

## Herausgeber

**Prof. Dr. Helmut Köhler**

## Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Wolfgang Büscher

Prof. Dr. Franz Hacker

Dr. Gangolf Hess

Prof. Dr. Stefan Leible

Dr. Reiner Münker

In Zusammenarbeit mit der  
Zentrale zur Bekämpfung  
unlauteren Wettbewerbs  
Frankfurt am Main e.V.

dfv Mediengruppe

Frankfurt am Main

## Editorial: Prof. Dr. Matthias Bäcker, LL.M.

Ein unschöner Paukenschlag

**765 Prof. Dr. Jürgen Keßler**

Der Unternehmensbegriff im deutschen und europäischen  
Wettbewerbs- und Lauterkeitsrecht – Irrungen und Wirrungen

**771 Prof. Dr. Inge Scherer**

Die weißen Flecken in der Schwarzen Liste

**776 Prof. Dr. Gerrit Hornung, LL.M. und Kai Hofmann**

Die Zulässigkeit der Markt- und Meinungsforschung nach  
Datenschutz- und Wettbewerbsrecht (Teil 1)

**785 Dr. Guido M. Becker, LL.M.**

Europäische Rechtsprechung zum Gemeinschaftsgeschmacks-  
musterrecht

**794 Dr. Jan Eichelberger, LL.M.**

Rechtsprechungsreport Urheberrecht 2013 (Teil 1)

**800 Philipp Roman Schröler und Marc Dümenil**

Die markenrechtliche Entwicklung des Keyword-Advertising

**805 Google Spain u. a. /AEPD u. a.**

EuGH, Urteil vom 13.05.2014 – C-131/12

**814** Kommentar von **Prof. Dr. Christian Alexander**

**819 Ehrmann/Wettbewerbszentrale**

EuGH, Urteil vom 10.04.2014 – C-609/12

**825 Public Relations Consultants Association/Newspaper  
Licensing Agency**

EuGH, Urteil vom 05.06.2014 – C-360/13

**829 Kone u. a./ÖBB-Infrastruktur**

EuGH, Urteil vom 05.06.2014 – C-557/12

**851 BearShare**

BGH, Urteil vom 08.01.2014 – I ZR 169/12

**855** Kommentar von **Frank Falker, LL.M.**

**866 Hinweispflichten für Aussteller neuer Pkw**

OLG Stuttgart, Urteil vom 24.04.2014 – 2 U 139/13

**869** Kommentar von **Juliane Schütt, M.A.**

**879 Analoge Anwendung des § 12 Abs. 2 UWG im  
Markenrecht?**

OLG Schleswig, Beschluss vom 20.11.2013 – 6 W 13/13

**881** Kommentar von **Andreas Kohn**

ins Gefängnis, wenn er nicht genügend Zeitschriftenabonnements einwerbe.<sup>46)</sup> Vom Wortlaut der Norm wäre Nr. 30 erfüllt. Jedoch muss gesehen werden, dass diese Angabe vom Durchschnittsverbraucher bereits deshalb nicht ernst genommen wird, da jedem verständigen Verbraucher klar ist, dass insoweit keine strafbare Handlung vorliegt. Der vom Gewerbetreibenden<sup>47)</sup> angestrebte Druck kann hier bereits abstrakt nicht entstehen, so dass der Verbraucher generell nicht in seiner Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt werden kann.

- 40 Auch ist es möglich, dass das typische Druck- und Drohpotential abstrakt dann nicht entstehen kann, wenn der Unternehmer sein eigenes Verhalten konterkariert: In einer Fallgestaltung zu Nr. 28 werden Kinder im Alter von 11-13 Jahren in einem Spiel im Internet aufgefordert, neue Charaktere für das Internetspiel zu erwerben. Die Aufforderung wird jedoch dergestalt präsentiert, dass den Kindern für den Fall des Erwerbs der beworbenen Charaktere der sofortige Spielverlust deutlich wird. Aufgrund dieses sofortigen Spielverlustes, der faktisch mit dem Erwerb verknüpft ist, kann der Druck, der durch eine Kaufaufforderung an Kinder üblicherweise aufgebaut wird, keine Wirkung entfalten. Auch in diesem Beispielfall ist Nr. 28 dem Wortlaut nach erfüllt, die Verbraucher können jedoch bereits abstrakt nicht in ihrer Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt werden.
- 41 Diese fiktiven Fallgestaltungen sollen den Blick dafür öffnen, in welchen Fallkonstellationen bei den aggressiven Tatbeständen der Schwarzen Liste die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher trotz tatbestandlicher Erfüllung einer Verbotsnorm der Schwarzen Liste bereits abstrakt nicht geschädigt werden können, da bereits das Druck- und Drohpotential, das typischerweise mit diesen Geschäftspraktiken verbunden ist, beim Referenzverbraucher ausnahmsweise nicht entstehen kann. Eine Eignung zur Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers kann dann bereits abstrakt nicht vorliegen.

#### IV. Ergebnis

1. Die Schwarze Liste enthält tatbestandsimmanent ein Relevanzkriterium. **42**
2. Kann dieses Relevanzkriterium bereits abstrakt und generell in bestimmten Fallkonstellationen nicht verwirklicht sein, ist trotz Erfüllung des Wortlauts der Norm das per-se-Verbot nicht gegeben. **43**
3. Dies wird mittels einer teleologischen Tatbestandsrestriktion bewirkt. **44**
4. Eine Prüfung der Relevanz oder der Verhältnismäßigkeit im konkreten Einzelfall findet nicht statt, Art. 5 Abs. 5 UGP-RL. **45**
5. Dieses ungeschriebene Relevanzkriterium richtet sich bei den irreführenden Geschäftspraktiken der Schwarzen Liste nach dem Relevanzkriterium der Art. 6, 7 UGP-RL, bei den aggressiven Geschäftspraktiken der Schwarzen Liste nach dem Relevanzkriterium des Art. 8 UGP-RL. **46**
6. Bei den irreführenden Geschäftspraktiken (Nr. 1-23 Anhang I UGP-RL) kann das Relevanzkriterium bereits abstrakt dann nicht erfüllt sein, wenn eine unrichtige oder zur Irreführung geeignete Angabe für den Unternehmer negativ ist; kann keine negative Angabe ausgemacht werden, ist hilfsweise zu fragen, ob die Geschäftspraxis generell nicht geeignet ist, das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers nachteilig zu beeinflussen. **47**
7. Bei den aggressiven Geschäftspraktiken (Nr. 24-31 Anhang I UGP-RL) kann das Relevanzkriterium generell dann nicht erfüllt sein, wenn die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers bereits abstrakt nicht beeinträchtigt werden kann; dies ist dann der Fall, wenn das typische Druck- und Drohpotential bereits abstrakt nicht entstehen kann. **48**

46) Abgewandeltes Beispiel von Köhler, WRP 2014, 259, Rn. 72.

