

– Die Werbeanzeige muss deutlich vom redaktionellen Teil des Werbeträgers abgegrenzt sein; jedoch muss der Veranstalter nicht Herausgeber des Werbeträgers sein.

– Die Werbung darf nicht unmittelbar der Imagepflege des Veranstalters dienen. Wenn dies jedoch mittelbarer Nebeneffekt ist, ist auch die Förderung des Renommées des Veranstalters von § 58 Abs. 1 UrhG gedeckt.

Das von den Parteien und auch vom Landgericht Berlin diskutierte Kriterium der »Branchenüblichkeit« hingegen erwähnt das Kammergericht nicht. Die Beurteilung der Erforderlichkeit einer Werbemaßnahme anhand ihrer Branchenüblichkeit beruht auf einem Vorschlag von *Jacobs*¹⁷: Hiernach soll zumindest dasjenige an Werbung erforderlich sein, was auch in der Branche üblich ist. Allerdings gilt das nur begrenzt, denn neue Werbung kann sich nicht immer nur am bisher Üblichen orientieren, Entwicklungen müssen möglich bleiben¹⁸.

Gerade aus diesem Grund kann die Branchenüblichkeit der Praxis nur bedingt als Kriterium dienen. Denn sobald eine Werbeform neu und deshalb nicht branchenüblich ist, verlagert sich die Problematik lediglich auf die Frage, ob es sich um eine zulässige Weiterent-

wicklung der Branchenübung handelt oder doch das Maß des Erforderlichen überschritten wurde. Das Risiko der Beurteilung dieser Frage im konkreten Fall liegt dann beim Nutzer, wie es auch in der hier besprochenen Konstellation der Fall war.

Da damit zu rechnen ist, dass die Werbung mit den zum Verkauf stehenden Werken in allen Medien eine zunehmend gewichtige Rolle spielen wird, kommt auch einer verbindlichen Klärung der Grenzen der Erforderlichkeit große Bedeutung zu. Letztlich werden die Veranstalter bis zu einer weiteren gerichtlichen Konkretisierung zur Orientierung auf die vom Kammergericht für diesen konkreten Einzelfall aufgestellten Leitlinien zurückgreifen müssen und sich zugleich aber zu einem Gutteil auf ihre subjektive Einschätzung der Erforderlichkeit verlassen müssen. ◇

¹⁷ *Jacobs*, aaO. (Fn. 3), S. 60.

¹⁸ Ebd.

Grundsätzlich keine Anwendbarkeit des UWG auf die Medien- und insgesamt auf die Markt- und Meinungsforschung

Von Professor Dr. Robert Schweizer*, München

I. Das Problem

Beim Bundesgerichtshof ist ein Verfahren¹ anhängig, das am bedeutendsten eine Problematik veranschaulicht, die sich erst neuerdings entwickelt hat, nämlich: Ist das UWG anwendbar, wenn Umfragen zur Medien- oder sonst zur Markt- und Meinungsforschung² durchgeführt werden?

Das vom BGH zu beurteilende Berufungsurteil des Oberlandesgerichts Köln³ erklärt unter anderem:

»Das mit dem Schreiben der Beklagten angekündigte Anrufen von Verbrauchern durch ein Marktforschungsinstitut in ihrem Auftrag stellt eine unzumutbare Belästigung im Sinne des § 7 Abs. 1 und 2 Nr. 1 UWG dar und hat daher zu unterbleiben.«⁴

Das Oberlandesgericht Köln nimmt somit an, dass das UWG grundsätzlich Anwendung findet, wenn Marktforschungsumfragen⁵ durchgeführt werden⁶.

Von Bedeutung ist die Frage der Anwendbarkeit des UWG gegenwärtig insbesondere im Hinblick auf eine etwaige Einschränkung von Forschungs-Telefonumfragen durch das UWG. Neuerdings wollen einige Gerich-

te – wie zuletzt das OLG Köln in seinem dem BGH zur Entscheidung vorliegenden Urteil – das UWG auf tele-

* Der Verfasser ist als Rechtsanwalt und Marktforscher BVM Justitiar des Arbeitskreises Deutscher Markt- und Sozialforschungsinstitute, ADM, sowie des Verbandes Deutscher Markt- und Sozialforscher, BVM, und im Vorstand des Medienkonzerns Hubert Burda Media für den Bereich Recht und Compliance verantwortlich. Er lehrt an der juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Honorarprofessor Rechtssoziologie einschließlich Angewandte Rechtssoziologie insbesondere auch in den Bereichen der Medien- und Marktforschung. RA U. Schäfer-Newiger hat mitgewirkt.

1 I ZR 13/09.

2 Besser wäre die weitere Formulierung »Markt- und Sozialforschung«. Bevorzugt wird jedoch – siehe vor allem auch den neuen § 30 a BDSG – wohl überwiegend »Markt- und Meinungsforschung«.

3 OLG Köln GRUR-RR 2009, 240 = MMR 2009, 267.

4 Siehe Begründung Ziff. II. Nr. 2 Absatz 2; Originalurteil S. 5. Die im BGH-Verfahren eingereichten Schriftsätze hat sich der Verf. nicht besorgt.

5 *Koschnick*, Focus-Lexikon, 3. Aufl., Marktforschung. Siehe auch jeweils hier im Text, z. B. bei Fn. 13.

