



Stellungnahme des

**ADM Arbeitskreis Deutscher Markt-
und Sozialforschungsinstitute e.V.**

zu dem Entwurf der Bundesregierung für ein

**Erstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes
gegen den unlauteren Wettbewerb**

vom 21. Mai 2008

ADM Arbeitskreis Deutscher Markt- und Sozialforschungsinstitute e.V.

Langer Weg 18 60489 Frankfurt am Main

Telefon: 069 97843136 Telefax: 069 97843137

E-Mail: office@adm-ev.de Internet: www.adm-ev.de

Zusammenfassung der Argumente und Positionen:

Die Markt- und Meinungsforschung stellt für ihre privaten und öffentlichen Auftraggeber verlässliche Informationen bereit, die für wirtschaftliche, politische und gesellschaftliche Entscheidungen unverzichtbar sind. **(Absatz B.1.)**

Als angewandte wissenschaftliche Forschung ist die Markt- und Meinungsforschung ausschließlich an Aussagen über Bevölkerungsgruppen interessiert; nicht aber an Aussagen über konkrete Einzelpersonen. **(Absatz B.2.)**

Die Markt- und Meinungsforschung verarbeitet und nutzt die erhobenen Daten nur in anonymisierter Form und wird strikt getrennt von Werbung, Verkaufsförderung und Direktmarketing durchgeführt. **(Absatz B.3.)**

Seit einiger Zeit nimmt die Rechtsprechung bei Unterlassungsklagen gegen Telefoninterviews keine relevante Unterscheidung zwischen Telefonwerbung und telefonischen Befragungen zu Zwecken der Markt- und Meinungsforschung vor. **(Absatz C.1.)**

Für die Zukunft der Markt- und Meinungsforschung in Deutschland ist es essentiell, dass die fundamentalen Unterschiede zwischen Telefonwerbung und telefonischen Befragungen gesetzlich explizit festgestellt werden. **(Absatz C.2.)**

Es besteht die Gefahr, dass durch die Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb die bestehende Gefährdung der Markt- und Meinungsforschung durch die Rechtsprechung – ungewollt – verstärkt wird. **(Absatz C. 3)**

Der berechnigte Schutz der betroffenen Anschlussinhaber vor unerwünschter Telefonwerbung darf nicht zu Lasten der Durchführung telefonischer Befragungen zu Zwecken der angewandten wissenschaftlichen Markt- und Meinungsforschung erfolgen. **(Absatz D.1.)**

Die Unterscheidung zwischen Telefonwerbung und telefonischen Befragungen zu Zwecken der Markt- und Meinungsforschung sollte deshalb im § 7 Abs. 2 Nr. UWG explizit gesetzlich verankert werden. **(Absatz D.2.)**

Die Unterscheidung zwischen Werbung unter Verwendung automatischer Anrufmaschinen, Faxgeräten oder elektronischer Post und Markt- und Meinungsforschung sollte im § 7 Abs. 2 Nr. UWG explizit gesetzlich verankert werden. **(Absatz D.3.)**

Eine explizite Erwähnung der Markt- und Meinungsforschung im UWG muss das ihr inhärente berufsethische Grundprinzip der Wahrung der Anonymität der befragten Personen enthalten. **(Absatz D.4.)**

Die explizite Erwähnung der Markt- und Meinungsforschung in einem Gesetzestext ist kein Novum, sondern findet sich bereits im Telekommunikationsgesetz und im Bundesdatenschutzgesetz. **(Absatz D.5.)**

Der relativ unbestimmte Begriff „objektiver Zusammenhang“ sollte in der Definition des Begriffs „geschäftliche Handlung“ in § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG durch den klareren Begriff „unmittelbarer Zusammenhang“ ersetzt werden. **(Absätze E.1. bis E.3.)**

