

Der presserechtliche 'Frank der Tat' in der Marktforschung *

- Vernetztes Denken im Recht -

I. Einleitung

Was hat der presserechtliche „Frank der Tat“ mit dem Recht der Markt- und Sozialforschung zu tun? Warum ist Robert Schweizer auf so unterschiedlichen Gebieten wie dem Presserecht und dem Recht der Markt- und Sozialforschung tätig? Beweist diese Vielfalt die Flatterhaftigkeit eines letztlich oberflächlichen Juristen?

Für Schweizer sind diese Gebiete ineinander verschlungene Teile eines Ganzen. Was im Presserecht mit Entscheidungen wie „Frank der Tat“ längst bekannt ist, wird für Studien mit face to face-Befragungen ebenso wie für telefonische Forschungsinterviews selbst von anerkannten Gutachtergremien übersehen. „Wenn das Recht wüßte, was das Recht weiß“, - muß man im Anschluß an einen Unternehmensberaterspruch feststellen. Das Problem und seine Lösung werden erst erkannt, wenn aus der Vogelperspektive das Ganze gesehen und die gefestigte Rechtsprechung zu einem anderen Spezialgebiet herangezogen wird.

Zur Zeit müßte vor allem zum „Durchschnittsverbraucher“ vernetzt gedacht werden. Die Sackgasse, aus der Rechtsprechung und Lehre mit „dem Durchschnittsverbraucher“ und „dem vernünftigen EU-Bürger“ nicht herausfinden, kann nur - das ist ein weiteres „Spezialgebiet“ Schweizers - mit der Empirischen Rechtsforschung verlassen werden. Heute wird noch von den besten und erfahrensten Wettbewerbs- und Markenrechtsexperten in einer Veranstaltung zu dem Thema: „Verwechslungsgefahr - Irreführungsgefahr - Bekanntheits-

* unter Mitwirkung vom Dr. jur. Klaus von Hößlin, Dipl. Kaufmann, beide Verfasser sind Rechtsanwälte in München

schutz“¹ eineinhalb Stunden lang referiert und diskutiert, ohne auch nur einmal zu fragen: Geht das eine oder andere Problem oder gehen womöglich die meisten Probleme darauf zurück, daß der einzelne Jurist oft gar nicht mit der zum Beweis erforderlichen Gewißheit wissen kann, wie der „durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher“ in Deutschland und in Europa auffaßt?

Wie kann der Europäische Gerichtshof mit der zum Beweis erforderlichen Gewißheit nach seinem neuen Urteil „6-Korn-Eier“ feststellen, wie - so definiert der EuGH in diesem Urteil - „der durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher“ auffaßt? Und dies auch noch in der gesamten EU?! Soweit ersichtlich, ist Schweizer bis heute der einzige, der aufdeckt:

Viele sind informiert, aufmerksam und verständig. Diese Vielen fassen unterschiedlich auf. Der eine Richter kann informiert, aufmerksam und verständig auffassen und ein anderer Richter auch. Dennoch faßt der eine Richter eine Angabe so und der andere Richter dieselbe Angabe genau anders auf. Wie sollen die beiden nun feststellen, wie ein „durchschnittlich informierter, aufmerksamer, verständiger Durchschnittsverbraucher“ auffaßt? Die Juristen kommen eben auch mit Kunstbegriffen nicht darum herum, die pluralistische Wirklichkeit in ihr Denken mit aufzunehmen.²

Wer, wie Schweizer, solche Fragen - oft erstmals - stellt und immer weiter vertiefend den Grund für das Ganze sucht, stößt schließlich auf die Frage, ob es eine Grundnorm gibt; eine Grundnorm, die bedacht werden muß, wenn Detailnormen bestmöglich ausgelegt und angewendet werden sollen.³ Nach dieser Grundnorm müssen alle Rechtsbereiche neu beleuchtet werden. Juristisch muß neu gedacht werden; von der pluralistischen Wirklichkeit aus. Wenn der Jurist von ihr abweichen will, muß er die Ausnahme begründen; so Satz 2 der von Schweizer festgestellten Grundnorm. Von hier aus führt der Weg zwangsläufig zur Markt- und Sozialforschung für das Recht und zum Recht der Markt und Sozialforschung.