6 Im entschiedenen Fall sollte eine übliche »Kundenzufriedenheitsforschung« durchgeführt werden.

fonische Marktforschungsumfragen anwenden⁷. Zu diesem Problembereich gehören jedoch nicht »Umfragen«, die lediglich Marktforschung vortäuschen. Auf diese – Marktforschung nur vortäuschenden – »Umfragen« ist das UWG selbstverständlich anzuwenden. Die Entscheidungen des OLG Stuttgart und des OLG München, auf die sich das OLG Köln in seiner Entscheidung vom 12.12.2008 beruft, hatten jeweils nur solche vortäuschte Marktforschungsumfragen zum Gegenstand; diese angeblichen Umfragen wurden nicht von einem Marktforschungsinstitut durchgeführt. Das Urteil des OLG München wurde sogar – zum Schutze der Markt- und Meinungsforschung – vom erwähnten Arbeitskreis Deutscher Markt- und Sozialforschungsinstitute, ADM, erstritten; so wie sich der ADM zuvor schon mit ca. 130 Urteilen und strafbewehrten Unterlassungserklärungen bemüht hatte, das Vertrauen in die Seriosität der Markt- und Meinungsforschung zu erhalten. Diesen gravierenden Sachverhaltsunterschied erwähnt das OLG Köln nicht.

Eine Anmerkung noch vorweg: Aus drucktechnischen Gründen musste nachträglich der »Fußnotenapparat« stark gekürzt werden.

II. Rechtsprechung

Bislang hat sich die Rechtsprechung noch nicht dazu geäußert, was sich aus der UPG-Richtlinie und dem UWG 2008⁸ für die Markt- und Meinungsforschung ergibt. Der Bundesgerichtshof hat, soweit ersichtlich, überhaupt noch nie unmittelbar⁹ zur Anwendbarkeit des UWG auf die Markt- und Meinungsforschung geurteilt; aus diesem Grunde wurde vom OLG Köln die Revision zugelassen.

Die zu den älteren UWG-Fassungen vorliegende Rechtsprechung wird nachfolgend dargestellt, weil sie hilft, die UPG-Richtlinie und das UWG 2008 besser zu verstehen.

Im Jahre 1999 konnte noch festgestellt werden:

»Soweit bekannt, gibt es keine¹⁰ (zumindest veröffentlichte) Gerichtsentscheidung¹¹, in der geurteilt wird, die Marktforschung werde in Wettbewerbsabsicht betrieben, sie unterliege deswegen den Wettbewerbsregeln und könne somit auch gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb verstoßen.«¹²

Im Hinblick auf die nach der UPG-Richtlinie und dem UWG 2008 wesentliche Unterscheidung unmittelbare/mittelbare Absatzförderung interessiert, dass das Landgericht München I bereits im Jahre 1990 als erstes deutsches Gericht auch für Telefonanrufe, wenn auch nur nebenbei, zwischen unmittelbarer und mittelbarer Absatzförderung unterschieden hat:

»Versteht man unter »Marktforschung« eine nicht unmittelbar auf Absatz gerichtete, nur beobachtende,

erkundende Tätigkeit, und versteht man unter »Telefonmarketing« eine Verkaufsmethode per Telefon, so kann das eine mit dem anderen nichts zu tun haben. Das gilt noch mehr, wenn man als Wesensmerkmal der Marktforschung die Anonymisierung mitberücksichtigt und auf Seiten des Telefonmarketing deren Fehlen.«¹³

Am eingehendsten ist das Landgericht Bonn in einem unveröffentlichten¹⁴, rechtskräftigen Urteil – 16 O 50/98 – vom 30.9.1998 auf die heute für die UPG-Richtlinie und das UWG 2008 interessierende Unterscheidung zwischen unmittelbarer und allenfalls mittelbarer Absatzförderung eingegangen. Die beurteilte Umfrage war eine Reichweitenstudie, also eine Untersuchung, die Informationen darüber zur Verfügung stellt, inwieweit Mediennutzer durch einzelne Medien (Zeitungen, Zeitschriften, Rundfunk- und Fernsehsendungen, Plakate, Internet u. a.) erreicht werden¹⁵. Das LG Bonn führte insbesondere aus:

»Selbst die objektive Eignung zur Wettbewerbsbeeinflussung kann in diesen Fällen keine Vermutung für eine entsprechende Absicht begründen; Letztere ist vielmehr aufgrund der gegebenen Umstände konkret festzustellen (vgl. zur entsprechenden Lage im Presserecht BGH v. 30.10.1981, GRUR 1982, 234, 235; v. 22.5.1986, GRUR 1986, 898, 899; v. 10.11.1994, GRUR 1995, 270, 272, st. Rspr.). Ein entsprechender Nachweis ist der Verfügungsklägerin nicht gelungen. Als Meinungsforschungsinstitut besitzt die Verfügungsbeklagte an dem tatsächlichen Ergebnis der Befragung kein eigenes wirtschaftliches Interesse; sie kann aus den Folgen der Analyse keine Vorteile ziehen. ... Die Verfügungsbeklagte unterliegt den Richtlinien des Arbeitskreises Deutscher Marktfor-

7 So OLG Oldenburg WRP 2006, 492 und LG Berlin, Urteil vom 30.5.2006 – 16 O 923/05, unveröffentlicht. Das Urteil LG Hamburg GRUR-RR 2007, 61 verbietet nach BGB, ohne auf das UWG einzugehen.

