

**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. Christian Alexander**

Neues zum Schutz Minderjähriger durch das UWG

- 897 Prof. Dr. Peter W. Heermann, LL.M.**  
Sponsoringverträge als Teil von Kopplungsgeschäften
- 906 Prof. Dr. Markus Möstl**  
Wandel des Verbraucherleitbilds?
- 910 Prof. Dr. Gerrit Hornung, LL.M. und Kai Hofmann**  
Die Zulässigkeit der Markt- und Meinungsforschung nach  
Datenschutz- und Wettbewerbsrecht (Teil 2)
- 920 Dr. Jan Eichelberger, LL.M.**  
Rechtsprechungsreport Urheberrecht 2013 (Teil 2)
- 926 Mag. Dr. Lothar Wiltschek und Dr. Katharina Majchrzak**  
Wettbewerbs- und Markenrecht in Österreich (Teil 1)
- 933 Posteshop/Autorità Garante della Concorrenza e del  
Mercato u. a.**  
EuGH, Urteil vom 13.03.2014 – C-52/13
- 937 Apple/DPMA**  
EuGH, Urteil vom 10.07.2014 – C-421/13
- 940 Oberbank u. a./Deutscher Sparkassen- und Giroverband**  
EuGH, Urteil vom 19.06.2014 – C-217/13 und C-218/13
- 945 Gebundener Versicherungsvermittler**  
BGH, Urteil vom 30.01.2014 – I ZR 19/13
- 948 fishtailparka**  
BGH, Urteil vom 08.05.2014 – I ZR 210/12
- 953 Verrechnung ausgeschlossener Musikfolgen**  
BGH, Urteil vom 22.01.2014 – I ZR 110/12
- 956 VBL-Versicherungspflicht**  
BGH, Urteil vom 08.04.2014 – KZR 53/12
- 961 Vitalisierend**  
OLG Hamm, Urteil vom 20.05.2014 – 4 U 19/14
- 965 Streitwert bei notarieller Unterlassungs-  
erklärung**  
OLG Hamm, Beschluss vom 08.05.2014 – I-4 W 81/13
- 966 Thermosteckverbinder**  
OLG Köln, Urteil vom 26.02.2014 – 6 U 71/13

strukturell verletzen bis zum situationsbedingt vertrauen – Verbraucher durch behutsame Binnendifferenzierung voll in das bestehende Leitbild des angemessen verständigen Verbrauchers integrieren und leitbildimmanent verarbeiten lassen. Zwar bedeutet auch diese Binnendifferenzierung einen Wandel; aber Integration durch begrenzte Fallgruppenbildung ist noch immer besser, als auf die Anfragen der Zeit keine Antwort zu haben und so zu riskieren, dass das überkommene Leitbild ganz in Frage gestellt wird. Interessant ist der Vorlagebeschluss des BGH auch, weil er als Versuch verstanden werden kann, den diffusen Bereich der trotz korrekter Deklaration „gefühlten“ Verbrauchertäuschung in rechtlich geordnete Bahnen zu lenken; auch hier ist es nach hier vertretener Ansicht besser, durch begrenzte fallgruppenmäßige Anerkennung auf ein in der öffentlichen Diskussion tatsächlich virulentes Problem zu reagieren, statt seine rechtliche Relevanz zu negieren<sup>53)</sup> und so zu riskieren, dass unsere Dogmatik kein Ventil mehr hat, um mit steigendem Druck fertig zu werden.

#### IV. Schluss: Die Zukunftsfähigkeit des überkommenen Leitbilds

- 13 Die bis hierher aufgezeigten Relativierungen und Differenzierungen des geltenden Verbraucherleitbilds hatten – wie gesagt – nicht zum Ziel, dieses zu schwächen, sondern im Gegenteil es den Anfragen der Zeit zu stellen und so zukunftsfähig zu machen. Das Leitbild eines im aufgezeigten Sinn angemessen verständigen Verbrauchers hat – so die hier vertretene These – auch tatsächlich Zukunft. Die Wirtschaft mag es als glückliche Fügung begreifen, dass das europäische Verbraucherleitbild in Zeiten der Schaffung des Binnenmarkts und daher strenger grundfreier Maßstäbe entwickelt wurde, so dass von dort aus zunächst ein relativ wirtschaftsliberaler Ansatz Eingang in die europäische Gesetzgebung gefunden hat. Von diesem Ausgangspunkt sollte auch nicht prinzipiell abgerückt werden, da das Bild eines angemessen verständigen (und nicht von vornherein unmündigen) Verbrauchers, und mag es auch nicht durchwegs

verfassungsrechtlich zwingend sein, doch in besonderem Maße sowohl dem Menschenbild des Grundgesetzes und der europäischen Verträge<sup>54)</sup> als auch dem Selbstverständnis des Menschen entspricht, so dass es als besonders glückliche Normalvorstellung eines verhältnismäßigen Ausgleichs von Wirtschafts- und Verbraucherinteressen angesehen werden muss. Dies hindert den Gesetzgeber freilich nicht, soweit der reale Verbraucher situationsbedingt hinter dieser Normalvorstellung zurückbleibt, partiell auch andere Maßstäbe zugrunde zu legen; und auch das Unionsverfassungsrecht erlaubt solche Abweichungen. Erst recht hindert es den Rechtsanwender nicht, innerhalb des Modells des verständigen Verbrauchers für angemessene Binnendifferenzierungen und Sonderfallgruppen zu sorgen, die aktuelle Anfragen der Verhaltensforschung und der öffentlichen Meinung aufgreifen. Dieser Beitrag versteht sich als Plädoyer dafür, hiervon auch tatsächlich Gebrauch zu machen. Gerade weil das überkommene Verbraucherleitbild, wie gezeigt, nicht schon in Gänze zwingend vom Unionsverfassungsrecht vorgegeben ist, muss dieses, soll es Bestand haben, politisch attraktiv bleiben. Attraktiv aber ist es nur, wenn es auf derzeit virulente Anfragen – die vom verletzlichen über den vertrauenden Verbraucher bis hin zur gefühlten Verbrauchertäuschung reichen – eine Antwort zu geben vermag. Das Bild des angemessen verständigen Durchschnittsverbrauchers ist ein normatives (und in diesem Sinne notwendig bis zu einem gewissen Grade fiktives) Normalmodell,<sup>55)</sup> das aber auch nicht als realitätsfern erscheinen darf, wenn es weiterhin überzeugen soll. Es ist, wie kürzlich *Streinz* formulierte, „ein Ausgangspunkt, kein undifferenziert und schematisch anwendbares Dogma“.<sup>56)</sup>