Die Markt- und Meinungsforschung sollte durch eine entsprechende Ergänzung des § 2 Abs. 1 Nr. UWG explizit aus dem Kreis der geschäftlichen Handlungen und damit aus dem Anwendungsbereich des UWG herausgenommen werden. **(Absatz E.4.)**

A. Vorbemerkung

Der ADM Arbeitskreis Deutscher Markt- und Sozialforschungsinstitute e.V. vertritt die Interessen der privaten Markt- und Sozialforschungsinstitute in Deutschland. Ihm gehören zurzeit (Stand: 15. Juli 2008) 66 Mitgliedsinstitute an, die zusammen über achtzig Prozent des Branchenumsatzes erzielen und über 12.000 fest angestellte Mitarbeiter beschäftigen. Der ADM wurde im Jahr 1955 gegründet; er ist der einzige Verband dieser Art in Deutschland. Zu seinen satzungsgemäßen Aufgaben gehören unter anderem auch die Gewährleistung der Anonymität der befragten Personen und die Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs.

B. Gesellschaftliche Bedeutung der Markt- und Meinungsforschung

1. Die Markt- und Meinungsforschung schafft mit ihren Daten und Informationen eine zentrale Voraussetzung für die nachhaltige Entwicklung offener, auf Demokratie und Marktwirtschaft basierender Gesellschaften. Als beratende Dienstleistung stellt sie für private und öffentliche Auftraggeber (z.B. Unternehmen, Medien, Ministerien, Parteien) mittels wissenschaftlicher Methoden und Techniken verlässliche Informationen bereit, die als Grundlage und zur Unterstützung wirtschaftlicher, politischer und gesellschaftlicher Entscheidungen unverzichtbar sind.
2. Als angewandte wissenschaftliche Forschung ist die Markt- und Meinungsforschung an generalisierbaren Aussagen über die Einstellungen und das Verhalten von nach verschiedenen soziodemographischen und sozioökonomischen Merkmalen abgegrenzten Gruppen der Bevölkerung interessiert. Aussagen über konkrete Einzelpersonen sind dagegen nicht Bestandteil von Markt- und Meinungsforschung.
3. Eine Übermittlung und Nutzung der erhobenen Daten in personenbezogener Form verbieten die Berufsgrundsätze und Standesregeln der Markt-, Meinungs- und Sozialforschung; sowohl aus berufsethischen als auch forschungsmethodischen Gründen. Die erhobenen Daten dürfen nur in anonymisierter Form verarbeitet und genutzt werden. Aus den gleichen Gründen müssen die Befragungen der Markt- und Meinungsforschung immer strikt getrennt von allen forschungsfremden Tätigkeiten –

insbesondere Werbung, Verkaufsförderung und Direktmarketing – durchgeführt werden.

C. Gefährdung der Markt- und Meinungsforschung durch die Rechtsprechung

1. Trotz dieser klaren Trennung sieht sich die Markt- und Meinungsforschung seit einiger Zeit mit dem Problem konfrontiert, dass deutsche Gerichte bei Unterlassungsklagen gegen Telefoninterviews keine relevante Unterscheidung zwischen Telefonwerbung einerseits und telefonischen Befragungen zu Zwecken der Markt- und Meinungsforschung andererseits vornehmen und einen vermeintlich werblichen und damit den Wettbewerb fördernden Charakter der Markt- und Meinungsforschung zur Grundlage ihrer Unterlassungsurteile zur Durchführung telefonischer Interviews zu Zwecken der Markt- und Meinungsforschung machen. Diese Urteile negieren die Tatsache, dass die nachteiligen Folgen der Telefonwerbung für die angerufenen Personen, wie die Schwierigkeiten des Widerrufs abgeschlossener bzw. vermeintlich abgeschlossener Verträge, bei der Durchführung telefonischer Befragungen zu Zwecken der Markt- und Meinungsforschung gar nicht auftreten können.

