen, beispielsweise der demographischen Entwicklung, sozialen Mobilität, Konsumgewohnheiten oder Mediennutzung.<sup>1</sup> Den Schwerpunkt der praktischen Arbeit bildet dabei die Konsumgüterforschung.<sup>2</sup>

Markt- und Meinungsforschung arbeitet vielfach mit der unmittelbaren Ansprache von Personen über unterschiedliche Kommunikationswege, die auch für das Dialogmarketing genutzt werden können. Wenn Umfragen zur Markt- und Meinungsforschung einen Bezug zu Wirtschaftsfragen, zu einzelnen Branchen und Unternehmen oder sogar zu spezifischen Produkten und Dienstleistungen aufweisen, wird die Grenze auf den ersten Blick nicht immer klar erkennbar sein: Eine Befragung nach der Zeitschriftennutzung kann leicht mit dem Vertrieb der bevorzugten Zeitschrift, eine Kundenzufriedenheitsumfrage mit dem Angebot eines verbesserten Produkts verbunden werden.

Gerade wegen dieser Gefahr einer Vermengung mit werbender Tätigkeit haben sich die Verbände allerdings seit langem in einer Selbstverpflichtung dazu bekannt, bestimmte Standards einzuhalten, die ein spezifisches Arbeitsprofil aufweisen.<sup>3</sup> Danach muss Markt- und Meinungsforschung mit den wissenschaftlichen Methoden der empirischen Sozialforschung durchgeführt werden. Ihre Ergebnisse dürfen an den Auftraggeber nur in anonymisierter Form weitergegeben werden; dies gilt (zumindest in Deutschland) sogar dann, wenn der Studienteilnehmer die personenbezogene Übermittlung ausdrücklich wünscht. Eine nicht anonymisierte Übermittlung ist nur zwischen Forschungsinstituten erlaubt und bedarf der Einwilligung der Betroffenen. Schließlich dürfen forschungsfremde Vorhaben wie Direktmarketing, Werbung oder Verkaufsförderung weder als Markt-, Meinungs- oder Sozialforschung bezeichnet, noch hiermit verbunden werden. Weitere berufliche Verhaltensregeln ergeben sich durch die Übernahme des gemeinsamen Standards der Internationalen Handelskammer (ICC) und der European Society for Opinion and Market Research (ESOMAR).<sup>4</sup> So ist die Teilnah-

---

<sup>1</sup> S. z.B. *Pflüger*, RDV 2010, 101 (101); *Schnell et al.* 2011, 1.

<sup>2</sup> *Kaase* 2012, 27.

<sup>3</sup> *ADM et al.*, Erklärung für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland zum ICC/ESOMAR Internationalen Kodex für die Markt- und Sozialforschung, 2008.

<sup>4</sup> *ICC/ESOMAR*, Internationaler Kodex für die Markt- und Sozialforschung, 2007.

me freiwillig und muss aufgrund einer informierten Einwilligung erfolgen. Überdies unterliegen Daten, die für Zwecke der Markt- oder Meinungsforschung erhoben werden, einer strikten Zweckbindung.

Diese Besonderheiten rechtfertigen es, zu untersuchen, ob und inwieweit sich die genannten Merkmale der praktischen Tätigkeit der Markt- und Meinungsforschung auch rechtlich auswirken. Für die Branche ist dies vor allem deshalb relevant, weil jüngste Gerichtsentscheidungen keinen Unterschied zwischen Werbung und Markt- und Meinungsforschung erkennen konnten.<sup>5</sup> Das folgende Gutachten geht dieser Frage unter datenschutz- und lauterkeitsrechtlichen Gesichtspunkten nach. Der Fokus liegt hierbei auf der Einordnung in die verschiedenen Erlaubnis- und Verbotsnormen (vor allem § 30a BDSG und § 7 UWG). Einzelne Anforderungen der Normen, insbesondere Abwägungsfragen sind nicht Gegenstand dieses Gutachtens.

## **2 Problemstellung**

Die Durchführung von Umfragen zur Markt- oder Meinungsforschung unterliegt zwei unterschiedlichen Regelungsregimen. Die Zulässigkeit der für Umfragen notwendigen Ansprache der Teilnehmer richtet sich nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Die Zulässigkeit des damit verbundenen Umgangs mit personenbezogenen Daten der (potentiellen) Umfrageteilnehmer<sup>6</sup> bestimmt sich demgegenüber nach dem Bundesdatenschutzgesetz, das nach § 1 Abs. 2 Nr. 3 und § 3 Abs. 1 BDSG Anwendung findet, soweit es sich um nicht-öffentliche Stellen handelt.

### **2.1 Datenschutzrecht**

Nach § 4 Abs. 1 BDSG bedarf jede Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten einer rechtlichen Grundlage – entweder in Form einer Einwilligung des Betroffenen oder einer Rechtsvorschrift, die den Datenumgang erlaubt oder anordnet.

Markt- und Meinungsumfragen sind damit datenschutzrechtlich ohne weiteres zulässig, wenn die Umfrageteilnehmer zuvor gemäß § 4a Abs. 1 BDSG wirksam (das heißt: informiert, frei-

---

<sup>5</sup> AG Schöneberg, Urteil v. 23.5.2006 – 4 C 218/05, juris; LG Hamburg, NJW-RR 2007, 45; LG Berlin, Urteil v. 6.2.2007 – 15 S 1/06, juris; OLG Köln, MMR 2009, 267; WRP 2012, 725; s. näher unten 4.3.2.1.

<sup>6</sup> Fragen des Beschäftigtendatenschutzes der Interviewer bleiben im Folgenden außer Betracht; s. etwa *Hoss* 2012.

willing, vorab, im Regelfall schriftlich)<sup>7</sup> eingewilligt haben. Insbesondere beim Umgang mit Kontaktdaten mit dem Ziel des Erstkontakts – egal, ob Anschrift, Telefonnummer oder E-Mail-Adresse – führt dies jedoch zu erheblichen Problemen. Um generalisierbare Aussagen treffen zu können, ist es unerlässlich, dass die der Studie zu Grunde liegende Stichprobe aus einer repräsentativen Teilmenge der Grundgesamtheit gezogen wird. Ist diese Teilmenge von vornherein auf diejenigen begrenzt, die in den Umgang mit ihren Daten zur Markt- und Meinungsforschung eingewilligt haben, bleibt jedoch auch die Stichprobenqualität entsprechend beschränkt.<sup>8</sup>

Neben einer Einwilligung kommen die Erlaubnisnormen der § 28, § 29 und § 30a BDSG in Betracht. § 28 BDSG ist einschlägig, wenn die verantwortliche Stelle einen eigenen Geschäftszweck mit dem Datenumgang verfolgt, dieser also als Hilfsmittel für andere geschäftliche Zwecke dient.<sup>9</sup> Werden Umfragen jedoch von beauftragten Stellen durchgeführt, dient deren Datenumgang letztlich der Übermittlung entweder der personenbezogenen Daten oder aber jedenfalls der Umfrageergebnisse an den Auftraggeber. Damit verfolgen sie keinen eigenen, sondern einen fremden Zweck. § 28 BDSG scheidet für diese Form des Datenumgangs demnach aus.<sup>10</sup> Zwischen den verbleibenden § 29 und § 30a BDSG kommt letzterem schon wegen seiner Spezialität, aber auch wegen der – letztlich deklaratorischen<sup>11</sup> – ausdrücklichen Regelungen in § 30a Abs. 4 BDSG der Vorrang zu. Die Zulässigkeit des geschäftsmäßigen Datenumgangs zum Zweck der Markt- oder Meinungsforschung im Auftrag Dritter bestimmt sich demnach ausschließlich nach § 30a BDSG.

Sowohl nach § 29 Abs. 1 BDSG als auch nach § 30a Abs. 1 BDSG ist die Erhebung und Verwendung der Daten in zwei Alternativen zulässig: Zum einen, wenn kein Grund zu der

---

<sup>7</sup> Nach § 4a Abs. 1 Satz 3, 2. HS BDSG ist die Schriftform nicht erforderlich, soweit wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist. Dies greift bei vielen Telefonumfragen (s. *Simitis*, in: *Simitis*, BDSG, § 4a, Rn. 61 m.w.N.) und wird von den Aufsichtsbehörden seit dem sog. „Schweinoch-Abkommen“ weithin zugelassen, betrifft aber nicht den Umgang mit den Kontaktdaten vor der Kontaktaufnahme.

<sup>8</sup> AG Frankfurt, MMR 2007, 470 (470 f.); AG Berlin-Mitte, Urteil v. 28.2.2006 – 9 C 543/05; *Hug/Gaugenrieder*, WRP 2006, 1420 (1422); *Pflüger*, RDV 2010, 101 (105); für die Zumutbarkeit des Einholens der Einwilligung trotz der genannten Probleme der Stichprobenqualität demgegenüber LG Berlin, BeckRS 2007, 3086; LG Hamburg, NJW-RR 2007, 45 (46); LG Berlin, Urteil v. 6.2.2007 – 15 S 1/06 Rn. 22, juris. Hält man sich vor Augen, dass selbst in den umfangreichen Telefonbüchern ca. 40 % der Anschlüsse nicht gelistet sind (hierzu *Häder* 2010, 158 f.), dürfte eine Datenbank ausschließlich mit den Kontaktadressen von zur Teilnahme an (Telefon-)Umfragen bereiten Personen, wie sie vom LG Hamburg (NJW-RR 2007, 45 (46)) ins Spiel gebracht wurde, keine repräsentative Teilmenge der Grundgesamtheit enthalten.

<sup>9</sup> *Simitis*, in: *Simitis*, BDSG, § 28, Rn. 22.

<sup>10</sup> *Ehmann*, in: *Simitis*, BDSG, § 29, Rn. 20.

<sup>11</sup> *Ehmann*, in: *Simitis*, BDSG, § 30a, Rn. 145; in diese Richtung auch BT-Drucks. 16/13657, 20.

Annahme besteht, dass der Betroffene ein schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung hat, und zum anderen, wenn die Daten aus allgemein zugänglichen Quellen entnommen werden können oder die verantwortliche Stelle sie veröffentlichen dürfte und das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung gegenüber dem Interesse der verantwortlichen Stelle nicht offensichtlich überwiegt.<sup>12</sup> Der wesentliche Unterschied besteht darin, dass § 29 Abs. 1 Satz 2 BDSG, nicht aber § 30a BDSG auf die Anforderungen an die Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten für Zwecke des Adresshandels und der Werbung in § 28 Abs. 3 bis Abs. 3b BDSG verweist. Jenseits des sogenannten Listenprivilegs nach § 28 Abs. 3 Satz 2 BDSG verlangt § 28 Abs. 3 Satz 1 BDSG insoweit zwingend die Einwilligung des Betroffenen.

Darin liegt eine entscheidende Privilegierung der Markt- und Meinungsforschung. Wegen der genannten Probleme der Einwilligung ist es für die Durchführbarkeit eines Vorhabens essentiell, § 30a BDSG zugeordnet zu werden. Folglich kommt es datenschutzrechtlich entscheidend auf die Bestimmung der zentralen Begriffe der Werbung auf der einen und der Markt- oder Meinungsforschung auf der anderen Seite an. Dies gilt umso mehr, als sich kommerziell tätige Markt- und Meinungsinstitute nicht auf § 40 BDSG berufen können.<sup>13</sup>

## 2.2 Lauterkeitsrecht

Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb enthält neben dem Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen in § 3 UWG, das durch die Beispiele in § 4 UWG näher ausgeformt wird, in § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG eine Bestimmung, nach der geschäftliche Handlungen unzulässig sind, wenn durch sie ein Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt wird. Eine solche Belästigung ist nach § 7 Abs. 1 Satz 2 UWG insbesondere für Werbung anzunehmen, wenn erkennbar ist, dass der angesprochene Marktteilnehmer diese nicht wünscht. Eine unzumutbare Belästigung liegt nach § 7 Abs. 2 UWG in verschiedenen Fällen der Werbung stets vor. Neben der Irreführung über den Absender (Nr. 4) betrifft dies unterschiedliche Kommunikationsmittel: Die unzumutbare Belästigung lässt sich bei der Werbung mittels automatischer

---

<sup>12</sup> § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG formuliert leicht abweichend, aber ohne inhaltliche Unterschiede. § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BDSG betrifft daneben Auskunfteien.

<sup>13</sup> *Simitis*, in: *Simitis*, BDSG, § 40, Rn. 37 f.; *Tscherwinka* 2012, 201 f. § 40 BDSG regelt ohnehin nur die Zweckbindung der Daten und setzt die Verwendungs- und erst recht die Erhebungsbefugnis nur voraus. Diese Zweckbindungsregelung in § 40 Abs. 1 BDSG entspricht der Sache nach § 30a Abs. 2 Satz 1 BDSG. Die Veröffentlichungsregelung in § 40 Abs. 3 BDSG ist ersichtlich nicht auf Markt- und Meinungsforschung ausgelegt; s. zum Ganzen *Ehmann*, in: *Simitis*, BDSG, § 30a, Rn. 55 ff.

Anrufmaschine, Faxgerät und E-Mail (Nr. 3) und Telefonanrufen (Nr. 2) nur durch eine vorherige ausdrückliche Einwilligung vermeiden;<sup>14</sup> bei sonstigen Fernkommunikationsmitteln (vor allem Briefen) liegt eine unzumutbare Belästigung nach Nr. 1 vor, wenn ein Verbraucher hartnäckig angesprochen wird, obwohl er dies erkennbar nicht wünscht.

Wenn man Markt- und Meinungsforschung insgesamt oder teilweise als Werbung im Sinne von § 7 UWG einordnet, so sind die praktisch hoch relevanten Telefonumfragen bei Verbrauchern nur bei Vorliegen einer vorherigen und ausdrücklichen, bei sonstigen Marktteilnehmern zumindest mutmaßlichen Einwilligung zulässig, und zwar unabhängig von der datenschutzrechtlichen Problematik.<sup>15</sup> Damit wäre auch an dieser Stelle die Repräsentativität der Ergebnisse gefährdet. Ob ein Vorhaben der Markt- und Meinungsforschung als Werbung eingeordnet wird, stellt damit eine entscheidende Weichenstellung für die Frage ihrer lauterkeitsrechtlichen Zulässigkeit dar.<sup>16</sup>

### 2.3 Verhältnis der beiden Rechtsgebiete

Sowohl nach Datenschutz- als auch nach Lauterkeitsrecht ist somit der Begriff der Werbung von wesentlicher Bedeutung, allerdings in unterschiedlicher Hinsicht. Während im Rahmen von § 7 UWG geklärt werden muss, unter welchen Voraussetzungen Markt- und Meinungsforschung *keine* Werbung im Sinne der Vorschrift ist (negative Abgrenzung), ist wegen der Spezialität von § 30a BDSG zu den werberechtlichen Vorschriften im Datenschutzrecht positiv zu entscheiden, wann *tatsächlich* Markt- und Meinungsforschung vorliegt.

Streng genommen kommt es also im Datenschutzrecht auf den Begriff der Werbung gar nicht an. Das Bundesdatenschutzgesetz geht jedoch augenscheinlich davon aus, dass sich die Begriffe der Markt- oder Meinungsforschung einerseits und der Werbung andererseits ausschließen, weil ansonsten das Spezialitätsverhältnis von § 30a BDSG zu den Bestimmungen über die Datenverarbeitung zu Werbezwecken keinen Sinn ergeben würde.

---

<sup>14</sup> Bei Telefonanrufen genügt die mutmaßliche Einwilligung, sofern es sich nicht um Verbraucher handelt.

<sup>15</sup> Anders als im Datenschutzrecht unterläge allerdings nicht die Nutzung der Kontaktdaten vor dem Erstkontakt und zu seiner Durchführung, sondern nur der telefonische Erstkontakt selbst dem Einwilligungserfordernis. Bevor nicht eine größere Datenbank von zur telefonischen Befragung Bereiten aufgebaut wäre (s. Fn. 8), müsste aber jedenfalls jeder Telefonumfrage eine postalische Anfrage innerhalb einer methodisch einwandfrei ermittelten Stichprobe vorangehen. Damit wäre die Telefonumfrage faktisch nicht zu gebrauchen. Dies würde ihrer Bedeutung nicht gerecht, s. vgl. Häder 2010, 191; Kaase 2012, 36; Schirmer 2009, 182.

<sup>16</sup> Zwar kann auch eine geschäftliche Handlung, die keine Werbung darstellt, eine unzumutbare Belästigung nach § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG sein. Werbung bildet aber den Hauptanwendungsfall der Norm (s. Schöler, in: Harte/Henning, UWG, § 7, Rn. 39), während die Belästigung ansonsten im Einzelfall zu begründen ist; s. insoweit noch unten 4.4.2.



Im Ergebnis ist also im Lauterkeitsrecht unmittelbar, im Datenschutzrecht mittelbar gegen das Vorliegen von „Werbung“ abzugrenzen. Dass beide Gesetze diesen Begriff verwenden, bedeutet nicht zwingend, dass ihm in beiden Fällen (exakt) dieselbe Bedeutung zuzumessen ist, auch wenn prima facie hierfür einiges spricht. Jedenfalls ist es auch jenseits des identischen Wortlauts möglich, dass sich die beiden Normgefüge gegenseitig beeinflussen: Einerseits können für die Auslegung von § 30a BDSG lauterkeitsrechtliche Parallelwertungen zum Tragen kommen, andererseits kann sich die datenschutzrechtliche Einordnung auf die lauterkeitsrechtliche Beurteilung auswirken.

### **3 Der Begriff der Markt- oder Meinungsforschung in § 30a BDSG**

Da die Markt- und Meinungsforschung den Untersuchungsgegenstand dieses Gutachtens bildet, ist es für die weitere Prüfung sinnvoll, zunächst den Anwendungsbereich von § 30a BDSG zu bestimmen, weil dann geklärt ist, was jedenfalls datenschutzrechtlich keine Werbung darstellt. Im Anschluss ist zu fragen, ob der lauterkeitsrechtliche Werbebegriff identisch zu verstehen ist, oder ob es einen Bereich gibt, in dem zwar keine Werbung im Sinne von § 28 Abs. 3 bis Abs. 3b BDSG, wohl aber im Sinne von § 7 UWG vorliegt.

Die Begriffe der Markt- oder Meinungsforschung und der Werbung fanden sich noch nicht im ersten Bundesdatenschutzgesetz aus dem Jahre 1977, wohl aber in der Novelle des Jahres 1990.<sup>17</sup> Auf eine Legaldefinition wurde jedoch verzichtet, und daran hat sich bis heute nichts geändert. Auch die Rechtsprechung hat dem Begriff der Markt- oder Meinungsforschung bisher keine Konturen gegeben. Er ist nach allgemeinen Auslegungsregeln näher zu bestimmen.

Die europäische Datenschutzrichtlinie 95/46/EG enthält keine spezifischen Vorgaben für Markt- oder Meinungsforschung und für Werbung nur das Widerspruchsrecht in Art. 14 lit. b DSRL. Aus diesem Grund sind die einschränkenden Regelungen zur Werbung in § 28 Abs. 3 bis Abs. 3b BDSG hinsichtlich ihrer Richtlinienkonformität umstritten,<sup>18</sup> und eine ähnliche Prüfung ließe sich auch hinsichtlich der materiellen Regelungen von § 30a BDSG durchführen. Für den Begriff der Markt- oder Meinungsforschung enthält die Datenschutzrichtlinie aber jedenfalls keine europarechtlichen Vorgaben.

---

<sup>17</sup> BGBl. 1990, 2954 (2964); damals in § 28 Abs. 3 BDSG a.F.

<sup>18</sup> Ablehnend, aber zu weitgehend beispielsweise *Drewes*, ZD 2012, 115.

### 3.1 Wortlaut

Für den Begriff der Markt- und der Meinungsforschung existiert kein festes Allgemeinverständnis.<sup>19</sup> Wegen der Selbstorganisation der Branche bietet es sich an, zunächst ihr Selbstverständnis heranzuziehen. In Fachkreisen variiert das Verständnis insbesondere hinsichtlich des Verhältnisses der Begriffe untereinander und zum Begriff der Sozialforschung.<sup>20</sup> Je nachdem, ob ein weites Verständnis von Märkten, Meinungen oder sozialen Zusammenhängen vertreten wird, erscheint einer der Begriffe als Oberbegriff. Im Kern geht es jedoch immer um den systematischen Einsatz anerkannter Forschungsmethoden.

So verwenden die Internationale Handelskammer (ICC) und die European Society for Opinion and Market Research (ESOMAR) in ihrem internationalen Kodex für die Markt- und Sozialforschung den Begriff der Marktforschung als Oberbegriff auch für Sozial- und Meinungsforschung. Marktforschung sei „das systematische Einholen und Auswerten von Informationen über Personen oder Organisationen mit Hilfe der statistischen und analytischen Methoden und Techniken der angewandten Sozialwissenschaften, um Einsicht zu gewinnen oder das Treffen von Entscheidungen zu unterstützen.“<sup>21</sup> Die deutschen Branchenverbände (ADM Arbeitskreis Deutscher Markt- und Sozialforschungsinstitute e.V., Arbeitsgemeinschaft Sozialwissenschaftlicher Institute e.V. (ASI), BVM Berufsverband Deutscher Markt- und Sozialforscher e.V., Deutsche Gesellschaft für Online-Forschung e.V. (DGOF)) gehen in ihrer Erklärung zu diesem Kodex augenscheinlich von der Gleichrangigkeit der Begriffe Markt-, Meinungs- und Sozialforschung aus, verlangen aber analog, dass die Untersuchungen „entsprechend dem Forschungsgegenstand und dem Erkenntnisinteresse mit angemessenen Methoden und Techniken empirischer Forschung durchgeführt werden“.<sup>22</sup> Weiter äußert der Arbeitskreis Deutscher Markt- und Sozialforschungsinstitute an anderer Stelle, den Forschungsgebieten der Markt-, Meinungs-, Sozial-, Politik-, und Wahlforschung sei die systematische Erforschung des jeweiligen Gesellschaftsbereiches mit anerkannten wissenschaftlichen Methoden

---

<sup>19</sup> *Ehmann*, in: Simitis, BDSG, § 30a, Rn. 70 ff.; dort auch m.w.N. zum lexikalischen Überblick; s.a. *Munz*, in: Taeger/Gabel, BDSG, § 30a, Rn. 11.