53) In diese Richtung: *Sosnizza*, in: Möstl (Hrsg.), Verbraucherinformation im Wandel, (Fn. 9), S. 45, 63.

54) *Streinz*, in: Möstl (Hrsg.), Verbraucherinformation im Wandel, (Fn. 9), S. 23, 41 mit Verweis auf *Schelsky*, Der selbständige und der betreute Mensch. Politische Schriften und Kommentare, 1976, zum Verbraucher dort S. 57 ff.

55) *Streinz*, in: Möstl (Hrsg.), Verbraucherinformation im Wandel, (Fn. 9), S. 23, 42.

56) *Streinz*, in: Möstl (Hrsg.), Verbraucherinformation im Wandel, (Fn. 9), S. 23, 42.

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

## Die Zulässigkeit der Markt- und Meinungsforschung nach Datenschutz- und Wettbewerbsrecht (Teil 2)\*\*

### 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

\* 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. 994.

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

- 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

#### 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 Abschlachtung
- 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 ist eine Fortsetzung von WRP 2014, 776 ff. Die Teile I bis III. finden sich dort.)

### IV. Der Begriff der Werbung in § 7 UWG

- 1 Wie in Teil I beschrieben<sup>83)</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>84)</sup> definiert ihn aber nicht. Der Begriff der Markt- und Meinungsforschung wird überhaupt nicht verwendet.

#### 1. Grundlagen

- 2 In einer sehr allgemeinen Form umfasst Werbung zielgerichtete Kommunikationsprozesse zur Verhaltensbeeinflussung. Werbung im Sinne des UWG muss hingegen eine geschäftliche Handlung darstellen, also 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). Um Werbung als Teilmenge der geschäftlichen Handlung abzugrenzen wird oft mit dem Begriffspaar der unmittelbaren oder mittelbaren Absatzförderung operiert, das sich aber ebenfalls nicht im UWG findet, unscharf ist und darum unterschiedlich interpretiert wird.
- 3 Die Auslegung wird überdies dadurch verkompliziert, dass § 7 UWG auf unterschiedlichen europäischen Richtlinien beruht, die

teilweise verschiedene Begrifflichkeiten und 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 der Markt- und Meinungsforschung diskutiert werden.

#### 2. Richtlinienkonforme Auslegung

Anders als § 30 a BDSG dient die für Umfragen zur Markt- und Meinungsforschung wesentliche Norm des § 7 UWG beinahe vollständig der Umsetzung europäischer Richtlinien. Der Begriff der Werbung muss folglich vor allem richtlinienkonform ausgelegt werden.

#### a) Europäische Richtlinien

Das grundsätzliche Verbot erkennbar nicht erwünschter Werbung in § 7 Abs. 1 S. 2 UWG geht – ebenso wie das übergeordnete Verbot unzumutbar belästigender geschäftlicher Handlungen in § 7 Abs. 1 S. 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>85)</sup> zurück.<sup>86)</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>87)</sup> teilweise in § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG umgesetzt.<sup>88)</sup> Für die Auslegung des in § 7 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 Nr. 1 UWG verwendeten Werbebegriffs ist demnach im Grundsatz die UGP-RL maßgeblich.

Allerdings bestimmt Nr. 26 des Anhang I zugleich, dass Art. 10 der Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG (FA-RL)<sup>89)</sup> unberührt bleibt. Daraus lässt sich folgern, dass bei der richtlinienkonformen Auslegung von § 7 Abs. 1 S. 2 UWG zumindest auch Art. 10 Abs. 2 FA-RL zu beachten ist,<sup>90)</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 ebenfalls für § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG, nicht aber für § 7 Abs. 1 S. 1 und S. 2 UWG. Soweit letzterer die Werbung gegenüber Unternehmen betrifft, bestimmt sich der Werbungs begriff 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-RL noch die FA-RL, sondern Art. 13 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation 2002/58/EG (EK-DSRL)<sup>91)</sup> um.<sup>92)</sup> Ebenso wie Art. 10 FA-RL bleibt auch die EK-DSRL von Nr. 26 Anhang I UGP-RL ausdrück-

85) ABl. EG Nr. L 149 v. 11.06.2005, S. 22; umfassend zur Umsetzung der verschiedenen europäischen Richtlinien im UWG und den verbleibenden Defiziten Köhler, WRP 2013, 403 ff.

86) Ohly, in: Ohly/Sosnitzer, UWG, 6. Aufl. 2014, § 7 Rn. 11.

87) „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.“

88) BT-Drucks. 16/10145, S. 16; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 32. Aufl. 2014, § 7 Rn. 97; Schöler, in: Harte/Henning, UWG, 3. Aufl. 2013, § 7 Rn. 6.