2. Telefonische Befragungen sind seit einer Reihe von Jahren wegen ihrer spezifischen methodischen Vorteile das wichtigste Instrument der Datenerhebung in der Markt- und Meinungsforschung. Aus diesem Grund ist es für die Zukunft der Branche in Deutschland essentiell, dass die fundamentalen Unterschiede zwischen Telefonwerbung (willkürliche Auswahl und gezielte werbliche Ansprache des Einzelnen) und telefonischen Befragungen der Markt- und Meinungsforschung (wissenschaftlich-methodische Auswahl und Wahrung der Anonymität der Befragten) gesetzlich explizit festgestellt werden.

3. Diese Gefährdung der Markt- und Meinungsforschung in Deutschland durch die Rechtsprechung deutscher Gerichte kann der Gesetzgeber bei seinem Ziel, durch das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer vor unlauterem Verhalten und unzumutbaren Belästigungen zu schützen, nicht beabsichtigt haben. **Der ADM befürchtet, dass der Entwurf der Bundesregierung für ein Erstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren**

Wettbewerb vom 21. Mai 2008 die Position der Markt- und Meinungsforschung – ungewollt – weiter schwächt und gefährdet. Deshalb nimmt der ADM zu dem Entwurf im Einzelnen wie folgt Stellung:

D. Schutz der Markt- und Meinungsforschung durch gesetzliche Klarstellung

1. Für die Möglichkeiten der Durchführung telefonischer Befragungen zu Zwecken der Markt- und Meinungsforschung ist der § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG bzw. dessen Formulierung von entscheidender Bedeutung. Der ADM begrüßt ausdrücklich den Schutz der betroffenen Anschlussinhaber vor unerwünschter Telefonwerbung. Dieser darf allerdings nicht durch die Rechtsprechung deutscher Gerichte zu Lasten der Durchführung telefonischer Befragungen zu Zwecken der angewandten wissenschaftlichen Markt- und Meinungsforschung erfolgen.

2. Deshalb sieht der ADM den § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG als eine geeignete Stelle an, die Unterscheidung zwischen Telefonwerbung und telefonischen Befragungen im Gesetz explizit zu verankern, und schlägt an dieser Stelle die folgende Ergänzung (durch Unterstreichung kenntlich gemacht) des Gesetzentwurfs der Bundesregierung vor:

„2. bei Werbung mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher ohne dessen vorherige ausdrückliche Einwilligung oder gegenüber einem sonstigen Marktteilnehmer ohne dessen zumindest mutmaßliche Einwilligung, nicht jedoch bei Telefonanrufen zu Zwecken der die Anonymität der befragten Personen währenden Markt- und Meinungsforschung;“

3. Das Internet hat für die Markt- und Meinungsforschung als Instrument der Datenerhebung in den letzten Jahren erheblich an Bedeutung gewonnen. Man kann davon ausgehen, dass sich diese Tendenz in den nächsten Jahren fortsetzen wird. Für Online-Befragungen gelten dieselben berufsständischen Verhaltensregeln (d.h. Wahrung der Anonymität der Befragten und Trennung von anderen Tätigkeiten) wie für alle anderen Techniken der Datenerhebung in der Markt- und Meinungsforschung. Deshalb schlägt der ADM vor, den Gesetzentwurf der Bundesregierung hinsichtlich § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG wie folgt zu ergänzen (durch Unterstreichung kenntlich gemacht):

„3. bei Werbung unter Verwendung einer automatischen Anrufmaschine, eines Faxgerätes oder elektronischer Post, ohne dass eine vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten vorliegt, nicht jedoch bei entsprechenden Kontakten zu Zwecken der die Anonymität der befragten Personen währenden Markt- und Meinungsforschung ...“

4. Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass die vorgeschlagenen Ergänzungen nicht nur die Markt- und Meinungsforschung an sich, sondern auch das ihr inhärente berufsethische Grundprinzip der Wahrung der Anonymität der befragten Personen enthalten, um die grundlegenden Unterschiede in der Zielsetzung von Werbung und Verkauf einerseits und Markt- und Meinungsforschung andererseits festzustellen.