8 Zu beiden ausführlich unten Abschnitte III. ff.

9 Mittelbar: vgl. insbesondere die in diesem Beitrag immer wieder aufgeführte presserechtliche Rechtsprechung des BGH.

10 In der Regel wurde das Problem nicht thematisiert. Am ausführlichsten beschäftigte sich das OLG Stuttgart GRUR 1982, 315 ff. mit der Frage, inwiefern das UWG anwendbar sein könnte.

11 Gegenteilig geäußert hat sich allerdings der »Gutachter-Ausschuss für Wettbewerbsfragen«, vgl. WRP 1997, 298. Siehe zu diesem Gutachten bei Fn. 26 ff.

12 *Schäfer-Newiger*, Der presserechtliche »Frank der Tat« in der Marktforschung, in: Heldrich, Medien zwischen Spruch- und Informationsinteresse, Festschrift Schweizer, 1999, S. 425 ff., 433 f.

13 Urteil des LG München I vom 24.4.1990 – 21 O 15236/89 – unveröffentlicht, jedoch jetzt nachlesbar unter www.schweizer.eu/bibliothek/urteile/index.html?id=14637) Bl. 15 der Entscheidungsgründe.

14 Siehe aber jetzt www.schweizer.eu/bibliothek/urteile/index.html?id=14636. Wir nennen dieses Urteil nach dem Marktforscher, für den es erstritten wurde: »Ennemann-Urteil«.

15 Wohl nach wie vor am instruktivsten zum Verständnis der Reichweitenforschung: *Hess*, Die Leser – Konzepte und Methoden der Printforschung, Offenburg 1996 (mit einem Vorwort des Verf.).

schungsinstitute e.V. und ist dementsprechend gehalten, sich bei ihren Untersuchungen einer wissenschaftlichen Verfahrensweise zu bedienen. ... Solange die Befragung nach neutralen, sachlich nachvollziehbaren Kriterien durchgeführt wird – mögen sie wissenschaftlich auch angreifbar sein –, kann der Verfügungsbeklagten eine willkürliche Vorgehensweise aber nicht nachgewiesen und damit von einer Wettbewerbsförderungsabsicht ihrerseits nicht ausgegangen werden.«

Für die Frage der Anwendbarkeit der UPG-Richtlinie und des UWG 2008 interessiert – bis hin zum Wortlaut – besonders, was *Tilmann* zum Sinn und Zweck der vom LG Bonn beigezogenen Presse-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ausführte:

»Warum wird dieses Merkmal [Wettbewerbsabsicht] von der Rechtsprechung gefordert? ... Dieser Ansatzpunkt ist im Prinzip sachgerecht, weil zahllose Handlungen und Äußerungen von Marktaußenstehenden Wettbewerber benachteiligen (und sich damit »mittelbar«¹⁶ zu Gunsten der nicht kritisierten anderen Wettbewerber auswirken) ... Wer kritisiert, begibt sich damit noch nicht auf die Ebene der im Markt kommerziell Handelnden. Wer dagegen Handlungen oder Äußerungen vornimmt, die »unmittelbar«¹⁷ (nicht erst über die Schädigung des ungünstig betroffenen Wettbewerbers) die Wettbewerbsposition gerade eines von vielen Wettbewerbern verbessern sollen, wer sich wie Hagen hinter Gunther stellt, wahrt keine denkbaren allgemeinen Belange, übt keine allen zustehenden Freiheiten aus, sondern benutzt den Geschäftsbetrieb eines anderen zu marktbezogenem Tun.«¹⁸

Übertragen besagen diese Ausführungen: Die Markt- und Meinungsforschung wirkt sich nicht unmittelbar auf den Markt aus, sondern allenfalls mittelbar durch Umsetzung der Studienergebnisse. Wollte man auch sie generell in das UWG einbeziehen, müssten ebenso zahllose andere Handlungen und Äußerungen einbezogen werden. Dies würde zu weit führen. Sinnvoll ist nur, Handlungen und Äußerungen zu erfassen, die unmittelbar in Wettbewerbspositionen eingreifen¹⁹.

Teilweise gegenteilige Ansichten – wie die in Fn. 7 aufgeführten Entscheidungen – kamen erst später auf. Sie kulminieren in der schon mehrfach erwähnten Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln²⁰.

Das OLG Köln lässt ausdrücklich genügen, dass »ein solcher Anruf zumindest mittelbar der Absatzförderung dient«²¹. Das Oberlandesgericht Köln gibt somit eine Unterscheidung auf, die bislang als notwendig erschien²². Insbesondere setzt sich das OLG Köln nicht damit auseinander, ob seine Auffassung bedeutet, dass konsequenterweise dann auch alle anderen Handlungen, die nur mittelbar in Wettbewerbspositionen eingreifen²³, in das UWG einzubeziehen sind. Im Hinblick darauf, dass die UPG-Richtlinie und das UWG 2008 nicht genügen lassen, dass die Handlung mittelbar der Absatzför-

derung dient²⁴, braucht auf weitere Einzelheiten nicht eingegangen zu werden. Das OLG Köln hätte übrigens sogar die UPG-Novelle anwenden müssen. Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken war bereits bis zum 12.6.2007 umzusetzen. Dieser Termin wurde zwar nicht eingehalten. Die UPG-Richtlinie war jedoch bereits auch schon vor der Umsetzung jedenfalls ab 12.12.2007 unmittelbar anzuwenden, Art. 19 Abs. 2 UGP-Richtlinie.