89) ABl. EG Nr. L 144 v. 04.06.1997, S. 19; die Richtlinie trat durch die Verbraucherrecht richtlinie 2011/83/EU, ABl. EU Nr. L 304 v. 22.11.2011, S. 64, mit Wirkung vom 13.06.2014 außer Kraft.

90) So Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 88) § 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-RL begründen.

91) ABl. EG Nr. L 201 v. 31.7.2002, S. 37.

92) BT-Drucks. 16/10145, S. 29; Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 88), § 7 Rn. 97; Ohly, in: Ohly/Sosnitzer (Fn. 86), § 7 Rn. 8 ff.; Schöler, in: Harte/Henning (Fn. 88), § 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 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.

83) S. Teil I (WRP 2014, 776), II.

84) § 5 Abs. 2 und Abs. 3, § 5 a Abs. 4, § 6, § 7 und § 16 UWG sowie im Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG.

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

lich unberührt. Der Anwendungsbereich der EK-DSRL ist nicht 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>93)</sup> Die deutsche Regelung unterscheidet zwar anders (Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer) und ist hinsichtlich natürlicher Personen insoweit kaum mit den europäischen Vorgaben vereinbar.<sup>94)</sup> Dieses Problem betrifft aber nicht die hier zu untersuchenden Begriffe. Damit ist hinsichtlich der Frage, ob Umfragen mittels elektronischer Kommunikationsdienste Werbung darstellen, stets der Begriff der Direktwerbung in der EK-DSRL zugrunde zu legen.

- 8 Weder die UGP-RL noch die FA-RL 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-RL). Die UGP-RL verbietet „aggressive Geschäftspraktiken“ und „hartnäckiges und unerwünschtes Ansprechen“, mit dem Kunden „geworben“ werden. Art. 13 EK-DSRL behandelt „unerbetene Nachrichten zum Zweck der Direktwerbung“.
- 9 Eine europarechtliche Definition enthält demgegenüber Art. 2 lit. a der Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung 2006/114/EG (Werbe-RL).<sup>95)</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-RL 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 (EG) 9 zum Ausdruck kommt, schützt die Werbe-RL die Wahlfreiheit der Verbraucher.<sup>96)</sup> Eine Übertragung auf die UGP-RL liegt damit nahe, eine Übernahme für den Bereich der EK-DSRL allerdings weniger, weil letztere dem Schutz von personenbezogenen Daten und Privatsphäre dient.
- 10 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.

#### b) Folgerungen für das UWG aus der UGP-RL

- 11 Die UGP-RL soll nach EG 6 die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher schützen, und zwar – wie in EG 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-RL ausdrücklich auf die Fälle beschränkt, in denen der Ver-

braucher „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-RL übertragbar.<sup>97)</sup> Der Begriff der Werbung ist jedoch weiter anhand der UGP-RL 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 Werbegriff nach Art. 2 lit. a Werbe-RL auf die Absatzförderung beschränkt, während sich Art. 2 lit. d UGP-RL<sup>98)</sup> zusätzlich auf den Verkauf und die Lieferung von Produkten<sup>99)</sup> erstreckt. Äußerungen zu letzterem sind darum keine Werbung. Zum 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-RL vorliegt, muss demnach nach rein objektiven Kriterien beurteilt werden.<sup>100)</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-RL 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-RL nur im verbraucherbezogenen Bereich vollharmonisierend ist,<sup>101)</sup> während das UWG 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>102)</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

93) Art. 13 Abs. 1 und 3 EK-DSRL, die die Zulässigkeit für Direktwerbung selbst betreffen, sind nach Abs. 5 S. 1 auf Teilnehmer beschränkt, die natürliche Personen sind. Nach Abs. 5 S. 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.

94) Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 88), § 7 Rn. 123.

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

96) Schlussanträge des Generalanwalts v. 21.03.2013 – C-657/11 Rn. 40, InfoCuria; EG 9 spezifiziert insofern den allgemeinen Gedanken des Verbraucherschutzes, der in EG 4 zum Ausdruck kommt.

97) So i. E. Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 88), § 7 Rn. 129; Ohly, in: Ohly/Sosnitza (Fn. 86), § 7 Rn. 35, 42; Schöler, in: Harte/Henning (Fn. 88), § 7 Rn. 182.

98) 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“.

99) 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, 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.

100) Zur entsprechenden Aufgabe der „Wettbewerbsabsicht“ zugunsten des „objektiven Zusammenhangs“ in der UWG-Reform 2008 s. Erdmann, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2010, § 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 (Fn. 88), § 2 Rn. 15.

101) BT-Drucks. 16/10145, S. 10.

102) Erdmann, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, (Fn. 100), § 31 Rn. 53; Keller, in: Harte/Henning (Fn. 88), § 2 Rn. 9; Sosnitza, in: Ohly/Sosnitza (Fn. 86), § 2 Rn. 27; Haug, K&R 2010, 767, 769.