¹ Veranstaltung der Deutschen Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht am 22. Februar 1999 in München.

² Vgl. Schweizer, Die Entdeckung der pluralistischen Wirklichkeit - Durchschnittsleser, Presserecht; Durchschnittsverbraucher, Wettbewerbsrecht; Wertvorstellungen, Grundnorm, 2. Auflage, Berlin 1998, Seiten 95 f. et pass. sowie Schweizer, Anmerkung zu einem Urteil des OLG München vom 19. Juni 1997, in: AfP 6/1997, 931 ff. (934 li. Sp.)

³ Schweizer, a.a.O. - Entdeckung, insbesondere Seiten XXXIII.

Unzählige, seit zwölf Jahren nahezu tägliche Besprechungen des Verfassers mit Robert Schweizer zu den beschriebenen Themenkreisen haben sich in der nachfolgend dargestellten, neuen und noch nicht veröffentlichten Rechtsprechung niedergeschlagen.

II. Problemschilderung

1) Grundsätzliches

Diese Rechtsprechung hat ihre Ursache in dem Umstand, daß Marktforscher und Marktforschungsinstitute manchmal mit dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in Berührung kommen. In der Vergangenheit machten sie diese stets unfreiwillige Bekanntschaft, weil die Institute oder der sie vertretende Interessenverband gezwungen waren, Unternehmen, die Marktforschungstätigkeiten vortäuschten, um Verträge abzuschließen oder Vertragsabschlüsse vorzubereiten, zur Unterlassung aufzufordern.

Umgekehrt wird den Marktforschungsinstituten in jüngster Zeit vereinzelt unterstellt, sie selbst handelten zum Zwecke des Wettbewerbs und in Wettbewerbsabsicht, wenn sie Marktforschungsuntersuchungen durchführen. Deswegen, so die konsequente Auffassung, könnten sie auch bei ihrer Forschungstätigkeit gegen das Wettbewerbsrecht verstoßen.

In der nachfolgenden Untersuchung geht es um die Frage, ob das tatsächlich der Fall ist. Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Marktforscher handeln nicht in Wettbewerbsabsicht, wenn sie Markt- und Meinungsforschungsuntersuchungen durchführen. Das Landgericht Bonn hat dies in einem Urteil vom 30.9.1998⁴ auch schon bestätigt. Dieses Urteil wird aller Voraussicht nach für die Marktforschung die gleiche Bedeutung gewinnen wie das Urteil 'Frank der Tat' des Bundesgerichtshofes vom 22.5.1986⁵ für die Frage, ob und wann Presseäußerungen mit Wettbewerbsabsicht getan werden. Es wird gezeigt werden, daß die in diesem Urteil aufgestellten Kriterien für die Bestimmung der Wettbewerbsabsicht sinngemäß auch auf die Marktforschung übertragen werden können. Das Landgericht Bonn stützt seine Entscheidung u.a. auch auf das Urteil 'Frank der Tat' des BGH.

⁴ Az.: 16 O 50 / 98, unveröffentlicht

⁵ GRUR 86,898

Um die Tragweite der Bonner Entscheidung zu verdeutlichen, wird es nützlich sein, kurz anhand einiger Gerichtsurteile den Unterschied zwischen Marktforschung einerseits und Verkaufstätigkeiten im weitesten Sinne andererseits darzustellen.

Wesentlichen Anteil an dieser für die Marktforschung wichtigen und sie von anderen Tätigkeiten abgrenzenden Rechtsprechung hat Prof. Schweizer. Er hat seit Jahrzehnten konsequent und beharrlich am Ausbau der Rechtspositionen der Marktforschung gearbeitet.