47) Auch Mitarbeiter sind insoweit Gewerbetreibende, Art. 2 b) UGP-RL.

Prof. Dr. Gerrit Hornung, LL.M. und Wiss. Mitarbeiter Kai Hofmann, Passau\*

## Die Zulässigkeit der Markt- und Meinungsforschung nach Datenschutz- und Wettbewerbsrecht (Teil 1)\*\*

### INHALT

- I. Einleitung und Untersuchungsgegenstand
- II. Problemstellung
  1. Datenschutzrecht
  2. Lauterkeitsrecht
  3. Verhältnis der beiden Rechtsgebiete
- III. Der Begriff der Markt- oder Meinungsforschung in § 30 a BDSG
  1. Wortlaut

### 2. Entstehungsgeschichte

- a) Grundaussagen
- b) Insbesondere: Das Anonymisierungsgebot
  - aa) Marktforschung zu eigenen Geschäftszwecken nach § 30 a BDSG?
  - bb) Marktforschung ohne konkreten Auftrag
- c) Zwischenergebnis

### 3. Teleologische Auslegung

- a) Wahrung der Anonymität der Befragten
  - aa) Grundsätzliches Verhältnis zum Auftraggeber
  - bb) Verschiedene Fallgruppen der Auftragsdatenverarbeitung
- b) Informationsbeschaffung zur Unterstützung von Entscheidungen mit verallgemeinerungsfähigen Aussagen
  - aa) Verminderte Eingriffstiefe
  - bb) Voraussetzung: keine verschleierte Werbung
- c) Anwendung wissenschaftlicher Methoden und strikte Trennung von nichtwissenschaftlichen Bereichen

\* Der Autor Hornung ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, IT-Recht und Rechtsinformatik an der Universität Passau und Sprecher des dortigen Instituts für IT-Sicherheit und Sicherheitsrecht (ISL). Der Autor Hofmann ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am genannten Lehrstuhl. Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. 895.

\*\* Der Beitrag geht auf ein Gutachten für den ADM Arbeitskreis Deutscher Markt- und Sozialforschungsinstitute e. V. zurück.

**4. Ergebnis zu § 30 a BDSG****5. Ausblick: Auswirkungen der europäischen Reform****IV. Der Begriff der Werbung in § 7 UWG****1. Grundlagen****2. Richtlinienkonforme Auslegung**

- a) Europäische Richtlinien
- b) Folgerungen für das UWG aus der UGP-RL
- c) Folgerungen für das UWG aus der FA-RL und der EK-DSRL

**3. Fallgruppen und Berücksichtigung von § 30 a BDSG**

- a) Anwendungsbereich, Gesetzesbegründung und Abschichtung
- b) Problemfälle: produkt- und dienstleistungsspezifische Umfragen, Kundenzufriedenheitsstudien
  - aa) Beispiele aus der Rechtsprechung
  - bb) Argumente für die Kriterienbildung
    - (1) Lauterkeitsrechtliche und datenschutzrechtliche Perspektive
    - (2) Lauterkeitsrechtlicher Ansatz: Unterschwellige Werbewirkung
    - (3) Datenschutzrechtlicher Ansatz: geringeres Risikopotential; Differenzierung nach dem Einwilligungserfordernis
    - (4) Weitgehender Gleichlauf der Ansätze
    - (5) Konfliktfälle

**4. Rückwirkungen auf andere Normen**

- a) Auswirkungen auf § 30 a und § 11 BDSG
- b) Auswirkungen auf § 7 Abs. 1 S. 1 UWG
- c) Auswirkungen auf § 823 und § 1004 BGB

**V. Ergebnisse**

(Der Beitrag wird in der nächsten Ausgabe fortgesetzt. Die Teile IV. bis V. finden sich dort.)

**I. Einleitung und Untersuchungsgegenstand**

- 1 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>
- 2 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.
- 3 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 wissenschaft-

lichen 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 ein 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 Teilnahme an Umfragen 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> Der folgende Beitrag geht dieser Frage in Teil 1 zunächst unter datenschutz- und in Teil 2 (im folgenden Heft der WRP) unter lauterkeitsrechtlichen Gesichtspunkten nach. Der Fokus liegt hierbei auf der Einordnung in die verschiedenen Erlaubnis- und Verbotsnormen (vor allem § 30 a BDSG und § 7 UWG).

**II. 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 UWG. Die Zulässigkeit des damit verbundenen Umgangs mit personenbezogenen Daten der (potenziellen) Umfrageteilnehmer<sup>6)</sup> bestimmt sich demgegenüber nach dem BDSG, das nach § 1 Abs. 2 Nr. 3 und § 3 Abs. 1 BDSG Anwendung findet, soweit es sich um nicht-öffentliche Stellen handelt.

**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 § 4 a Abs. 1 BDSG wirksam (das heißt: informiert, freiwillig, 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 generalisier-

1) S. z. B. Pflüger, RDV 2010, 101, 101; Schnell et al, Methoden der empirischen Sozialforschung, 9. Aufl. 2011, S. 1.

2) Kaase, in: Faulbaum/Stahl/Wiegand (Hrsg.), Qualitätssicherung in der Umfrageforschung, 2012, S. 27.

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

4) ICC/ESOMAR, Internationaler Kodex für die Markt- und Sozialforschung, 2007.

5) AG Schöneberg, 23.05.2006 – 4 C 218/05, juris; LG Hamburg, 30.06.2006 – 309 S 276/05, NJW-RR 2007, 45; LG Berlin, 06.02.2007 – 15 S 1/06, juris; OLG Köln, 12.12.2008 – 6 U 41/08, MMR 2009, 267; OLG Köln, 30.03.2012 – I-6 U 191/11, WRP 2012, 725; s. näher Teil 2, IV. 3. b) aa).

6) Fragen des Beschäftigtendatenschutzes der Interviewer bleiben im Folgenden außer Betracht; s. etwa Hoss, Callcenter aus der Perspektive des Datenschutzes, 2012.

7) Nach § 4 a Abs. 1 S. 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, 7. Aufl. 2011, § 4 a 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.