<sup>20</sup> Ein anschauliches Beispiel findet sich bei *Kaase* 2012, 25, demzufolge *Markt- und Sozialforscher* an einer Tagung „*Empirische Sozialforschung*“ teilnehmen, deren Ergebnisse dann aber unter dem Titel „*Empirische Sozialforschung. Meinungs- und Marktforschung. Probleme und Methoden*“ veröffentlicht werden. Für die Erinnerungsveranstaltung fünfzig Jahre danach werden wiederum die Begriffe „*Empirische Markt- und Sozialforschung*“ verwendet (Hervorhebung durch den Verfasser).

<sup>21</sup> *ICC/ESOMAR*, Internationaler Kodex für die Markt- und Sozialforschung 2007, 3; ähnlich *Pflüger*, RDV 2010, 101 (102): Marktforschung als Oberbegriff einschließlich der Sozialforschung.

<sup>22</sup> *ADM et al.*, Erklärung für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland zum ICC/ESOMAR Internationalen Kodex für die Markt- und Sozialforschung, 2008, Ziffer 3.

gemeinsam. Sie unterschieden sich allein in der Wahl des Untersuchungsgegenstandes.<sup>23</sup> Will man einen Oberbegriff wählen, so bietet es sich wegen der Weite des Begriffsteils „Sozial“ (der letztlich alle Wechselbezüge des menschlichen Zusammenlebens bezeichnet) an, von empirischer Sozialforschung zu sprechen.<sup>24</sup>

Dass der Gesetzgeber dennoch den Begriff der Markt- oder Meinungsforschung verwendet, führt für Teile der Sozialforschung zu Zweifelsfällen. So wird es Umfragen geben, die sich nicht mit Meinungen, sondern ausschließlich mit der Erhebung objektiver Tatsachen befassen. Sind diese nicht direkt auf wirtschaftliche Zusammenhänge gerichtet, so würden sie auch nicht unter einen engen, spezifischen Begriff der Marktforschung fallen. Da allerdings weder eine Legaldefinition noch eine sonstige feste Begriffsbildung besteht und der Begriff der Marktforschung wie gezeigt teilweise auch als Oberbegriff für die Sozialforschung verwendet wird, ist es vom Wortlaut her zumindest nicht ausgeschlossen, auch derartige Vorhaben unter § 30a BDSG zu subsummieren.

Der Einsatz wissenschaftlicher Methoden ist jedenfalls ein fester Bestandteil des Begriffs der Markt- und Meinungsforschung.<sup>25</sup> Nach dem Selbstverständnis der deutschen Branchenverbände dürfen Vorhaben, die dies nicht erfüllen, nicht als Markt-, Meinungs- und Sozialforschung bezeichnet werden.<sup>26</sup> Ob schon aus dem Begriff selbst weitere Merkmale hinsichtlich der einzusetzenden Methoden folgen, ist dagegen fraglich. Einerseits wird oftmals als essentiell bezeichnet, dass das Anonymisierungsgebot eingehalten wird, wonach die bei der Durchführung des Vorhabens erhobenen Daten dem Auftraggeber oder anderen Dritten nur anonymisiert übermittelt werden dürfen.<sup>27</sup> Andererseits hat der Bundesgerichtshof eine Umfrage, mit der letztlich im Wesentlichen Adressen von Apothekern für die Pharmaindustrie beschafft werden sollten, als Werbeforschung bezeichnet, die einen Teilbereich der Markt- und Absatzforschung darstelle.<sup>28</sup> Auch wenn diese Überlegung schon systematisch nicht auf den hier zu

---

<sup>23</sup> ADM o.J.

<sup>24</sup> Vgl. Ehmman, in: Simitis, BDSG, § 30a, Rn. 79, 94 f.

<sup>25</sup> Ehmman, in: Simitis, BDSG, § 30a, Rn. 96 ff.; Forgó, in: BeckOK BDSG, § 30a, Rn. 3.

<sup>26</sup> ADM et al., Erklärung für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland zum ICC/ESOMAR Internationalen Kodex für die Markt- und Sozialforschung, 2008, Ziffer 5.

<sup>27</sup> OLG Frankfurt, GRUR 1989, 845 (845); LG München I, Urteil v. 24.4.1990 – 21 O 15236/89, unveröffentlicht; ADM et al., Erklärung für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland zum ICC/ESOMAR Internationalen Kodex für die Markt- und Sozialforschung, 2008, Ziffer 4; Schäfer-Newiger, WRP 2001, 782; Schweitzer, ZUM 2010, 400 (404).

<sup>28</sup> BGH, NJW-RR 2001, 32 (34).

untersuchenden Fall übertragbar ist,<sup>29</sup> so zeigt sich daran doch, dass ein spezifisches datenschutzfreundliches Vorgehen nicht bereits aus dem allgemeinsprachlichen Begriff der Markt- und Meinungsforschung als solchem deduziert werden kann.

## 3.2 Systematische Auslegung

Systematische Überlegungen sind für die Auslegung von § 30a BDSG wenig ergiebig. Da es sich um eine Privilegierung gegenüber § 28 und § 29 BDSG, und hier insbesondere hinsichtlich der Bestimmungen zur Werbung, handelt, muss der Begriff der Markt- und Meinungsforschung systematisch mit Blick auf diese beiden Normen ausgelegt werden. Allein aus dem Ausnahmecharakter von § 30a BDSG ergibt sich ansonsten aber kein Anhaltspunkt, insbesondere nicht für eine enge Auslegung der Vorschrift.<sup>30</sup>

Im Übrigen ist § 30a BDSG nur ein Erlaubnistatbestand für die Verarbeitung personenbezogener Daten durch nicht-öffentliche Stellen und enthält folglich Rechtsfolgen nur für die Markt- und Meinungsforschung derartiger Stellen.<sup>31</sup> Etwaige Aktivitäten öffentlicher Stellen bleiben deshalb im Folgenden ebenso außer Betracht wie Umfragen bei Unternehmen und anderen juristischen Personen, die nicht mit personenbezogenen Daten arbeiten.<sup>32</sup>

## 3.3 Entstehungsgeschichte

### 3.3.1 Grundaussagen

Bis zum 1. September 2009 war die Markt- oder Meinungsforschung neben Werbung und Auskunftfeien als Beispiel für den geschäftsmäßigen Datenumgang zum Zweck der Übermittlung in § 29 Abs. 1 Satz 1 BDSG a.F. geregelt. Für eigene Geschäftszwecke erfolgte eine Gleichstellung zwischen Markt- und Meinungsforschung und Werbung in § 28 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BDSG a.F. Derartige Gleichstellungen sind außerhalb des Bundesdatenschutzgesetzes nach wie vor die Regel (etwa in § 15 Abs. 3 Satz 1 TMG oder § 95 Abs. 2 Satz 1 TKG).<sup>33</sup>

---

<sup>29</sup> In der genannten Entscheidung ging es nicht um die Frage, was die Bedeutung eines gesetzlichen Begriffs der Markt- oder Meinungsforschung ist, sondern um das Problem, welche Privatpersonen diesen Begriff im Wirtschaftsleben aus lauterkeitsrechtlicher Sicht für welche Tätigkeiten verwenden dürfen.

<sup>30</sup> Die zumindest früher weit verbreitete Auslegungsregel, nach der Ausnahmen grundsätzlich eng auszulegen sind, ist methodisch verfehlt. Ob eine Ausnahme eng oder weit zu verstehen sind, kann nur durch Auslegung ermittelt werden.

<sup>31</sup> *Ehmann*, in: Simitis, BDSG, § 30a, Rn. 87.

<sup>32</sup> Ein Personenbezug kann sich hier allerdings bei kleinen juristischen Personen (Ein-Mann-GmbHs) und bei der Verwendung der Daten von Kontaktpersonen ergeben, s. *Ehmann*, in: Simitis, BDSG, § 30a, Rn. 84.

<sup>33</sup> S. *Ehmann*, in: Simitis, BDSG, § 29, Rn. 31 ff.

Mit dem Gesetz zur Änderung datenschutzrechtlicher Vorschriften vom 14. August 2009<sup>34</sup> wurden die Begriffe der Markt- oder Meinungsforschung in beiden Vorschriften gestrichen und für den geschäftsmäßigen Datenumgang zum Zweck der Markt- oder Meinungsforschung die Regelung des § 30a BDSG geschaffen. Dies geschah, weil der Gesetzgeber die tatsächlichen Unterschiede zwischen Markt- oder Meinungsforschung auf der einen und Werbung und Adresshandel auf der anderen Seite auch rechtlich würdigen wollte.<sup>35</sup> Die Markt- und Meinungsforschung nehme eine „wichtige gesellschaftliche Aufgabe“ wahr. Sie stelle für öffentliche und private Auftraggeber „mittels wissenschaftlicher Methoden und Techniken notwendige Informationen als empirische Grundlage und zur Unterstützung wirtschaftlicher, gesellschaftlicher und politischer Entscheidungen bereit“ und schaffe damit „eine wichtige Voraussetzung für die nachhaltige demokratische und wirtschaftliche Entwicklung der Bundesrepublik Deutschland“.<sup>36</sup>

Die Begründung spricht somit dagegen, durch ein enges Verständnis von „Markt“ und „Meinung“ bestimmte Bereiche einer auf nicht-wirtschaftliche Tatsachen gerichteten empirischen Sozialforschung aus dem Anwendungsbereich von § 30a BDSG auszuschließen.<sup>37</sup> Auch eine solche Forschung erfüllt die bezweckte gesellschaftlichen Aufgabe. Ferner ist historisch eindeutig, dass der Gesetzgeber nur wissenschaftlich-methodisches Vorgehen erfassen wollte.<sup>38</sup>

Bedeutsam für den hiesigen Kontext ist, dass der Gesetzgeber zwar die Markt- und Meinungsforschung privilegieren wollte, indem er sie rechtlich von der Werbung unterschied. Hauptzweck der Novelle des Jahres 2009 war indes eine Verschärfung der datenschutzrechtlichen Anforderungen an Werbung. Daraus ergibt sich als Leitlinie für die Auslegung, dass die Anwendung von § 30a BDSG verhindern muss, dass Unternehmen unter Berufung auf die Norm – und damit unter Umgehung der neuen § 28 Abs. 3 bis Abs. 3a BDSG – nunmehr Werbung als Markt- und Meinungsforschung deklarieren. Dies spricht für ein enges Verständnis dieses Begriffes in § 30a BDSG. Der Gesetzgeber begründet beispielsweise das Anonymisierungs-

---

<sup>34</sup> BGBl. I, S. 2814; s. zu Hintergrund und Inhalt z.B. *Rofnagel*, NJW 2009, 2716.

<sup>35</sup> BT-Drucks. 16/13657, 19 f. unter Verweis auf die Prüfbitte des Bundesrats in BR-Drucks. 4/09, 15 und BT-Drucks. 16/12011, 43 f.; kritisch zur rechtspolitischen Notwendigkeit einer eigenen gesetzlichen Erhebungs- und Verwendungsbefugnis z.B. *Gola/Schomerus*, BDSG, § 30a, Rn. 2; *Forgó*, in: BeckOK BDSG, § 30a, Rn. 9 ff.

<sup>36</sup> BT-Drucks. 16/13657, 19 f.

<sup>37</sup> Dies wäre auf der Basis des Wortlauts möglich, s.o. 3.1.

<sup>38</sup> *Ehmann*, in: Simitis, BDSG, § 30a, Rn. 96 ff.; *Forgó*, in: BeckOK BDSG, § 30a, Rn. 3; *Kamlah*, in: Plath, BDSG, § 30a, Rn. 6; *Weichert*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, BDSG, § 30a Rn. 2a; nach *Munz*, in: Taeger/Gabel, BDSG, § 30a, Rn. 12 soll es dagegen „nicht zulässig“ sein, dies aus der Gesetzesbegründung abzuleiten – warum nicht, wird indes nicht begründet und ist angesichts der in Fn. 36 angeführten Begründung auch nicht ersichtlich.

gebot in § 30a Abs. 2 Satz 3 BDSG explizit mit der Erwägung, es solle „ausgeschlossen werden, dass die Daten für forschungsfremde Werbezwecke übermittelt oder genutzt werden“.<sup>39</sup>

### 3.3.2 Insbesondere: Das Anonymisierungsgebot

Noch deutlicher formuliert die Prüfbitte des Bundesrates, der durch die Regelung Folge geleistet wurde: Markt- und Meinungsforschung habe „im Gegensatz zur Werbung, zum Adresshandel und zur Tätigkeit der Auskunftsteien nicht Aussagen über konkrete Einzelpersonen zum Gegenstand“, sondern ziehe „personenbezogene Daten lediglich heran, um daraus von der Einzelperson unabhängige, verallgemeinerungsfähige Aussagen zu gewinnen“.<sup>40</sup> Explizit heißt es weiter, die von der Markt- und Meinungsforschung erhobenen Daten würden „dem Auftraggeber dementsprechend nur in anonymisierter Form übermittelt“.<sup>41</sup>

Nicht eindeutig ist, ob der Gesetzgeber damit die Anonymisierung als Tatbestandsmerkmal der Markt- und Meinungsforschung (im Sinne von § 30a BDSG) vorgeben oder auf die verschiedenen Anonymisierungsvorgaben der Norm hinweisen wollte. Für die Einordnung als Tatbestandsmerkmal spricht, dass speziell die Übermittlung an den Auftraggeber in § 30a BDSG nicht geregelt ist.<sup>42</sup> Das ist insofern konsequent, als anonymisierte Daten keinen Personenbezug mehr aufweisen und damit dem Rechtfertigungserfordernis des § 4 Abs. 1 BDSG nicht unterfallen.<sup>43</sup>

#### 3.3.2.1 Marktforschung zu eigenen Geschäftszwecken nach § 30a BDSG?

Gegen eine strikte Trennung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer mittels eines Anonymisierungsgebots könnte sprechen, dass nach teilweise vertretener Ansicht § 30a BDSG nicht nur die Markt- oder Meinungsforschung für fremde, sondern auch die für eigene Zwecke erfassen soll.<sup>44</sup> Das wird damit begründet, dass § 30a BDSG jedes „geschäftsmäßige“

---

<sup>39</sup> BT-Drucks. 16/13657, 20. Diese Aussage ist bedeutsam, obwohl § 30a Abs. 2 Satz 3 BDSG letztlich deklaratorisch ist (s. *Gola/Schomerus*, BDSG, § 30a, Rn. 5; die Zweckregelung in Satz 2 schließt andere Zwecke ohnehin aus, und anonyme Daten unterfallen nicht mehr dem Datenschutzrecht).

<sup>40</sup> BT-Drucks. 16/12011, 43.

<sup>41</sup> BT-Drucks. 16/12011, 43 f., BR-Drucks. 4/09, 15; siehe auch Fn. 27; rechtlich liegt keine Übermittlung vor, da diese nach § 3 Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 BDSG stets personenbezogene Daten enthalten muss, was nach der Anonymisierung (§ 3 Abs. 6 BDSG) gerade nicht mehr der Fall ist.

<sup>42</sup> Die Übermittlung kann als Verarbeitung (s. § 3 Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 BDSG) unter das Anonymisierungsgebot des § 30a Abs. 2 Satz 3 BDSG fallen. Dies setzt jedoch voraus, dass mit der Übermittlung eine Zweckänderung bewirkt wird. Ob das der Fall ist, oder die Weitergabe personenbezogener Daten ein zulässiger Zweck der Markt- und Meinungsforschung ist, ist jedoch gerade die Frage.

<sup>43</sup> *Ehmann*, in: *Simitis*, BDSG, § 30a, Rn. 134.

<sup>44</sup> *Pflüger*, RDV 2010, 101 (103); *Kamlah*, in: *Plath*, BDSG, § 30a, Rn. 8; *Munz*, in: *Taegeer/Gabel*, BDSG, § 30a, Rn. 13 (einschränkend aber ebd., Rn. 5, 12: danach soll § 28 BDSG anwendbar sein, wenn es „um ein (einziges) Forschungsvorhaben für eigene Zwecke geht“; abgegrenzt wird also nach der Frage der Ge-

Erheben, Verarbeiten oder Nutzen personenbezogener Daten für Zwecke der Markt- oder Meinungsforschung zulässt. Für die Geschäftsmäßigkeit genüge, dass entsprechende Vorhaben mit Wiederholungsabsicht durchgeführt würden. Nach dieser Ansicht erfasst § 30a BDSG etwa die Tätigkeit einer Unternehmensabteilung für Marktforschung, die zur Verbesserung der Marktchancen regelmäßig Umfragen durchführt.

Allerdings begegnet diese Auslegung erheblichen Bedenken. Zunächst betont sie einseitig das Merkmal „geschäftsmäßig“ und vernachlässigt den Begriff der Markt- und Meinungsforschung. Darüber hinaus existiert bei der Erhebung für eigene Zwecke kein „Auftraggeber“, der nach den Gesetzgebungsmaterialien aber gerade Teil des privilegierten Szenarios ist. Selbst wenn man die ausführende Abteilung als eine Art Auftragnehmer ansehen würde, würde die Erhebung für eigene Zwecke während der Datenerhebung und -verarbeitung die ebenfalls vom Gesetzgeber vorausgesetzte Anonymisierung gegenüber dem anderen Unternehmensteil als Auftraggeber aufheben, weil es für die Frage des Personenbezugs eines Datums auf das Wissen der gesamten verantwortlichen Stelle ankommt und eine interne organisatorische Trennung hieran nichts ändert.<sup>45</sup>

Die Erstreckung auf eigene Geschäftszwecke wird auch damit begründet, dass für den erst in den Beratungen des Innenausschusses eingefügten § 30a BDSG zwei andere Regelungen des Regierungsentwurfes vom 18. Februar 2009<sup>46</sup> entfielen, nämlich die Bestimmungen über Markt- und Meinungsforschung in dem geplanten § 29 Abs. 1 BDSG-E (für Zwecke der Übermittlung) und in dem geplanten § 28 Abs. 3 BDSG-E (für eigene Zwecke; dies war bei § 28 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BDSG-E besonders deutlich). Daraus kann man folgern, dass § 30a BDSG nunmehr beide Fälle erfassen soll.<sup>47</sup>

Auch dieses Argument greift jedoch nicht durch. In der Historie des Gesetzgebungsverfahrens verwendete der Regierungsentwurf den Begriff der Markt- oder Meinungsforschung noch in einem Atemzug mit Werbung, teilweise auch mit Adresshandel – also so, wie er in § 28 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 und § 29 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 lit. b BDSG in der Fassung bis zum 1. September 2009 verwendet wurde. Die Absicht, die Markt- und Meinungsforschung im Verhältnis von Auftraggebern und Auftragnehmern sowie unter Anonymisierung zu privi-

---

geschäftsmäßigkeit); ebenso auch hinsichtlich der Einschränkung *Forgó*, in: BeckOK BDSG, § 30a, Rn. 5 und 23; ohne nähere Begründung auch *Weichert*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, BDSG, § 30a Rn. 2.

<sup>45</sup> *Dammann*, in: Simitis, BDSG, § 3, Rn. 225 m.w.N.

<sup>46</sup> BT-Drucks. 16/12011, 12 ff.

<sup>47</sup> So *Munz*, in: Taeger/Gabel, BDSG, § 30a, Rn. 13.

legieren, kam jedoch erst mit der – späteren – Prüfbitte des Bundesrates auf,<sup>48</sup> der im Innenausschuss des Bundestags unter Übernahme der Argumentation des Bundesrates entsprochen wurde.<sup>49</sup> Dem in diesem Verfahren verabschiedeten § 30a BDSG liegt eine explizite Abgrenzung von der Werbung zugrunde, während der Regierungsentwurf noch von einem Begriff der Markt- oder Meinungsforschung ausging, welcher dem der Werbung und des Adresshandels sehr nahe steht.

Schließlich ist es auch nicht zutreffend, dass mit der Novelle die Markt- und Meinungsforschung aus § 28 BDSG entfernt wurde. Vielmehr enthält § 28 Abs. 4 BDSG nach wie vor die Möglichkeit der Betroffenen, bei der verantwortlichen Stelle der Verarbeitung oder Nutzung ihrer Daten zum Zweck der Markt- und Meinungsforschung zu widersprechen. Schon rein logisch muss es deshalb eine Markt- und Meinungsforschung zu eigenen Geschäftszwecken geben, deren Zulässigkeit sich nach § 28 BDSG und nicht nach § 30a BDSG richtet. Zwar verweist § 30a Abs. 5 BDSG auf § 28 Abs. 4 BDSG. Der Verweis und die dort angeordnete „entsprechende“ Geltung wären aber unsinnig, wenn § 28 Abs. 4 BDSG nicht innerhalb von § 28 BDSG einen eigenen Anwendungsbereich hätte – dann hätte der Gesetzgeber die Widerspruchsmöglichkeit hinsichtlich der Markt- und Meinungsforschung auch direkt in § 30a BDSG regeln können. Im Ergebnis fallen deshalb Umfragen, die von Unternehmen außerhalb der Branche der Markt- und Meinungsforschung zu eigenen Zwecken durchgeführt werden, nicht unter § 30a BDSG, sondern unter § 28 BDSG.