2) Wettbewerbsverstöße durch Vortäuschen von Marktforschung

Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb findet dann Anwendung, wenn keine Marktforschung vorliegt, sondern zum Beispiel Direktmarketing oder irgendeine Tätigkeit, die im weitesten Sinne einer Vertragsanbahnung mit dem oder der Bewerbung des Befragten dient. Im Zweifelsfall muß ein Gericht also zunächst feststellen, ob Gegenstand der Beanstandung des Klägers in einem wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsverfahren tatsächlich eine Marktforschungsuntersuchung ist. Dazu seien nachfolgend einige ausgewählte Gerichtsentscheidungen vorgestellt:

Das OLG München urteilte bereits 1982,⁶ daß Personen, die in ein ausgeklügeltes Vertriebssystem eingebunden sind, keine „Interviewer“ im Sinne der Marktforschung sind. Sie dürfen auch in Stellenausschreibungen so nicht bezeichnet werden, selbst wenn sie für „Umfragen“ eingesetzt werden sollen. Das OLG Frankfurt a. M. hat 1984⁷ entschieden: Eine Tätigkeit, die zu anschließender Vertragsanbahnung ausgenutzt wird, ist keine Marktforschung. Das gleiche Gericht führte in seiner Entscheidung vom 10.4.1989 -“Adressenbeschaffung“⁸ - aus: Wer bei einer „Umfrage“ zusichert, die erhobenen Daten würden Dritten nicht zugänglich gemacht, sondern dienen lediglich für interne Zwecke der Marktanalyse und Produktinformation, erwecke den Eindruck, daß es sich bei der Umfrage um eine regelgerechte Marktforschungsumfrage handle, nicht dagegen um eine Werbeaktion, um auf diese Weise Adressen für den Absatz von Vermögensanlagen zu erhalten. Eine solche Adressenbeschaffung, so beschied das Gericht, verstößt gegen § 1 UWG und ist zu unterlassen.

⁶ Urteil vom 23.12.1982 - 6 U 1718/82 - unveröffentlicht

⁷ Urteil vom 5.7.1984 - 6 U 146/83 - unveröffentlicht

⁸ GRUR 89, 845

Grundlage dieser Entscheidung ist die Tatsache, daß Marktforscher die personenbezogenen Daten der Befragten niemals an Dritte weitergeben oder überhaupt für nichtwissenschaftliche Zwecke verwenden. Die Anonymität der Befragten bleibt bei Marktforschungsuntersuchungen strikt gewahrt. Es gibt keine Ausnahmen, selbst wenn der Befragte etwas anderes will.⁹

Wiederum das OLG München hatte in seinem Urteil vom 31.5.1990¹⁰ über einen Zeitschriftenwerber und dessen Auftraggeber zu urteilen, der sich mit dem Hinweis auf eine Umfrage Zugang zu Privatwohnungen verschafft hatte, um dann dort Zeitschriftenabonnements zu akquirieren. Aus den Urteilsgründen:

„Durch die als 'Türöffner' benutzte vorgeschobene Meinungsumfrage entsteht beim Kunden der Eindruck, daß der Frager im Auftrag eines Meinungsforschungsunternehmens kommt und eine ernsthafte Umfrage durchführen will, während es in Wirklichkeit nur um den Verkauf von Zeitschriften geht. Durch dieses Gebahren wird die Tätigkeit der Meinungsforschungsunternehmen behindert und auf Dauer schwer beeinträchtigt. Es kann der Eindruck entstehen, daß es bei Meinungsumfragen letztlich nicht um die Durchführung einer Umfrage, sondern nur um den Verkauf von Zeitschriften gehe.“¹¹

Das Gericht hat damit das Grundproblem formuliert. Denn wenn der Eindruck entsteht (und sich verfestigt), daß Markt- und Meinungsforschung dem Befragten nur etwas verkaufen will, dann besteht auch die Gefahr, daß die Tätigkeit der Marktforschungsinstitute, nämlich: Die Forschung, zu Unrecht den Regeln des Wettbewerbsrechts unterworfen wird.