Auslegung des Begriffs der geschäftlichen Handlung notwendig. Ein objektiver Zusammenhang mit der Absatzförderung besteht damit nur, wenn er auch unmittelbar ist.<sup>103)</sup>

- 16 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>104)</sup> Da dieser auch Kommunikation erfasse, die der mittelbaren Absatzförderung diene,<sup>105)</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>106)</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>107)</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>108)</sup> für Werbung genüge darum auch die mittelbare Absatzförderung.<sup>109)</sup>
- 17 Wie mit dieser Argumentation der eindeutige Wortlaut von Art. 2 lit. d UGP-RL überspielt werden soll, ist allerdings nicht recht ersichtlich. Zwar mag der Begriff der „Mitteilung“ in Art. 2 lit. d UGP-RL tatsächlich ein Redaktionsversehen sein – in der englischen Fassung ist wie in Art. 2 lit. f EC-RL von „commercial communication“ die Rede. Es ist jedoch nicht erkennbar, dass die ausdrückliche Beschränkung auf den unmittelbaren Bezug (Art. 2 lit. d UGP-RL: „directly“, Art. 2 lit. f EC-RL: „directly or indirectly“) ebenfalls einem Versehen geschuldet ist. Vielmehr war sich der Richtlinienggeber ausweislich des Anhangs II der UGP-RL der spezifischen Definition der EC-RL bewusst. Dies gilt umso mehr, als die EC-RL 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-RL sein. Die Begriffe der kommerziellen Kommunikation und der Werbung sind also nicht kongruent, weshalb sich hieraus erst recht keine richtlinienübergreifenden Schlüsse ziehen lassen.<sup>110)</sup>
- 18 Im Ergebnis ist deshalb jedenfalls in dem Bereich von § 7 UWG, der die UGP-RL umsetzt (nämlich § 7 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 Nr. 1 UWG), der Begriff der Werbung so zu verstehen, dass ein unmittelbarer Zusammenhang mit der Absatzförderung bestehen muss.<sup>111)</sup> Diesem Begriff „unmittelbar“ fehlen jedoch scharfe

Konturen. Da keine der Richtlinien auch nur implizit die Markt- und Meinungsforschung reguliert, ist es zwar nicht naheliegend, wohl aber möglich, dieser einen unmittelbaren Zusammenhang zuzusprechen. Eine verbindliche Aussage hierüber kann nur der EuGH im Vorabentscheidungsverfahren herbeiführen.<sup>112)</sup>

### c) Folgerungen für das UWG aus der FA-RL und der EK-DSRL

Nach EG 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 EG 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-RL 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-RL, der UGP-RL 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 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 ist auch nichtwirtschaftlich motiviertes Verhalten von Art. 13 EK-DSRL erfasst, etwa Wahlwerbung.<sup>113)</sup> Im Rahmen von § 7 UWG ist dies jedoch nicht möglich, weil es den Anwendungsbereich 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>114)</sup> Jedenfalls innerhalb des Anwendungsbereichs des UWG 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>115)</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 zwar zu einer unterschiedlichen Auslegung des Begriffs der Werbung in den verschiedenen Varianten des § 7 UWG

103) Erdmann, in: Gloy/Loschelder/Erdmann (Fn. 100), § 31 Rn. 59; Keller, in: Harte/Henning (Fn. 88), § 2 Rn. 11; ebenso wohl Sosnitzer, in: Ohly/Sosnitzer (Fn. 86), § 2 Rn. 27; vgl. auch Schweizer, ZUM 2010, 400, 402; Tschewinka, in: Faulbaum/Stahl/Wiegand (Hrsg.), Qualitätssicherung in der Umfrageforschung, 2012, S. 205.

104) Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 88), § 2 Rn. 14; insoweit zustimmend Keller, in: Harte/Henning (Fn. 88), § 2 Rn. 13.

105) 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“.

106) Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 88), § 2 Rn. 47.

107) Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 88), § 2 Rn. 43.

108) Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 88), § 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.

109) Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 88), § 7 Rn. 133.

110) Für den Werbebegriff der Werbe-RL: EuGH, 11.07.2013 – C-657/11, WRP 2013, 1161 Rn. 50 f. – Belgian Electronic Sorting Technology/Bert Peelaers u. a.; Schlussanträge des Generalanwalts v. 21.03.2013 – C-657/11 Rn. 43, InfoCuria.

111) Einen weiten, auch mittelbare Absatzförderung umfassenden Werbebegriff vertritt demgegenüber der BGH in einem jüngsten Urteil v. 12.09.2013 – I ZR 208/12, WRP 2013, 1579, 1580 – Empfehlungs-E-Mail. 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.

112) Ebenso Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 88), § 2 Rn. 43.

113) S. als Beispiel hierfür (vor Inkrafttreten der EK-DSRL) OLG Stuttgart, 11.03.1988 – 5 W 13/88, 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.

114) Verhaltensweisen zur Verwirklichung außergeschäftlicher Zwecke sind damit nicht erfasst, s. Keller, in: Harte/Henning (Fn. 88), § 2 Rn. 50.

115) BGH, 17.07.2008 – I ZR 75/06, WRP 2008, 1328, 1329; BGH, 17.07.2008 – I ZR 197/05, WRP 2008, 1330, 1332; OLG Oldenburg, 24.11.2005 – 1 U 49/05, WRP 2006, 492, 496; OLG Köln, 12.12.2008 – 6 U 41/08, MMR 2009, 267, 268; OLG Köln, 19.04.2013 – 6 U 222/12, GRUR-RR 2014, 80, 81; OLG München, 27.09.2012 – 29 U 1682/12, WRP 2013, 111, 112; Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 88), § 7 Rn. 129; Ohly, in: Ohly/Sosnitzer (Fn. 86), § 7 Rn. 42; Schöler, in: Harte/Henning (Fn. 88), § 7 Rn. 182.

führen, wäre allerdings lediglich Folge der Entscheidung des deutschen Gesetzgebers, in der Norm unterschiedliche europäische Richtlinien zusammenzufassen.