Auch die anderen gegenteiligen Stimmen trennen – anders als frühere Rechtsprechung – nicht zwischen eventuell mittelbarer Förderung aufgrund einer Umsetzung der Studien einerseits und unmittelbarer Absatzförderung andererseits²⁵. Als gegenteilige Stimme haben wir in Fn. 11 ein – relativ kurzes – Gutachten (1–4/96) des »Gutachter-Ausschusses für Wettbewerbsfragen« erwähnt. Es lässt in gleicher Weise eine mittelbare Absatzförderung genügen²⁶. Das Gutachten erklärt allerdings zusätzlich:

»Zum anderen handeln sie [die Marktforschungsunternehmen] zu Zwecken des Wettbewerbs gegenüber anderen Marktforschungsunternehmen.«²⁷

Diese Überlegung macht die voranstehend beschriebene Rechtsprechung zum Unterschied zwischen unmittelbarer und mittelbarer Förderung des Wettbewerbs nicht gegenstandslos. Diese Überlegung würde beispielsweise auch entsprechend für Verlage bei der Veröffentlichung von Artikeln gelten. Dennoch urteilt der BGH in st. Rechtsprechung, dass auf redaktionelle Äußerungen grundsätzlich nicht das UWG anzuwenden ist²⁸. Relevant sind nämlich nur Handlungen und Äußerungen, die unmittelbar in Wettbewerbspositionen eingreifen²⁹. Ein Verlag greift mit einem Artikel nicht

16 Hervorhebung vom Verf. im Hinblick auf das Kriterium »unmittelbar« in der UPG-Richtlinie.

17 Wie Fn. 16.

18 *Tilmann*, GRUR 1986, 900 f., 900 re. Sp. Abweichende Ansichten lassen sich nicht finden.

19 Rechtsmethodisch handelt es sich um eine teleologische Auslegung, die der BGH als Auslegung nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes bezeichnet – wie schon ein Blick in den *Palandt*, 2010, Einleitung Rn. 46, zeigt. Man wird sogar die Argumentationsform des *argumentum ad absurdum* anwenden können; *Staudinger/Coing/Honsell*, 2004, Einl 150 sowie zum Beispiel *Palandt*, aaO., Rn. 52.

20 Fn. 3 et al.

21 II. Nr. 3 (S. 7 des Originalurteils).

22 Siehe die voranstehenden Ausführungen, insbesondere die Hervorhebungen des Gegensatzpaares unmittelbare und mittelbare Absatzförderung.

23 Vgl. nur die Ausführungen bei Fn. 18 und 19.

24 Vgl. unten Abschnitte III. ff.

25 Vgl. etwa OLG Oldenburg aaO. (Fn. 7): »Danach war die ... Befragung zumindest auch auf die mittelbare (sic!) Förderung fremden Wettbewerbs gerichtet. ...«

26 Wörtlich: »Andererseits dienen die Anrufe aber mittelbar der Absatzförderung«, aaO.

27 AaO.

28 Vgl. bei Fn. 14 ff. das »Ennemann-Urteil«.

29 Siehe insbesondere bei Fn. 19.

unmittelbar in Wettbewerbspositionen ein, nur weil den Artikel ein anderer Verlag nicht veröffentlicht. In gleicher Weise greift ein Institut nicht unmittelbar in Wettbewerbspositionen ein, nur weil ein anderes Institut die Studie nicht durchführt.

Ausgelassen wird an dieser Stelle – da nur die Anwendbarkeit des UWG geprüft wird – die Bedeutung des BGB für Marktforschungsumfragen³⁰. Diese Bedeutung muss erst noch eingehend untersucht werden – insbesondere im Hinblick auf den neuen § 30 a des Bundesdatenschutzgesetzes und den Grundsatz der Gleichbewertung des Gleichsinnigen, nämlich: Die Erlaubnis nach § 30 a BDSG wägt im Spannungsfeld zwischen Persönlichkeitsrechten einerseits sowie Forschungs-, Medien- und Berufsfreiheiten andererseits ab. Es würde – kann eine Prüfung ergeben – der Einheit der Rechtsordnung widersprechen, wenn das BGB der Markt- und Meinungsforschung wegnähme, was der Gesetzgeber – Bundestag und Bundesrat – nach eingehenden Beratungen mit § 30 a BDSG anders entschieden hat. Vgl. zu der neuen Erlaubnisnorm § 30 a BDSG unten Abschnitt IX.

III. Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken (»UPG-Richtlinie«) als Basis der UWG-Novelle 2008

Die UWG-Novelle 2008 setzt die UPG-Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken vom 11.5.2005³¹ um³². Die UPG-Richtlinie verlangt, dass voll harmonisiert wird³³. Das UWG darf somit im harmonisierten Bereich den vorgegebenen Schutzstandard nicht überschreiten (und auch nicht unterschreiten). Vorgegeben ist als Schutzstandard:

»Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck ... »Geschäftspraktiken im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern« (nachstehend auch »Geschäftspraktiken« genannt) jede Handlung, Unterlassung, Verhaltensweise oder Erklärung, kommerzielle Mitteilung einschließlich Werbung und Marketing eines Gewerbetreibenden, die »unmittelbar«³⁴ mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucher zusammenhängt.«³⁵

Die UPG-Richtlinie stellt somit ausdrücklich auf den Unterschied zwischen unmittelbarer und allenfalls mittelbarer Absatzförderung ab. Die UPG-Richtlinie »sieht mit der Definition der Geschäftspraxis bewusst davon ab, Handlungsweisen zu erfassen, die lediglich »mittelbar« der Absatzförderung dienen«³⁶. Der Schutzstandard der UPG-Richtlinie entspricht der Sach- und Rechtslage, wie sie jahrzehntelang für die Unanwendbarkeit des UWG auf die Markt- und Sozialforschung verstanden wurde³⁷ und wie sie einem sinnvollen Anwendungsrah-

men entspricht³⁸. Den neuen Entscheidungen, die auf eine mittelbare Absatzförderung abstellen, wurde gemeinschaftsrechtlich die Grundlage entzogen. Die Ausführungen von *Tilmann*³⁹ zu den notwendigen Grenzen einer Anwendbarkeit des UWG und die Übertragung dieser Ausführungen auf die Markt- und Meinungsforschung⁴⁰ gelten, wie schon erwähnt⁴¹, voll.