Als Verstoß gegen § 1 UWG wertete es das OLG Köln in einem Beschluß vom 22.11.1991,¹² wenn als „Interviewer“ bezeichnete Beauftragte eines Versicherungsunternehmens potentielle Kunden dergestalt ansprechen, daß sie zunächst den Eindruck erwecken, sie wollten im Auftrag eines Meinungsforschungsinstitutes eine Umfrage durchführen, während es tatsächlich nur um die Ermitt-

⁹ Die vom Arbeitskreis Deutscher Markt- und Sozialforschungsinstitute (ADM) und dem Berufsverband Deutscher Marktforscher (BVM) gemeinsam erarbeiteten Standesrichtlinien untersagen alles, was auch nur den Anschein erwecken kann, als ob die Anonymität der Befragten nicht gewährleistet würde.

¹⁰ Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht, ZUM 91, 94

¹¹ a.a.O., S. 96, r.Sp.

¹² WRP 92, 405

lung der persönlichen Daten der Befragten geht, um diese dann mit Hilfe der so gewonnenen Daten gezielt zu umwerben.

Eine wichtige Entscheidung im Zusammenhang mit telefonischen Umfragen mußte das OLG München am 6.5.1995 treffen.¹³ Denn Gegenstand der Beurteilung war ein Telefonanruf eines Unternehmens, das ebenfalls Zeitungsabonnements akquirieren wollte. In dem ohne vorherige Einwilligung geführten Telefongespräch wurden dem Angerufenen zunächst einige unverfängliche Fragen nach dem allgemeinen Leseverhalten gestellt. Die letzte Frage des Gesprächs lautete: „Dürfen wir Sie wieder anrufen, sobald wir ein neues Zeitungsprodukt testen?“. Bei dem dann folgenden zweiten Anruf wurde ein kostenloses Probeabonnement einer Zeitung angeboten.

Auch hier sei der Einfachheit halber aus den Erwägungsgründen zitiert:

„Damit hat die Antragsgegnerin ... die Gelegenheit genutzt, im Rahmen eines zunächst wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstandenden Telefongesprächs einen erhofften Geschäftsabschluß werbend vorzubereiten. Bereits in dieser Anbahnung des erstrebten Geschäftsabschlusses liegt ein Verstoß gegen § 1 UWG. Es stellt nämlich einen unzulässigen Eingriff in die Individualsphäre des Anschlußinhabers dar, wenn der Anrufer ein zunächst nicht zu beanstandendes Gespräch dazu benutzt, ein 2. Gespräch vorzubereiten, um in diesem seine gewerbliche Leistung oder seine Ware anzubieten. Es liegt eine unzulässige Ausnutzung des 1. Gesprächs zu Werbezwecken vor.“

Die Hervorhebungen stammen vom Verfasser, um deutlich zu machen, um was es geht: Das Gericht hält ein ohne vorherige Einwilligung des Angerufenen geführtes Telefongespräch, in dem Fragen nach dem Leseverhalten gestellt werden, für sich genommen für wettbewerbsrechtlich zulässig. Eine genaue Begründung dafür fehlt zwar. Erkennbar knüpft das Gericht bei der Zulässigkeitsbeurteilung aber an den Zweck des Telefonanrufes an. Es scheint die Überzeugung zu hegen: Wenn der Telefonanruf *nicht* dazu dient, eine Werbung oder den Abschluß eines Vertrages vorzubereiten, dann ist er aus wettbewerbsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden und zulässig.

Als Zwischenergebnis soll hier festgehalten werden: Alle diese Urteile¹⁴ betonen die Rechtswidrigkeit der Vortäuschung von Marktforschung. Die für die

¹³ Az.: 29 U 2134/95 - unveröffentlicht -

¹⁴ Es gibt insgesamt etwa zwei Dutzend - unveröffentlichte - Entscheidungen verschiedener Gerichte mit gleichen, für die Marktforschung erfreulichen Ergebnissen.

Gerichte entscheidende Norm ist dabei nicht die Vorschrift über das Verbot der Irreführung der Verbraucher, § 3 UWG, sondern das Verbot unsittlichen Wettbewerbsverhaltens, § 1 UWG.