Sofern man anderer Ansicht ist und eigene Markt- und Meinungsforschung eines Unternehmens nach § 30a BDSG beurteilen will, kann jedenfalls nicht die klare Absicht des Gesetzgebers überspielt werden, die Ergebnisse der Umfragen zu anonymisieren, bevor sie genutzt werden. Eigene Umfragen von Unternehmen dürfen damit, will man sie nach § 30a BDSG zulässig gestalten, nicht auf die Beschaffung von Adressen oder sonstigen personenbezogenen Daten über Kunden gerichtet sein. Das Anonymisierungsgebot nach § 30a Abs. 2 Satz 3 BDSG bezieht sich nicht nur auf die zweckändernde Übermittlung, sondern auch auf die Nutzung. Wäre eine vom Unternehmen selbst geschäftsmäßig durchgeführte Umfrage darauf ausgerichtet, personenbezogene Daten der Teilnehmer zu sammeln und auch personenbezogen zu verwerten (etwa indem individuelle Kaufangebote gemacht werden), so würde die Einstufung

---

<sup>48</sup> BR-Drucks. 4/1/09, 18 und BR-Drucks. 4/09, 15. Diese war dem Regierungsentwurf bei der Zuleitung zum Bundestag zwar beigelegt (BT-Drucks. 16/12011, 43), nicht aber darin eingearbeitet.

<sup>49</sup> BT-Drucks. 16/13657, 8 f., 19 f.



einer solchen Umfrage als Marktforschung das Individualisierungsverbot des § 30a Abs. 2 Satz 3 BDSG inhaltsleer werden lassen.

### **3.3.2.2 Marktforschung ohne konkreten Auftrag**

Zweifelhaft ist damit nur noch die Einordnung von Fällen, in denen Marktforschungsunternehmen nicht im Rahmen eines konkreten Auftrags tätig sind, sondern eigene Studien erstellen, beispielsweise um sie später Interessierten anzubieten. Hier verfolgt das Institut einen eigenen Geschäftszweck und es fehlt an dem von § 30a BDSG an sich vorausgesetzten Auftraggeber, sodass man nach der obigen Argumentation § 28 BDSG anwenden könnte.

Allerdings unterscheidet sich die Situation maßgeblich von der internen Marktforschung. Für die Abgrenzung ist wesentlich, dass ein auch institutionell abgesichertes Anonymisierungsgebot zwischen zwei Stellen steht: einerseits die Stelle, die die personenbezogenen Daten erhebt und verarbeitet, andererseits die, die an der Kenntnis des Personenbezugs ein eigenes wirtschaftliches Interesse hat. Nur, aber immer dann kann die geringere Eingriffstiefe gegenüber der Werbung begründet werden. Das spricht entscheidend dafür, eigene Umfragen institutionalisierter Markt- und Meinungsforscher ebenfalls § 30a BDSG zu unterstellen, wenn die übrigen Voraussetzungen gegeben sind. Es spielt also keine Rolle, ob zuerst ein Auftrag vorliegt oder das Institut in „Vorleistung“ geht. Einem späteren Abnehmer dürfen die Ergebnisse selbstverständlich nur anonymisiert übergeben werden.

### **3.3.3 Zwischenergebnis**

Insgesamt ergibt sich, dass dem Gesetzgeber ein spezifisches, von werbender Tätigkeit klar zu unterscheidendes Bild der Markt- und Meinungsforschung vor Augen stand, das durch zwei Merkmale geprägt ist: wissenschaftlich-methodisches Vorgehen einerseits, datenschutzfreundliche, durch Aggregation und Anonymisierung nach außen geprägte Datenverwendung andererseits. Der Begriff der Markt- und Meinungsforschung in § 30a BDSG ist damit enger als in der oben erwähnten Entscheidung des Bundesgerichtshofs<sup>50</sup> zu verstehen, weil dort die Weitergabe personenbezogener Adressdaten der Apotheker zumindest ein explizites Ziel der Datenerhebung war. § 30a BDSG erfasst nach hier vertretener Ansicht schon nicht die Markt- und Meinungsforschung zu eigenen Geschäftszwecken;<sup>51</sup> jedenfalls ist aber auch

---

<sup>50</sup> BGH, NJW-RR 2001, 32 (34); s.o. 3.1.

<sup>51</sup> Dies gilt mit Ausnahme der Tätigkeit der Forschungsinstitute, deren („eigene“) geschäftliche Tätigkeit die Norm ja gerade regeln soll; s.a. oben 3.3.2.2.

bei anderer Ansicht eine strikte Anonymisierung der Ergebnisse erforderlich, bevor diese in irgendeiner Art genutzt werden.

Dieses Ergebnis hat auch Folgen für sonstige unternehmerische Aktivitäten, auf die nach manchen Ansichten § 30a BDSG angewendet werden soll. Das so genannte Social Media Monitoring kann keinesfalls per se,<sup>52</sup> sondern nur bei Einhaltung der Anforderungen der Wissenschaftlichkeit und Anonymisierung unter § 30a BDSG gefasst werden. Grundsätzlich verfehlt ist es schließlich nach der historischen Auslegung, Bewertungsportale für Lehrer, Ärzte oder ähnliche Gruppen nach der Norm zu beurteilen.<sup>53</sup> Hier fehlt es regelmäßig an jedem wissenschaftlichen Vorgehen, und es ist extrem unwahrscheinlich, dass der Gesetzgeber eine derart umstrittene Frage wie Bewertungsportale regeln wollte, ohne dies auch nur zu erwähnen.

### **3.4 Teleologische Auslegung**

Für die teleologische Auslegung stellt sich die Frage, warum die Markt- oder Meinungsforschung spezifischer Rechtsgrundlagen für den Umgang mit personenbezogenen Daten bedarf, und warum sich diese von den Regelungen zur Werbung unterscheiden sollten. Dies knüpft an die Eigenschaften der Markt- und Meinungsforschung an, auf die der Gesetzgeber mit der Novelle gezielt hat: Wahrung der Anonymität der Befragten (3.4.1), Beschränkung auf die Informationsbeschaffung zur Unterstützung von Entscheidungen mit verallgemeinerungsfähigen Aussagen (3.4.2) sowie Anwendung wissenschaftlicher Methoden (3.4.3).

#### **3.4.1 Wahrung der Anonymität der Befragten**

Die Ergebnisse der Markt- oder Meinungsforschung werden – anders als etwa beim Adresshandel – an den Auftraggeber nur in anonymisierter Form weitergegeben.<sup>54</sup> Dies hat Folgen für die datenschutzrechtliche Gefährdungslage; allerdings ist nach verschiedenen Konstellationen zu unterscheiden.

---

<sup>52</sup> So aber *Solmecke/Wahlers*, ZD 2012, 550 (552), die ohne Begriffsbestimmung davon ausgehen, dass das Monitoring hauptsächlich zum Zweck der Markt- und Meinungsforschung betrieben wird.

<sup>53</sup> So aber *Iraschko-Luscher/Kiekenbeck*, ZD 2012, 261 (262 ff.); danach soll entscheidend sein, dass es bei den Portalen „sozusagen um die sog. ‚Volks‘-Meinung geht“. Ein derart weiter Begriff der Markt- und Meinungsforschung ist in § 30a BDSG erkennbar nicht intendiert.

<sup>54</sup> S. Fn. 27 und Fn. 41 sowie 3.3.2.

### **3.4.1.1 Grundsätzliches Verhältnis zum Auftraggeber**

Mit der Anonymisierung (§ 3 Abs. 6 BDSG) handelt es sich nicht mehr um personenbezogene Daten nach § 3 Abs. 1 BDSG. Das führt dazu, dass hinsichtlich dieser Weitergabe die Schwelle für einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) schon nicht erreicht wird. Folglich arbeitet die Markt- und Meinungsforschung zwar intern mit personenbezogenen Daten, wegen der Anonymisierung nach außen ist die datenschutzrechtliche Gefährdungslage aber erheblich vermindert.

Diese andere Gefährdungslage<sup>55</sup> rechtfertigt es ohne weiteres, Markt- und Meinungsforschung gegenüber der Werbung besser zu stellen, wenn diese Forschung ihre Ergebnisse tatsächlich nach außen anonymisiert. Es spricht demnach nach teleologischer Auslegung alles dafür, dass der Gesetzgeber von vornherein nur solche Vorhaben privilegieren wollte, bei denen das wirtschaftliche Interesse (des Auftraggebers) am Personenbezug der Daten auf der einen und die Datenherrschaft (des Markt- oder Meinungsforschungsinstituts) über die personenbezogenen Daten auf der anderen Seite stets getrennt bleiben. Auch unter diesem Gesichtspunkt kann der Begriff der Markt- und Meinungsforschung im Sinne von § 30a BDSG nicht so weit ausgelegt werden, dass er Adresssammlungen oder Bewertungsplattformen umfasst; bei neuen Methoden wie dem Social Media Monitoring sind Anonymisierung und Wissenschaftlichkeit zu wahren.<sup>56</sup>

### **3.4.1.2 Verschiedene Fallgruppen der Auftragsdatenverarbeitung**

Wenn § 30a BDSG nur ein Anonymitätswahrendes Vorgehen erfasst, stellt sich die Frage, wie sich die vertragliche Gestaltung der Parteien auf die rechtliche Bewertung auswirkt. Dies gilt insbesondere dann, wenn eine Auftragsdatenverarbeitung nach § 11 BDSG vereinbart wird.

Dieses Vorgehen bietet in der Praxis oftmals Vorteile, weil der Auftraggeber „Herr der Daten“ bleibt. Er ist nach § 11 Abs. 1 BDSG für die Einhaltung des Datenschutzrechts verantwortlich; die Betroffenenrechte sind ihm gegenüber geltend zu machen, während für den Auftragnehmer nach § 11 Abs. 4 BDSG nur wenige Vorgaben gelten. Der Auftragnehmer wird rechtlich dem Auftraggeber zugerechnet: Er ist – allerdings nach dem ausdrücklichen Wortlaut nur, soweit die Erhebung oder Verwendung im Auftrag innerhalb des Geltungsbereichs der Datenschutzrichtlinie liegt – nach § 3 Abs. 8 Satz 3 BDSG kein „Dritter“ und die Weitergabe von Daten an ihn folglich nach § 3 Abs. 4 Nr. 3 BDSG keine Übermittlung. Kehrseite

---

<sup>55</sup> So auch *Munz*, in: Taeger/Gabel, BDSG, § 30a, Rn. 17.

<sup>56</sup> S. entsprechend unter dem Gesichtspunkt der Entstehungsgeschichte oben 3.3.3.

dieser Privilegierung ist das Erfordernis eines Vertrags, der die Anforderungen von § 11 Abs. 2 und Abs. 3 BDSG einhalten und dabei insbesondere weitgehende Kontroll- und Weisungsbefugnisse des Auftraggebers vorsehen muss.

Im Rahmen der Markt- und Meinungsforschung kann eine Auftragsdatenverarbeitung in zwei Konstellationen vereinbart werden: zwischen dem Auftraggeber einer Studie und dem ausführenden Institut oder zwischen einem solchen Institut und einer weiteren Stelle im Rahmen eines Unterauftrags.

Die zweite Konstellation ist für die hier zu untersuchende Frage des Begriffs der Markt- und Meinungsforschung nach § 30a BDSG weithin unproblematisch. Ein Unterauftrag setzt in diesem Zusammenhang voraus, dass schon der Hauptauftrag der Vorschrift unterfällt. Ist das der Fall und sollen personenbezogene Daten an den Unterauftragnehmer weitergegeben werden, so ist ein Vertrag nach § 11 BDSG erforderlich, soweit nicht ohnehin eine Übermittlungsbefugnis besteht. Eine solche kann sich aus § 30a Abs. 1 Satz 1 BDSG ergeben, weil dieser das Verarbeiten von Daten zulässt, welches nach § 3 Abs. 4 Satz 1 BDSG auch die Übermittlung einschließt. Im Rahmen der Reichweite dieser Übermittlungsbefugnis<sup>57</sup> bedarf es folglich rechtlich keiner Auftragsdatenverarbeitung, auch wenn die konkrete Zusammenarbeit regelmäßig vertraglich ausgestaltet werden wird. Jenseits von § 30a Abs. 1 Satz 1 BDSG und einer etwaigen Einwilligung kann die Weitergabe nur im Rahmen von § 11 BDSG legitimiert werden.

Weitaus problematischer kann sich die erste Konstellation darstellen. Das gilt jedenfalls dann, wenn man der hier vertretenen Abgrenzung zwischen § 28 BDSG und § 30a BDSG folgt.<sup>58</sup> Wenn der Auftraggeber einer Studie an das Markt- oder Meinungsforschungsinstitut personenbezogene Daten für die Studie weitergibt, so kann durch einen Vertrag nach § 11 BDSG zwar verhindert werden, dass in dieser Weitergabe eine Übermittlung im Rechtssinn liegt, sodass auch keine Übermittlungsbefugnis erforderlich ist. Zugleich wird das Institut aber dem Auftraggeber wie eine eigene Unternehmensabteilung zugerechnet – für deren Tätigkeit aber nicht § 30a BDSG, sondern § 28 BDSG greift. Dieses Ergebnis wird auch durch eine teleologische Betrachtung gestützt: Nach § 11 Abs. 2 und Abs. 3 BDSG hat der Auftraggeber weitreichende Weisungs- und Kontrollbefugnisse. Diese machen die nach § 30a BDSG zwingend

---

<sup>57</sup> Diese Frage liegt jenseits des vorliegenden Gutachtens, s. z.B. *Ehmann*, in: *Simitis*, BDSG, § 30a, Rn. 127 ff.; s.a. *Tscherwinka o.J.*, v.a. Ziffer 9.

<sup>58</sup> S.o. 3.3.2.

erforderliche Anonymisierung im Außenverhältnis unmöglich, weil sie ein Zugriffsrecht des Auftraggebers auch während der Erhebung und Bearbeitung der Ergebnisse voraussetzen.

In diesem Sinne schließen sich folglich § 11 BDSG und § 30a BDSG gegenseitig aus. Der Weg über § 11 BDSG führt zum Wegfall der Privilegierung nach § 30a BDSG und gefährdet die Zulässigkeit des gesamten Vorhabens, weil diese sich nunmehr nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 beziehungsweise Nr. 3 BDSG richtet.<sup>59</sup> Ein sinnvoller Anwendungsbereich verbleibt der Auftragsdatenverarbeitung hingegen dort, wo § 30a BDSG schon tatbestandlich nicht eingreift.<sup>60</sup>

### **3.4.2 Informationsbeschaffung zur Unterstützung von Entscheidungen mit verallgemeinerungsfähigen Aussagen**

Während der Phasen der Erhebung und der Auswertung (soweit die Daten hier noch in Verbindung mit identifizierenden Merkmalen gespeichert werden) liegen keine anonymen, sondern personenbezogene Daten bei dem Markt- oder Meinungsforschungsinstitut vor. Auch dieser Umgang mit personenbezogenen Daten weist aber Besonderheiten auf, die eine Sonderregelung rechtfertigen und deshalb unter teleologischen Gesichtspunkten für ein spezifisches Verständnis von § 30a BDSG sprechen.

#### **3.4.2.1 Verminderte Eingriffstiefe**

Der Gesetzgeber sieht in seiner Begründung in der Markt- oder Meinungsforschung nämlich vor allem ein Instrument der Informationsbeschaffung als empirischer Grundlage für wirtschaftliche, gesellschaftliche und politische Entscheidungen.<sup>61</sup> Insbesondere im Vergleich zu klassischen Formen der Werbung hat dies sowohl Auswirkungen auf die Eingriffstiefe bei den Betroffenen als auch auf den legitimen Zweck des Datenumgangs.

Jeder Umgang mit personenbezogenen Daten bringt die Gefahr mit sich, dass der Betroffene, weil er nicht abschätzen kann, wer welche Informationen über ihn hat, schleichend sein Verhalten ändert und er so an der Entfaltung seiner Persönlichkeit gehindert wird.<sup>62</sup> Dementspre-

---

<sup>59</sup> Die Zulässigkeit nach dieser Vorschrift bleibt im Weiteren außer Betracht. Bei der Beurteilung der Zulässigkeit des Datenumgangs ist zu berücksichtigen, dass sich auf Seiten der Betroffenen der Eingriff infolge des Wegfalls der Anonymisierung vertieft, ohne dass dem auf Seiten des Auftraggebers ein gesteigertes Bedürfnis an der Auftragsdatenverarbeitung entgegensteht. Der Datenumgang dürfte damit in aller Regel unzulässig sein und folglich von der Einwilligung des Betroffenen abhängen.

<sup>60</sup> S. dazu unten 4.4.1.

<sup>61</sup> BT-Drucks. 16/13657, 19 f. unter Verweis auf die Prüfbitte des Bundesrats in BR-Drucks. 4/09, 15 und BT-Drucks. 16/12011, 43 f.

<sup>62</sup> So schon die Argumentation im Volkszählungsurteil, s. BVerfGE 65, 1 (42 ff.).

chend sind zur Bestimmung der Eingriffstiefe der Umfang und der Zweck der Datenverarbeitung von besonderer Bedeutung. Ist alleiniges Ziel des Umgangs mit personenbezogenen Daten, diese zu aggregieren, sodass daraus nichtpersonenbezogene Ergebnisse ableitbar sind, so verringert dies von vornherein die Gefahr der Profilbildung, des Scorings und darauf aufbauender für den Betroffenen nachteiliger Entscheidungen. Dieses Ziel der Aggregation wird in § 30a BDSG vorausgesetzt. Anders ließe sich das Anonymisierungsgebot des § 30a Abs. 3 Satz 1 BDSG nicht erklären: Dort wird die Anonymisierung vorgeschrieben, „sobald“ (also gerade nicht „wenn“) dies nach dem Zweck des Forschungsvorhabens möglich ist. Vorhaben, bei denen eine Anonymisierung von vornherein nicht möglich ist, unterfallen folglich nicht § 30a BDSG. Die Beschränkung auf die Gewinnung generalisierbarer Aussagen ist damit ein Merkmal von Markt- oder Meinungsforschung.<sup>63</sup>

Für den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts muss auch beachtet werden, welche Folgen den Einzelnen aufgrund der Datenverarbeitung erwarten. Dabei kommt es insbesondere darauf an, wie belästigend sich diese Folgen gestalten. Da das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb den Begriff der Belästigung ebenfalls kennt, können hierbei Argumente aus der lauterkeitsrechtlichen Diskussion mit einfließen.

Bei Markt- oder Meinungsforschung können zwei Folgen unterschieden werden. Zunächst werden die Kontaktdaten des Betroffenen erhoben und derart verarbeitet, dass sie in die Stichprobe Eingang finden (Ansprachesituation). Erklärt sich der Angesprochene zur Teilnahme bereit, werden zudem seine Antworten erhoben (Gesprächssituation) und im Anschluss weiterverwendet. Das Anonymisierungsgebot schützt beide Datensätze inhaltlich nach außen.<sup>64</sup> Die Beschränkung auf das Ziel der Ermittlung allgemeingültiger Ergebnisse schützt den Betroffenen in beiden Situationen vor übermäßigen Belästigungen, die in der typischen Gesprächssituation der Direktwerbung auftreten.

Markt- oder Meinungsforscher legen zunächst den Zweck der Kontaktaufnahme dar und begeben sich mit dem Teilnehmer sodann in einen Frage-Antwort-Dialog. Dies wirkt weniger belästigend als die monologisierenden Anpreisungen und Verkaufsversprechen der Werbung.<sup>65</sup> Dem wird entgegengehalten, dass man sich Werbung leichter entziehen könne, da hier

---

<sup>63</sup> Die Verwendung des Wortes „grundsätzlich“ bei *ADM et al.*, Erklärung für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland zum ICC/ESOMAR Internationalen Kodex für die Markt- und Sozialforschung, 2008, Ziffer 3 darf demnach nicht so verstanden werden, dass hiervon Ausnahmen gemacht werden dürfen.

<sup>64</sup> Das gilt, sofern die Kontaktdaten nicht durch den Auftraggeber übergeben wurden.

<sup>65</sup> *Haug*, K&R 2010, 767 (770); *Hug/Gaugenrieder*, WRP 2006, 1420 (1425).

die Kundgabe von Desinteresse am beworbenen Produkt genüge.<sup>66</sup> Da jedoch ein Werbender sein Gegenüber letztlich zu einer wirtschaftlichen Entscheidung bewegen will, wird er in aller Regel das Gespräch nicht ohne weiteres beenden. Ein Interviewer ist dagegen auf den einzelnen Teilnehmer nicht angewiesen; ihm geht es nicht um jede einzelne Zielperson, sondern um deren repräsentative Auswahl. Er wird darum schlicht einen anderen potentiellen Teilnehmer anrufen.<sup>67</sup> Weiter wird eingewendet, Umfragen der Markt- oder Meinungsforschung dauerten deutlich länger als Werbung. Man könne sich ihnen nur ähnlich schnell entziehen, wenn man seine Teilnahme bereits zu Anfang verweigere; die Überwindung für eine solche Unhöflichkeit brächten jedoch nur wenige auf.<sup>68</sup> Dafür hat der Angesprochene in diesen Fällen immerhin die Möglichkeit, die Teilnahme zu verweigern, ohne wie oft bei Werbung dem anderen ins Wort fallen zu müssen – zum einen, weil in der Praxis die Bereitschaft zur Teilnahme stets zu Beginn erfragt wird, zum anderen, weil er aufgrund der dialoghaften Gesprächssituation viel häufiger die Gelegenheit dazu hat. Dazu kommt, dass – schon aus Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten – eine nicht zur Befragung bereite Person nicht noch einmal angerufen werden wird.<sup>69</sup> Insgesamt stellt sich die Gesprächssituation in der Anbahnungsphase, insbesondere im Hinblick auf die Selbstbestimmtheit des Betroffenen, als weniger belästigend dar.<sup>70</sup>

Erklärt sich der Betroffene zur Teilnahme bereit, werden die in der anschließenden Gesprächssituation gegebenen Antworten von der verantwortlichen Stelle erhoben, verarbeitet und zur Erstellung des verallgemeinerungsfähigen Ergebnisses genutzt. Während des Interviews hat diese beschränkte Zielrichtung zur Folge, dass – schon im Interesse eines möglichst unverfälschten Ergebnisses – keine, auch keine unterschwellige, Manipulation des Betroffenen stattfindet. Das unterscheidet Markt- oder Meinungsforschung grundsätzlich von der Werbung, bei der der Angesprochene mit verschiedenen Mitteln zu einer wirtschaftlichen Handlung bewegt werden soll.