IV. Umfragen zur Markt- und Meinungsforschung hängen nicht »unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucher zusammen«⁴²

Bereits voranstehend war immer wieder Thema, dass die Medien- sowie die Markt- und Meinungsforschung insgesamt nicht unmittelbar den Absatz fördern. Da dieses Thema mit im Vordergrund steht, wird nachfolgend noch eingehender dargelegt, warum für Marktforscher unmittelbarer Absatz und Marktforschung strikt getrennt sind.

Markt- und Meinungsforschungsumfragen durften noch nie unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucher zusammenhängen⁴³. Diese Anforderung war und ist unfraglich ein Eckpfeiler der Markt- und Meinungsforschung, seitdem sie betrieben wird.

So bestimmt der ICC/ESOMAR Internationale Kodex für die Markt- und Sozialforschung⁴⁴ als sechstes Grundprinzip:

-
- 30 Zur Frage der Anwendbarkeit des BGB nach § 1004 i. V. m. § 823 BGB wegen Persönlichkeitsrechtsverletzung siehe z. B. das Urteil des LG Hamburg GRUR-RR 2007, 61.
 - 31 Amtsblatt der Europäischen Union vom 11.6.2005. Abgedruckt ist der hier interessierende Teil der Richtlinie unter anderem bei *Köhler/Bornkamm*, UWG, 28. Aufl., S. 1586 ff. und *Fezer*, UWG, 2. Aufl., S. 1829 ff.
 - 32 Unbestritten. Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 25.11.2008. BT-Dr. 16/11070. Siehe zu dieser Drucksache auch Fn. 58.
 - 33 Allg. M.; siehe zum Beispiel, *G/L/E Hdb. WettbewerbsR/Erdmann*, § 1 Rn. 42.
 - 34 Hervorhebung durch den Verf.
 - 35 Artikel 2 Buchst. d) der UPG-Richtlinie. In diesem Sinne auch Absatz 7 der Erwägungsgründe.
 - 36 So schon *Köhler/Lettl*, WRP 2003, 1148 ff. zum Vorschlag für die Richtlinie.
 - 37 Siehe oben Abschnitt II.
 - 38 Siehe insbesondere bei Fn. 19 und 20.
 - 39 Bei Fn. 18 ff.
 - 40 Vgl. den Text bei Fn. 19.
 - 41 Einleitung zu dem Zitat »Warum wird dieses Merkmal von der Rechtsprechung gefordert«, vor Fn. 17.
 - 42 Wortlaut Art. 2 lit d) UPG-Richtlinie.
 - 43 Wobei »zusammenhängen« im Sinne der BGH-Rechtsprechung und beispielsweise der Ausführungen von *Tilmann* zur notwendigen Begrenzung nicht doch als mittelbare Absatzförderung verstanden werden darf.
 - 44 <http://www.adm-ev.de/index.php?id=kodex&type=1&type=1> und http://www.bvm.org/Standesregeln-Marktforschung_7_0_0.html.

»Marktforscher dürfen niemals zulassen, dass die in einem Marktforschungsprojekt erhobenen personenbezogenen Daten für irgendeinen anderen Zweck als Marktforschung verwendet werden.«

Artikel 1 Absatz (c) des Kodex stellt dementsprechend klar:

»Marktforschung muss klar von nicht-forschenden Tätigkeiten unterschieden und getrennt werden, einschließlich aller kommerzieller Tätigkeiten, die auf Einzelpersonen abzielen (z. B. Werbung, Verkaufsförderung, Direktmarketing, Direktverkauf usw.).«

In der »Erklärung für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland zum ICC/ESOMAR Internationalen Kodex für die Markt- und Sozialforschung«⁴⁵ haben die Verbände der deutschen Markt- und Sozialforschung den ICC/ESOMAR-Kodex angenommen und – soweit es hier interessiert – in Nr. 5 bekräftigt:

»Wissenschaftliche⁴⁶ Untersuchungen der Markt-, Meinungs- und Sozialforschung müssen in organisatorischer und technischer Hinsicht und klar erkennbar gegenüber anderen Tätigkeiten abgegrenzt sein. Sie dürfen nicht mit Tätigkeiten verbunden werden, die keine wissenschaftliche Forschung sind. Die Notwendigkeit dieser Abgrenzung gilt insbesondere gegenüber allen Tätigkeiten des Direktmarketings, der Werbung und der Verkaufsförderung.«

Es gehört somit schon immer *expressis verbis* zum Selbstverständnis der Marktforschung, sich strikt gegenüber allen Tätigkeiten des Direktmarketings, der Werbung und der Verkaufsförderung abzugrenzen. Einem Marktforscher tut es – wenn der Verf. dies so ausdrücken darf – weh, wenn er im Urteil des OLG Köln lesen muss, er betreibe, wenn er eine Studie durchführe, »auf diese Weise Werbung für sich«⁴⁷ im Sinne des UWG.