Anders formuliert: Beanstandet wird nicht (nur) eine „bloße“ Irreführung des Verbrauchers oder Befragten über den tatsächlichen Zweck einer „Umfrage“. Beanstandet wird die Tatsache, daß eine neutrale, nicht am unmittelbaren Absatz von Waren oder Dienstleistungen orientierte Tätigkeit, nämlich Forschung in Gestalt der Markt- und Meinungsforschung, oder, allgemeiner formuliert: eine *wissenschaftliche Tätigkeit*,¹⁵ vorgetäuscht und vorgeschoben wird. Beanstandet wird, daß die (immer noch vorhandene) positive und offene Haltung gegenüber der Markt- und Meinungsforschung für Verkaufszwecke ausgenutzt wird. Und hervorgehoben wird: Durch solche Täuschungsmanöver wird die Auskunftsfreudigkeit der Befragten gefährdet und beeinträchtigt zum Schaden der Markt- und Meinungsforschung.¹⁶

Die erwähnten Urteile lassen darüber hinaus alle die Gemeinsamkeit erkennen: Wenn Umfragen auch nur im Zusammenhang mit Verkaufstätigkeiten (insbesondere Werbung, Umwerbung, Versuch eines Vertragsabschlusses, Vorbereitung eines Verkaufsgespräches u.ä.) gegenüber dem Befragten stehen, findet das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb Anwendung.

Tatsächlich handelt es sich in solchen Fällen auch nicht um Marktforschung, also um eine wissenschaftliche Tätigkeit. Denn bei solchen Vorgehensweisen steht nicht das forschungsbedingte Erkenntnisinteresse im Vordergrund, sondern das Verkaufsinteresse. Für den Begriff der Forschung „ist aber die Aufklärung des konkreten Sachverhaltes im Einzelfall nicht ausreichend. Sie verlangt eine 'geistige Tätigkeit mit dem Ziele, in methodischer, systematischer und nachprüfbarer Weise neue Erkenntnisse zu gewinnen', welche zum Fortschritt der Wissenschaft beitragen können.“¹⁷ Umfragen oder Datenrecherchen, die dazu dienen, den Einzelnen zu umwerben oder ihm etwas zu verkaufen, will nur den konkreten Sachverhalt aufklären (meist in Form der personenbezogenen Daten und der Konsumgewohnheiten des Befragten).

¹⁵ „Der Begriff der Wissenschaft bildet den Oberbegriff für die Begriffe Forschung und Lehre“, wir haben zitiert aus Scholz in: Maunz, Dürig, Herzog, Scholz, Kommentar zum GG, Art 5 Abs. III, Rn 85.

¹⁶ So OLG Köln a.a.O. WRP 92,406 r.Sp. und OLG München a.a.O. ZUM 91,96, r.Sp.

¹⁷ Heldrich, Andreas, Freiheit der Wissenschaft - Freiheit zum Irrtum?, Heidelberg 1987, S. 21

Für die Abgrenzung der Marktforschung von Verkaufstätigkeiten wird es an dieser Stelle folgendes Zitat genügen:

„Wenn demgegenüber Daten in personenbezogener Form verwertet werden, beispielsweise gezielt für Absatz- und Vertriebszwecke, wird - mangels eines wissenschaftlichen Erkenntnisinteresses - nicht geforscht. Es geht dann weder um die Gewinnung von Erkenntnissen über die Struktur von Märkten und ihre betriebs- oder volkswirtschaftliche Bedeutung noch um die Verfeinerung des methodischen Instrumentariums der empirischen Sozialforschung. Im Zentrum steht allein das Ziel der Absatzförderung. Eine derartige Tätigkeit ist keine Marktforschung mehr und kann den grundrechtlichen Schutz der Forschungsfreiheit auch nicht für sich in Anspruch nehmen.“¹⁸ (Die Hervorhebung stammt vom Verfasser)