- 22 Unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der EK-DSRL (Datenschutz) scheint zunächst einiges für eine Anwendung auf Markt- und Meinungsforschung dafür zu sprechen, weil sie ebenso wie die klassische Direktwerbung mit personenbezogenen Daten der Angesprochenen operiert. Allerdings unterscheidet sich die Form der Markt- und Meinungsforschung, die von § 30 a BDSG erfasst wird signifikant von werbenden Maßnahmen: Das Ziel allgemeingültige Aussagen auf Basis aggregierter Daten zu treffen, die Beschränkung auf wissenschaftlich anerkannte Methoden der empirischen Sozialforschung und das strikte Anonymisierungsgebot führen zu einer anderen datenschutzrechtlichen Risikobewertung.<sup>116)</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.

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

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

#### a) Anwendungsbereich, Gesetzesbegründung und Abschichtung

- 24 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>117)</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 Institute selbst.<sup>118)</sup> Allein die Tatsache, dass eine Tätigkeit beruflich ausgeübt wird, zieht aber noch nicht ihre Ausrichtung auf den Wettbewerb nach sich.<sup>119)</sup> Die Umfragen und die mit ihnen verbundenen Anrufe sind also geschäftliche Handlungen der Institute, aber keine Werbung für diese.
- 25 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 EuGH – 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>120)</sup> ist eine Betrachtung der Gesetzgebungsgeschichte erforderlich.
- 26 Ausweislich der Gesetzesbegründung sollte genau eine solche Einschränkung erfolgen: Bei einer „die Anonymität der befragten Personen währenden Markt- und Meinungsforschung“ liegt da-

nach schon gar keine geschäftliche Handlung vor, denn in diesem Fall – so die explizite Begründung – „fehlt es an einem objektiven Zusammenhang zum Warenabsatz“.<sup>121)</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>122)</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 § 30 a 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 jedenfalls solche Umfragen nicht in den Anwendungsbereich des UWG fallen, die erstens nur allgemein zur Nachfrage nach bestimmten generisch beschriebenen Produktgattungen forschen und zu deren Durchführung zweitens auch nur zufällig generierte Telefonnummern verwendet werden, so dass selbst die Interviewer des Forschungsinstituts die Namen der Angerufenen nicht vorab erfahren und die schließlich drittens – abgesichert durch das Anonymisierungsgebot – auch keinen weiteren Kontakt zu Werbezwecken vorbereiten. 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 § 30 a BDSG zu vereinbaren.<sup>123)</sup> Würde jede Form der – im engeren Sinne: wirtschaftsbezogenen – Marktforschung mittels Telefonumfragen unter § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG fallen, so hätte § 30 a BDSG keinerlei rechtliche Wirkung für den Bereich dieser Marktforschung. Nach der Begrifflichkeit und Begründung von § 30 a BDSG ist dies fernliegend. Dem könnte allenfalls aus europarechtlicher Sicht entgegengehalten werden, dass die Privilegierung des § 30 a 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 § 30 a BDSG als ebenso belästigend darstellen würde wie Werbung. Genau dies ist jedoch nicht der Fall.<sup>124)</sup>

#### b) Problemfälle: produkt- und dienstleistungsspezifische Umfragen, Kundenzufriedenheitsstudien

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

Explizite höchstrichterliche Rechtsprechung fehlt bislang. Eine mittelbare Aussage kann man zwar der Payback-Entscheidung des BGH<sup>125)</sup> entnehmen. Dort ging es um eine Opt-Out-Klausel in einer Einwilligungserklärung, die sowohl Werbung als auch

116) S. ausführlich Teil I (WRP 2014, 776), III., v. a. III. 3.

117) Z. B. das Wahlverhalten, s. AG Berlin-Mitte, 21.06.2011 – 5 C 1003/10, n. v.

118) Vgl. zur alten Rechtslage OLG Oldenburg, 24.11.2005 – 1 U 49/05, WRP 2006, 492, 494, das eine Wettbewerbshandlung des Instituts (auch) im eigenen Interesse angenommen hat; ebenso OLG München, 06.04.1995 – 29 U 2134/95, NJWE-WettBR 1996, 12.

119) Vgl. BGH, 30.10.1981 – I ZR 93/79, WRP 1982, 259; 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.

120) S. o. IV. 2., v. a. IV. 2. c).

121) BT-Drucks. 16/10145, S. 21; s. a. *Tscherwinka* (Fn. 103), S. 204.

122) BT-Drucks. 16/11070, S. 5.

123) In diese Richtung auch *Schweizer*, ZUM 2010, 400, 405 f.; *Tscherwinka* (Fn. 103), S. 204.

124) S. näher Teil I (WRP 2014, 776), III. 3. b).

125) BGH, 16.07.2008 – VIII ZR 348/06, BGHZ, 177, 253 = WRP 2009, 56.

Marktforschung umfasste. Der BGH 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>126)</sup> zwingend ist dies Schlussfolgerung angesichts des Fehlens einer expliziten Aussage allerdings nicht.

#### aa) Beispiele aus der Rechtsprechung

- 31** Die zugänglichen Urteile zur Markt- und Meinungsforschung behandelten in der zeitlichen Abfolge zunächst Sachverhalte, in denen die befragenden Stellen keine Anonymisierung durchführten. 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>127)</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>128)</sup>
- 32** 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>129)</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.
- 33** 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 insbesondere aufgefallen sei, dass darin ein kostenloses Probeheft angeboten werde“.<sup>130)</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>131)</sup> sodass diese Fallkonstellation derjenigen des OLG München sehr ähnlich ist.
- 34** 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 München – 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 das Gegenüber unverblümt hinsichtlich einer wirtschaftlichen Entscheidung beeinflusst werden soll. Ein solches Verhalten ist stets und wird auch weiterhin als Werbung bezeichnet werden.<sup>132)</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 § 30 a BDSG geregelt ist.<sup>133)</sup> Für den Zeitraum vor Inkrafttreten von § 30 a 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 – 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>134)</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 Werberegulierung im UWG erging.<sup>135)</sup> Neben der Förderung des eigenen Absatzes des Forschungsinstituts (die, wie angeführt, außer Betracht bleiben muss),<sup>136)</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

126) S. Hoeren, LMK 2008, 267772.