Für die Zeit nach dem Interview hat die Beschränkung auf die Gewinnung verallgemeinerungsfähiger Aussagen zur Folge, dass sich hieraus – wenn überhaupt – nur nicht-personalisierte Folgen für den Betroffenen ergeben. Diese Folgen können bereits unter der

---

<sup>66</sup> *Gutachter-Ausschuss für Wettbewerbsfragen*, WRP 1997, 298.

<sup>67</sup> Markt- oder Meinungsforschungsinstitute werden für sie letztendlich sinnlose Anrufe schon aus Kostengründen schnell beenden und nach Möglichkeit vermeiden. Auch deshalb führen sie eine Sperrliste für „Verweigerer“, vgl. *Ehmann*, in: *Simitis*, BDSG, § 30a, Rn. 120.

<sup>68</sup> *Gutachter-Ausschuss für Wettbewerbsfragen*, WRP 1997, 298; dem folgend OLD Stuttgart, GRUR 2002, 457 (458).

<sup>69</sup> *Ehmann*, in: *Simitis*, BDSG, § 30a, Rn. 120.

<sup>70</sup> A.A. LG Hamburg, NJW-RR 2007, 45 (46), das von einer gleich großen Belästigungswirkung ausgeht.

Wahrnehmungsschwelle liegen, etwa wenn die Aussagen des Betroffenen in die allgemeine Produkt- oder Dienstleistungsverbesserung einfließen. Aber selbst wenn sie der Optimierung von Werbung und Markenkommunikation dienen,<sup>71</sup> kann die so optimierte Werbung den Betroffenen nur in nicht-personalisierter Form treffen, der er sich viel besser entziehen kann als bei der Direktwerbung. Die Auswirkungen der bloßen Sammlung von Informationen für die Erstellung von verallgemeinerungsfähigen Aussagen sind für den Betroffenen darum weniger spürbar und letztlich weniger eingriffsintensiv.<sup>72</sup>

### **3.4.2.2 Voraussetzung: keine verschleierte Werbung**

Die verminderte Eingriffsintensität in der Ansprache- und Gesprächssituation gilt nur, wenn eine Umfrage nicht doch auf Umwegen darauf angelegt ist, eine wirtschaftliche Entscheidung des Teilnehmers zu beeinflussen – es sich also um verschleierte Werbung handelt, die der Gesetzgeber nach § 28 Abs. 3 bis Abs. 3b BDSG im Rahmen der Novelle nicht privilegieren, sondern umgekehrt sogar einschränken wollte.<sup>73</sup>

Eine Umgehung mittels personalisierter Werbung durch den Auftraggeber wird durch das Gebot der ausschließlich anonymisierten Weitergabe der Ergebnisse verhindert, das folglich auch insoweit gestärkt wird. Darüber hinaus darf die das Vorhaben durchführende Stelle an die Umfrage keine Werbung anschließen – sei es noch während des Gesprächs, nach der Umfrage<sup>74</sup> oder in einem erneuten Gespräch.<sup>75</sup> Dem kann beispielsweise dadurch entsprochen werden, dass selbst auf Wunsch der Befragten keine werbenden Informationen weitergegeben werden oder die Anonymisierung aufgehoben wird.<sup>76</sup>

Weniger eindeutig ist die Bewertung eines etwaigen Werbeeffektes der Umfragen selbst. Insbesondere Umfragen, die sich auf ein bestimmtes Produkt oder eine bestimmte Dienstleistung beziehen oder der Messung der konkreten Kundenzufriedenheit dienen, sind echte Grenzfälle: Einerseits werden nach außen anonymisierte Ergebnisse produziert, die im Rahmen einer

---

<sup>71</sup> Vgl. für die Marktforschung und deren Verhältnis zu Werboptimierung *Marktforschung.de* 2009.

<sup>72</sup> A.A. zu diesem Punkt *Ehmann*, in: Simitis, BDSG, § 30a, Rn. 8: Die befragten Personen würden für wirtschaftliche Ziele instrumentalisiert. Wieso die Mittelbarkeit des wirtschaftlichen Interesses allerdings „letztlich sogar eine Intensivierung des Eingriffs“ erzeugen soll (ebd.), ist nicht recht ersichtlich.

<sup>73</sup> S.o. 3.3.1.

<sup>74</sup> Beispiel eines Falles, bei dem eine Umfrage als „Türöffner“ missbraucht wird: OLG München, ZUM 1991, 94.

<sup>75</sup> Z.B. indem am Ende eines Telefongesprächs gefragt wird, ob man „nochmals wegen einer kostenlosen Leseprobe angerufen werden dürfe“ OLG München, NJWE-WettbR 1996, 12.

<sup>76</sup> S. *ADM et al.*, Erklärung für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland zum ICC/ESOMAR Internationalen Kodex für die Markt- und Sozialforschung, 2008, Ziffer 4; s.a. *Pflüger*, RDV 2010, 101 (102 f.).



neutralen Gesprächssituation unter Anwendung wissenschaftlicher Methoden gewonnen werden; andererseits lenken derartige Umfragen die Aufmerksamkeit des Betroffenen zwangsläufig in eine bestimmte Richtung und können damit einen ähnlichen Effekt haben wie Werbung: Kundenzufriedenheit wird dann nicht nur abgefragt, sondern auch erzeugt.

Die datenschutzrechtliche Literatur zieht zur Abgrenzung das aus dem Lauterkeitsrecht bekannte Kriterium der Absatzförderung heran und verneint so beispielsweise die Anwendung von § 30a BDSG auf Kundenzufriedenheitsstudien, die der Förderung der Kundenbeziehung dienen,<sup>77</sup> oder sogar auf sämtliche Studien, bei denen Verbrauchergewohnheiten nur in Bezug auf ein konkretes Produkt eines Auftraggebers erfragt werden.<sup>78</sup> An der Übertragung dieser Abgrenzungskriterien auf eine zwar im Interesse eines Unternehmens, aber nach wissenschaftlichen Maßstäben durchgeführte Umfrage werden jedoch neuerdings Zweifel geäußert.<sup>79</sup>

Da sich die datenschutzrechtliche Diskussion hier an die lauterkeitsrechtliche anlehnt, können Einzelheiten der Absatzförderung dort besser diskutiert werden.<sup>80</sup> Der Zweck des § 30a BDSG, Markt- oder Meinungsforschung zu privilegieren, gibt jedoch hier den Rahmen vor. So kann es jedenfalls für die Begriffsbildung bei § 30a BDSG keine Rolle spielen, dass das durchführende Institut seinen eigenen Absatz fördert, indem es mit der Studie seinen vertraglichen Verpflichtungen gegenüber dem Auftraggeber nachkommt.<sup>81</sup> Andernfalls würde die Intention des Gesetzgebers, gerade geschäftsmäßige Markt- und Meinungsforschung besserzustellen, völlig ausgehebelt. Ebenso außer Betracht bleiben muss jedenfalls im Rahmen der datenschutzrechtlichen Auslegung des Begriffs der Markt- und Meinungsforschung eine Absatzförderung, die der Auftraggeber einer Studie dadurch erzielt kann, dass er auf der Grundlage empirischer Ergebnisse ganz allgemein bessere Entscheidungen zu treffen vermag. Dies stellt den typischen Fall der Markt- und Meinungsforschung dar und ist vom Gesetzgeber demnach gerade gewollt.<sup>82</sup>

---

<sup>77</sup> *Gola/Schomerus*, BDSG, § 30a, Rn. 1; *Forgó*, in: BeckOK BDSG, § 30a, Rn. 3; *GDD-Erfa-Kreis*, DSB 2013, 143; *Weichert*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, BDSG, § 30a Rn. 2.

<sup>78</sup> *Ehmann*, in: Simitis, BDSG, § 30a, Rn. 40 ff.; *Gola/Schomerus*, BDSG, § 30a, Rn. 1; *Weichert*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, BDSG, § 30a Rn. 2.

<sup>79</sup> *Munz*, in: Taeger/Gabel, BDSG, § 30a, Rn. 7.

<sup>80</sup> S.u. 4.3.2; zur Rückwirkung auf die Auslegung von § 30a BDSG s.u. 4.4.1.

<sup>81</sup> Für die lauterkeitsrechtliche Einordnung (vor der UWG-Novelle) so aber OLG Oldenburg, GRUR-RR 2006, 239 (240); *Gutachter-Ausschuss für Wettbewerbsfragen*, WRP 1997, 298.

<sup>82</sup> *Ehmann*, in: Simitis, BDSG, § 30a, Rn. 41; s. allgemein für mittelbar ausgelöste Effekte *Kamlah*, in: Plath, BDSG, § 30a, Rn. 9.

### 3.4.3 Anwendung wissenschaftlicher Methoden und strikte Trennung von nichtwissenschaftlichen Bereichen

Sinn und Zweck von § 30a BDSG ist es schließlich schon ausweislich der eindeutigen Gesetzesbegründung,<sup>83</sup> durch die Norm das Vorgehen mittels wissenschaftlicher Methoden und Techniken zu erfassen. Dies ist schon im Begriffsteil „Forschung“ enthalten, wird aber durch die Zielrichtung der Vorschrift nochmals betont. Auch die Fachverbände der Markt- oder Meinungsforschung definieren sich nicht nur über das zu erreichende Ziel, sondern auch über die dafür eingesetzten Methoden.<sup>84</sup> Nur so kann Markt- und Meinungsforschung ihrer Zielsetzung gerecht werden, verallgemeinerungsfähige Ergebnisse zu erlangen.

§ 30a BDSG erfasst dabei nicht alle denkbaren wissenschaftlichen Methoden, und der Einsatz derartiger Methoden ist kein hinreichendes Merkmal – andernfalls wäre auch Werbung erfasst, die psychologische Erkenntnisse einsetzt. Das bedeutet aber nicht, dass mit dem Merkmal der Anwendung wissenschaftlicher Methoden nicht doch ein Abgrenzungskriterium für den Begriff der Markt- und Meinungsforschung in § 30a BDSG vorliegen würde. Eine Abgrenzung allein nach dem Ziel der Umfrage<sup>85</sup> übersieht, dass es unter teleologischen Gesichtspunkten für den datenschutzrechtlich Betroffenen durchaus einen Unterschied macht, ob das erhebende Institut mehr oder weniger wahllos vorgeht, oder wissenschaftliche Methoden der empirischen Sozialforschung einsetzt und dabei klar definierte Standards einhält.

Dazu gehört die Auswahl einer repräsentativen Stichprobe.<sup>86</sup> Obwohl § 30a BDSG methodenneutral formuliert ist,<sup>87</sup> bedeutet dies, dass nur anerkannte Methoden und Techniken verwendet werden können. Gängig und zulässig sind darum insbesondere persönliche Interviews von Angesicht zu Angesicht, Telefoninterviews oder die Befragung per Post.<sup>88</sup> Online-Befragungen können – zumindest nach heutigem Stand – aufgrund des starken Gefälles in der Verbreitung nach Alter, Einkommen oder Schulbildung keine repräsentative Stichprobe für

---

<sup>83</sup> BT-Drucks. 16/13657, 19 f. unter Verweis auf die Prüfbitte des BR in BR-Drucks. 4/09, 15 und BT-Drucks. 16/12011, 43 f.

<sup>84</sup> *ADM et al.*, Erklärung für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland zum ICC/ESOMAR Internationalen Kodex für die Markt- und Sozialforschung, 2008, Ziffer 3.

<sup>85</sup> In diese Richtung *Ehmann*, in: Simitis, BDSG, § 30a, Rn. 39, der die eingesetzten Methoden für irrelevant hält (s. aber ebd., 96 ff. zum Erfordernis fachlich-methodischen Vorgehens selbst; dies verlangt auch *Kamalah*, in: Plath, BDSG, § 30a, Rn. 6).

<sup>86</sup> Z.B. *Ehmann*, in: Simitis, BDSG, § 30a, Rn. 98; *Forgó*, in: BeckOK BDSG, § 30a, Rn. 3; kaum vertretbar insofern *Iraschko-Luscher/Kiekenbeck*, ZD 2012, 261 (263), die selbst nicht davon ausgehen, dass Daten aus Bewertungsportalen repräsentativ sind; Beispiele für methodisch unzureichendes Vorgehen bei *Schäfer-Newiger*, WRP 2001, 782 (784 f.).

<sup>87</sup> *Ehmann*, in: Simitis, BDSG, § 30a, Rn. 115 f.

<sup>88</sup> *Schirmer* 2009, 182.

die Gesamtheit der Bevölkerung liefern,<sup>89</sup> wohl aber für Teilgruppen und natürlich für internetspezifische Produkte. Unter § 30a BDSG können solche Erhebungen allerdings nur fallen, wenn nach anerkannten wissenschaftlichen Methoden vorgegangen wird. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist es folglich ausgeschlossen, gängige Bewertungsportale im Internet unter den Begriff der Markt- oder Meinungsforschung zu subsumieren. Beim Social Media Research (zum Beispiel beim Social Media Monitoring) kann es dagegen ein entsprechendes methodengeleitetes Vorgehen geben;<sup>90</sup> zusätzlich ist aber das Anonymisierungsgebot zu beachten, das gerade bei persönlichen Aussagen der Nutzer sowie bei Videos und Bildern oftmals eine Herausforderung darstellen wird.<sup>91</sup>

### 3.5 Ergebnis

Im Ergebnis zeigen sich nach allen Auslegungsmethoden klare Tatbestandsmerkmale für den Begriff der „Markt- oder Meinungsforschung“ in § 30a BDSG. Diese ist durch ein bestimmtes Ziel, bestimmte Methoden und ein bestimmtes datenschutzfreundliches Schutzinstrument gekennzeichnet:

- *Ziel* ist – insbesondere nach der Entstehungsgeschichte und dem Zweck der Norm – die Sammlung einer empirisch fundierten Informationsgrundlage zur Unterstützung wirtschaftlicher, gesellschaftlicher und politischer Entscheidungen,
- *Methoden* sind schon nach dem Wortbestandteil „Forschung“ nur wissenschaftlich anerkannte Vorgehensweisen, nach dem gesetzgeberischen Willen und dem Telos der Vorschrift demgegenüber enger die anerkannten Methoden der empirischen Sozialforschung,
- *datenschutzfreundliches Schutzinstrument* ist das Anonymisierungsgebot, das sich zwar noch nicht aus dem Begriff der Markt- oder Meinungsforschung, wohl aber aus der Entstehungsgeschichte und dem Zweck der datenschutzrechtlichen Norm ergibt und nach hier vertretener Auffassung durch eine strikte Trennung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer, mindestens aber durch eine strikte Anonymisierung vor der Nutzung der Ergebnisse gewährleistet wird.

---

<sup>89</sup> Kaase 2012, 37.

<sup>90</sup> Unter dieser Voraussetzung bejaht auch *Forgó*, in: BeckOK BDSG, § 30a, Rn. 3 die Anwendung von § 30a BDSG; zu weitgehend demgegenüber *Solmecke/Wahlers*, ZD 2012, 550 (552).

<sup>91</sup> S.o. 3.3.2 und 3.4.1.

Alle drei Merkmale charakterisieren den Begriff der Markt- oder Meinungsforschung, und alle drei grenzen ihn gegen den Begriff der Werbung ab. Diese hat – als Direktwerbung – ein anderes Ziel (nicht die Unterstützung wirtschaftlicher Entscheidungen, sondern die Absatzförderung), setzt andere Mittel ein (nicht die neutrale Erhebung von Tatsachen, Meinungen und Interessen, sondern die suggestive, beeinflussende Kommunikation) und will die erhobenen Daten gerade nicht anonymisieren, sondern regelmäßig für die Bildung von Profilen und die erneute werbende Ansprache sammeln und aufbewahren.

Wie viele andere Rechtsbegriffe auch ist der Begriff der Markt- oder Meinungsforschung nicht trennscharf. Als problematisch hat sich der Bereich der produkt- und dienstleistungsbezogenen Umfragen herausgestellt. Dies gilt sowohl bei anlasslosen Befragungen, als auch im Nachgang eines konkreten Kundenkontakts. Wegen der engen Verzahnung mit dem Lauterkeitsrecht wird hierauf zurückzukommen sein.

## **4 Der Begriff der Werbung in § 7 UWG**

Wie eingangs beschrieben<sup>92</sup> ist es für die Zulässigkeit von Umfragen der Markt- und Meinungsforschung essentiell, ob sie „Werbung“ im Sinne von § 7 UWG sind. Das Gesetz verwendet diesen Begriff an mehreren Stellen,<sup>93</sup> definiert ihn aber nicht. Der Begriff der Markt- und Meinungsforschung wird überhaupt nicht verwendet.

### **4.1 Grundlagen**

Je nach Zielrichtung kann man Werbung enger oder weiter definieren. In einer sehr allgemeinen Form geht es um zielgerichtete Kommunikationsprozesse, die darauf gerichtet sind, das Verhalten der Kommunikationspartner zu beeinflussen. Da Gesetzeszweck nach § 1 UWG aber der Schutz vor unlauteren geschäftlichen Handlungen ist, kann es in diesem Rahmen nur um ein spezifisch wirtschaftliches Begriffsverständnis gehen: Werbung im Sinne dieses Gesetzes muss eine geschäftliche Handlung darstellen, das heißt ein Verhalten zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das objektiv mit der Förderung des Absatzes von Waren oder Dienstleistungen zusammenhängt (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG).

---

<sup>92</sup> S.o. 2.

<sup>93</sup> § 5 Abs. 2 und Abs. 3, § 5a Abs. 4, § 6, § 7 und § 16 UWG sowie im Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG.

Will man Werbung nicht mit geschäftlichen Handlungen gleichsetzen (was nach der Gesetzsystematik nicht nahe liegt), sind freilich weitere Begriffselemente erforderlich. Für den Bereich der Markt- und Meinungsforschung wird in Rechtsprechung und Literatur vielfach versucht, dieses Problem über das Begriffspaar einer unmittelbaren oder mittelbaren Absatzförderung in den Griff zu bekommen. Allerdings leidet diese Diskussion daran, dass beide Begriffe ebenfalls nicht in § 7 UWG vorkommen, und überdies daran, dass mit diesen Begriffen – wie mit vergleichbaren juristischen Begriffspaaren wie direkt/indirekt, abstrakt/konkret etc. – nicht immer dasselbe gemeint wird.

Die Auslegung wird überdies dadurch verkompliziert, dass § 7 UWG auf unterschiedlichen europäischen Richtlinien beruht, die teilweise unterschiedliche Begrifflichkeiten und unterschiedliche Zielrichtungen haben. Es bietet sich daher an, mit den europarechtlichen Grundlagen zu beginnen; letztlich muss der Begriff der Werbung aber mit Blick auf unterschiedliche Vorgehensmodelle diskutiert werden.

## **4.2 Richtlinienkonforme Auslegung**

Eine nähere Analyse innerhalb des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb ist nicht sinnvoll, solange das Begriffsverständnis des Europarechts nicht geklärt ist. Anders als § 30a BDSG dient die für Umfragen zur Markt- und Meinungsforschung wesentliche Norm des § 7 UWG nämlich beinahe vollständig der Umsetzung europäischer Richtlinien. Der Begriff der Werbung muss folglich vor allem richtlinienkonform ausgelegt werden. Nach allgemeinen Regeln, die sich vor allem auf das Loyalitätsgebot in Art. 4 Abs. 3 EUV stützen, bedeutet dies insbesondere, dass von mehreren möglichen Auslegungen des nationalen Rechts diejenige (oder eine) zu wählen ist, die nicht mit europäischen Vorgaben in Konflikt kommt.<sup>94</sup>

### **4.2.1 Europäische Richtlinien**

§ 7 UWG dient der Umsetzung nicht nur einer, sondern mehrerer EU-Richtlinien. Dies erschwert eine übergreifende Begriffsbildung.

Das grundsätzliche Verbot erkennbar nicht erwünschter Werbung in § 7 Abs. 1 Satz 2 UWG geht – ebenso wie das übergeordnete Verbot unzumutbar belästigender geschäftlicher Hand-

---

<sup>94</sup> Näher *Brechmann* 1994; allgemein zum Erfordernis der europarechtskonformen Auslegung *Rüthers/Fischer* 2010, Rn. 766 ff.; Grundlage ist die mittlerweile zumindest im Grundsatz anerkannte Lehre vom Vorrang des Gemeinschaftsrechts (st. Rspr. des EuGH seit Rs. 6/64 – *Costa* ./ ENEL, Slg. 1964, 1251); s. *Opper-mann et al.* 2011, 149 ff. Die richtlinienkonforme Auslegung kann über die nationalen Auslegungsregeln hinausgehen und eine Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung einschließen, s. BGHZ 179, 27.

lungen in § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG – auf das Verbot aggressiver Geschäftspraktiken nach Art. 5 Abs. 1, Abs. 4 lit. b und Art. 8 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-RL)<sup>95</sup> zurück.<sup>96</sup> Diese Richtlinie enthält überdies im Anhang I eine nach Art. 5 Abs. 5 verbindliche Liste unlauterer Geschäftspraktiken. Aus dieser Liste wird Nr. 26 (hartnäckiges und unerwünschtes Ansprechen)<sup>97</sup> teilweise in § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG umgesetzt.<sup>98</sup> Für die Auslegung des in § 7 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Nr. 1 UWG verwendeten Werbebegriffs ist demnach im Grundsatz die UGP-Richtlinie maßgeblich.

Allerdings bestimmt Nr. 26 des Anhang I zugleich, dass Art. 10 der Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG (FA-RL)<sup>99</sup> unberührt bleibt. Daraus lässt sich folgern, dass bei der richtlinienkonformen Auslegung von § 7 Abs. 1 Satz 2 UWG zumindest auch Art. 10 Abs. 2 FA-RL zu beachten ist,<sup>100</sup> also das Verbot der Verwendung von Fernkommunikationstechniken, wenn der Verbraucher ihre Verwendung offenkundig ablehnt. Die Komplexität des Normengeflechts erhöht sich sogar noch zusätzlich, weil beide Richtlinien nur das Verhältnis zu Verbrauchern erfassen. Dies gilt für § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG ebenfalls, nicht aber für § 7 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 UWG. Soweit letzterer die Werbung gegenüber Unternehmen betrifft, bestimmt sich der Werbungsbegriff folglich ausschließlich nach dem deutschen Gesetz selbst.