5. Die explizite Erwähnung der Markt- und Meinungsforschung in einem Gesetzestext wäre kein Novum. Das Telekommunikationsgesetz (TKG) erwähnt in § 95 Abs. 2 im Zusammenhang mit der Verwendung von Bestandsdaten der Teilnehmer unter anderem auch die Marktforschung. Im Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) wird die Markt- und Meinungsforschung sowohl im Zusammenhang mit der Datenerhebung, Datenverarbeitung und Datennutzung für eigene Zwecke (§ 28 Abs. 3 und Abs. 4) als auch der geschäftsmäßigen Datenerhebung und Datenspeicherung zum Zweck der Übermittlung (§ 29 Abs. 1) genannt. Die explizite Erwähnung von Markt- und Meinungsforschung, Werbung und anderen Tätigkeiten im TKG und im BDSG verdeutlicht nicht nur die besondere Verantwortung dieser Tätigkeiten gegenüber Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern, sondern betont zugleich auch die Notwendigkeit ihrer Unterscheidung.

E. Schutz der Markt- und Meinungsforschung durch klare Rechtsbegriffe

1. In Artikel 2 Buchstabe d) der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarkt-internen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern wird der Begriff „Geschäftspraktiken“ durch einen unmittelbaren Zusammenhang mit der Absatzförderung und dem Verkauf oder der Lieferung eines Produktes definiert. Dieser unmittel-

bare Zusammenhang ist auch Bestandteil der Definition des Begriffs „Wettbewerbsbehandlung“ in dem Referentenentwurf vom 27. Juli 2007 für ein Erstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb. Dagegen definiert der Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 21. Mai 2008 den Begriff „geschäftliche Handlung“ unter anderem durch einen objektiven Zusammenhang mit Absatzförderung, Warenbezug und Vertragsabschluss.

2. Der ADM ist der Auffassung, dass durch die relative Unbestimmtheit des Begriffs „objektiver Zusammenhang“ bei der Rechtsanwendung des UWG die Auslegungsnotwendigkeiten erheblich gesteigert und die Auslegungsmöglichkeiten bis hin zum so genannten „Richterrecht“ ausgedehnt werden. In der Praxis wird dies zu einer Verschärfung der bereits jetzt bestehenden Gefährdung telefonischer Befragungen zu Zwecken der Markt- und Meinungsforschung durch die Rechtsprechung deutscher Gerichte führen.

3. Deshalb empfiehlt der ADM, im Gesetzentwurf der Bundesregierung hinsichtlich § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG den Begriff „objektiv“ in Übereinstimmung mit der oben genannten europäischen Richtlinie 2005/29/EG durch den Begriff „unmittelbar“ zu ersetzen.

4. Zugleich regt der ADM an, zu prüfen, ob die Markt- und Meinungsforschung gemäß ihres Charakters durch eine entsprechende Formulierung im Gesetzestext explizit aus dem Kreis der geschäftlichen Handlungen und damit aus dem Anwendungsbereich des UWG herausgenommen werden kann. Das könnte durch die folgende Änderung bzw. Ergänzung (durch Durchstreichung bzw. Unterstreichung kenntlich gemacht) des Gesetzentwurfs der Bundesregierung in § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG erreicht werden:

„1. „geschäftliche Handlung“ jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, während oder nach einem Geschäftsabschluss das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen ~~objektiv~~ unmittelbar zusammenhängt; als Waren gelten auch Grundstücke, als Dienstleistungen auch Rechte und Verpflichtungen; ein nur mittelbarer Zusammenhang wie bei der

die Anonymität der befragten Personen währenden Markt- und Meinungsforschung reicht nicht aus;