127) OLG München, 06.04.1995 – 29 U 2134/95, NJWE-WettbR 1996, 12.

128) OLG München, 06.04.1995 – 29 U 2134/95, NJWE-WettbR 1996, 12.

129) OLG Stuttgart, 17.01.2002 – 2 U 95/01, WRP 2002, 1093, 1094.

130) OLG Stuttgart, 17.01.2002 – 2 U 95/01, WRP 2002, 1093, 1094.

131) LG Stuttgart, 27.03.2001 – 17 O 665/00, n. v.; umstritten war demgegenüber, ob die Initiative zum Versand von der Beklagten ausgegangen war; dies ließ das LG Stuttgart offen.

132) BGH, 13.07.2000 – I ZR 203/97, WRP 2000, 1253; BGH, 11.10.1972 – I ZR 142/71 GRUR 1973, 268; OLG Oldenburg, 24.11.2005 – 1 U 49/05, WRP 2006, 492; OLG München, 31.05.1990 – 29 U 7102/89, ZUM 1991, 94; OLG München, 06.04.1995 – 29 U 2134/95, NJWE-WettbR 1996, 12; zuletzt LG Düsseldorf, 20.12.2013 – 33 O 95/13 U, JurPC Web-Dok. 83/2014; Schäfer-Neuiger, WRP 2001, 782 m. w. N.

133) AG Hamburg-St. Georg, 27.10.2005 – 918 C 413/05, AfP 2006, 281, aufgehoben durch LG Hamburg, 30.06.2006 – 309 S 276/05, NJW-RR 2007, 45; AG Berlin-Mitte, 28.02.2006 – 9 C 543/05, n. v.; AG Schöneberg, 23.05.2006 – 4 C 218/05, juris; LG Berlin, 30.05.2006 – 16 O 923/05, BeckRS 2007, 3086; 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.

134) LG Hamburg, 30.06.2006 – 309 S 276/05, NJW-RR 2007, 45, 46.

135) Gutachter-Ausschuss für Wettbewerbsfragen, WRP 1997, 298. Die dritte angeführte Quelle (Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm UWG, 24. Aufl. 2006, § 7 Rn. 42) verweist nur auf die beiden vorangegangenen und enthält keine neuen Argumente.

136) S. o. IV. 3. a).

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>137)</sup> Diese Argumentation kann aber jedenfalls in ihrer Allgemeinheit für das neue UWG nicht aufrechterhalten werden, weil damit das Ziel jeder Marktforschung im eigentlichen Sinne beschrieben wird,<sup>138)</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 § 30 a BDSG.

- 38** Leicht anders gelagert war wiederum der Sachverhalt einer Entscheidung des OLG Köln aus dem Jahre 2008.<sup>139)</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 betreffen.<sup>140)</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>141)</sup>
- 39** Auf derselben Linie liegt eine weitere Entscheidung des OLG Köln aus den Jahren 2012, die dementsprechend sowohl nach der UWG-Novelle, als auch nach Inkrafttreten von § 30 a BDSG ergingen.<sup>142)</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>143)</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 von Waren oder Dienstleistungen dient.“<sup>144)</sup> Nach Ansicht des OLG Köln liegen damit nur wenige Bereiche der Markt- und Meinungsforschung außerhalb des Anwendungsbereichs der Norm, 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>145)</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.

In einem 2013 ergangenen Urteil mit vergleichbarem Sachverhalt bestätigt der Senat diese Rechtsprechung. Ohne weitere Diskussion verweist er auf seine vorhergehende Entscheidung für die Aussage, Kundenzufriedenheitsbefragungen seien Werberufe im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG, da sie „jedemfalls auch und mittelbar“ dazu dienen, Kunden – auch im Hinblick auf künftige Geschäftsabschlüsse des Unternehmens – zu behalten, und „damit jedenfalls mittelbar“ die Förderung des Absatzes von Waren oder Dienstleistungen des auftraggebenden Unternehmens bezweckten.<sup>146)</sup>

#### bb) 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 Markt- und Meinungsforschung privilegierende Gesetzesbegründung von § 30 a BDSG bislang noch in keiner einzigen Entscheidung gewürdigt. Die jüngsten Urteile des OLG Köln wenden 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.

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.

#### (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 UWG 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 daten-

137) LG Hamburg, 30.06.2006 – 309 S 276/05, NJW-RR 2007, 45, 46.

138) S. o. IV. 3. a).

139) OLG Köln, 12.12.2008 – 6 U 41/08, MMR 2009, 267.

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

141) Kunden zu halten dient der Absatzförderung, s. *Keller*, in: *Harte/Henning* (Fn. 88), § 2 Rn. 67; *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm* (Fn. 88), § 2 Rn. 37; *Sosnitzka*, in: *Ohly/Sosnitzka* (Fn. 86), § 2 Rn. 30.

142) OLG Köln, 30.03.2012 – I-6 U 191/11, WRP 2012, 725.

143) S. o. IV. 3. a).

144) Das OLG Köln gibt hier die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses wieder (BT-Drucks. 16/11070, S. 5), während man die Entwurfsbegründung (BT-Drucks. 16/10145, S. 21) durchaus weitergehend interpretieren kann, s. o. IV. 3. a).