V. Der Ursprung für die Selbstverständlichkeit, dass Marktforschung von der Absatzförderung zu trennen ist

Der fehlende unmittelbare Zusammenhang zwischen der Markt- und Meinungsforschung einerseits und der Absatzförderung andererseits wird, meint der Verf., sofort verständlich, wenn bedacht wird:

»Untersuchungen der Markt-, Meinungs- und Sozialforschung sind wissenschaftliche Forschung – im Sinne des Artikels 5 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland. Sie dienen grundsätzlich dem Gewinn generalisierender Erkenntnisse und müssen mit dem Forschungsgegenstand und dem Erkenntnisinteresse angemessenen Methoden und Techniken empirischer Forschung durchgeführt werden.«⁴⁸

Marktforschungsumfragen dienen somit grundsätzlich dem Gewinn generalisierender Erkenntnisse. Der Gewinn generalisierender Erkenntnisse hängt gerade

nicht unmittelbar mit der Absatzförderung an Verbraucher zusammen. Deshalb gilt für die Marktforschung strikt das Anonymisierungsgebot, das ausnahmslos verlangt, »dass die erhobenen Daten ausschließlich in anonymisierter Form genutzt werden dürfen«⁴⁹. Dementsprechend »kann das Anonymisierungsgebot nicht einmal dadurch aufgehoben werden, dass die betroffenen Personen in die Übermittlung oder Nutzung der erhobenen Daten in nicht anonymisierter Form einwilligen«⁵⁰. Marktforscher sind also grundsätzlich nicht an personenbezogenen Daten der Befragten interessiert⁵¹.

Bei einer Kundenzufriedenheitsstudie⁵² beispielsweise, die Gegenstand des beim BGH anhängigen Rechtsstreits⁵³ ist, wird dementsprechend generalisierend ermittelt, dass eine bestimmte Prozentzahl der Kunden einer Bank mit der Beratung sehr zufrieden ist. Welcher Kunde welche Antwort gegeben hat, erfährt der Auftraggeber nicht. Dementsprechend kann sich die Bank gar nicht gezielt an einen Befragten wenden, der in einem bestimmten Sinne geantwortet hat. Folglich hängt die Umfrage nicht unmittelbar mit der Absatzförderung zusammen.

Es verhält sich, was die Absatzförderung betrifft, nicht anders als bei einem korrekt verfassten Presseartikel, welcher sich mittelbar günstig oder ungünstig für eine in dem Artikel beschriebene Person oder ein beschriebenes Unternehmen auswirken kann, aber deshalb nach der Rechtsprechung des BGH nicht etwa nach dem UWG zu beurteilen ist⁵⁴. Das Landgericht Bonn

45 <http://www.adm-ev.de/index.php?id=kodex&type=1&type=1> und http://www.bvm.org/Standesregeln-Marktforschung_7_0_0.html.

46 Die Wissenschaftlichkeit auch der privatrechtlich verfassten Markt- und Meinungsforschung, also der Instituts- und der betrieblichen Markt- und Meinungsforschung, wie sie etwa bei Reichweiten- und Kundenzufriedenheitsforschungen (BGH-Fall) praktiziert wird, erschließt sich nach wie vor am besten mit dem Gutachten *Strothmann*, Marktforschung als wissenschaftliche Tätigkeit, abgedruckt in: interview & analyse 1985, 28 f., und zwar sowohl zur Grundlagen- als auch zur Angewandten Forschung. Vgl. – weitere Fundstellenangaben wurden aus Platzgründen gestrichen – neuestens auch unten Abschnitt IX die Zitate aus der Entstehungsgeschichte des § 30 a BDSG. Verfassungsrechtlich ist unbestritten, dass auch die Auftragsforschung den Schutz des Art. 5 Abs. 3 GG genießt, vgl. etwa *Scholz* unter Einbeziehung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Maunz-Dürig, Art. 5 Abs. 3 GG Rn. 98.

47 S. 7 des Originalurteils.

48 Nr. 3 der bereits erwähnten »Erklärung für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland zum ICC/ESOMAR Internationalen Kodex für die Markt- und Sozialforschung«.

49 Nr. 4 Abs. 1 letzter Satz der Erklärung zum ICC/ESOMAR-Kodex.

50 Nr. 4 Abs. 2 Satz 1 der Erklärung zum ICC/ESOMAR-Kodex.

51 Vgl. dazu ausführlich: *Schäfer-Newiger*, Die strikte Trennung von Direktmarketing und Marktforschung, WRP 2001, 782, 785.

52 Zu Kundenzufriedenheitsstudien siehe zum Beispiel *Homburg/Werner*, Messung und Management von Kundenzufriedenheit, Marktforschung & Management 1998, 131 ff.