Die § 7 Abs. 2 Nr. 2 bis 4 und Abs. 3 UWG, und damit auch der praktisch relevanteste Fall der telefonischen Kontaktaufnahme, setzen indessen weder die UGP-Richtlinie, noch die FA-Richtlinie, sondern Art. 13 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation 2002/58/EG (EK-DSRL)<sup>101</sup> um.<sup>102</sup> Ebenso wie Art. 10 FA-RL bleibt auch die EK-DSRL von

---

<sup>95</sup> ABl. EG Nr. L 149 v. 11.6.2005, S. 22.

<sup>96</sup> *Ohly*, in: Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, § 7, Rn. 11.

<sup>97</sup> „Kunden werden durch hartnäckiges und unerwünschtes Ansprechen über Telefon, Fax, E-Mail oder sonstige für den Fernabsatz geeignete Medien geworben, außer in Fällen und in den Grenzen, in denen ein solches Verhalten nach den nationalen Rechtsvorschriften gerechtfertigt ist, um eine vertragliche Verpflichtung durchzusetzen.“

<sup>98</sup> BT-Drucks. 16/10145, 16; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 7, Rn. 97; *Schöler*, in: Harte/Henning, UWG, § 7, Rn. 6.

<sup>99</sup> ABl. EG Nr. L 144 v. 4.6.1997, S. 19; die Richtlinie tritt durch die Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU, ABl. EU Nr. L 304 v. 22.11.2011, S. 64, mit Wirkung vom 13.6.2014 außer Kraft.

<sup>100</sup> So *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 7, Rn. 102a ff.; wegen der Subsidiaritätsklausel in Art. 3 Abs. 4 UGP-RL ließe sich bei Handlungen gegenüber Verbrauchern die alleinige Relevanz der FA-Richtlinie begründen.

<sup>101</sup> ABl. EG Nr. L 201 v. 31.7.2002, S. 37.

<sup>102</sup> BT-Drucks. 16/10145, 29; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 7, Rn. 97; *Ohly*, in: Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, § 7, Rn. 10; *Schöler*, in: Harte/Henning, UWG, § 7, Rn. 2; dies wird übersehen von *Schweizer*, ZUM 2010, 400. Die Regelung zur Telefonwerbung in § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG setzt in der 1. Alt. die Vorgaben aus Art. 13 Abs. 3 Alt. 1 und Abs. 5 EK-DSRL um. Weiterhin setzt § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG die Regelungen in

Nr. 26 Anhang I UGP-RL ausdrücklich unberührt. Der Anwendungsbereich der EK-DSRL ist nicht von vornherein auf Verbraucher beschränkt. Geschützt sind in Art. 13 EK-DSRL vielmehr Teilnehmer, also nach Art. 2 Abs. 1 EK-DSRL i.V.m. Art. 2 lit. k der Rahmenrichtlinie für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste 2000/21/EG natürliche und juristische Personen. Art. 13 EK-DSRL differenziert zwischen diesen Gruppen.<sup>103</sup> Die deutsche Regelung unterscheidet zwar anders (Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer) und ist hinsichtlich natürlicher Personen insoweit kaum mit den europäischen Vorgaben vereinbar.<sup>104</sup> Sie ist aber erkennbar auf deren Umsetzung angelegt. Damit ist hinsichtlich der Frage, ob Umfragen mittels elektronischer Kommunikationsdienste Werbung darstellen, stets der Begriff der Direktwerbung in der EK-DSRL zugrunde zu legen.

Weder die UGP-Richtlinie, noch die FA-Richtlinie, noch die EK-DSRL definieren allerdings, was Werbung ist. Teilweise wird der Begriff auch gar nicht verwendet, sondern es geht um „offenkundiges Ablehnen“ von Fernkommunikationstechniken (FA-Richtlinie). Die UGP-Richtlinie verbietet „aggressive Geschäftspraktiken“ und „hartnäckiges und unerwünschtes Ansprechen“, mit dem Kunden „geworben“ werden. Art. 13 EK-DSRL behandelt „unerbetene Nachrichten zum Zweck der Direktwerbung“.

Eine europarechtliche Definition enthält demgegenüber Art. 2 lit. a der Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung 2006/114/EG (Werbe-RL).<sup>105</sup> Danach ist Werbung „jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, zu fördern“. Die Werbe-Richtlinie wird allerdings durch die § 5 bis § 6 UWG umgesetzt und eben nicht durch den hier problematischen § 7 UWG. Eine Übertragung der Definition in Art. 2 lit. a Werbe-RL ist jedoch zumindest dann plausibel, wenn eine andere Richtlinie ein identisches Regelungsziel hat. Wie schon im Titel, aber auch in Erwägungsgrund 9 zum Ausdruck kommt, schützt die Werbe-Richtlinie

---

Art. 13 Abs. 1 EK-DSRL und Art. 10 Abs. 1 FA-RL um. Die § 7 Abs. 2 Nr. 4 und Abs. 3 UWG entsprechen Art. 13 Abs. 4 und Abs. 2 EK-DSRL.

<sup>103</sup> Art. 13 Abs. 1 und 3 EK-DSRL, die die Zulässigkeit für Direktwerbung selbst betreffen, sind nach Abs. 5 Satz 1 auf Teilnehmer beschränkt, die natürliche Personen sind. Nach Abs. 5 Satz 2 tragen die Mitgliedstaaten aber außerdem dafür Sorge, dass die berechtigten Interessen anderer Teilnehmer als natürlicher Personen in Bezug auf unerbetene Nachrichten ausreichend geschützt werden.

<sup>104</sup> Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 7 Rn. 123.

<sup>105</sup> ABl. EG Nr. L 376 v. 27.12.2006, S. 21; s.a. die wortgleiche Vorgängerregelung: Art. 2 Nr. 1 RL 84/450/EWG.

die Wahlfreiheit der Verbraucher.<sup>106</sup> Eine Übertragung auf die UGP-Richtlinie liegt damit nahe, eine Übernahme für den Bereich der EK-DSRL allerdings weniger, weil letztere dem Schutz von personenbezogenen Daten und Privatsphäre dient.

Als Ergebnis dieser Näherung lässt sich jedenfalls festhalten, dass die europäischen Grundlagen an keiner Stelle die spezifische Fallgruppe der Markt- und Meinungsforschung regeln oder auch nur ansprechen. Es ist deshalb praktisch nicht möglich, mit einer europarechtskonformen Auslegung zwingende Ergebnisse zu erzielen. Im Folgenden wird es vielmehr darum gehen, Anhaltspunkte für das Verständnis von § 7 UWG zu gewinnen.

#### **4.2.2 Folgerungen für das UWG aus der UGP-Richtlinie**

Die UGP-Richtlinie soll nach Erwägungsgrund 6 die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher schützen, und zwar – wie in Erwägungsgrund 7 präzisiert wird – im Hinblick auf „Geschäftspraktiken, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidungen des Verbrauchers in Bezug auf Produkte stehen“. Folgerichtig ist das Verbot aggressiver Geschäftspraktiken in Art. 8 UGP-Richtlinie ausdrücklich auf die Fälle beschränkt, in denen der Verbraucher „tatsächlich oder voraussichtlich dazu veranlasst wird, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.“

Aufgrund der gleichen Zielsetzung ist die Definition der Werbung nach Art. 2 lit. a Werbe-RL auf die UGP-Richtlinie übertragbar.<sup>107</sup> Der Begriff der Werbung ist jedoch weiter anhand der UGP-Richtlinie zu spezifizieren. Art. 5 Abs. 1, Abs. 4 lit. b i.V.m. Art. 8 UGP-RL verbietet nicht jede Form aggressiven Verhaltens, sondern nur aggressive Geschäftspraktiken. Dabei ergeben sich zwei Unterschiede zwischen der Definition der Werbung nach Art. 2 lit. a Werbe-RL und der der Geschäftspraxis nach Art. 2 lit. d UGP-RL sowie der davon erfassten kommerziellen Mitteilung. Zum einen ist letztere insofern weiter, als sich der Werbebegriff nach Art. 2 lit. a Werbe-RL auf die Absatzförderung beschränkt, während sich Art. 2 lit. d UGP-RL<sup>108</sup> zusätzlich auf den Verkauf und die Lieferung von Produkten<sup>109</sup> erstreckt. Zum

---

<sup>106</sup> Schlussanträge des Generalanwalts v. 21.3.2013 – C-657/11 Rn. 40, InfoCuria; EG 9 spezifiziert insofern den allgemeinen Gedanken des Verbraucherschutzes, der in EG 4 zum Ausdruck kommt.

<sup>107</sup> So i.E. Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 7, Rn. 99; Ohly, in: Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, § 7, Rn. 31; Schöler, in: Harte/Henning, UWG, § 7, Rn. 182.

<sup>108</sup> Nach Art. 2 lit. d UGP-RL ist eine Geschäftspraxis „jede Handlung, Unterlassung, Verhaltensweise oder Erklärung, kommerzielle Mitteilung einschließlich Werbung und Marketing eines Gewerbetreibenden, die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucher zusammenhängt“.

<sup>109</sup> Als „Produkt“ gilt nach Art. 2 lit. d UGP-RL jede Ware oder Dienstleistung, einschließlich Immobilien, Rechten und Verpflichtungen. In der Werbe-RL und dem UWG kommt der Begriff des Produkts nicht vor,



anderen fällt auf, dass nach Art. 2 lit. a Werbe-RL Absatzförderung das *Ziel* der Äußerung sein muss, wohingegen Art. 2 lit. d UGP-RL auf den *Zusammenhang* abstellt. Ob Werbung im Sinne der UGP-Richtlinie vorliegt, muss demnach nach rein objektiven Kriterien beurteilt werden.<sup>110</sup> Art. 2 lit. d UGP-RL ordnet Werbung überdies als Unterfall der kommerziellen Mitteilung ein und verlangt für beides, dass sie „unmittelbar“ mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucher zusammenhängen.

Obwohl die UGP-Richtlinie hier eine recht deutliche Sprache spricht, ist die Frage der Folgen für das deutsche Recht allerdings umstritten. Hier liegt die Hauptkonfliktlinie im Streit, ob und unter welchen Voraussetzungen Markt- und Meinungsforschung als Werbung einzustufen ist. Werbung nach § 7 UWG stellt nämlich eine Unterform der geschäftlichen Handlung dar, für die nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG jedoch nur ein objektiver, nicht notwendigerweise (wie in Art. 2 lit. d UGP-RL) ein unmittelbarer Zusammenhang gefordert wird.

Darin allein liegt noch keine unzureichende Richtlinienumsetzung, weil die UGP-Richtlinie nur im verbraucherbezogenen Bereich vollharmonisierend ist,<sup>111</sup> während das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb teilweise auch das Verhalten gegenüber sonstigen Marktteilnehmern regelt und insoweit über die Richtlinie hinausgehen kann. Teilweise ist der nur mittelbare Zusammenhang mit dem eigenen Absatz hier sogar evident, beispielsweise bei der gezielten Behinderung von Mitbewerbern in § 4 Nr. 10 UWG. Insofern ist der Begriff der geschäftlichen Handlung nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG tatsächlich weiter als der der Geschäftspraxis nach Art. 2 lit. d UGP-RL.<sup>112</sup>

Im vorliegenden Fall geht es jedoch gerade um den Teil von § 7 UWG, der sich im vollharmonisierten Bereich befindet. Hier ist folglich eine richtlinienkonforme und damit einschränkende Auslegung des Begriffs der geschäftlichen Handlung notwendig. Ein objektiver Zusammenhang mit der Absatzförderung besteht damit nur, wenn er auch unmittelbar ist.<sup>113</sup>

---

die Definitionen der Werbung nach Art. 2 lit. a Werbe-RL und der geschäftlichen Handlung nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG enthalten aber eine in der Sache identische Aufzählung.

<sup>110</sup> Zur entsprechenden Aufgabe der „Wettbewerbsabsicht“ zugunsten des „objektiven Zusammenhangs“ in der UWG-Reform des Jahres 2008 s. *Erdmann*, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, Wettbewerbsrecht, § 31, Rn. 50; das Erfordernis des Zusammenhangs in Art. 2 lit. d UGP-RL ist jedenfalls nicht strenger als das des Ziels in Art. 2 lit. a Werbe-RL, s. *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 2, Rn. 15.

<sup>111</sup> BT-Drucks. 16/10145, 10.

<sup>112</sup> *Erdmann*, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, Wettbewerbsrecht, § 31, Rn. 53; *Keller*, in: Harte/Henning, UWG, § 2, Rn. 9; *Sosnitzka*, in: Piper/Ohly/Sosnitzka, UWG, § 2, Rn. 24; *Haug*, K&R 2010, 767 (769).

<sup>113</sup> *Erdmann*, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, Wettbewerbsrecht, § 31, Rn. 59; *Keller*, in: Harte/Henning, UWG, § 2, Rn. 11; ebenso wohl *Sosnitzka*, in: Piper/Ohly/Sosnitzka, UWG, § 2, Rn. 24; vgl. auch *Schweizer*, ZUM 2010, 400 (402); *Tscherwinka* 2012, 205.

Dem wird teilweise entgegengehalten, der Begriff der kommerziellen Mitteilung in Art. 2 lit. d UGP-RL sei inhaltsgleich mit dem der kommerziellen Kommunikation nach Art. 2 lit. f der E-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG (EC-RL).<sup>114</sup> Da dieser auch Kommunikation erfasse, die der mittelbaren Absatzförderung diene,<sup>115</sup> reiche dies auch für Art. 2 lit. d UGP-RL und damit für den Begriff der geschäftlichen Handlung in § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG aus.<sup>116</sup> Dieses mit dem Wortlaut von Art. 2 lit. d UGP-RL in offensichtlichem Widerspruch stehende Ergebnis wird damit verteidigt, dass wegen der Unbestimmtheit des Begriffs „unmittelbar“ vorrangig auf den Zweck der Regelung abzustellen sei.<sup>117</sup> Insoweit müsse ein funktionaler Zusammenhang ausreichen, der bei Handlungen gegeben sei, die bei objektiver Betrachtung darauf gerichtet seien, „durch Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidungen der Verbraucher (oder sonstiger Marktteilnehmer) den Absatz oder Bezug zu fördern“;<sup>118</sup> für Werbung genüge darum auch die mittelbare Absatzförderung.<sup>119</sup>

Wie mit dieser Argumentation der eindeutige Wortlaut von Art. 2 lit. d UGP-RL überspielt werden soll, ist allerdings nicht recht ersichtlich. Dies gilt umso mehr, als die herangezogene E-Commerce-Richtlinie sich ausweislich ihres EG 30 ausdrücklich nicht mit Fragen der „Zustimmung der Empfänger bestimmter Formen der nicht angeforderten kommerziellen Kommunikation“ befasst. Diese sollen weiterhin Gegenstand der FA-Richtlinie sein. Weiterhin dient Art. 7 Abs. 1 EC-RL<sup>120</sup> anders als Art. 5 Abs. 1, Abs. 4 lit. b i.V.m. Art. 8 UGP-RL nicht dem Schutz vor aggressiver, sondern vor intransparenter kommerzieller Kommunikation. Schließlich deutet auch die Verwendung unterschiedlicher Begriffe – kommerzielle Kommunikation auf der einen, Werbung auf der anderen Seite – an, dass diese nicht kongruent zueinander sind.<sup>121</sup> Aus einem ähnlichen Grund hat der Europäische Gerichtshof kürzlich

---

<sup>114</sup> Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 2 Rn. 15; insoweit zustimmend Keller, in: Harte/Henning, UWG, § 2, Rn. 13.

<sup>115</sup> Art. 2 lit. f EC-RL erfasst „alle Formen der Kommunikation, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren und Dienstleistungen oder des Erscheinungsbilds eines Unternehmens [...] dienen“.

<sup>116</sup> Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 2, Rn. 47.

<sup>117</sup> Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 2, Rn. 43.

<sup>118</sup> Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 2 Rn. 48 unter Verweis auf die einschlägige Rechtsprechung. Allerdings wird dies auch aus dem einschlägigen EG 7 abgeleitet, der gerade einen „unmittelbaren Zusammenhang“ fordert; dieser Widerspruch wird nicht aufgelöst.

<sup>119</sup> Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 7, Rn. 133.

<sup>120</sup> Schlussanträge des Generalanwalts v. 21.3.2013 – C-657/11 Rn. 42, InfoCuria.

<sup>121</sup> Bezogen auf den Begriff der Werbung in der Werbe-RL: Schlussanträge des Generalanwalts v. 21.3.2013 – C-657/11 Rn. 43, InfoCuria.

die Übereinstimmung, allerdings bezogen auf den Werbebegriff der Werbe-Richtlinie, verneint.<sup>122</sup>

Im Ergebnis ist deshalb jedenfalls in dem Bereich von § 7 UWG, der die UGP-Richtlinie umsetzt (nämlich § 7 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Nr. 1 UWG), der Begriff der Werbung so zu verstehen, dass ein unmittelbarer Zusammenhang mit der Absatzförderung bestehen muss.<sup>123</sup> Es ist allerdings zu betonen, dass dies nicht zwingend bedeutet, dass die Markt- und Meinungsforschung dieses Kriterium nicht erfüllt – da keine der Richtlinien sich auch nur implizit mit diesem Bereich befasst, wäre es ohne weiteres möglich (wenn auch nicht naheliegend), den europarechtlichen Begriff des unmittelbaren Zusammenhangs mit der Absatzförderung entsprechend weit auszulegen (s. insoweit noch unten). Eine verbindliche Aussage hierüber kann nur der Europäische Gerichtshof im Vorabentscheidungsverfahren herbeiführen.<sup>124</sup>

#### **4.2.3 Folgerungen für das UWG aus der FA-Richtlinie und der EK-DSRL**

Nach Erwägungsgrund 17 der FA-RL soll diese unter Berücksichtigung von Art. 8 (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) und Art. 10 (Freiheit der Meinungsäußerung) EMRK das Privatleben vor Belästigung durch aufdringliche Kommunikationstechniken schützen. Ausweislich Erwägungsgrund 2 der EK-DSRL schützt diese die in Art. 7 und Art. 8 EuGRCh niedergelegten Rechte auf Achtung des Privat- und Familienlebens und Schutz personenbezogener Daten. Damit ist die Reichweite der Richtlinien im Vergleich zur UGP-Richtlinie zugleich enger und weiter: Einerseits enger, weil Belästigungen ohne Verwendung personenbezogener Daten nicht erfasst sind, andererseits weiter, da Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht und den Schutz personenbezogener Daten geregelt werden, die keine Beeinträchtigungen der wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit zur Folge haben.

Besonders deutlich ist dies bei der EK-DSRL, die sich von der FA-Richtlinie, der UGP-Richtlinie und der Werbe-RL grundsätzlich dadurch unterscheidet, dass sie nicht auf den Absatz von Waren oder ähnliche wirtschaftliche Handlungen begrenzt ist. Es handelt sich vielmehr um eine originär datenschutzrechtliche Richtlinie, die nach Art. 1 Abs. 1 dem Schutz

---

<sup>122</sup> EuGH, Urteil v. 11.7.2013 – C-657/11 Rn. 51, InfoCuria.

<sup>123</sup> Einen weiten, auch mittelbare Absatzförderung umfassenden Werbebegriff vertritt demgegenüber der BGH in einem jüngsten Urteil v. 12.9.2013 – I ZR 208/12, Rn. 17 f. (juris; ansonsten noch unveröffentlicht). Allerdings erfolgt dies ohne Ausführungen zu den vorstehenden Punkten und insbesondere ohne jede Erwähnung der EK-DSRL. Ohnehin dürften die dort genannten Beispiele für eine „mittelbare“ Absatzförderung (Imagewerbung und Sponsoring) eher dem unmittelbaren Bereich zugeordnet sein, sodass aus dem Urteil für die hier erläuterte Abgrenzung kaum Schlüsse gezogen werden können.

<sup>124</sup> Ebenso Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 2, Rn. 43.

der Grundrechte und Grundfreiheiten dient und nach Art. 1 Abs. 2 eine Detaillierung und Ergänzung der allgemeinen Datenschutzrichtlinie 95/46/EG ist. Aufgrund dieser Zielrichtung kann der Begriff der „Direktwerbung“ in Art. 13 EK-DSRL nicht auf die „Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs“ nach Art. 2 lit. a Werbe-RL beschränkt werden. Vielmehr spricht nichts dagegen, auch nichtwirtschaftlich motiviertes Verhalten unter Art. 13 EK-DSRL zu fassen, etwa Wahlwerbung.<sup>125</sup> Im Rahmen von § 7 UWG ist dies jedoch nicht möglich, weil es die Grenzen des Anwendungsbereichs des Gesetzes überschreiten würde. Die für § 7 Abs. 2 Nr. 2 bis 4 UWG maßgebliche Auslegung ist demnach auf Werbung im Sinne des Art. 13 EK-DSRL beschränkt, die gleichzeitig eine geschäftliche Handlung nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG darstellt.<sup>126</sup> Jedenfalls innerhalb des Anwendungsbereichs des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb bestehen insoweit auch keine Bedenken dagegen, die Definition der Werbung aus Art. 2 lit. a Werbe-RL zu verwenden, wie dies regelmäßig von Rechtsprechung und Literatur ohne nähere Erörterung praktiziert wird.<sup>127</sup>

Anders als Art. 2 lit. d UGP-RL enthält allerdings weder diese Definition noch die EK-DSRL selbst das Erfordernis eines „unmittelbaren“ Zusammenhangs mit einer Absatzförderung. Unter Berücksichtigung des unterschiedlichen Schutzzwecks der Richtlinien ist es deshalb unproblematisch möglich, Art. 13 EK-DSRL einen umfassenderen, auch mittelbare Absatzförderung einschließenden Begriff der (Direkt-)Werbung zu entnehmen. Dies würde zu der auf den ersten Blick seltsamen Folge führen, dass der Begriff der Werbung in den verschiedenen Varianten des § 7 UWG unterschiedlich auszulegen wäre – dies wäre allerdings lediglich Folge der Entscheidung des deutschen Gesetzgebers, in der Norm unterschiedliche europäische Richtlinien zusammenzufassen.