145) OLG Köln, 30.03.2012 – I-6 U 191/11, WRP 2012, 725, 727.

146) OLG Köln, 19.04.2013 – 6 U 222/12, GRUR-RR 2014, 80, 82.

schutzrechtlichen Verbotsprinzip in § 4 Abs. 1 BDSG ergibt. Beide Dimensionen schließen sich nicht aus, können aber zu unterschiedlichen Ergebnissen führen.

- 44 Sowohl unter dem wettbewerbs-, als auch unter dem datenschutzrechtlichen Gesichtspunkt ist eindeutig, dass Umgehungs-handlungen, also Umfragen, die die für § 30 a BDSG entwickelten Kriterien<sup>147)</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>148)</sup>

(2) *Lauterkeitsrechtlicher Ansatz: Unterschwellige Werbewirkung*

- 45 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>149)</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 Auftraggebers liegen, weil unternehmensspezifische Informationen erhoben werden.<sup>150)</sup> Je nach Gestaltung der Umfrage kann es – trotz der erläuterten Unterschiede in der Gesprächssituation<sup>151)</sup> – auch sein, dass der Angerufene einen positiven Eindruck von dem beauftragenden Unternehmen bekommt, welcher jenem ähnelt, der durch klassische Werbung erzielt werden kann.
- 46 Unter diesem Blickwinkel ließe sich dann noch eine Binnendifferenzierung in zwei Gruppen vornehmen.
- 47 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>152)</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>153)</sup> sodass im Ergebnis nicht von einer Werbung auszugehen ist.
- 48 Zweitens kann man als Kriterium heranziehen, ob das beauftragende Unternehmen und gegebenenfalls seine Produkte entweder gar nicht namentlich genannt<sup>154)</sup> oder zumindest nicht ausführlich vorgestellt<sup>155)</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 § 30 a Abs. 5 i. V. m. § 28 Abs. 4 S. 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>156)</sup> Der Verzicht auf eine ausführliche Vorstellung 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>157)</sup> Insofern setzen sich entsprechende Umfragen nicht zu Unrecht dem Verdacht aus, ihr gattungsbezogener Charakter sei nur vorgeschoben.

(3) *Datenschutzrechtlicher Ansatz: geringeres Risikopotential; Differenzierung nach dem Einwilligungserfordernis*

Nimmt man demgegenüber die zweite oben beschriebene, nämlich datenschutzrechtliche Perspektive ein, so werden alle Besonderheiten der Markt- und Meinungsforschung relevant, die schon im Rahmen von § 30 a BDSG diskutiert wurden.<sup>158)</sup> Sie führen zu einer anderen datenschutzrechtlichen Risikobewertung, die im Ausgangspunkt gerade 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 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. 3 b 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,

147) S. zusammenfassend Teil 1 (WRP 2014, 776), III. 4.

148) Wie in den eingangs von IV. 3. b) aa) diskutierten Fällen des OLG München und des OLG Stuttgart.

149) S. Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 88), § 7 Rn. 133; Ohly, in: Ohly/Sosnitzka (Fn. 86), § 7 Rn. 44; Schöler, in: Harte/Henning (Fn. 88), § 7 Rn. 234; kritisch z. B. Engels/Brunn, WRP 2010, 687, 689; Haug, K&R 2010, 767; Schweizer, ZUM 2010, 400.

150) 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.

151) S. o. Teil 1 (WRP 2014, 776), III. 3. b) aa).

152) Hug/Gaugenrieder, WRP 2006, 1420, 1423.

153) S. schon oben IV. 3. a).

154) LG Düsseldorf, 20.12.2013 – 33 O 95/13 U, JurPC Web-Dok. 83/2014, Abs. 26 unter Verweis auf Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 88), § 7 Rn. 133 (fälschlicherweise als Rn. 33 zitiert).

155) Mit diesem Kriterium AG Schöneberg, 23.05.2006 – 4 C 218/05, juris; Hug/Gaugenrieder, WRP 2006, 1420, 1426.

156) S. OLG Stuttgart, 30.10.1981 – 2 U 43/81, WRP 1982, 295 (dort allerdings als zulässig beurteilt).

157) 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.

158) S. o. Teil 1 (WRP 2014, 776), III. 2. b) und III. 3.

so bedürfen sie der Privilegien für die Markt- und 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.

- 52 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>159)</sup>

#### (4) Weitgehender Gleichlauf der Ansätze

- 53 Lauterkeitsrechtlich kommt es folglich maßgeblich auf die unterschwellige Werbewirkung an, datenschutzrechtlich primär auf die Einhaltung der für § 30 a BDSG entwickelten Anforderungen, im Übrigen auf die Möglichkeit der Einholung einer Einwilligung. Beide Betrachtungsweisen lassen sich für die zwei Anwendungsfelder in Einklang bringen.
- 54 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>160)</sup> – mit Kundenadressen des Auftraggebers durchgeführt werden, so bestand bereits ein Kontakt zu den Kunden, in dessen Rahmen eine Einwilligung in die Umfrage 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.
- 55 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>161)</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 § 30 a BDSG eingehalten werden. Gattungsbezogene Umfragen stellen darum unter beiden Perspektiven keine Werbung dar.

159) S. o. Teil 1 (WRP 2014, 776), Fn. 15.

160) 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.

161) 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.

#### (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>162)</sup> des § 30 a 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.

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>163)</sup> tritt aber nicht ein, weil zufällig ausgewählte Personen befragt werden. Hinzu kommt die genannte datenschutzrechtliche Perspektive:<sup>164)</sup> Die gesetzliche Privilegierung des § 30 a 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 § 30 a 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 § 30 a 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 BGH und im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens durch den EuGH herbeigeführt werden kann.