## Hornung/Hofmann – Die Zulässigkeit der Markt- und Meinungsforschung

bare 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>

- 8 Neben einer Einwilligung kommen die Erlaubnisnormen der § 28, § 29 und § 30 a 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 § 30 a BDSG kommt letzterem schon wegen seiner Spezialität, aber auch wegen der – letztlich deklaratorischen<sup>11)</sup> – ausdrücklichen Regelungen in § 30 a 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 § 30 a BDSG.
- 9 Sowohl nach § 29 Abs. 1 BDSG als auch nach § 30 a Abs. 1 BDSG ist die Erhebung und Verwendung der Daten in zwei Alternativen zulässig: Zum einen, wenn kein Grund zu der 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 S. 2 BDSG, nicht aber § 30 a 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 S. 2 BDSG verlangt § 28 Abs. 3 S. 1 BDSG insoweit zwingend die Einwilligung des Betroffenen.
- 10 Darin liegt eine entscheidende Privilegierung der Markt- und Meinungsforschung. Wegen der genannten Probleme der Einwilligung ist es für die Durchführbarkeit eines Vorhabens essentiell, § 30 a 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 das sog. Forschungsprivileg des § 40 BDSG berufen können.<sup>13)</sup>

## 2. Lauterkeitsrecht

Das UWG enthält neben dem Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen in § 3 UWG, das durch die Beispiele in § 4 UWG näher ausgeformt wird, in § 7 Abs. 1 S. 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 S. 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 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>

## 3. Verhältnis der beiden Rechtsgebiete

Sowohl nach Datenschutz- als auch nach Lauterkeitsrecht ist somit die Abgrenzung der Werbung zur Markt- oder Meinungsforschung von zentraler Bedeutung, allerdings in unterschiedlicher Hinsicht. Während im Rahmen von § 7 UWG geklärt werden muss, unter welchen Voraussetzungen Markt- und Meinungsforschung *keine* Werbung darstellt, ist im Datenschutzrecht positiv zu entscheiden, wann *tatsächlich* Markt- und Meinungsforschung vorliegt. Die Identität der Begriffe bedeutet dabei nicht zwingend, dass ihnen in beiden Fällen (exakt) dieselbe Bedeutung zuzumessen ist, es liegt jedoch nahe, dass sich die beiden Normgefüge gegenseitig beeinflussen.

8) AG Frankfurt, 08.01.2007 – 32 C 1115/06 – 22, MMR 2007, 470, 470 f.; AG Berlin-Mitte, 28.02.2006 – 9 C 543/05, n. v.; *Hug/Gaugenrieder*, WRP 2006, 1420, 1422; *Pflichter*, RDV 2010, 101, 105; für die Zumutbarkeit des Einholens der Einwilligung trotz der genannten Probleme der Stichprobenqualität demgegenüber LG Berlin, 30.05.2006 – 16 O 923/05, BeckRS 2007, 3086; LG Hamburg, 30.06.2006 – 309 S 276/05, NJW-RR 2007, 45, 46; LG Berlin, 06.02.2007 – 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*, Empirische Sozialforschung, 2. Aufl. 2010, S. 158 f.), dürfte eine Datenbank ausschließlich mit den Kontaktadressen von zur Teilnahme an (Telefon-)Umfragen bereiten Personen, wie sie vom LG Hamburg (30.06.2006 – 309 S 276/05, NJW-RR 2007, 45, 46) ins Spiel gebracht wurde, keine repräsentative Teilmenge der Grundgesamtheit enthalten.

9) *Simitis*, in: *Simitis* (Fn. 7), § 28 Rn. 22.

10) *Ehmann*, in: *Simitis* (Fn. 7), § 29 Rn. 20.

11) *Ehmann*, in: *Simitis* (Fn. 7), § 30 a Rn. 145; in diese Richtung auch BT-Drucks. 16/13657, S. 20.

12) § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG formuliert leicht abweichend, aber ohne inhaltliche Unterschiede, § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BDSG betrifft daneben Auskunfteien.

13) *Simitis*, in: *Simitis* (Fn. 7), § 40 Rn. 37 f.; *Tscherwinka*, in: *Faulbaum/Stahl/Wiegand* (Fn. 2), S. 201 f. § 40 BDSG regelt ohnehin nur die Zweckbindung der Daten und setzt die Verwendungs- und erst recht die Erhebungsbefugnis voraus. Diese Zweckbindungsregelung in § 40 Abs. 1 BDSG entspricht der Sache nach § 30 a Abs. 2 S. 1 BDSG. Die Veröffentlichungsregelung in § 40 Abs. 3 BDSG ist ersichtlich nicht auf Markt- und Meinungsforschung ausgelegt; s. zum Ganzen *Ehmann*, in: *Simitis* (Fn. 7), § 30 a Rn. 55 ff.

14) Bei Telefonanrufen genügt die mutmaßliche Einwilligung, sofern es sich nicht um Verbraucher handelt.

15) 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* (Fn. 8), S. 191; *Kaase* (Fn. 2), S. 36; *Schirmer*, Empirische Methoden der Sozialforschung, 2009, S. 182.

16) Zwar kann auch eine geschäftliche Handlung, die keine Werbung darstellt, eine unzumutbare Belästigung nach § 7 Abs. 1 S. 1 UWG sein. Werbung bildet aber den Hauptanwendungsfall der Norm (s. *Schöler*, in: *Harte/Henning* (Hrsg.), UWG, 3. Aufl. 2013, § 7 Rn. 39), während die Belästigung ansonsten im Einzelfall zu begründen ist; s. insoweit noch Teil 2, IV. 4. b).

### III. Der Begriff der Markt- oder Meinungsforschung in § 30 a BDSG

- 14 Die Begriffe der Markt- oder Meinungsforschung und der Werbung fanden mit der Novelle des Jahres 1990 Einzug ins BDSG,<sup>17)</sup> wurden jedoch nie legal definiert. Auch die Rechtsprechung hat dem Begriff der Markt- oder Meinungsforschung bisher keine Konturen gegeben.
- 15 Die europäische Datenschutzrichtlinie 95/46/EG enthält keine spezifischen Vorgaben für Markt- oder Meinungsforschung; für Werbung findet sich 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 in Bezug auf die materiellen Regelungen von § 30 a BDSG durchführen. Für den Begriff der Markt- oder Meinungsforschung enthält die Datenschutzrichtlinie aber jedenfalls keine europarechtlichen Vorgaben.

#### 1. Wortlaut

- 16 Für den Begriff der Markt- und der Meinungsforschung existiert kein festes Allgemeinverständnis.<sup>19)</sup> In Fachkreisen variiert das Selbstverständnis 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 das Einholen und Auswerten von Informationen über Personen und Organisationen durch den systematischen Einsatz anerkannter empirischer Forschungsmethoden.<sup>21)</sup>
- 17 Daraus werden bisweilen bestimmte methodische Anforderungen wie das Anonymisierungsgebot abgeleitet, wonach die bei der Durchführung des Vorhabens erhobenen Daten dem Auftraggeber oder anderen Dritten nur anonymisiert übermittelt werden dürfen.<sup>22)</sup> Der BGH hat jedoch auch – wenngleich in einem anderen Kontext<sup>23)</sup> – eine Umfrage mit dem Ziel der Adressbeschaffung als Werbeforschung bezeichnet, die einen Teilbereich der Markt- und Absatzforschung darstelle.<sup>24)</sup> Ein spezifisches datenschutzfreundliches Vorgehen kann dem Begriff also zumindest in seiner allgemeinsprachlichen Bedeutung nicht entnommen werden.