Erneut ist zu betonen, dass die Entscheidung für einen weiten Begriff der Werbung nicht präjudiziert, dass Markt- und Meinungsforschung (in allen Facetten) von Art. 13 EK-DSRL erfasst ist. So, wie man diese Forschung auch unter den engen Begriff der unmittelbaren Absatzförderung fassen könnte, kann man auch verneinen, dass sie unter einen weiten Begriff der Direktwerbung fällt. Auch diese Frage kann letztlich nur der Europäische Gerichtshof

---

<sup>125</sup> S. als Beispiel hierfür (vor Inkrafttreten der EK-DSRL) OLG Stuttgart, NJW 1988, 2615 (2615): hier sah das Gericht unerbetene Telefonanrufe zu Zwecken der Wahlwerbung für eine politische Partei als Verstoß gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht an.

<sup>126</sup> Verhaltensweisen zur Verwirklichung außergeschäftlicher Zwecke sind damit nicht erfasst, s. *Keller*, in: *Harte/Henning*, UWG, § 2, Rn. 50.

<sup>127</sup> BGH, MMR 2008, 661 (661); MMR 2008, 662 (663); OLG Oldenburg, GRUR-RR 2006, 239 (241); OLG Köln, MMR 2009, 267 (268); OLG München, MMR 2013, 38; *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 7, Rn. 129; *Ohly*, in: *Piper/Ohly/Sosnitzer*, UWG, § 7, Rn. 42; *Schöler*, in: *Harte/Henning*, UWG, § 7, Rn. 182.

verbindlich entscheiden. Das gilt auch für die vorrangige Frage, ob Art. 13 EK-DSRL (oder die gesamte Richtlinie) vollharmonisierend ist.<sup>128</sup>

Unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der EK-DSRL (Datenschutz) scheint in Bezug auf Markt- und Meinungsforschung zunächst einiges dafür zu sprechen, dass diese erfasst ist, weil sie ebenso wie die klassische Direktwerbung mit personenbezogenen Daten der Angesprochenen operiert. Allerdings unterscheidet sich die Form der Markt- und Meinungsforschung, die von § 30a BDSG erfasst wird – nur um diese soll es im Folgenden gehen – signifikant von werbenden Maßnahmen: Das Ziel der Sammlung einer empirisch fundierten Informationsgrundlage zur Unterstützung wirtschaftlicher, gesellschaftlicher und politischer Entscheidungen, die Beschränkung auf wissenschaftlich anerkannte Methoden der empirischen Sozialforschung und das strikte Anonymisierungsgebot führen zu einer anderen datenschutzrechtlichen Risikobewertung.<sup>129</sup> Daraus folgt noch nicht zwingend, dass jede Form der Markt- und Meinungsforschung aus dem Anwendungsbereich von § 7 UWG herausfällt, soweit dieser auf die EK-DSRL zurückgeht. Zumindest gibt es aber keine europarechtliche Vorgabe, Markt- und Meinungsforschung als Werbung im Sinne von § 7 Abs. 2 Nr. 2 bis Nr. 4 und Abs. 3 UWG aufzufassen.

### **4.3 Fallgruppen und Berücksichtigung von § 30a BDSG**

Für die Anwendung von § 7 UWG auf die Markt- und Meinungsforschung können vor dem Hintergrund dieser europarechtlichen Ausgangslage verschiedene Fallgruppen gebildet werden.

#### **4.3.1 Anwendungsbereich, Gesetzesbegründung und Absichtung**

Wie schon dargelegt, kann der Begriff der Werbung zwar möglicherweise in der EK-DSRL, jedenfalls aber nicht im Rahmen von § 7 UWG über geschäftliche Handlungen im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG hinausreichen. Wenn die konkrete Umfrage sich also nicht auf Waren oder Dienstleistungen bezieht, sondern beispielsweise auf gesellschaftspolitische Fragen,<sup>130</sup> kann ein Absatz des Auftraggebers nur in Sonderfällen gefördert werden (beispielsweise im Bereich der Politikberatung); im Übrigen scheidet die Anwendung von § 7 UWG aus. Hier könnte man allenfalls noch argumentieren, die Umfrage fördere den Absatz der durchführenden

---

<sup>128</sup> Dies hat der EuGH inzwischen für die allgemeine Datenschutzrichtlinie 95/46/EG bejaht, s. EuGH, – Rs. C-468/10 und C-469/10, Slg. 2011 I-12181.

<sup>129</sup> S. ausführlich oben 3, v.a. 3.4.

<sup>130</sup> Z.B. das Wahlverhalten, s. AG Berlin-Mitte, Urteil v. 21.6.2011 – 5 C 1003/10, unveröffentlicht.

den Institute selbst.<sup>131</sup> Allein die Tatsache, dass eine Tätigkeit beruflich ausgeübt wird, zieht aber noch nicht ihre Ausrichtung auf den Wettbewerb nach sich.<sup>132</sup> Die Umfragen und die mit ihnen verbundenen Anrufe sind also geschäftliche Handlungen der Institute, aber keine Werbung für diese.

Im wirtschaftlichen Bereich (also der „Markt“-Forschung im engeren Sinne) stellt sich die Situation komplizierter dar. Da es nach der Analyse der europäischen Vorgaben – vorbehaltlich einer anderen Auffassung des Europäischen Gerichtshofs – dem Gesetzgeber ohne weiteres möglich war, Handlungen aus dem Anwendungsbereich von § 7 UWG auszunehmen, die sich signifikant von den Handlungen unterscheiden, die eindeutig Direktwerbung im Sinne von Art. 13 EK-DSRL sind,<sup>133</sup> ist eine Betrachtung der Gesetzgebungsgeschichte erforderlich.

Ausweislich der Gesetzesbegründung sollte genau eine solche Einschränkung erfolgen: Bei einer „die Anonymität der befragten Personen währenden Markt- und Meinungsforschung“ liegt danach schon gar keine geschäftliche Handlung vor, denn in diesem Fall – so die explizite Begründung – „fehlt es an einem objektiven Zusammenhang zum Warenabsatz“.<sup>134</sup> In der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses ist der Gedanke ebenfalls enthalten, auch wenn man in ihr eine Abschwächung sehen kann: Danach fallen Umfragen der Markt- und Meinungsforschung, „die nicht direkt dem Absatz oder Bezug von Waren oder Dienstleistungen dienen“, nicht in den Anwendungsbereich des Gesetzes.<sup>135</sup> Hier wird also das Fehlen eines direkten Zusammenhangs als Bedingung für die Unanwendbarkeit aufgestellt, während die ursprüngliche Begründung für die anonymisierende Markt- und Meinungsforschung einen Zusammenhang insgesamt verneint.

Es ist aber jedenfalls eindeutig, dass der Gesetzgeber – ebenso wie bei § 30a BDSG – eine bestimmte, datenschutzfreundliche Form der Umfragen privilegieren wollte. Dies ist vor dem Hintergrund des Regelungszwecks von Art. 13 EK-DSRL (der originäres Datenschutzrecht ist) auch konsequent. Sowohl die historische als auch die teleologische Auslegung sprechen folglich dafür, dass allgemeine Umfragen zu Bedürfnissen in der Bevölkerung und der Nach-

---

<sup>131</sup> Vgl. zur alten Rechtslage OLG Oldenburg, GRUR-RR 2006, 239 (240), das eine Wettbewerbshandlung des Instituts (auch) im eigenen Interesse angenommen hat; ebenso OLG München, NJWE-WettbR 1996, 12.

<sup>132</sup> Vgl. BGH, GRUR 1982, 234 (235); hier hat der BGH ein Handeln im Wettbewerb nicht schon deswegen bejaht, weil in einem Presseerzeugnis Mitbewerber herabwürdigend beschrieben wurden und dadurch der eigene Absatz gefördert wurde.

<sup>133</sup> S.o. 4.2, v.a. 4.2.3.

<sup>134</sup> BT-Drucks. 16/10145, 21; s.a. *Tscherwinka* 2012, 204.

<sup>135</sup> BT-Drucks. 16/11070, 5.

frage nach bestimmten generisch beschriebenen Produkten oder Produkteigenschaften – umso mehr, wenn sie mit zufällig generierten Telefonnummern operieren und dementsprechend selbst die Interviewer des Forschungsinstituts die Namen der Angerufenen nicht vorab erfahren – erst gar nicht in den Anwendungsbereich des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb fallen. Das gilt auch dann, wenn schlussendlich Unternehmen von diesen Erkenntnissen profitieren – dies gehört zum Wesen jeder Marktforschung.

Eine andere Auslegung von § 7 UWG wäre unter dem Gesichtspunkt der Einheitlichkeit der Rechtsordnung auch schwer mit § 30a BDSG zu vereinbaren:<sup>136</sup> Würde jede Form der – im engeren Sinne: wirtschaftsbezogenen – Marktforschung mittels Telefonumfragen unter § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG fallen, so hätte § 30a BDSG keinerlei rechtliche Wirkung für den Bereich dieser Marktforschung. Nach der Begrifflichkeit und Begründung von § 30a BDSG ist dies fernliegend. Dem könnte allenfalls aus europarechtlicher Sicht entgegengehalten werden, dass die Privilegierung des § 30a BDSG selbst gegen Art. 13 EK-DSRL und Art. 10 FA-RL verstoße. Das könnte der Fall sein, wenn sich die Markt- oder Meinungsforschung nach § 30a BDSG als ebenso belästigend darstellen würde wie Werbung. Genau dies ist jedoch nicht der Fall.<sup>137</sup>

Im Ergebnis spricht deshalb alles dafür, dass jedenfalls allgemeine Umfragen, die sich nicht auf ein Produkt oder eine Dienstleistung eines konkreten Auftraggebers beziehen, nicht anpreisend auftreten und keinen weiteren Kontakt zu Werbezwecken ermöglichen, von § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG nicht erfasst sind. Letzteres wird durch das strikte Anonymitätsgebot gewährleistet.

#### **4.3.2 Problemfälle: produkt- und dienstleistungsspezifische Umfragen, Kundenzufriedenheitsstudien**

Problematisch sind demgegenüber die Fallgruppen der produkt- und dienstleistungsspezifischen Umfragen sowie der Kundenzufriedenheitsstudien. Diese Bereiche sind zugleich die, die die Rechtsprechung zur Markt- und Meinungsforschung bisher am meisten beschäftigt haben. Es ist deshalb sinnvoll, diese Rechtsprechung zunächst näher auf ihre Überzeugungskraft hin zu untersuchen.

---

<sup>136</sup> In diese Richtung auch *Schweizer*, ZUM 2010, 400 (405 f.); *Tscherwinka* 2012, 204.

<sup>137</sup> S. näher oben 3.4.2.

Explizite höchstrichterliche Rechtsprechung fehlt bislang. Eine mittelbare Aussage kann man zwar der Payback-Entscheidung des Bundesgerichtshofs<sup>138</sup> entnehmen. Dort ging es um eine Opt-Out-Klausel in einer Einwilligungserklärung, die sowohl Werbung, als auch Marktforschung umfasste. Der Bundesgerichtshof erklärte die entsprechende Klausel mit Blick auf § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG für unwirksam, befasste sich dabei aber ausschließlich mit der Einwilligung in Werbung. Daraus kann man schließen, dass das Gericht die Marktforschung nicht von der Norm erfasst sah;<sup>139</sup> zwingend ist dies Schlussfolgerung angesichts des Fehlens einer expliziten Aussage allerdings nicht.

#### **4.3.2.1 Beispiele aus der Rechtsprechung**

Die zugänglichen Urteile zur Markt- und Meinungsforschung behandelten in der zeitlichen Abfolge zunächst Sachverhalte, in denen die befragenden Stellen keine Anonymisierung durchführten.<sup>140</sup> Ein Urteil des OLG München aus dem Jahre 1995 betraf Umfragen, die zwar durch ein beauftragtes Unternehmen durchgeführt wurden, an deren Ende der Angerufene jedoch gefragt wurde, ob er „nochmals wegen einer kostenlosen Leseprobe angerufen werden dürfe“.<sup>141</sup> Zumindest ein Ziel dieser Telefongespräche war es demnach, Kontaktdaten und die notwendigen Einwilligungen für ein erneutes Verkaufsgespräch zu sammeln. Das OLG München ließ es deshalb dahinstehen, ob das Unternehmen „mit ernstgemeinter Marktforschung beauftragt“ worden war oder es sich lediglich um ein vorgeschobenes Motiv gehandelt hatte.<sup>142</sup>

In einer Entscheidung des OLG Stuttgart wird dies noch deutlicher: Mit dem Begriff der Marktforschung „vernebele“ die Beklagte nur den „eigentlichen Zweck, nämlich die Absatzförderung für ihre Produkte“.<sup>143</sup> Überdies agierte hier kein unabhängiges Institut, sondern das Unternehmen selbst, sodass – auch wenn das OLG Stuttgart darauf nicht rekurriert – Kontaktdaten und Umfrageergebnisse direkt in personenbezogener Form vorlagen und eine Anonymisierung nicht einmal ansatzweise gewährleistet war.

Für das Merkmal der Absatzförderung ließ das OLG Stuttgart es ausreichen, dass die Frage gestellt wurde, „wie der Angerufene eine vorausgegangene Werbung beurteile und ob ihm

---

<sup>138</sup> BGHZ 177, 253.

<sup>139</sup> S. Hoeren, LMK 2008, 267772.

<sup>140</sup> OLG München, NJWE-WettbR 1996, 12; OLG Stuttgart, GRUR 2002, 457.

<sup>141</sup> OLG München, NJWE-WettbR 1996, 12 (12).

<sup>142</sup> OLG München, NJWE-WettbR 1996, 12 (12).

<sup>143</sup> OLG Stuttgart, GRUR 2002, 457 (458).



insbesondere aufgefallen sei, dass darin ein kostenloses Probeheft angeboten werde“.<sup>144</sup> Dies klingt zunächst so, als gehe es um eine allgemeine Umfrage zur Werbewirkungsforschung (wenn auch, wie erwähnt, nicht durch ein unabhängiges Institut), bei der gegebenenfalls durch die hervorgehobene Erwähnung („insbesondere“) des Probeheftes ein Graubereich zur Werbung betreten wurde. Wie sich aus dem Tatbestand der Vorinstanz ergibt, wurde aber letztlich doch ein weiteres Probeheft nebst einer Rechnung übermittelt,<sup>145</sup> sodass die Fallkonstellation der des OLG München sehr ähnlich ist.

Allerdings trifft das OLG Stuttgart anlässlich dieser Konstellation sehr allgemeine Aussagen zum werbenden Charakter der genannten Formulierung im Rahmen einer Umfrage. Diese Aussagen kann man auch auf Umfragen von Markt- und Meinungsforschungsinstituten beziehen, die *lege artis* vorgehen. Der Sache nach waren die Ausführungen des Gerichts kaum durch den Sachverhalt indiziert, weil – wie im Fall des OLG Münchens – keine Anonymisierung gegeben und das gesamte Verhalten der Beteiligten erkennbar auf die Absatzförderung in einem konkreten Einzelfall ausgerichtet war. Will man in derartigen Fällen überhaupt eine nur „mittelbare“ Absatzförderung sehen – die beiden Gerichte verwenden diesen Begriff nicht –, so kann sich dies nur auf das mehrstufige Verfahren beziehen, an dessen Ende aber doch eine Kontaktaufnahme steht, mit der der Gegenüber unverblümt hinsichtlich einer wirtschaftlichen Entscheidung beeinflusst werden soll. Ein solches Verhalten ist stets und wird auch weiterhin als Werbung bezeichnet werden.<sup>146</sup> Für die Bewertung einer methodisch sauber durchgeführten, insbesondere die Anonymität während der Umfrage der Markt- oder Meinungsforschung lassen sich aus beiden Urteilen folglich keine Schlüsse ziehen.

Ab dem Jahre 2005 befassen sich die ersten Urteile mit der Zulässigkeit telefonischer Kontaktaufnahmen zum Zweck von Markt- oder Meinungsforschung, die *lege artis* durchgeführt wird und heute in § 30a BDSG geregelt ist.<sup>147</sup> Für den Zeitraum vor Inkrafttreten von § 30a BDSG ist ein Urteil des LG Hamburg aus dem Jahre 2006 exemplarisch. Da der Angerufene selbst nicht zum Kreis des § 8 Abs. 3 UWG gehörte, stützte er sich für den Anspruch aus § 823 Abs. 1, § 1004 BGB analog auf sein allgemeines Persönlichkeitsrecht. Das Gericht zog

---

<sup>144</sup> OLG Stuttgart, GRUR 2002, 457 (458).

<sup>145</sup> LG Stuttgart, Urteil v. 27.3.2001 – 17 O 665/00, unveröffentlicht; umstritten war demgegenüber, ob die Initiative zum Versand von der Beklagten ausgegangen war; dies ließ das LG Stuttgart offen.

<sup>146</sup> BGH, NJW-RR 2001, 32; GRUR 1973, 268; OLG Oldenburg, GRUR-RR 2006, 239; OLG München, ZUM 1991, 94; NJWE-WettbR 1996, 12; *Schäfer-Newiger*, WRP 2001, 782 m.w.N.

<sup>147</sup> AG Hamburg-St. Georg, AfP 2006, 281, aufgehoben durch LG Hamburg, NJW-RR 2007, 45; AG Berlin-Mitte, Urteil v. 28.2.2006 – 9 C 543/05; AG Schöneberg, Urteil v. 23.5.2006 – 4 C 218/05, juris; LG Berlin, BeckRS 2007, 3086; Urteil v. 6.2.2007 – 15 S 1/06, juris; OLG Köln, MMR 2009, 267; WRP 2012, 725.

– angesichts des wegen Art. 13 EK-DSRL übereinstimmenden Schutzzwecks zu Recht, allerdings ohne Problematisierung – die Wertung des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG heran. Diese Norm wurde dann so ausgelegt, dass Umfragen der Markt- und Meinungsforschung, obwohl klassisch nicht so bezeichnet, Werbung seien, wenn sie „im Auftrag anderer Unternehmen durchgeführt werden und mittelbar der Absatzförderung dienen, insbesondere wenn Verbrauchergewohnheiten im Zusammenhang mit Produkten und Dienstleistungen der Auftraggeber erfragt werden“.<sup>148</sup>

Als Beleg für diese Aussage wird zunächst das bereits erwähnte Urteil des OLG Stuttgart angeführt. Diese Bezugnahme ist in mehrfacher Hinsicht unglücklich. Erstens gab es im dortigen Fall weder Auftragnehmer noch Auftraggeber (vielmehr führte ein Unternehmen selbst Telefonanrufe durch), zweitens wurde dort das Anonymisierungsgebot nicht eingehalten, drittens und vor allem qualifiziert das OLG Stuttgart seinen Fall aber gar nicht als „mittelbar“ (das Wort kommt in der Entscheidung nicht vor). Das LG Hamburg übernimmt damit eine in ihrer Weite problematische, durch den Sachverhalt des OLG Stuttgart nicht indizierte und gar nicht auf Markt- und Meinungsforschung bezogene rechtliche Aussage, ohne sie in den Kontext der dortigen Umstände zu stellen oder selbst zu begründen.

Als zweite Quelle wird ein Gutachten des Gutachter-Ausschusses für Wettbewerbsfragen zitiert, das noch vor der Einführung einer spezifischen Werberegung im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb erging.<sup>149</sup> Neben der Förderung des eigenen Absatzes des Forschungsinstituts (die, wie angeführt, außer Betracht bleiben muss),<sup>150</sup> argumentiert der Gutachterausschuss, dass Umfragen insoweit „mittelbar der Absatzförderung [dienen] [...], als durch Befragung der Angerufenen Erkenntnisse gewonnen werden sollen, die ihrerseits der besseren Vermarktung von Produkten oder Dienstleistungen des auftraggebenden Unternehmens dienen.“ Auf dieser Linie sieht das LG Hamburg die mittelbare Absatzförderung darin, dass das Marktforschungsinstitut „Informationen für betriebspolitische Dispositionen sammelt, besonders zur Erkundung neuer Absatzmöglichkeiten, für den zweckmäßigen Einsatz von Werbemitteln oder für die Anpassung an veränderte Verbrauchergewohnheiten.“<sup>151</sup> Diese Argumentation kann aber jedenfalls in ihrer Allgemeinheit für das neue Gesetz gegen den

---

<sup>148</sup> LG Hamburg, NJW-RR 2007, 45 (46).

<sup>149</sup> *Gutachter-Ausschuss für Wettbewerbsfragen*, WRP 1997, 298. Die dritte angeführte Quelle (Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG (24. Aufl.), § 7, Rn. 42) verweist nur auf die beiden vorangegangenen und enthält keine neuen Argumente.

<sup>150</sup> S.o. 4.3.1.

<sup>151</sup> LG Hamburg, NJW-RR 2007, 45 (46).

unlauteren Wettbewerb nicht aufrechterhalten werden, weil damit das Ziel jeder Marktforschung im eigentlichen Sinne beschrieben wird,<sup>152</sup> der Gesetzgeber diese aber zumindest teilweise zulassen wollte. Noch weniger trägt die Entscheidung des LG Hamburg aus heutiger Sicht, nämlich unter Berücksichtigung der bestätigenden Verabschiedung von § 30a BDSG.