53 Oben bei Fn. 1.

54 Siehe oben Fn. 14 ff. im Rahmen des »Ennemann-Urteils«.

hat dazu in seinem aaO. bereits herausgestellten Urteil vom 30.9.1998, wie zitiert, ausgeführt: »Solange die Befragung nach neutralen, sachlich nachvollziehbaren Kriterien durchgeführt wird – mögen sie wissenschaftlich auch angreifbar sein –, kann der Verfügungsbeklagten eine willkürliche Vorgehensweise aber nicht nachgewiesen werden und damit von einer Wettbewerbsförderungsabsicht nicht ausgegangen werden.«⁵⁵

VI. Formulierung der Konsequenzen für die Reichweitenforschung sowie die Markt- und Meinungsforschung im Bundesjustizministerium in einer Besprechung am 1.11.2007

Am 1.11.2007 wurde im Bundesjustizministerium diskutiert, dass die Reichweitenforschung und insgesamt die Markt- und Meinungsforschung bei einer Umsetzung der UPG-Richtlinie nicht unter das UWG fallen⁵⁶. Damals ging die Regierungsbegründung – was in dem hier interessierenden Zusammenhang jedoch unwesentlich ist – noch von dem Zentralbegriff »Wettbewerbshandlung« aus. Bundesjustizministerin Zypries hat spontan gebilligt, die Regierungsbegründung, wie vorgeschlagen zu erweitern. Damals wurde als Erweiterung handschriftlich das nachfolgend Hervorgehobene vorgeschlagen:

»... Der Gesichtspunkt der Unmittelbarkeit des Zusammenhangs mit der Absatzförderung usw. dient – ebenso wie die gezielte Absatzförderung im bisherigen Recht – dazu, weltanschauliches, redaktionelles oder verbraucherpolitisches Marktverhalten aus dem Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts auszunehmen. So mag etwa eine redaktionelle ›oder eine Reichweitenforschung‹ mittelbar der Absatzförderung der erwähnten Waren oder Dienstleistungen dienen. Unmittelbar dient sie aber nur der Information der Leserschaft ›bzw. der die Anonymität der befragten Personen währenden Markt- und Meinungsforschung‹.

Das heißt, in voller Kenntnis der Problematik hat das Bundesjustizministerium die Problematik so verstanden, wie sie hier beschrieben wird: in voller Übereinstimmung mit der UPG-Richtlinie und der Rechtsprechung des BGH zu Presseartikeln.

VII. Bestätigung in der Regierungsbegründung

In der Regierungsbegründung wurde diese – nachfolgend erneut hervorgehobene – Ergänzung zum nunmehrigen Zentralbegriff »geschäftliche Handlung« (als notwendige Konsequenz einer Vollharmonisierung der UPG-Richtlinie) sinngemäß ausdrücklich beibehalten:

»Weltanschauliche, wissenschaftliche, redaktionelle oder verbraucherpolitische Äußerungen von Unternehmen oder anderen Personen unterfallen weiterhin nicht

dem UWG, soweit sie in keinem objektiven Zusammenhang mit dem Absatz von Waren und den anderen o. g. Unternehmensaktivitäten stehen. Das gilt etwa für redaktionelle Äußerungen ›oder eine Reichweitenforschung (Forschung über Medienkontakte)‹. Dienen sie nur der Leserschaft ›oder der die Anonymität der befragten Personen währenden Markt- und Meinungsforschung‹, fehlt es an einem objektiven Zusammenhang zum Warenabsatz, sodass eine geschäftliche Handlung nicht vorliegt.«⁵⁷

VIII. Bestätigung durch den Rechtsausschuss

In seiner Beschlussempfehlung und seinem Bericht, welche der Gesetzesverabschiedung zu Grunde lagen, hat der Rechtsausschuss diese Gesetzesbegründung bekräftigt:

»Zum Begriffsinhalt [des Begriffes ›geschäftliche Handlung‹] geht der Ausschuss in Übereinstimmung mit der Begründung des Gesetzesentwurfes davon aus, dass Umfragen allgemeiner Art einschließlich Umfragen zur Markt- und Meinungsforschung, die nicht direkt dem Absatz oder Bezug von Waren oder Dienstleistungen dienen, auch künftig nicht in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen.«⁵⁸

IX. Neueste gesetzgeberische Wertungs-Bestätigung zur Unterscheidung von Markt- und Meinungsforschung einerseits und unmittelbarer Absatzförderung andererseits

Aufgrund und in Übereinstimmung mit einer – wie es in der Gesetzessprache heißt – »Prüfbitte« des Bundesrats hat der Bundestag zur Novellierung des BDSG vom 29.7.2009 klar die Unterschiede aufgezeigt. Wer gegen die Markt- und Meinungsforschung entscheiden möchte, muss erst diese Ausführungen des Gesetzgebers nachlesen, auch wenn sie im Rahmen des neuen § 30 a BDSG und nicht zum UWG verfasst wurden:

»Die Markt- und Meinungsforschung nimmt eine wichtige gesellschaftliche Aufgabe wahr. Sie stellt für öffentliche und private Auftraggeber mittels wissenschaftlicher Methoden und Techniken notwendige Infor-

⁵⁵ Bei Fn. 14.

⁵⁶ In diesem Gespräch haben Hauptgeschäftsführer Wolfgang Füstner, Geschäftsführer Europa- und Medienpolitik Dr. Christoph Fiedler sowie der Verf. für den Verband Deutscher Zeitschriftenverleger (VDZ) Anliegen zur Novellierung des UWG vorgetragen.

⁵⁷ Regierungsbegründung, BT-Dr. 16/1045, S. 21, auch abgedruckt beispielsweise in Köhler/Bornkamm, UWG, 28. Aufl., S. 1797, und Fezer, UWG, 2. Aufl., S. 1469.