## 4. Rückwirkungen auf andere Normen

### a) Auswirkungen auf § 30 a und § 11 BDSG

Da die soeben entwickelte Differenzierung auf der Basis einer datenschutzrechtlichen Risikobewertung erfolgte, ist sie direkt

162) S. o. zur privilegierenden Wirkung (Teil 1 (WRP 2014, 776), II. 1.) und zum Verhältnis von § 30 a BDSG zu § 7 UWG (IV. 3. a)).

163) OLG Köln, 30.03.2012 – I-6 U 191/11, WRP 2012, 725; s. zu der Entscheidung oben IV. 3. b) aa) a. E.

164) S. o. IV. 3. b) bb) (3).

auf die oben noch offengelassene<sup>165)</sup> Frage übertragbar, ob § 30 a BDSG den Bereich der Kundenzufriedenheitsumfragen ebenfalls privilegiert. Mit der dargelegten Argumentation lässt sich auch hier ein differenziertes Ergebnis begründen: Es spricht im Ergebnis viel dafür, Kundenzufriedenheitsstudien aus dem Anwendungsbereich von § 30 a BDSG auszunehmen,<sup>166)</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>167)</sup>

- 61 Daraus ergeben sich auch Auswirkungen auf die Rechtsfolgen von Verträgen über eine Auftragsdatenverarbeitung nach § 11 BDSG. Soweit nach dem Vorstehenden § 30 a 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>168)</sup> nicht eintreten, weil die Privilegierung des § 30 a 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.
- 62 Sieht man – entgegen der hier vertretenen Meinung – auch nachlaufende Kundenzufriedenheitsumfragen als von § 30 a BDSG erfasst an, so gelten die Ausführungen zur Auftragsdatenverarbeitung uneingeschränkt, sodass von entsprechenden Vereinbarungen abzuraten ist.

#### b) Auswirkungen auf § 7 Abs. 1 S. 1 UWG

- 63 Werden die genannten Anforderungen eingehalten, so ergeben sich auch Auswirkungen auf § 7 Abs. 1 S. 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>169)</sup>
- 64 Die Regelungen zur Werbung in § 7 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 und Abs. 3 UWG sind aber doch ausdifferenzierte Spezialregelungen, sodass es für eine unzumutbare Belästigung nach § 7 Abs. 1 S. 1 UWG besonderer Gründe bedarf, die jenseits der hier erörterten Sachverhalte 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 Beitrags.

#### c) Auswirkungen auf § 823 und § 1004 BGB

- 65 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>170)</sup> Dies gilt insbesondere, wenn es sich bei diesen Normen ebenfalls um Schutzvorschriften für Persönlichkeitsrechte handelt. Dies ist sowohl bei § 30 a BDSG als auch bei § 7 UWG<sup>171)</sup> der Fall. Dementsprechend sind Vorgehensweisen, die nach diesen Normen zulässig sind, nicht nach den allgemeinen Vorschriften des BGB unzulässig.<sup>172)</sup>

Die vorgeschlagene Auslegung von § 30 a 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 § 30 a BDSG zu unterstellen als auch von § 7 Abs. 2 Nr. 2 bis 4 und Abs. 3 UWG auszunehmen, wenn sie die folgenden Kriterien erfüllen:

#### V. Ergebnisse

Die vorgeschlagene Auslegung von § 30 a 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 § 30 a 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
- 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>173)</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 BGH bewirken. Dieser könnte in einem entsprechenden Verfahren über die Auslegung von § 30 a BDSG unproblematisch selbst befinden, müsste (als letztinstanzliches Gericht) aber bei § 7 Abs. 2 Nr. 2 bis 4 und Abs. 3 UWG eine Vorabentscheidung des EuGH einholen, da der Begriff der „Direktwerbung“ in Art. 13 EK-DSRL europarechtlich nicht geklärt ist.

#### Anm. der Redaktion:

Der Beitrag ist eine Fortsetzung von WRP 2014, 776 ff. Die Teile I. bis III. finden sich dort.

Lesen Sie hierzu auch das Editorial von *Hornung*, in: WRP Heft 5/2014.

165) S. o. Teil 1 (WRP 2014, 776), III. 3. b) bb).

166) *Gola/Schomerus*, BDSG, 11. Aufl. 2012, § 30 a Rn. 1; *Forgó*, in: BeckOK BDSG, Stand: 01.02.2014, § 30 a Rn. 3.

167) So aber *Ehmann*, in: *Simitis*, BDSG, 7. Aufl. 2011, § 30 a Rn. 40 ff.; *Gola/Schomerus* (Fn. 166), § 30 a Rn. 1; zweifelnd neuerdings *Munz*, in: *Taeger/Gabel*, BDSG, 2. Aufl. 2013, § 30 a Rn. 7.

168) S. o. Teil 1 (WRP 2014, 776), III. 3. a) bb).

169) *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitzer* (Fn. 86), § 7 Rn. 30.

170) 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, 12.09.2013 – I ZR 208/12, WRP 2013, 1579, 1580 – Empfehlung-E-Mail.

171) *Brömmelmeyer*, GRUR 2006, 285, 289.

172) S. für § 30 a BDSG: *Pflüger*, RDV 2010, 101, 105; *Schweizer*, ZUM 2010, 400, 403; s. ferner *Tscherwinka* (Fn. 103), s. 205 f.

173) Eine weitere Verschärfung auf für gesellschaftspolitische Umfragen wäre dagegen kaum vertretbar.