Marktforschung zeichnet sich demnach maßgeblich dadurch aus, daß die Anonymität des Befragten gewahrt bleibt. Denn die Marktforschung wie die Sozialwissenschaften überhaupt „haben generell keine persönliches Interesse an Einzelangaben, da lediglich statistische Aussagen über Kollektive gewonnen werden sollen und die Individualität eher eine Fehlergröße darstellt.“¹⁹ Marktforschung findet in der Regel gerade da nicht statt, wo die Ermittlung personenbezogener Angaben im Vordergrund steht und gleichzeitig die Anonymität des Befragten nicht verlässlich zugesichert wird. Entsprechend haben auch schon Gerichte entschieden:

„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 mit berücksichtigt und auf seiten des Telefonmarketing deren Fehlen.“

Wir haben zitiert aus einem Urteil des Landgerichts München vom 24.4.1990.²⁰ Das Landgericht hat mit diesen Ausführungen das Verbot der Werbeäußerung

¹⁸ Heldrich, Andreas, Eidenmüller, Horst, Europarechtliche Regulierung der telefonischen Markt- und Sozialforschung, Berlin 1995, S. 82

¹⁹ Lennartz, Hans - Albrecht, Datenschutz und Wissenschaftsfreiheit, Braunschweig 1989, S. 105

²⁰ Az.: 21 O 15236/89 - unveröffentlicht. Ebenso AG Frankfurt a.M. in einem Urteil vom 21.5.1991, Az: 31 C 1028/91 - 15 - unveröffentlicht.

'Nach wie vor findet das Telefonmarketing seinen Haupteinsatz in der Marktforschung' begründet.

Zuletzt hat - erneut - das Landgericht Bonn in einer Entscheidung vom 4.2.1999,²¹ geurteilt, daß ein Unternehmen, dessen Datenerhebung nicht auf die Gewinnung repräsentativer Daten (im Sinne der empirischen Sozialforschung zugrundeliegenden Methoden) ausgerichtet ist, kein Marktforschungsinstitut ist. Dieses Unternehmen hatte u.a. beantragt, die Verbreitung der Behauptung zu verbieten, es sei kein anerkanntes Marktforschungsinstitut und es werde abgestritten, daß die (von ihm gewonnen) Ergebnisse repräsentativ seien.

Das Gericht hat diesen Antrag, der gegen den Arbeitskreis Deutscher Markt- und Sozialforschungsinstitute gerichtet war, zurückgewiesen und ihre wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit bestätigt. Aus den Urteilsgründen:

„Forschung beinhaltet ein Minimum an Methodik und Wissenschaftlichkeit. Dabei mag die Klägerin durchaus methodisch vorgehen, nämlich möglichst viele „Respondenten“ interessierten Firmen mitteilen können, doch hat diese Methodik mit der Methodik eines Forschungsinstitutes nichts zu tun. Eine Marktforschung ohne zumindest einem Anstreben der Erzielung repräsentativer Ergebnisse ist nach Auffassung der Kammer nicht denkbar; d.h. die Klägerin mag ein Marktförderungsunternehmen sein, ein Marktforschungsinstitut ist die Klägerin nicht ..“ (Die Hervorhebung stammt vom Verfasser).

Das Gericht hat zusätzlich betont, daß der die Interessen der Marktforschungsinstitute wahrnehmende Verband einen legitimen Anlaß hatte, die von ihm vertretenen Mitglieder gegenüber der Klägerin auch durch öffentliche Äußerungen abzugrenzen.

3) Wettbewerbsverstöße durch Marktforschung?

Soweit bekannt, gibt es keine (zumindest veröffentlichte) Gerichtsentscheidung, 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. Lediglich im Urteil des OLG München vom 6.5. 1995²² findet sich, wie erwähnt, in Ne-

²¹ Az.: 12 O 194/98 - bisher unveröffentlicht -

²² vgl. Fn 10

bensätzen die Überzeugung, daß Telefonanrufe, die nicht dem Verkauf von Waren oder Dienstleistungen dienen, wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden sind.