#### 2. Entstehungsgeschichte

##### a) Grundaussagen

- 18 Bis zum 01.09.2009 war die Markt- oder Meinungsforschung in § 28 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BDSG a. F. und § 29 Abs. 1 S. 1 BDSG a. F.

der Werbung bzw. der Werbung und den Auskunftfeien gleichgestellt. Dies ist außerhalb des BDSG nach wie vor die Regel (etwa in § 15 Abs. 3 S. 1 TMG oder § 95 Abs. 2 S. 1 TKG).<sup>25)</sup> Mit dem Gesetz zur Änderung datenschutzrechtlicher Vorschriften vom 14.08.2009<sup>26)</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 § 30 a BDSG geschaffen. Mit der Novelle wollte der Gesetzgeber hauptsächlich die Anforderungen an Werbung und Adresshandel verschärfen, die Markt- oder Meinungsforschung aber aufgrund der tatsächlichen Unterschiede<sup>27)</sup> von dieser Verschärfung ausnehmen, weil sie eine „wichtige gesellschaftliche Aufgabe“ wahrnehme. Dies spricht für ein enges Verständnis von § 30 a BDSG, um keine Umgehungsmöglichkeiten zu eröffnen. Nach der Begründung ist außerdem eindeutig, dass der Gesetzgeber nur wissenschaftlich-methodisches Vorgehen erfassen wollte.<sup>28)</sup>

##### b) 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 Auskunftfeien nicht Aussagen über konkrete Einzelpersonen zum Gegenstand“, sondern ziehe „personenbezogene Daten lediglich heran, um daraus von der Einzelperson unabhängige, verallgemeinerungsfähige Aussagen zu gewinnen“.<sup>29)</sup> Explizit heißt es weiter, die von der Markt- und Meinungsforschung erhobenen Daten würden „dem Auftraggeber dementsprechend nur in anonymisierter Form übermittelt“.<sup>30)</sup>

Nicht eindeutig ist, ob der Gesetzgeber damit die Anonymisierung als Tatbestandsmerkmal der Markt- und Meinungsforschung (im Sinne von § 30 a 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 § 30 a BDSG nicht geregelt ist.<sup>31)</sup> Das ist insofern konsequent als anonymisierte Daten keinen Personenbezug mehr aufweisen und damit dem Rechtfertigungserfordernis des § 4 Abs. 1 BDSG nicht unterfallen.<sup>32)</sup>

##### aa) Marktforschung zu eigenen Geschäftszwecken nach § 30 a BDSG?

Gegen eine strikte Trennung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer mittels eines Anonymisierungsgebots könnte sprechen, dass nach teilweise vertretener Ansicht § 30 a BDSG nicht

17) BGBl. 1990, 2954, 2964; damals in § 28 Abs. 3 BDSG a. F.

18) Ablehnend, aber zu weitgehend beispielsweise *Drewes*, ZD 2012, 115.

19) *Ehmann*, in: Simitis (Fn. 7), § 30 a Rn. 70 ff.; dort auch m. w. N. zum lexikalischen Überblick; s. a. *Munz*, in: Taeger/Gabel (Hrsg.), BDSG, 2. Aufl. 2013 § 30 a Rn. 11.

20) Ein anschauliches Beispiel findet sich bei *Kaase* (Fn. 2), S. 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).

21) *Ehmann*, in: Simitis (Fn. 7), § 30 a Rn. 96 ff.; *Forgó*, in: BeckOK BDSG, Stand: 01.02.2014, § 30 a Rn. 3; vgl. auch die Definitionen der Fachkreise: *ICC/ESOMAR* (Fn. 4), S. 3; *ADM et al.* (Fn. 3), Ziffer 3. 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, s. *Ehmann*, in: Simitis, BDSG, § 30 a, Rn. 79, 94 f.

22) OLG Frankfurt, 10.04.1998 – 6 W 20/89, GRUR 1989, 845; LG München I, 24.04.1990 – 21 O 15236/89, n. v.; *ADM et al.* (Fn. 3), Ziffer 4, 5; *Schäfer-Newiger*, WRP 2001, 782; *Schweizer*, ZUM 2010, 400, 404.

23) 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.

24) BGH, 13.07.2000 – I ZR 203/97, WRP 2000, 1253, 1256.

25) S. *Ehmann*, in: Simitis (Fn. 7), § 29 Rn. 31 ff.

26) BGBl. I, S. 2814; s. zu Hintergrund und Inhalt z. B. *Rofnagel*, NJW 2009, 2716.

27) BT-Drucks. 16/13657, S. 19 f. unter Verweis auf die Prüfbitte des Bundesrats in BR-Drucks. 4/09, S. 15 und BT-Drucks. 16/12011, S. 43 f.; kritisch zur rechtspolitischen Notwendigkeit einer eigenen gesetzlichen Erhebungs- und Verwendungsbe-fugnis z. B. *Gola/Schomerus*, BDSG, 11. Aufl. 2012, § 30 a Rn. 2; *Forgó*, in: BeckOK BDSG (Fn. 21), § 30 a Rn. 9 ff.

28) *Ehmann*, in: Simitis (Fn. 7), § 30 a Rn. 96 ff.; *Forgó*, in: BeckOK BDSG (Fn. 21), § 30 a Rn. 3; *Kamlah*, in: Plath (Hrsg.), BDSG, 2013, § 30 a Rn. 6; *Weichert*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, BDSG, 4. Aufl. 2014, § 30 a Rn. 2a; nach *Munz*, in: Taeger/Gabel (Fn. 19), § 30 a, Rn. 12 soll es dagegen „nicht zulässig“ sein, dies aus der Gesetzesbegründung abzuleiten – warum nicht, wird indes nicht begründet und ist angesichts der Begründung (BT-Drucks. 16/13657, S. 19 f.) auch nicht ersichtlich.

29) BT-Drucks. 16/12011, S. 43.

30) BT-Drucks. 16/12011, S. 43 f., BR-Drucks. 4/09, S. 15; siehe auch Fn. 22; rechtlich liegt keine Übermittlung vor, da diese nach § 3 Abs. 4 S. 2 Nr. 3 BDSG stets personenbezogene Daten enthalten muss, was nach der Anonymisierung (§ 3 Abs. 6 BDSG) gerade nicht mehr der Fall ist.