F. Keine Anwendung des UWG auf die Markt- und Meinungsforschung

1. Der ADM begrüßt ausdrücklich den in der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zu § 2 Abs. 2 Nr. 1 UWG enthaltenen Hinweis auf die Markt- und Meinungsforschung und den fehlenden objektiven Zusammenhang zum Warenabsatz:

„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 Information der Leserschaft oder der die Anonymität der befragten Personen währenden Markt- und Meinungsforschung, fehlt es an einem objektiven Zusammenhang zum Warenabsatz, so dass eine geschäftliche Handlung nicht vorliegt.“

2. Wegen der in Deutschland vorherrschenden so genannten „objektiven Auslegungsmethode“ bei der Rechtsanwendung ist es allerdings äußerst fraglich, ob dieser Hinweis in der Begründung des Gesetzes allein, ohne eine entsprechende Regelung im Gesetzestext selbst (siehe Absatz D.4.), ausreicht, die Markt- und Meinungsforschung in der Rechtsprechung aus dem Anwendungsbereich des UWG herauszunehmen oder zumindest eine Unterscheidung zwischen telefonischen Befragungen und Telefonwerbung vorzunehmen.

3. Darüber hinaus kann der vorliegende Text durch die explizite Erwähnung der Reichweitenforschung, die nur einen geringen Teil der Markt- und Meinungsforschung darstellt, missverständlich wirken. Deshalb schlägt der ADM – ergänzend zu den vorgeschlagenen Änderungen in § 2 und § 7 UWG – in der Gesetzesbegründung zu § 2

Abs. 2 Nr. 1 UWG die folgende Modifikation des vorliegenden Textes (durch Durchstreichung bzw. Unterstreichung kenntlich gemacht) vor:

„Weltanschauliche, wissenschaftliche, redaktionelle oder verbraucherpolitische Äußerungen von Unternehmen oder anderen Personen unterfallen weiterhin nicht dem UWG, soweit sie in keinem ~~objektiven~~ unmittelbaren Zusammenhang mit dem Absatz von Waren und den anderen o. g. Unternehmensaktivitäten stehen. Das gilt etwa für redaktionelle Äußerungen oder ~~eine Recherche-~~ forschung (Forschung über Medienkontakte) die Markt- und Meinungsforschung. Dienen sie nur der Information der Leserschaft ~~oder der~~ bzw. wird die Anonymität der befragten Personen ~~währenden Markt- und Meinungsforschung~~ gewahrt, fehlt es an einem ~~objektiven~~ unmittelbaren Zusammenhang zum Warenabsatz, so dass eine geschäftliche Handlung nicht vorliegt.“

G. Schlussbemerkung

Die Möglichkeit telefonischer Befragungen zu Zwecken der Markt- und Meinungsforschung, deren Ergebnisse repräsentativ sind, hängt davon ab, dass die Unterscheidung zwischen Telefonwerbung einerseits und telefonischen Befragungen zu Forschungszwecken andererseits im Gesetz explizit verankert und/oder die Markt- und Meinungsforschung aus dem Anwendungsbereich des UWG herausgenommen wird. Wenn dies nicht gelingt und die gegenwärtige Gleichsetzung von Telefonwerbung und telefonischen Befragungen in der Rechtsprechung sich fortsetzt, wird die Durchführung repräsentativer telefonischer Befragungen in Deutschland in absehbarer Zeit nicht mehr möglich sein. Damit entfällt auf Dauer ein wichtiges – und in einer Reihe von Fällen unverzichtbares – Instrument der wissenschaftlichen Unterstützung von Entscheidungen in Wirtschaft, Politik und Gesellschaft. Für die in Deutschland ansässigen Forschungsinstitute ergibt sich dadurch im internationalen bzw. europäischen Wettbewerb der Anbieter von Dienstleistungen der Markt- und Meinungsforschung ein erheblicher, auch arbeitsplatzrelevanter Nachteil.

Frankfurt am Main, den 21. Juli 2008