Leicht anders gelagert war wiederum der Sachverhalt einer Entscheidung des OLG Köln aus dem Jahre 2008.<sup>153</sup> Hier ging es um die Befragung innerhalb einer bestehenden Kundenbeziehung, die eine Bank zu den Themen Service und Beratung mit Hilfe eines beauftragten Marktforschungsinstituts durchführen wollte. Das Gericht sah in diesem Vorgehen eine Werbung im Sinne von § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG, da hierfür eine mittelbare Absatzförderung ausreiche. Für diese Aussage beruft sich das OLG Köln wie das LG Hamburg auf die genannte Entscheidung des OLG Stuttgart sowie zusätzlich auf die des OLG München, die beide – wie gezeigt – jedoch völlig andere Sachverhalte betrafen.<sup>154</sup> Die beabsichtigte Umfrage, so das OLG Köln, betreffe ausschließlich die Zufriedenheit der Kunden mit den Dienstleistungen der Beklagten und diene dem Ziel, diese durch eine Verbesserung der Serviceleistungen unter Berücksichtigung ihrer Wünsche als Kunden zu erhalten.<sup>155</sup>

Auf derselben Linie liegt eine weitere Entscheidung des OLG Köln aus dem Jahre 2012, die dementsprechend sowohl nach der UWG-Novelle, als auch nach Inkrafttreten von § 30a BDSG erging.<sup>156</sup> Der Angerufene war ein gewerblicher Kunde eines Reparaturbetriebs für Kfz-Glasscheiben und wurde nach Leistungserbringung mithilfe eines Marktforschungsinstituts auf seine Zufriedenheit befragt. Das Gericht setzt sich zunächst mit den Gesetzgebungsmaterialien zur Novelle<sup>157</sup> auseinander und interpretiert diese mit Blick auf den Anwendungsbereich in § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG dahingehend, die Begründung sehe „keineswegs jede Markt- bzw. Meinungsforschung als nicht unter den Begriff der geschäftlichen Handlung fallend an“, sondern setze hierfür „voraus, dass die Umfrage nicht direkt dem Absatz oder Bezug

---

<sup>152</sup> S.o. 4.3.1.

<sup>153</sup> OLG Köln, MMR 2009, 267.

<sup>154</sup> Kritisch insoweit auch *Engels/Brunn*, WRP 2010, 687 (689); *Haug*, K&R 2010, 767 (768); *Schweizer*, ZUM 2010, 400 (401).

<sup>155</sup> Kunden zu halten dient der Absatzförderung, s. *Keller*, in: *Harte/Henning*, UWG, § 2, Rn. 67; *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 2, Rn. 37; *Sosnitza*, in: *Piper/Ohly/Sosnitza*, UWG, § 2, Rn. 27.

<sup>156</sup> OLG Köln, WRP 2012, 725. Für ein jüngeres Beispiel einer Befragung durch einen Vertragspartner selbst (Bitte um Produktbewertung trotz ausdrücklicher Angabe, keine Werbung, Newsletter, Bewertungsanfragen oder ähnliches erhalten zu wollen) s. AG Hannover, CR 2013, 679.

<sup>157</sup> S.o. 4.3.1.

von Waren oder Dienstleistungen dient“.<sup>158</sup> Nach Ansicht des OLG Köln erfasst § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG damit nur wenige Bereiche der Markt- und Meinungsforschung nicht, beispielsweise Aufträge von Hochschulen oder die Erforschung allgemeiner Marktgegebenheiten einer bestimmten Branche. In der genannten Verhaltensweise sieht das Gericht überdies auch eine Werbung im Sinne von § 7 Abs. 2 Nr. 2, 2. Alt. UWG. Dem Kunden werde „der Eindruck vermittelt, dass der Unternehmer sich weiter um ihn bemühe“; überdies sei davon auszugehen, dass ein angerufener Kunde das Unternehmen sinngemäß mit folgender Formulierung weiter empfehlen werde: „Ich bin dort gut behandelt worden und man hat sogar nachträglich gefragt, ob ich zufrieden war“.<sup>159</sup> Ohne auf eine Unterscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Absatzförderung einzugehen (die vor allem angesichts der durch das Gericht selbst zitierten Gesetzesbegründung nahe gelegen hätte, die das „nicht direkt[e]“ Dienen zum Absatz oder Bezug von Waren oder Dienstleistungen gerade vom Anwendungsbereich ausnimmt), sieht das OLG Köln mit einem solchen Vorgehen den Begriff der Werbung nach Art. 2 Nr. 1 Werbe-RL als erfüllt an und lässt dies für § 7 UWG ausreichen.

#### **4.3.2.2 Argumente für die Kriterienbildung**

Die dargestellte Rechtsprechung ist, auch wenn bislang eine höchstrichterliche Entscheidung fehlt, erkennbar dabei, sich zu festigen. Sie kann dennoch unter mehreren Gesichtspunkten kritisiert werden. Das betrifft erstens die Berufung auf Präjudizien, die völlig anders gelagerte Sachverhalte betreffen. Zweitens lässt sich eine kontinuierliche Verschärfung der Anforderungen beobachten, die aber nicht wirklich begründet wird. Drittens ist der Umgang mit der Gesetzesbegründung zur UWG-Novelle erkennbar ergebnisorientiert und beschränkt sich im Wesentlichen darauf zu argumentieren, die Begründung stehe dem zur alten Rechtslage gefassten Ergebnis nicht zwingend entgegen. Viertens werden sowohl die Existenz als auch die die Markt- und Meinungsforschung privilegierende Gesetzesbegründung von § 30a BDSG bislang noch in keiner einzigen Entscheidung gewürdigt. Das jüngste Urteil des OLG Köln wendet fünftens ohne Umschweife den Werbebegriff des Art. 2 Nr. 1 Werbe-RL an, ohne zu berücksichtigen, dass der europarechtliche Hintergrund des Art. 13 EK-DSRL ein spezifisches Verständnis erfordert.

---

<sup>158</sup> Das OLG Köln gibt hier die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses wieder (BT-Drucks. 16/11070, 5), während man die Entwurfsbegründung (BT-Drucks. 16/10145, 21) durchaus weitergehend interpretieren kann, s.o. 4.3.1.

<sup>159</sup> OLG Köln, WRP 2012, 725 (727).

Das alles bedeutet noch nicht zwingend, dass die Ergebnisse der Rechtsprechung falsch sind. Es ist aber deutlich, dass die angelegten Kriterien jedenfalls mit Blick auf den datenschutzrechtlichen Hintergrund von § 7 Abs. 2 Nr. 2 bis 4 und Abs. 3 UWG unterkomplex sind.

#### **4.3.2.2.1 Lauterkeitsrechtliche und datenschutzrechtliche Perspektive**

Im Grundsatz ist es möglich, der Auslegung des Werbebegriffs insoweit einen eher lauterkeits- oder einen eher datenschutzrechtlichen Schwerpunkt zu geben. Für ersteres sprechen die Verankerung im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und der enge Zusammenhang mit anderen Regelungen, die wie Art. 5 Abs. 1, Abs. 4 lit. b i.V.m. Art. 8 UGP-RL werbende Handlungen adressieren und verdeutlichen, dass es sich bei den damit zusammenhängenden Rechtsfragen um Lauterkeitsrecht handelt. Für letzteres lässt sich ins Feld führen, dass die EK-DSRL klassisches Datenschutzrecht enthält, es um spezifische Handlungen mit personenbezogenen Daten geht und die Rechtsfolge von § 7 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 UWG (Unzulässigkeit ohne Einwilligung) dieselbe ist, die sich aus dem datenschutzrechtlichen Verbotprinzip in § 4 Abs. 1 BDSG ergibt. Beide Dimensionen schließen sich nicht aus, können aber zu unterschiedlichen Ergebnissen führen.

Sowohl unter dem wettbewerbs-, als auch unter dem datenschutzrechtlichen Gesichtspunkt ist eindeutig, dass Umgehungshandlungen, also Umfragen, die die für § 30a BDSG entwickelten Kriterien<sup>160</sup> – insbesondere die Wahrung der Anonymität gegenüber den Auftraggebern – nicht einhalten, Werbung im Sinne von § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG darstellen. Das gilt insbesondere für das parallele oder nachgelagerte Erheben von Adressdaten oder Einholen von Einwilligungen für künftige Werbung oder den Versuch der Kombination mit einem Warenabsatz.<sup>161</sup>

#### **4.3.2.2.2 Lauterkeitsrechtlicher Ansatz: Unterschwellige Werbewirkung**

Im Übrigen wählt die Rechtsprechung durchgängig die erste der beiden oben genannten Alternativen, also die lauterkeitsrechtliche Perspektive. Sie wird hierin durch die Kommentarliteratur unterstützt.<sup>162</sup> Unter diesem Gesichtspunkt ist es dann durchaus plausibel, produkt- und dienstleistungsspezifische Umfragen und Kundenzufriedenheitsstudien von anderen Umfragen abzugrenzen. Es lässt sich nämlich kaum bestreiten, dass diese „näher“ am Absatz des

---

<sup>160</sup> S. zusammenfassend oben 3.5.

<sup>161</sup> Wie in den eingangs von 4.3.2.1 diskutierten Fällen des OLG München und des OLG Stuttgart.

<sup>162</sup> S. Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 7, Rn. 133; Ohly, in: Piper/Ohly/Sosnitzer, UWG, § 7, Rn. 44; Schöler, in: Harte/Henning, UWG, § 7, Rn. 234; kritisch z.B. Engels/Brunn, WRP 2010, 687 (689); Haug, K&R 2010, 767; Schweizer, ZUM 2010, 400.

Auftraggebers liegen, weil unternehmensspezifische Informationen erhoben werden.<sup>163</sup> Je nach Gestaltung der Umfrage kann es – trotz der erläuterten Unterschiede in der Gesprächssituation<sup>164</sup> – auch sein, dass der Angerufene einen positiven Eindruck von dem beauftragenden Unternehmen bekommt, welcher jenem ähnelt, der durch klassische Werbung erzielt werden kann.

Unter diesem Blickwinkel ließe sich dann noch eine Binnendifferenzierung in drei Gruppen vornehmen.

Erstens könnte eine Umfrage ihren werbenden Charakter verlieren, wenn sie zwar von einem Unternehmen in Auftrag gegeben wird, sich aber nicht spezifisch mit dessen Produkten und Dienstleistungen beschäftigt, sondern nur allgemein mit einer ganzen Produkt- oder Dienstleistungsgattung.<sup>165</sup> Werden die Fragen entsprechend neutral formuliert, so könnte man höchstens noch argumentieren, es werde für die gesamte Gattung geworben. Dies erscheint vor dem Hintergrund des Schutzzwecks des Lauterkeitsrechts aber als ein kaum hinreichender Zusammenhang,<sup>166</sup> sodass im Ergebnis nicht von einer Werbung auszugehen ist.

Zweitens kann man als Kriterium heranziehen, ob das beauftragende Unternehmen und gegebenenfalls seine Produkte entweder gar nicht namentlich genannt<sup>167</sup> oder zumindest nicht ausführlich vorgestellt<sup>168</sup> werden und so die Aufmerksamkeit nicht entsprechend gelenkt wird. Hier geht es also weniger um den Gegenstand der Umfrage, als um deren Begleitumstände. Werden Unternehmen und Produkte überhaupt nicht genannt, so ist eine auch nur mittelbare Absatzförderung in der Tat schwer vorstellbar. Allerdings ist ein entsprechendes Vorgehen bei der Umfrage häufig nicht möglich; soweit die Kontaktdaten der Angerufenen vom Auftraggeber stammen, ist überdies nach § 30a Abs. 5 i.V.m. § 28 Abs. 4 Satz 2 BDSG eine Information erforderlich. Das Verschweigen des Auftraggebers kann sogar selbst wettbewerbsrechtlich problematisch sein, wenn bei Umfragen zu Konkurrenzprodukten ein falscher Eindruck über den Auftraggeber erweckt wird.<sup>169</sup> Der Verzicht auf eine ausführliche Vorstellung

---

<sup>163</sup> A.A. *Engels/Brunn*, WRP 2010, 687 (687), wonach zwar allgemeine Befragungen von Markt- und Meinungsforschungsinstituten, nicht aber Kundenzufriedenheitsbefragungen der Unternehmen selbst Werbung darstellen sollen; diese Gewichtung ist unter dem Kriterium der Absatzförderung wenig einsichtig.

<sup>164</sup> S.o. 3.4.2.1.

<sup>165</sup> *Hug/Gaugenrieder*, WRP 2006, 1420 (1423).

<sup>166</sup> S. schon oben 4.3.1.

<sup>167</sup> *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 7, Rn. 133.

<sup>168</sup> Mit diesem Kriterium AG Schöneberg, Urteil v. 23.5.2006 – 4 C 218/05, juris; *Hug/Gaugenrieder*, WRP 2006, 1420 (1426).

<sup>169</sup> S. die Konstellation im Fall des OLG Stuttgart, GRUR 1982, 315 (dort allerdings als zulässig beurteilt).

ist hingegen zur Abgrenzung geeignet und lässt sich darüber hinaus als Ergänzung der Differenzierung im vorherigen Absatz verstehen: Wenn nur Gewohnheiten und Einstellungen in Bezug auf eine ganze Produktkategorie erfasst werden sollen, ist es nicht notwendig, den Auftraggeber oder sein Produkt genauer vorzustellen.<sup>170</sup> Insofern setzen sich entsprechende Umfragen nicht zu Unrecht dem Verdacht aus, ihr gattungsbezogener Charakter sei nur vorge-schoben.

Einen dritten Ansatz liefert ein Urteil des LG Coburg aus dem Jahr 2012 über die Zulässigkeit einer so genannten Feedback-Umfrage im Internethandel.<sup>171</sup> Das Gericht grenzt ebenso wie die Vorinstanz<sup>172</sup> derartige Umfragen (also produktspezifische Kundenzufriedenheitsumfragen) von Werbung ab, weil zumindest kein überwiegend werbender Charakter erkennbar sei und „im heutigen Geschäftsverkehr via Internet Feedbackanfragen allgemein üblich“ seien. Denkbar erscheint also, auf die Besonderheiten des Einzelfalls, beispielsweise des konkreten Mediums abzustellen. Allerdings wird die Relevanz der Entscheidung nicht nur dadurch geschwächt, dass es sich bei dem Kläger nicht um einen Mitbewerber handelte, sodass es höchstens wertungsmäßig, das heißt mittelbar auf die hier relevante Norm des § 7 UWG ankam. Die (mittelbare) Anwendung der Norm durch die beiden Gerichte weist darüber hinaus derartige handwerkliche Schwächen auf,<sup>173</sup> dass kaum damit zu rechnen ist, dass sich eine so weitgehende Aussage (die der gesamten in Kapitel 4.3.2.1 skizzierten Rechtsprechungsentwicklung entgegensteht, sich aber nicht mit ihr auseinandersetzt) durchsetzen wird. Zutreffend ist aber, dass man den Begriff der Werbung durchaus medienspezifisch verstehen kann und dann beispielsweise eine Feedback-Anfrage per E-Mail, die als asynchrone Kommunikation gegebenenfalls im „Grundrauschen“ der Internetkommunikation weniger belästigend ist, anders als einen Telefonanruf bewerten kann.

---

<sup>170</sup> Genau genommen kann das Produkt auch ganz verschwiegen und nur der Auftraggeber genannt werden; dies wird allerdings bei bekannten Auftraggebern und Produkten regelmäßig keinen Unterschied machen.

<sup>171</sup> LG Coburg, MMR 2012, 608.

<sup>172</sup> AG Coburg, Urteil v. 24.11.2011 – 15 C 260/11, juris.

<sup>173</sup> Das AG Coburg (Urteil v. 24.11.2011 – 15 C 260/11, juris) prüft als erste Instanz (insoweit korrekt, s.u. 4.4.3) wertungsmäßig § 7 Abs. 3 UWG, versteht die vier Nummern des Absatzes aber offenbar unzutreffend als im Alternativverhältnis stehend: Geprüft und bejaht wird ausschließlich, dass der Unternehmer im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung von dem Kunden dessen elektronische Postadresse erhalten hat; dies ist aber nur eine von vier Voraussetzungen der Vorschrift. Das LG Coburg erwähnt in der Berufungsentscheidung noch nicht einmal, dass § 7 UWG höchstens wertungsmäßig anwendbar ist und beschäftigt sich dann nur mit § 7 Abs. 1 UWG. Dabei soll es dahinstehen können, ob es sich um Werbung handele, weil diese jedenfalls nicht als unzumutbare Belästigung zu qualifizieren sei. Dies stellt die Systematik der Norm auf den Kopf: Wenn es sich um eine Werbung nach Abs. 2 handelt, liegt die unzumutbare Belästigung vielmehr stets vor. Überdies wäre § 7 Abs. 3 UWG zu prüfen gewesen; auch hier kommt es auf den Werbungsbegriff an.

#### **4.3.2.2.3 Datenschutzrechtlicher Ansatz: geringeres Risikopotential; Differenzierung nach dem Einwilligungserfordernis**

Nimmt man demgegenüber die zweite oben beschriebene, nämlich datenschutzrechtliche Perspektive ein, so spricht einiges gegen den weiten Begriff der Werbung, den die Rechtsprechung vertritt. Hier werden alle Besonderheiten der Markt- und Meinungsforschung relevant, die schon im Rahmen von § 30a BDSG diskutiert wurden.<sup>174</sup> Sie führen zu einer anderen datenschutzrechtlichen Risikobewertung, die im Ausgangspunkt dafür spricht, alle Formen von Markt- und Meinungsforschung, die die genannten Kriterien einhalten, gleichermaßen vom Begriff der Werbung nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 bis 4 und Abs. 3 UWG auszunehmen: Unter datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten spielt es kaum eine Rolle, ob mithilfe personenbezogener Daten, aber unter Anonymisierung der Ergebnisse nach außen Umfragen zu gesellschaftspolitischen Fragen, allgemeinen Marktbedingungen oder spezifischen Produkten durchgeführt werden – in allen Fällen ist das datenschutzrechtliche Risiko durch das wissenschaftlich-methodische Vorgehen und die Anonymisierung nach außen als geringer anzusehen als bei der klassischen Form der Werbung.

Eine andere teleologische Überlegung spricht freilich aus datenschutzrechtlicher Perspektive doch für eine gewisse Differenzierung zwischen verschiedenen Vorhaben der Markt- und Meinungsforschung. Wie bei jeder Definition stellt sich nämlich auch bei der Definition des Begriffs der Werbung die – an sich sogar vorrangige – Frage, zu welchem Zweck dieser definiert werden soll. Eine sinnvolle Antwort auf diese Frage setzt bei der Rechtsfolge an: Die Reichweite des Werbungsbegriffs entscheidet schlussendlich darüber, ob für das konkrete Vorgehen eine Einwilligung der Angesprochenen einzuholen ist. Dies ist im Grundsatz dieselbe Rechtsfolge wie in § 28 Abs. 3 bis Abs. 3b BDSG und spricht sehr deutlich dafür, dass bei der Auslegung von § 7 Abs. 2 Nr. 2 bis 4 und Abs. 3 UWG stärker als bisher datenschutzrechtliche Gesichtspunkte eine Rolle spielen sollten – und überdies die beiden Gesetze nicht so verstanden werden sollten, dass das eine Vorgehensweisen ausschließt, die das andere zulässt.

Argumentiert man von der Rechtsfolge her, so steht weniger die Wirkung eines Anrufs auf den Angerufenen, sondern die Wirkung der Einordnung als Werbung für das durchführende Institut und den Auftraggeber im Mittelpunkt. Ist es diesen möglich, Einwilligungen im Kreis der potentiellen Teilnehmer einzuholen, so bedürfen sie der Privilegien für die Markt- und

---

<sup>174</sup> S.o. 3.3.2 und 3.4.



Meinungsforschung nicht. Dies ist beispielsweise im Bereich von Kundenzufriedenheitsumfragen unter solchen Kunden der Fall, die dem Auftraggeber aus Geschäftskontakten bekannt sind. In diesem Rahmen ist es unproblematisch möglich, eine Einwilligung nach dem Opt-In-Prinzip einzuholen. Auch die Repräsentativität der Ergebnisse dürfte nicht wesentlich leiden, zumal diejenigen, die nicht einwilligen, mutmaßlich auch später nicht teilnehmen würden.

Anders verhält es sich mit Vorhaben, die sich auf einen Teilnehmerkreis beziehen, zu dem kein solcher Kontakt bestanden hat. Solche Umfragen dem Einwilligungserfordernis zu unterwerfen, würde ihre Repräsentativität gefährden und überdies zu großen praktischen Schwierigkeiten führen. So wäre regelmäßig vor telefonischen Umfragen eine vorherige Anfrage zur Einholung von Einwilligungen erforderlich.<sup>175</sup>

Diese Differenzierung kann man mit der Wertung des Art. 13 Abs. 2 EK-DSRL (umgesetzt in § 7 Abs. 3 UWG) konfrontieren, wo die nachträgliche Kontaktaufnahme mit Kunden im Bereich der E-Mail Kommunikation gerade erleichtert wird, während nach der beschriebenen Argumentation telefonische Umfragen mit Bestandskunden erschwert werden. Aus den Normen lässt sich allerdings auch gerade der Umkehrschluss ziehen, weil sie eben nicht die Ansprache mittels Telefon, sondern lediglich Kundenzufriedenheitsumfragen mittels E-Mail privilegieren, wenn die vier Anforderungen in § 7 Abs. 3 UWG eingehalten werden (was regelmäßig unproblematisch sein sollte).

#### **4.3.2.2.4 Weitgehender Gleichlauf der Ansätze**

Lauterkeitsrechtlich kommt es folglich maßgeblich auf die unterschwellige Werbewirkung an, datenschutzrechtlich primär auf die Einhaltung der für § 30a BDSG entwickelten Anforderungen, im Übrigen auf die Möglichkeit der Einholung einer Einwilligung. Beide Betrachtungsweisen lassen sich für die zwei Anwendungsfelder in Einklang bringen.

Kundenzufriedenheitsstudien weisen aus lauterkeitsrechtlicher Perspektive die höchste unterschwellige Werbewirkung auf, weil nur oder weit überwiegend Fragen zu Produkten oder Dienstleistungen des Auftraggebers gestellt werden. Wenn sie – wie in der Praxis überwiegend der Fall<sup>176</sup> – mit Kundenadressen des Auftraggebers durchgeführt werden, so bestand bereits ein Kontakt zu den Kunden, in dessen Rahmen eine Einwilligung in die Umfrage

---

<sup>175</sup> S.o. Fn. 8.