31) Die Übermittlung kann als Verarbeitung (s. § 3 Abs. 4 S. 2 Nr. 3 BDSG) unter das Anonymisierungsgebot des § 30 a Abs. 2 S. 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.

32) *Ehmann*, in: Simitis (Fn. 7), § 30 a Rn. 134.

nur die Markt- oder Meinungsforschung für fremde, sondern auch die für eigene Zwecke erfassen soll.<sup>33)</sup> Das wird damit begründet, dass § 30 a BDSG jedes „geschäftsmäßige“ 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 § 30 a BDSG etwa die Tätigkeit einer Unternehmensabteilung für Marktforschung, die zur Verbesserung der Marktchancen regelmäßig Umfragen durchführt.

- 22** 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>34)</sup>
- 23** Die Erstreckung auf eigene Geschäftszwecke wird auch damit begründet, dass für den erst in den Beratungen des Innenausschusses eingefügten § 30 a BDSG zwei andere Regelungen des Regierungsentwurfes vom 18.02.2009<sup>35)</sup> entfielen, nämlich die Bestimmungen über Markt- und Meinungsforschung in § 29 Abs. 1 BDSG-E (für Zwecke der Übermittlung) und in § 28 Abs. 3 BDSG-E (für eigene Zwecke; dies war bei § 28 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 BDSG-E besonders deutlich). Daraus kann man folgern, dass § 30 a BDSG nunmehr beide Fälle erfassen soll.<sup>36)</sup>
- 24** 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 S. 1 Nr. 3 und § 29 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 lit. b BDSG in der Fassung bis zum 01.09.2009 verwendet wurde. Die Absicht, die Markt- und Meinungsforschung im Verhältnis von Auftraggebern und Auftragnehmern sowie unter Anonymisierung zu privilegieren, kam jedoch erst mit der – späteren – Prüfbitte des Bundesrates auf,<sup>37)</sup> der im Innenausschuss des Bundestags unter Übernahme der Argumentation des Bundesrates entsprechen wurde.<sup>38)</sup> Dem in diesem Verfahren verabschiedeten § 30 a 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.
- 25** Schließlich ist es auch nicht zutreffend, dass mit der Novelle die Markt- und Meinungsforschung aus § 28 BDSG entfernt wurde.

33) Pflüger, RDV 2010, 101, 103; Kamlah, in: Plath (Fn. 28), § 30 a Rn. 8; Munz, in: Taeger/Gabel, (Fn. 19), § 30 a 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 Geschäftsmäßigkeit); ebenso auch hinsichtlich der Einschränkung Forgó, in: BeckOK BDSG (Fn. 21), § 30 a Rn. 5 und 23; ohne nähere Begründung auch Weichert, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert (Fn. 28), § 30 a Rn. 2.

34) Dammann, in: Simitis (Fn. 7), § 3 Rn. 225 m. w. N.

35) BT-Drucks. 16/12011, S. 12 ff.

36) So Munz, in: Taeger/Gabel (Fn. 19), § 30 a Rn. 13.

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

38) BT-Drucks. 16/13657, S. 8 f., 19 f.

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 § 30 a BDSG richtet. Zwar verweist § 30 a 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 § 30 a 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 § 30 a BDSG, sondern unter § 28 BDSG.

Sofern man anderer Ansicht ist und eigene Markt- und Meinungsforschung eines Unternehmens nach § 30 a BDSG beurteilen will, kann jedenfalls nicht die klare Vorgabe des Gesetzgebers überspielt werden, die Ergebnisse der Umfragen zu anonymisieren, bevor sie genutzt werden. Eigene Umfragen von Unternehmen dürfen damit, will man sie nach § 30 a BDSG zulässig gestalten, nicht auf die Beschaffung von Adressen oder sonstigen personenbezogenen Daten über Kunden gerichtet sein. Das Anonymisierungsgebot nach § 30 a Abs. 2 S. 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 einer solchen Umfrage als Marktforschung das Individualisierungsverbot des § 30 a Abs. 2 S. 3 BDSG inhaltsleer werden lassen.

#### bb) 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 § 30 a 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 § 30 a 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.

#### c) 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 § 30 a BDSG ist damit enger als in der oben erwähnten Entscheidung des Bundesgerichtshofs<sup>39)</sup> zu verstehen, weil dort die Weitergabe personenbezogener Adressdaten der Apotheker zumindest ein explizites Ziel der Datenerhebung war. § 30 a BDSG erfasst nach hier vertretener Ansicht schon nicht die Markt- und Meinungsforschung zu eigenen Geschäftszwecken;<sup>40)</sup> jedenfalls ist aber auch bei anderer Ansicht eine strikte Anonymisierung der Ergebnisse erforderlich, bevor diese in irgendeiner Form genutzt werden.

- 30** Dieses Ergebnis hat auch Folgen für sonstige unternehmerische Aktivitäten, auf die nach manchen Ansichten § 30 a BDSG angewendet werden soll. Das so genannte Social Media Monitoring kann keinesfalls per se,<sup>41)</sup> sondern nur bei Einhaltung der Anforderungen der Wissenschaftlichkeit und Anonymisierung unter § 30 a 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>42)</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. Teleologische Auslegung

- 31** 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 (nachfolgend III. 3. a)), Beschränkung auf die Informationsbeschaffung zur Unterstützung von Entscheidungen mit verallgemeinerungsfähigen Aussagen (b)) sowie Anwendung wissenschaftlicher Methoden (c)).

#### a) Wahrung der Anonymität der Befragten

- 32** Die Ergebnisse der Markt- oder Meinungsforschung werden – anders als etwa beim Adresshandel – an den Auftraggeber nur in anonymisierter Form weitergegeben.<sup>43)</sup> Dies hat Folgen für die datenschutzrechtliche Gefährdungslage; allerdings ist nach verschiedenen Konstellationen zu unterscheiden.

#### aa) Grundsätzliches Verhältnis zum Auftraggeber

- 33** 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>44)</sup> rechtfertigt es ohne weiteres, **34** 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 § 30 a 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>45)</sup>

#### bb) Verschiedene Fallgruppen der Auftragsdatenverarbeitung

Wenn § 30 a BDSG nur ein anonymitätswahrendes Vorgehen **35** 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 S. 3 BDSG kein „Dritter“ und die Weitergabe von Daten an ihn folglich nach § 3 Abs. 4 Nr. 3 BDSG keine Übermittlung. Kehrseite 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. **36**

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. **37**

Die zweite Konstellation ist für die hier zu untersuchende Frage des Begriffs der Markt- und Meinungsforschung nach § 30 a 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 § 30 a Abs. 1 S. 1 BDSG ergeben, weil dieser das Verarbeiten von Daten zulässt, welches nach § 3 Abs. 4 S. 1 BDSG auch die Übermittlung einschließt. Im Rahmen der Reichweite dieser Übermittlungsbefugnis<sup>46)</sup> bedarf es folglich rechtlich keiner Auftragsdatenverarbeitung, auch wenn die konkrete Zusammenarbeit regelmäßig vertraglich ausgestaltet werden wird. Jenseits von **38**

39) BGH, 13.07.2000 – I ZR 203/97, WRP 2000, 1253, 1256; s. o. III. 1.