⁵⁸ BT-Dr. 16/11070 vom 25.11.2008, S. 5 re. Sp. (zu Nr. 1).

mationen als empirische Grundlagen und zur Unterstützung wirtschaftlicher, gesellschaftlicher und politischer Entscheidungen bereit und schafft damit eine wichtige Voraussetzung für die nachhaltige demokratische und wirtschaftliche Entwicklung der Bundesrepublik Deutschland.«⁵⁹

Somit: Der Gesetzgeber bestätigt, dass nicht nur die politischen und gesellschaftlichen Studien, sondern gleichermaßen auch die Studien für wirtschaftliche Entscheidungen eine wichtige Voraussetzung für eine nachhaltige Entwicklung sind (weil auch bestmögliche Entscheidungen der Wirtschaft dem Gemeinwohl nützen).

Und der Gesetzgeber fügt noch – sogar auf die Unterschiede der unmittelbaren und allenfalls mittelbaren Absatzförderung eingehend – hinzu:

»Dabei hat die Markt- und Meinungsforschung im Gegensatz zur Werbung, zum Adresshandel und zur Tätigkeit der Auskunfteien nicht Aussagen über konkrete Einzelpersonen zum Gegenstand, sondern zieht personenbezogene Daten lediglich heran, um daraus von der Einzelperson unabhängige, verallgemeinerungsfähige Aussagen zu gewinnen. Die von der Markt- und Meinungsforschung erhobenen Daten werden dem Auftraggeber dementsprechend nur in anonymisierter Form übermittelt.«

Das heißt, der Gesetzgeber bestätigt den grundlegenden Unterschied zur unmittelbaren Absatzförderung, dass die (für das Gemeinwohl erforderliche) Markt- und Meinungsforschung verallgemeinerungsfähige Aussagen gewinnt und gerade nicht unmittelbar mit der Absatzförderung zusammenhängt. Auf genau diesen Unterschied kommt es jedoch, wie durchgehend ausgeführt, sowohl nach der UPG-Richtlinie und dem UWG 2008 an als auch nach der Rechtsprechung des BGH, wenn man die presserechtlichen BGH-Entscheidungen heranzieht.

X. Ergebnis

Das UWG 2008 ist, wie schon in der Überschrift dieser Abhandlung hervorgehoben, grundsätzlich auf die Medien- wie insgesamt auf die Markt- und Meinungsforschung nicht anwendbar. Dem nationalen Recht ist die UPG-Richtlinie vorgegeben. Die UPG-Richtlinie ist nach ihrem Art. 5 anwendbar, wenn eine Geschäftspraktik unlauter ist. Eine Geschäftspraktik setzt nach der in Art. 2 d) vorgegebenen gesetzlichen Definition – kurz gefasst – eine Handlung voraus, die unmittelbar (sic!) mit der Absatzförderung zusammenhängt. Die UPG-Richtlinie muss voll harmonisiert und ab 12.12.2007

angewendet werden. Das UWG muss sich somit an diese Einschränkung »Unmittelbarkeit« halten.

Markt- und Meinungsforschung hängen nicht unmittelbar mit der Absatzförderung zusammen, sondern allenfalls mittelbar. Dieser Beitrag führt viele Gründe für diese Feststellung auf. Die Gründe beginnen mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die vergleichbar für die Presse feststellt, dass sich Presseartikel grundsätzlich allenfalls mittelbar werblich auswirken. Diese Rechtsprechung ist zudem rechtsmethodisch zwingend.

Die neueren Entscheidungen, welche das UWG auf die Markt- und Meinungsforschung anwenden möchten, verzichten auf die Voraussetzung der Unmittelbarkeit. Aber abgesehen davon, dass sie allein schon mit der erwähnten BGH-Rechtsprechung nicht vereinbar sind, scheitern sie daran, dass das Unmittelbarkeitsprinzip von der UPG-Richtlinie vorgegeben ist. Soweit neuerdings gelegentlich versucht wird zu argumentieren, die Marktforschung fördere unmittelbar den Absatz, nämlich den eigenen, scheitert dieser Versuch schon durch einen Vergleich mit der aufgeführten presserechtlichen Rechtsprechung des BGH sowie an deren rechtsmethodischen Grundlagen, nämlich: Würde auf den eigenen »Absatz« oder Erfolg der Markt- und Meinungsforschung abgestellt, dann müsste genauso auf jede Tätigkeit, die mit Wirtschaft irgendwie zu tun hat, auch zum Beispiel auf die Abfassung und Publikation von Pressebeiträgen, das UWG angewendet werden. Eben dies lässt sich nach dem Sinn und Zweck des UWG nicht rechtfertigen.

Das UWG 2008 setzt im Übrigen die UPG-Richtlinien-Voraussetzung »Geschäftspraktik« und die sich aus ihr ergebende Anwendbarkeitsvoraussetzung der unmittelbaren Förderung des Absatzes gemeinschaftsrechtskonform um:

Das UWG 2008 gilt für »[unlautere] geschäftliche Handlungen«. Dieser Begriff verlangt, dass die Handlung »mit der Förderung des Absatzes objektiv zusammenhängt«. »Objektiv zusammenhängt« ist im Sinne der Unmittelbarkeit zu verstehen. Dies ergibt eine richtlinienkonforme Auslegung sowie zusätzlich – in einer ungewöhnlichen Klarheit – der ausdrücklich erklärte Wille des UWG-2008-Gesetzgebers. Es handelt sich im Übrigen, auch wenn es darauf nicht mehr ankommt, um einen der Fälle, bei denen der Wille des Gesetzgebers nach der Rechtsprechung sicher für die Auslegung maßgeblich ist. ◇

⁵⁹ BT-Dr. 16/12011, S. 43 sowie 16/13657, S. 20.