<sup>176</sup> Gerade bei einer geringen Marktdurchdringung des Auftraggebers wäre eine rein zufällige Auswahl der Teilnehmer aus einer den Kundenstamm übersteigenden Gesamtheit unwirtschaftlich. Die Wahrscheinlichkeit, zufällig eine hinreichende Zahl von Kunden auszuwählen, wäre schlicht zu gering. Kundenzufriedenheitsumfragen werden sich darum in aller Regel auf Kundenlisten des Auftraggebers stützen.

problemlos eingeholt werden kann. Derartige Kundenzufriedenheitsumfragen lassen sich darum aus beiden Perspektiven als Werbung einordnen. Dabei spielt es keine Rolle, ob diese anlassbezogen (zum Beispiel nach einem konkreten Werkstattbesuch), turnusmäßig (zum Beispiel jährlich nach dem Kauf eines Autos) oder zu einem willkürlich gewählten Zeitpunkt durchgeführt werden.

Umfragen zu Produkt- oder Dienstleistungsgattungen haben demgegenüber einen doppelt breiteren Fokus. Sie beziehen sich zum einen nicht auf Produkte oder Dienstleistungen eines einzelnen Auftraggebers und beschränken sich zum anderen aus genau diesem Grund regelmäßig auch nicht auf dessen Kundenkreis, sondern arbeiten mit repräsentativen Stichproben, die aus einer größeren Grundgesamtheit gezogen werden.<sup>177</sup> Sie haben folglich schon keine lauterkeitsrechtlich relevante Werbewirkung. Zusätzlich würde aus datenschutzrechtlicher Perspektive die Pflicht zur Einholung von Einwilligungen eine unangemessene Rechtsfolge darstellen, sofern die sonstigen Voraussetzungen von § 30a BDSG eingehalten werden. Gattungsbezogene Umfragen stellen darum unter beiden Perspektiven keine Werbung dar.

#### **4.3.2.2.5 Konfliktfälle**

Problematisch sind damit nur Konstellationen, in denen die Merkmalpaare jeweils genau anders angeordnet sind: einerseits gattungsbezogene Umfragen unter Kunden des Auftraggebers, andererseits produkt- oder dienstleistungsspezifische Umfragen unter zufällig ausgewählten Personen.

Für die erste Gruppe lässt sich argumentieren, dass vorrangig § 7 Abs. 2 Nr. 2 bis 4 und Abs. 3 UWG ausgelegt werden. Erst wenn der dort verwendete Begriff der Werbung einschlägig ist, muss die diesen Begriff wieder einschränkende Privilegierung<sup>178</sup> des § 30a BDSG bemüht werden. Gattungsbezogene Umfragen unterfallen aber schon nach den oben entwickelten genuin wettbewerbsrechtlichen Kriterien nicht dem Begriff der Werbung. Auf die datenschutzrechtliche Herangehensweise käme es danach nicht mehr an. Zwingend ist diese Argumentation freilich nicht, da die Einholung von Einwilligungen auch für derartige Umfragen unproblematisch möglich ist.

---

<sup>177</sup> Letzteres ergibt sich regelmäßig schon aus der Fragestellung. Denn es geht dem Auftraggeber solcher Studien gerade nicht darum, bestehende Kunden zu halten, sondern Marktgegebenheiten zu erforschen, um sich allgemein am Markt besser zu positionieren. Es wäre widersinnig, sich hier auf den bestehenden Kundenkreis zu beschränken.

<sup>178</sup> S.o. zur privilegierenden Wirkung (2.1) und zum Verhältnis von § 30a BDSG zu § 7 UWG (4.3.1).

In der zweiten Gruppe ist schon der werbende Effekt geringer als im oben genannten Fall einer Kundenzufriedenheitsumfrage nach einem konkreten Kundenkontakt: Es wird zwar mittelbar allgemeine Aufmerksamkeit für ein Produkt oder eine Dienstleistung erzeugt; der durch das OLG Köln beschriebene Effekt, dem Kunden werde „der Eindruck vermittelt, dass der Unternehmer sich weiter um ihn bemühe“,<sup>179</sup> tritt aber nicht ein, weil zufällig ausgewählte Personen befragt werden. Hinzu kommt die genannte datenschutzrechtliche Perspektive:<sup>180</sup> Die gesetzliche Privilegierung des § 30a BDSG spricht dafür, Studien der Markt- und Meinungsforschung auch im Lauterkeitsrecht jedenfalls dann nicht als Werbung einzuordnen, wenn die strengen Anforderungen der Norm eingehalten werden und die Ausdehnung des Teilnehmerkreises über den Kundenkreis hinaus von der Forschungsfrage zwingend vorgegeben wird. In diesen Fällen würde das Erfordernis, von den Teilnehmern bereits im Vorhinein Einwilligungen einzuholen, die Repräsentativität der Ergebnisse gefährden. Ein Missbrauch dieser Fallgruppe zu Werbezwecken erscheint zwar denkbar, wird aber schon durch die Anwendungsvoraussetzungen von § 30a BDSG begrenzt: Neben der Zielrichtung auf allgemeine empirische Ergebnisse und dem strikten Anonymisierungsgebot bewirkt das Erfordernis eines wissenschaftlich-methodischen Vorgehens eine Beschränkung der Gruppe der Auftraggeber, weil ein solches Vorgehen nur bei einer berechtigten Erwartung generalisierbarer Ergebnisse vorliegt. Bei Umfragen unter zufällig ausgewählten Personen setzt dies einen hohen Bekanntheitsgrad der betreffenden Dienstleistung oder des betreffenden Produkts voraus. Fehlt es an einer solchen berechtigten Erwartung, entfällt eine Anwendungsvoraussetzung von § 30a BDSG und damit auch die Grundlage für die hier diskutierte Fallgruppe.

Insgesamt sind diese beiden Fallgruppen echte Grenzfälle, für die eine verbindliche Klärung der Rechtslage nur durch den Bundesgerichtshof und im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens durch den Europäischen Gerichtshof herbeigeführt werden kann.

## **4.4 Rückwirkungen auf andere Normen**

### **4.4.1 Auswirkungen auf § 30a und § 11 BDSG**

Da die soeben entwickelte Differenzierung auf der Basis einer datenschutzrechtlichen Risikobewertung erfolgte, ist sie direkt auf die oben noch offengelassene<sup>181</sup> Frage übertragbar, ob § 30a BDSG den Bereich der Kundenzufriedenheitsumfragen ebenfalls privilegiert. Mit der

---

<sup>179</sup> OLG Köln, WRP 2012, 725; s. zu der Entscheidung oben 4.3.2.1 a.E.

<sup>180</sup> S.o. 4.3.2.2.3.

<sup>181</sup> S.o. 3.4.2.2.

dargelegten Argumentation lässt sich auch hier ein differenziertes Ergebnis begründen: Es spricht im Ergebnis viel dafür, Kundenzufriedenheitsstudien aus dem Anwendungsbereich von § 30a BDSG auszunehmen,<sup>182</sup> während es nach der hier entwickelten Argumentation zu weitgehend ist, die Anwendung auf sämtliche Studien zu verneinen, bei denen Verbrauchergewohnheiten in Bezug auf ein konkretes Produkt oder eine Dienstleistung eines Auftraggebers oder sogar einer ganzen Gattung von Produkten oder Dienstleistungen erfragt werden.<sup>183</sup>

Daraus ergeben sich auch Auswirkungen auf die Rechtsfolgen von Verträgen über eine Auftragsdatenverarbeitung nach § 11 BDSG. Soweit nach dem Vorstehenden § 30a BDSG keine Anwendung findet, kann der potentiell schädliche Effekt von § 11 BDSG (die Aufhebung des Anonymisierungsgebots wegen der weitreichenden Weisungs- und Kontrollrechte des Auftraggebers)<sup>184</sup> nicht eintreten, weil die Privilegierung des § 30a BDSG schon tatbestandlich nicht greift. Die Vereinbarung einer Auftragsdatenverarbeitung führt dazu, dass keine Befugnis für die Datenweitergabe an das Institut erforderlich ist. Da in dieser Fallgruppe ohnehin aus lauterkeitsrechtlichen Gründen eine Einwilligung erforderlich ist, ist der Gewinn freilich nur marginal. Er besteht lediglich darin, dass die Einwilligung die Datenweitergabe nicht umfassen muss.

Sieht man – entgegen der hier vertretenen Meinung – auch nachlaufende Kundenzufriedenheitsumfragen als von § 30a BDSG erfasst an, so gelten die Ausführungen zur Auftragsdatenverarbeitung uneingeschränkt, sodass von entsprechenden Vereinbarungen abzuraten ist.

#### **4.4.2 Auswirkungen auf § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG**

Werden die genannten Anforderungen eingehalten, so ergeben sich auch Auswirkungen auf § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG. Dieser kann zwar im Grundsatz auch ohne das Vorliegen von Werbung zur Unzulässigkeit einer geschäftlichen Handlung führen. § 7 Abs. 2 UWG entfaltet auch keine Sperrwirkung dahin, dass Sachverhalte, die hier nicht geregelt sind, keinen gleich strengen Anforderungen unterworfen werden dürfen.<sup>185</sup>

Die Regelungen zur Werbung in § 7 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 und Abs. 3 UWG sind aber doch ausdifferenzierte Spezialregelungen, sodass es für eine unzumutbare Belästigung nach § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG besonderer Gründe bedarf, die jenseits der hier erörterten Sachverhalte

---

<sup>182</sup> *Gola/Schomerus*, BDSG, § 30a, Rn. 1; *Forgó*, in: BeckOK BDSG, § 30a, Rn. 3.

<sup>183</sup> So aber *Ehmann*, in: *Simitis*, BDSG, § 30a, Rn. 40 ff.; *Gola/Schomerus*, BDSG, § 30a, Rn. 1; zweifelnd neuerdings *Munz*, in: *Taeger/Gabel*, BDSG, § 30a, Rn. 7.

<sup>184</sup> S.o. 3.4.1.2.

<sup>185</sup> *Ohly*, in: *Piper/Ohly/Sosnitza*, UWG, § 7, Rn. 30.

liegen müssen. Solche Gründe können sich etwa aus der konkreten Vorgehensweise ergeben, beispielsweise einer unangemessenen Wortwahl des Befragers oder sonstigen Umständen. Derartige Verhaltensweisen sind auch bei Markt- oder Meinungsforschung möglich, aber nicht Gegenstand dieses Gutachtens.

#### **4.4.3 Auswirkungen auf § 823 und § 1004 BGB**

Schließlich ergeben sich auch Auswirkungen auf denkbare Ansprüche nach § 823 BGB beziehungsweise § 823 Abs. 1 und § 1004 BGB analog wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Bei den hier erforderlichen Abwägungsentscheidungen sind gesetzgeberische Wertungen zu berücksichtigen, die sich aus anderen Normen ergeben.<sup>186</sup> Dies gilt insbesondere, wenn es sich bei diesen Normen ebenfalls um Schutzvorschriften für Persönlichkeitsrechte handelt. Dies ist sowohl bei § 30a BDSG als auch bei § 7 UWG<sup>187</sup> der Fall. Dementsprechend sind Vorgehensweisen, die nach diesen Normen zulässig sind, nicht nach den allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches unzulässig.<sup>188</sup>

## **5 Ergebnisse**

Die vorgeschlagene Auslegung von § 30a BDSG einerseits, § 7 (v.a. Abs. 2 Nr. 2 bis 4 und Abs. 3) UWG andererseits ermöglicht es, beide Normen einheitlich zu verstehen und Erhebungen der Markt- und Meinungsforschung sowohl § 30a BDSG zu unterstellen, als auch von § 7 Abs. 2 Nr. 2 bis 4 und Abs. 3 UWG auszunehmen, wenn sie die folgenden Kriterien erfüllen:

- Sie sind auf die Sammlung einer empirisch fundierten Informationsgrundlage zur Unterstützung wirtschaftlicher, gesellschaftlicher und/oder politischer Entscheidungen gerichtet,
- Sie setzen ausschließlich die anerkannten wissenschaftlichen Methoden der empirischen Sozialforschung ein,
- Sie beachten strikt das Anonymisierungsgebot gegenüber dem Auftraggeber und anderen Dritten, auch bei anderslautenden Wünschen der Befragten, und

---

<sup>186</sup> S. explizit für die Berücksichtigung von § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG im Rahmen einer Abwägung nach § 823 Abs. 1 und § 1004 Abs. 1 BGB: BGH, Urteil v. 12.9.2013 – I ZR 208/12, Rn. 20 (juris).

<sup>187</sup> *Brömmelmeyer*, GRUR 2006, 285 (289).

<sup>188</sup> S. für § 30a BDSG: *Pflüger*, RDV 2010, 101 (105); *Schweizer*, ZUM 2010, 400 (403); s. ferner *Tscherwinka* 2012, 205 f.

- Sie ermitteln nicht die Meinung (insbesondere die Zufriedenheit) und/oder das Verhalten bestehender oder vergangener Kunden, deren Kontaktdaten der Auftraggeber an das Institut übermittelt, in Bezug auf konkrete Produkte oder Dienstleistungen.

Während die ersten drei Anforderungen relativ eindeutig sind, sind für den letzten Punkt auch andere Ansichten gut vertretbar. Das gilt sowohl für schärfere Anforderungen im Sinne der obergerichtlichen Rechtsprechung (Unzulässigkeit aller produkt- und dienstleistungsspezifischen Umfragen),<sup>189</sup> als auch für eine weitergehende Privilegierung auch von Kundenzufriedenheitsbefragungen und Umfragen für konkrete Produkte und Dienstleistungen. Eine für die Rechtspraxis befriedigende Antwort kann nur eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs bewirken. Dieser könnte in einem entsprechenden Verfahren über die Auslegung von § 30a BDSG unproblematisch selbst befinden, müsste (als letztinstanzliches Gericht) aber bei § 7 Abs. 2 Nr. 2 bis 4 und Abs. 3 UWG eine Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs einholen, da der Begriff der „Direktwerbung“ in Art. 13 EK-DSRL europarechtlich nicht geklärt ist.

---

<sup>189</sup> Eine weitere Verschärfung auf für den Bereich gesellschaftspolitischer Umfragen wäre dagegen kaum vertretbar.

## 6 Literatur

- ADM Arbeitskreis Deutscher Markt- und Sozialforschungsinstitute e.V.*, Markt- und Sozialforschung ist..., o.J., [https://www.adm-ev.de/index.php?id=mus\\_ist&L=1%2527](https://www.adm-ev.de/index.php?id=mus_ist&L=1%2527).
- ADM Arbeitskreis Deutscher Markt- und Sozialforschungsinstitute e.V./Arbeitsgemeinschaft Sozialwissenschaftlicher Institute e.V. (ASI)/BVM Berufsverband Deutscher Markt und Sozialforscher e.V./Deutsche Gesellschaft für Online-Forschung e.V. (DGOF)*, Erklärung für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland zum ICC/ESOMAR Internationalen Kodex für die Markt- und Sozialforschung, 2008.
- Brechmann, Winfried*, Die richtlinienkonforme Auslegung. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der EG-Richtlinie, München 1994.
- Brömmelmeyer, Christoph*, E-Mail-Werbung nach der UWG-Reform, GRUR 2006, 285.
- Däubler, Wolfgang/Klebe, Thomas/Wedde, Peter/Weichter, Thilo*, Bundesdatenschutzgesetz. Kompaktkommentar zum BDSG, 4. Aufl., Frankfurt a.M. 2014
- Drewes, Stefan*, Werbliche Nutzung von Daten. Die Implosion der BDSG-Novelle und Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung, ZD 2012, 115.
- Engels, Stefan/Brunn, Beatrice*, Wettbewerbsrechtliche Beurteilung von telefonischen Kundenzufriedenheitsbefragungen, WRP 2010, 687.
- Faulbaum, Frank/Stahl, Matthias/Wiegand, Erich*, Qualitätssicherung in der Umfrageforschung. Neue Herausforderungen für die Markt- und Sozialforschung, Wiesbaden 2012.
- GDD-Erfahrungsaustauschkreis Würzburg (GDD-Erfa-Kreis)*, GDD-Erfa-Kreis im Dialog mit bayerischer Aufsichtsbehörde, DSB 2013, 143.
- Gloy, Wolfgang/Loschelder, Michael/Erdmann, Willi* (Hrsg.), Handbuch des Wettbewerbsrechts, 4. Aufl., München 2010.
- Gola, Peter/Schomerus, Rudolf*, Bundesdatenschutzgesetz. Kommentar, 11. Aufl., München 2012.
- Gutachter-Ausschuss für Wettbewerbsfragen*, Gutachten 1 – 4/96 1. Telefonumfragen von Marktforschungsunternehmen, WRP 1997, 298.
- Häder, Michael*, Empirische Sozialforschung. Eine Einführung, 2. Aufl., Wiesbaden 2010.
- Harte-Bavendamm, Henning/Henning-Bodewig, Frauke* (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), mit Preisangabenverordnung, Kommentar, 3. Aufl., München 2013.
- Haug, Thomas W.*, Stellen Anrufe zu Zwecken der Kundenzufriedenheitsermittlung oder der Werbezustellungskontrolle Telefonwerbung dar?, K&R 2010, 767.
- Hefermehl, Wolfgang/Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Preisangabenverordnung, Kommentar, 24. Aufl., München 2006.
- Hoeren, Thomas*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 16.07.2008 - VIII ZR 348/06 (Payback), LMK 2008, 267772.
- Hoss, Dennis*, Callcenter aus der Perspektive des Datenschutzes. Rechtlicher Rahmen und Gestaltungsvorschläge für ein automatisiertes Gesprächsmanagement-System, Kassel 2012.
- Hug, Heralt/Gaugenrieder, Eileen*, Cold Calls in der Marktforschung?, WRP 2006, 1420.

- International Chamber of Commerce (ICC)/European Society for Opinion and Market Research (ESOMAR), Internationaler Kodex für die Markt- und Sozialforschung, 2007.*
- Iraschko-Luscher, Stephanie/Kiekenbeck, Pia, Internetbewertungen von Dienstleistern – praktisch oder kritisch? Meinungsäußerungen zu Lehrer, Arzt & Co. vor dem Hintergrund des § 30a BDSG, ZD 2012, 261.*
- Kaase, Max, Empirische Sozialforschung in Deutschland. Entwicklungslinien, Errungenschaften und Zukunftsperspektiven, in: Faulbaum, Frank/Stahl, Matthias/Wiegand, Erich (Hrsg.), Qualitätssicherung in der Umfrageforschung, Neue Herausforderungen für die Markt- und Sozialforschung, Wiesbaden 2012.*
- Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Preisangabenverordnung, Unterlassungsklagengesetz, Dienstleistungs-Informationspflichten-Verordnung, Kommentar, 31. Aufl., München 2013.*
- Marktforschung.de, Hartmut Scheffler: "Markt- und Meinungsforschung hat mit klassischer Werbung und Verkauf nichts zu tun", Interview mit Hartmut Scheffler, 2009, <http://www.marktforschung.de/information/interviews/marktforschung/hartmut-scheffler-market-und-meinungsforschung-hat-mit-klassischer-werbung-und-verkauf-nichts-zu-tun/>.*
- Oppermann, Thomas/Classen, Claus Dieter/Nettesheim, Martin, Europarecht. Ein Studienbuch, 5. Aufl., München 2011.*
- Pflüger, Almut, Datenschutz in der Markt- und Meinungsforschung, RDV 2010, 101.*
- Piper, Henning/Ohly, Ansgar/Sosnitzka, Olaf, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, mit Preisangabeverordnung, Kommentar, 5. Aufl., München 2010.*
- Plath, Kai-Uwe (Hrsg.), BDSG, Kommentar zum BDSG sowie den Datenschutzbestimmungen von TMG und TKG, Köln 2013.*
- Roßnagel, Alexander, Die Novellen zum Datenschutzrecht – Scoring und Adresshandel, NJW 2009, 2716.*
- Rüthers, Bernd/Fischer, Christian, Rechtstheorie. Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts, 5. Aufl., München 2010.*
- Schäfer-Newiger, Ulrich, Die strikte Trennung von Direktmarketing und Marktforschung, WRP 2001, 782.*
- Schirmer, Dominique, Empirische Methoden der Sozialforschung, Paderborn 2009.*
- Schnell, Rainer/Hill, Paul B./Esser, Elke, Methoden der empirischen Sozialforschung, 9. Aufl., München 2011.*
- Schweizer, Robert, Grundsätzlich keine Anwendbarkeit des UWG auf die Medien- und insgesamt auf die Markt- und Meinungsforschung, ZUM 2010, 400.*
- Simitis, Spiros (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz. Kommentar, 7. Aufl., Baden-Baden 2011.*
- Solmecke, Christian/Wahlers, Jakob, Rechtliche Situation von Social Media Monitoring-Diensten. Rechtskonforme Lösungen nach dem Datenschutz- und dem Urheberrecht, ZD 2012, 550.*
- Taeger, Jürgen/Gabel, Detlev (Hrsg.), BDSG und Datenschutzvorschriften des TKG und TMG, Kommentar, 2. Aufl., Frankfurt am Main 2013.*
- Tscherwinka, Ralf, Die Auftragsdatenverarbeitung gemäß § 11 BDSG, o.J., <http://www.marktforschung.de/information/marktforschungsrecht/die-auftragsdatenverarbeitung-gemaess-11-bdsg/>.*



*ders.*, Herausforderungen und Chancen bei Zusammentreffen von Datenschutz und Umfrageforschung aus rechtlicher Sicht, in: Faulbaum, Frank/Stahl, Matthias/Wiegand, Erich (Hrsg.), Qualitätssicherung in der Umfrageforschung, Neue Herausforderungen für die Markt- und Sozialforschung, Wiesbaden 2012.

*Wolff, Heinrich Amadeus/Brink, Stefan* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Datenschutzrecht, Stand: 1.8.2013, Edition 5, München.

Die im Text und in den Fußnoten verwendeten Webseiten wurden am 20. November 2013 letztmalig geprüft.

Für die im Text verwendeten Abkürzungen wird verwiesen auf *Kirchner, Hildebert* (Begr.) Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 7. Aufl., Berlin 2013.