40) Dies gilt mit Ausnahme der Tätigkeit der Forschungsinstitute, deren („eigene“) geschäftliche Tätigkeit die Norm ja gerade regeln soll; s. a. oben III. 2. b) bb).

41) 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.

42) 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 § 30 a BDSG erkennbar nicht intendiert.

43) S. Fn. 22 und Fn. 30 sowie III. 2. b).

44) So auch *Munz*, in: *Taeger/Gabel* (Fn. 19), § 30 a Rn. 17.

45) S. entsprechend unter dem Gesichtspunkt der Entstehungsgeschichte oben III. 2. c).

46) Hierzu z. B. *Ehmann*, in: *Simitis* (Fn. 7), § 30 a Rn. 127 ff.; s. a. *Tscherwinka*, <http://www.marktforschung.de/information/marktforschungrecht/die-auftragsdatenverarbeitung-gemeass-11-bdsg/>, v. a. Ziffer 9.

§ 30 a Abs. 1 S. 1 BDSG und einer etwaigen Einwilligung kann die Weitergabe nur im Rahmen von § 11 BDSG legitimiert werden.

- 39 Weitaus problematischer kann sich die erste Konstellation darstellen. Das gilt jedenfalls dann, wenn man der hier vertretenen Abgrenzung zwischen § 28 BDSG und § 30 a BDSG folgt.<sup>47)</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 § 30 a 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 § 30 a BDSG zwingend erforderliche Anonymisierung im Außenverhältnis unmöglich, weil sie ein Zugriffsrecht des Auftraggebers auch während der Erhebung und Bearbeitung der Ergebnisse voraussetzen.
- 40 In diesem Sinne schließen sich folglich § 11 BDSG und § 30 a BDSG gegenseitig aus. Der Weg über § 11 BDSG führt zum Wegfall der Privilegierung nach § 30 a BDSG und gefährdet die Zulässigkeit des gesamten Vorhabens, weil diese sich nunmehr nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 beziehungsweise Nr. 3 BDSG richtet.<sup>48)</sup> Ein sinnvoller Anwendungsbereich verbleibt der Auftragsdatenverarbeitung hingegen dort, wo § 30 a BDSG schon tatbestandlich nicht eingreift.<sup>49)</sup>

#### b) Informationsbeschaffung zur Unterstützung von Entscheidungen mit verallgemeinerungsfähigen Aussagen

- 41 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 § 30 a BDSG sprechen.

##### aa) Verminderte Eingriffstiefe

- 42 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>50)</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.
- 43 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>51)</sup> Dementsprechend 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 Gefahren der Profilbildung, des Scorings und darauf aufbauender für den Betroffenen nachteiliger Entscheidungen. Dieses Ziel der Aggregation wird in § 30 a BDSG vorausgesetzt. Anders ließe sich das Anonymisierungsgebot des § 30 a Abs. 3 S. 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 § 30 a BDSG. Die Beschränkung auf die Gewinnung generalisierbarer Aussagen ist damit ein Merkmal von Markt- oder Meinungsforschung.

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 UWG 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>52)</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>53)</sup> Dem wird entgegengehalten, dass man sich Werbung leichter entziehen könne, da hier die Kundgabe von Desinteresse am beworbenen Produkt genüge.<sup>54)</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>55)</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>56)</sup> Dafür hat der Angesprochene in diesen Fällen immerhin die Möglichkeit, die Teilnahme zu verweigern, ohne wie oft bei Werbung dem anderen ins Wort

47) S. o. III. 2. b).

48) 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.

49) S. dazu Teil 2, IV. 4. a).

50) BT-Drucks. 16/13657, S. 19 f. unter Verweis auf die Prüfbitte des Bundesrats in BR-Drucks. 4/09, S. 15 und BT-Drucks. 16/12011, S. 43 f.

51) So schon die Argumentation im Volkszählungsurteil, s. BVerfG, 15.12.1983 – 1 BvR 209/83, BVerfGE 65, 1, 42 ff.

52) Das gilt, sofern die Kontaktdaten nicht durch den Auftraggeber übergeben wurden.

53) Haug, K&R 2010, 767, 770; Hug/Gaugenrieder, WRP 2006, 1420, 1425.

54) Gutachter-Ausschuss für Wettbewerbsfragen, WRP 1997, 298.

55) 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. Ehmans, in: Simitis (Fn. 7), § 30 a Rn. 120.

56) Gutachter-Ausschuss für Wettbewerbsfragen, WRP 1997, 298; dem folgend OLG Stuttgart, 17.01.2002 – 2 U 95/01, WRP 2002, 1093, 1094.

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>57)</sup> Insgesamt stellt sich die Gesprächssituation in der Anbahnungsphase, insbesondere im Hinblick auf die Selbstbestimmtheit des Betroffenen, als weniger belästigend dar.<sup>58)</sup>

- 47** 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.
- 48** 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 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, 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>59)</sup>

*b) Voraussetzung: keine verschleierte Werbung*

- 49** 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>60)</sup>
- 50** 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>61)</sup> oder in einem erneuten Gespräch.<sup>62)</sup> Dem kann beispielsweise dadurch entsprochen werden, dass selbst auf Wunsch der Befragten keine werbenden Informationen weitergegeben werden oder die Anonymisierung aufgehoben wird.<sup>63)</sup>

57) *Ehmann*, in: *Simitis* (Fn. 7), § 30 a Rn. 120.

58) A. A. LG Hamburg, 30.06.2006 – 309 S 276/05, NJW-RR 2007, 45, 46: gleich große Belästigungswirkung.

59) A. A. zu diesem Punkt *Ehmann*, in: *Simitis* (Fn. 7), § 30 a 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.

60) S. o. III. 2. a).

61) Beispiel eines Falles, bei dem eine Umfrage als „Türöffner“ missbraucht wird: OLG München, 31.05.1990 – 29 U 7102/89, ZUM 1991, 94.

62) Z. B. indem am Ende eines Telefongesprächs gefragt wird, ob man „nochmals wegen einer kostenlosen Leseprobe angerufen werden dürfe“ OLG München, 06.04.1995 – 29 U 2134/95, NJWE-WettbR 1996, 12.

63) S. *ADM et al.* (Fn. 3), Ziffer 4; s. a. *Pflüger*, RDV 2010, 101, 102 f.

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 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 § 30 a BDSG auf Kundenzufriedenheitsstudien, die der Förderung der Kundenbeziehung dienen,<sup>64)</sup> oder sogar auf sämtliche Studien, bei denen Verbrauchergewohnheiten nur in Bezug auf ein konkretes Produkt eines Auftraggebers erfragt werden.<sup>65)</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>66)</sup>

Da sich die datenschutzrechtliche Diskussion hier an die lauterkeitsrechtliche anlehnt, können Einzelheiten der Absatzförderung dort besser diskutiert werden.<sup>67)</sup> Der Zweck des § 30 a BDSG, Markt- oder Meinungsforschung zu privilegieren, gibt jedoch hier den Rahmen vor. So kann es jedenfalls für die Begriffsbildung bei § 30 a 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>68)</sup> Andernfalls würde die Intention des Gesetzgebers, gerade geschäftsmäßige Markt- und Meinungsforschung besserzustellen, völlig ausgehebelt. Ebenso außer Betracht bleiben muss zumindest im Rahmen der datenschutzrechtlichen Auslegung des Begriffs der Markt- und Meinungsforschung eine Absatzförderung, die der Auftraggeber einer Studie dadurch erzielen 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>69)</sup>

**c) Anwendung wissenschaftlicher Methoden und strikte Trennung von nichtwissenschaftlichen Bereichen**

Sinn und Zweck von § 30 a BDSG ist es schließlich schon ausweislich der eindeutigen Gesetzesbegründung,<sup>70)</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,

64) *Gola/Schomerus* (Fn. 27), § 30 a Rn. 1; *Forgó*, in: BeckOK BDSG (Fn. 21), § 30 a Rn. 3; *GDD-Erfa-Kreis*, DSB 2013, 143; *Weichert*, in: *Däubler/Klebe/Wedde/Weichert* (Fn. 28), § 30 a Rn. 2.

65) *Ehmann*, in: *Simitis* (Fn. 7), § 30 a, Rn. 40 ff.; *Gola/Schomerus* (Fn. 27), § 30 a Rn. 1; *Weichert*, in: *Däubler/Klebe/Wedde/Weichert* (Fn. 28), § 30 a Rn. 2.

66) *Munz*, in: *Taeger/Gabel* (Fn. 19), § 30 a Rn. 7.

67) Dies erfolgt im zweiten Teil dieses Beitrags.  
68) Für die lauterkeitsrechtliche Einordnung (vor der UWG-Novelle) so aber OLG Oldenburg, 24.11.2005 – 1 U 49/05, WRP 2006, 492, 494; *Gutachter-Ausschuss für Wettbewerbsfragen*, WRP 1997, 298.

69) *Ehmann*, in: *Simitis* (Fn. 7), § 30 a Rn. 41; s. allgemein für mittelbare Effekte *Kamlaß*, in: *Plath* (Fn. 28), § 30 a Rn. 9.

70) BT-Drucks. 16/13657, S. 19 f. unter Verweis auf die Prüfbitte des BR in BR-Drucks. 4/09, S. 15 und BT-Drucks. 16/12011, S. 43 f.

sondern auch über die dafür eingesetzten Methoden.<sup>71)</sup> Nur so kann Markt- und Meinungsforschung ihrer Zielsetzung gerecht werden, verallgemeinerungsfähige Ergebnisse zu erlangen.

**55** § 30 a 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 § 30 a BDSG vorliegen würde. Eine Abgrenzung allein nach dem Ziel der Umfrage<sup>72)</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.

**56** Dazu gehört die Auswahl einer repräsentativen Stichprobe.<sup>73)</sup> Obwohl § 30 a BDSG methodenneutral formuliert ist,<sup>74)</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>75)</sup> Online-Befragungen können – zumindest nach heutigem Stand – aufgrund des starken Gefälles in der Verbreitung nach Alter, Einkommen oder Schulbildung keine repräsentative Stichprobe für die Gesamtheit der Bevölkerung liefern,<sup>76)</sup> wohl aber für Teilgruppen und natürlich für internetspezifische Produkte. Unter § 30 a 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. Bei Social Media Research (z. B. beim Social Media Monitoring) kann es dagegen ein entsprechendes methodengeleitetes Vorgehen geben;<sup>77)</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>78)</sup>

#### 4. Ergebnis zu § 30 a BDSG

**57** Im Ergebnis zeigen sich nach allen Auslegungsmethoden klare Tatbestandsmerkmale für den Begriff der „Markt- oder Meinungsforschung“ in § 30 a 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.

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.

#### 5. Ausblick: Auswirkungen der europäischen Reform

Die Reform des europäischen Datenschutzrechts wird in absehbarer Zeit das Gefüge des Datenschutzrechts grundlegend neu ordnen und auch deshalb erhebliche Auswirkungen auf die Markt- und Meinungsforschung haben. Im hier relevanten Bereich der nicht-öffentlichen Stellen soll nach dem Willen der Europäischen Kommission eine Datenschutz-Grundverordnung<sup>79)</sup> (DS-GVO-E) an die Stelle der bisherigen Datenschutzrichtlinie treten. Mittlerweile hat das Europäische Parlament den Entwurf in erster Lesung mit Änderungen angenommen.<sup>80)</sup> Dieses heftig diskutierte<sup>81)</sup> Vorhaben hätte durch den Wechsel vom Instrument der Richtlinie zu dem der Verordnung die unmittelbare Folge, dass die europäischen Regeln nach Art. 288 Abs. 2 AEUV in allen Teilen verbindlich und unmittelbar in jedem Mitgliedstaat der Union gelten würden. § 30 a BDSG würde folglich nach Inkrafttreten der Verordnung keine Wirkung mehr entfalten. Stattdessen würde sich die Zulässigkeit der Markt- und Meinungsforschung direkt aus der Verordnung ergeben.

Beide Entwürfe regeln an keiner Stelle explizit die Markt- oder Meinungsforschung. Zur Werbung gibt es im Kommissionentwurf nur eine einzige Vorschrift: Ähnlich wie im aktuellen Art. 14 lit. b DSRL haben Betroffene nach Art. 19 Abs. 2 DS-GVO-E ein Widerspruchsrecht gegen die Datenverarbeitung zur Direktwerbung. Dieses wird im Parlamentsentwurf auf jede Form der Datenverarbeitung auf der Basis „berechtigter Interessen“ erstreckt.

71) *ADM et al.* (Fn. 3), Ziffer 3.

72) In diese Richtung *Ehmann*, in: *Simitis* (Fn. 7), § 30 a Rn. 39, der die eingesetzten Methoden für irrelevant hält (s. aber ebd., 96 ff. zum Erfordernis fachlich-methodischen Vorgehens selbst; dies verlangt auch *Kamlah*, in: *Plath* (Fn. 28), § 30 a Rn. 6).

73) Z. B. *Ehmann*, in: *Simitis* (Fn. 7), § 30 a Rn. 98; *Forgó*, in: *BeckOK BDSG* (Fn. 21), § 30 a 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 der Stichproben-Auswahl bei *Schäfer-Newiger*, *WRP* 2001, 782, 784 f.

74) *Ehmann*, in: *Simitis* (Fn. 7), § 30 a, Rn. 115 f.

75) *Schirmer* (Fn. 15), S. 182.

76) *Kaase* (Fn. 2), 37.

77) Unter dieser Voraussetzung bejaht auch *Forgó*, in: *BeckOK BDSG* (Fn. 21), § 30 a Rn. 3 die Anwendung von § 30 a BDSG; zu weitgehend demgegenüber *Solmecke/Wahlers*, *ZD* 2012, 550, 552.

78) S. o. III. 2. b) und III. 3. a).

79) „Verordnung zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung)“; Entwurf der Kommission: KOM (2012) 11 endg.

80) Am 12.03.2014 wurde der Text P7\_TA(2014)0212 im Verfahren 2012/0011(COD) angenommen.

81) S. zur Diskussion statt vieler *Hornung*, in: *Funk/Scholz, DGRI-Jahrbuch* 2012, 2013, S. 1 ff. m. w. N.

- 62 Zwar enthält der Entwurf eine Öffnungsklausel für die Forschung in Art. 6 Abs. 2 i. V. m. Art. 83 DS-GVO-E. Diese betrifft aber nur die „wissenschaftliche Forschung“, die die Markt- und Meinungsforschung zwar nach ihrem Selbstverständnis, aber nicht nach der wohl überwiegenden Meinung in der Literatur ausübt.<sup>82)</sup> Überdies ist Art. 83 DS-GVO-E schon für den Bereich der universitären Forschung sehr eng gefasst und berücksichtigt in keiner Weise die Besonderheiten der Markt- und Meinungsforschung.
- 63 Nach dem Entwurf der Kommission bedürfte die Datenverarbeitung zu Zwecken der Markt- und Meinungsforschung damit eines Legitimationsgrundes nach Art. 6 Abs. 1 DS-GVO-E. Jenseits einer Einwilligung der Angerufenen kommt dabei praktisch nur Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO-E in Betracht. Dabei muss die Verarbeitung „zur Wahrung der berechtigten Interessen des für die Verarbeitung Verantwortlichen erforderlich“ sein, und die „Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern“ dürfen nicht überwiegen. Ob diese Regelung, die weitgehend § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG entspricht, die Markt- und Meinungsforschung erfasst, ist zweifelhaft. Nach dem Wortlaut muss es sich insbesondere um berechnigte Interessen des Verantwortlichen, also nicht eines Dritten (beispielsweise des Auftraggebers des Markt- oder Meinungsforschungsinstituts) handeln.
- 64 Das Europäische Parlament lässt in seinem Änderungsentwurf die berechtigten Interessen Dritter zu, solange sie sich innerhalb der berechtigten Erwartungen der Betroffenen im Verhältnis zum ursprünglichen Datenverarbeiter bewegen. Die nähere Spezifizierung der legitimen Interessen wird in neuen Erwägungsgründen vorgenommen. Hier findet sich zwar nicht die Markt- und Meinungsforschung, wohl aber die Werbung: In EG 39b wird Direktvermarktung für eigene ähnliche Produkte und Dienstleistungen

sowie ohne diese Einschränkung Postwerbung zugelassen, sofern die Interessen der Betroffenen nicht überwiegen und eindeutig erkennbare Informationen über das Widerspruchsrecht und die Datenquelle gegeben werden; überdies wird die Verarbeitung geschäftlicher Kontaktdaten generell zugelassen. Des Weiteren heißt es in EG 38 nunmehr, dass bei Verwendung von Pseudonymen je nach Beziehung zum Verantwortlichen von einem berechtigten Interesse ausgegangen werden kann.

Denkbar erscheint, diese Regeln im Wege des Erst-Recht-Schlusses auf Markt- und Meinungsforschung anzuwenden. Es verbliebe allerdings das Problem, dass gerade die praktisch relevanten Telefonumfragen nur für eigene ähnliche Produkte durchgeführt werden dürften. Die Institute führen ihre Studien jedoch stets zu fremden Produkten durch – nämlich denen des Kunden. Ob man diese Tätigkeit dem jeweiligen Auftraggeber zurechnen kann, ist zweifelhaft. Damit hängt die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung wohl auch nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO-E (Parlament) von der Einordnung von Markt- und Meinungsforschung als Werbung ab. Insgesamt enthält der europäische Reformprozess mangels spezifischer Regelungen für die Markt- und Meinungsforschung ein erhebliches Maß an Rechtsunsicherheiten für die Branche.

#### Anm. der Redaktion:

Der Beitrag wird in der nächsten Ausgabe fortgesetzt. Die Teile IV. bis V. finden sich dort.

82) Nach EG 126 ist wissenschaftliche Forschung im Sinne des DS-GVO-E „Grundlagenforschung, angewandte Forschung und privat finanzierte Forschung“. Ob dies die Markt- und Meinungsforschung einschließt, ist aus europarechtlicher Sicht völlig offen.

RA Dr. Guido M. Becker, LL.M., Düsseldorf \*

## Europäische Rechtsprechung zum Gemeinschaftsgeschmacksmusterrecht

### INHALT

#### I. Vorbemerkung

#### II. Musterfähigkeit

#### III. Offenbarung

#### IV. Neuheit

#### V. Eigenart

##### 1. Grundlagen

##### 2. Art des Erzeugnisses

##### 3. Informierter Benutzer

- Definition
- Vergleichstechnik

##### 4. Gestaltungsfreiheit des Entwerfers

- Allgemeines
- Maßgebliche Gesichtspunkte
- Beispiele

#### 5. Gesamteindruck

- Allgemeines
- Kriterien

#### VI. Komplexe Erzeugnisse

#### VII. Kollision mit älteren Rechten

#### VIII. Bösgläubigkeit unbeachtlich

#### IX. Schutzzinhalt und Schranken

#### X. Berechtigung

#### XI. Gemeinschaftsgeschmacksmuster im Rechtsverkehr

#### XII. Verletzungsfolgen

#### XIII. Verfahren vor dem Gericht der Europäischen Union

##### 1. Klageanträge und Prüfungsgegenstand

##### 2. Erstmalige Vorlage von Unterlagen

##### 3. Eingeschränkter Prüfungsumfang bei hochtechnischen Beurteilungen

##### 4. Verfahren nach Aufhebung der Beschwerdekammerentscheidung

#### XIV. Ausblick

\* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 895.