Der Gutachterausschuß der Zentrale zu Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs hat hingegen einmal die Meinung vertreten, Marktforschungsunternehmen verstießen gegen § 1 UWG, wenn sie im Auftrag eines gewerblichen Unternehmens unaufgefordert per Telefon Verbrauchergewohnheiten abfragten, die im Zusammenhang mit den Produkten und Dienstleistungen des auftraggebenden Unternehmens stehen.²³ Begründet wird diese Auffassung damit, daß die Markt- und Meinungsforschungsunternehmen in doppelter Hinsicht zu Zwecken des Wettbewerbs handelten: Einmal förderten sie den Wettbewerb ihrer Auftraggeber, zum anderen handelten sie zu Zwecken des eigenen Wettbewerbs gegenüber anderen Marktforschungsunternehmen.

Nicht untersucht wird in diesem Gutachten, ob und inwieweit Telefonanrufe von Markt- und Meinungsforschungsinstituten Forschungshandeln und somit die Anwendung eines Forschungsinstrumentariums darstellen. Konsequenterweise wird auch nicht erörtert (und nicht begründet), ob und in welcher Weise die Anwendung eines Forschungsinstrumentariums (telefonische Befragung) mit Wettbewerbsabsicht geschehen kann. Es fehlt auch die naheliegende Auseinandersetzung über den Unterschied zwischen der Geeignetheit, fremden oder eigenen Wettbewerb zu fördern, und der Absicht, dieses zu tun. Bekanntlich verlangt das UWG aber ein Handeln mit Wettbewerbsabsicht.²⁴

Die Markt- und Meinungsforschungsinstitute müssen diese Rechtsmeinung durchaus ernst nehmen. Der Grund liegt gerade in der geschilderten, Täuschung der Befragten darüber, ob die Befragung Marktforschungszwecken dient oder Verkaufszwecken. Je mehr die Grenzen verwischen, desto eher wird ein Richter geneigt sein, sie nicht mehr sehen zu wollen und die Markt- und Meinungsforscher den Regeln des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb zu unterwerfen.

Dann würde - bei telefonischen Marktforschungsumfragen - die Rechtsprechung zur Telefonwerbung Anwendung finden können. Da eine telefonische

²³ vgl. WRP 97, 298

²⁴ Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG, Rn 232. Im Gutachten der Zentrale wird keine einzige Quelle aus der Rechtsprechung und der juristischen Literatur genannt, die ebenfalls die Meinung äußert, Marktforschung unterliege den Regeln des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, weil sie stets mit Wettbewerbsabsicht betrieben werde.

Befragung zu Forschungszwecken mit vorheriger (schriftlicher oder anders gearteter) Einwilligung des zu Befragenden dessen Antwortverhalten in unkontrollierbarer Weise beeinflusst, wären die Ergebnisse dann für Marktforschungszwecke nicht mehr verwendbar.²⁵ Die gesamte Telefonmarktforschung (insbesondere auch die Wahlforschung, die nahezu ausschließlich telefonisch erfolgt) müßte eingestellt werden.²⁶

Die Anwendung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb wird den Markt- und Meinungsforschungsinstituten aber auch von anderer Seite angetragen. Es sind dies Unternehmen (potentielle oder tatsächliche Auftraggeber oder Kunden), deren Produkte nicht in eine Marktforschungsuntersuchung aufgenommen wurden, nach Meinung des Herstellers aber aufgenommen werden müssen. Es gibt auch den umgekehrten Fall: Die Ergebnisse für ein Produkt sind schlecht ausgefallen, der Hersteller will die Veröffentlichung der Ergebnisse verhindern. Oder auch: aus methodischen Gründen (Vergleichbarkeit, Vollständigkeit) muß ein Produkt in die Untersuchung aufgenommen werden, der Hersteller will das aber nicht.

Das Landgericht Bonn mußte in der eingangs erwähnten Entscheidung vom 30.9.1998²⁷ über folgenden Sachverhalt urteilen:

Das beklagte Marktforschungsinstitut hatte Leserschaftsdaten von Fachzeitschriften aus dem Bereich Heizung und Sanitär ermittelt. Die Zeitschrift der Klägerin war aus Sachgründen, die mit dem Forschungszweck zusammenhängen, nicht mit in die Untersuchung aufgenommen worden. Dagegen wandte sich die Klägerin. Wir zitieren aus dem Abmahnschreiben:

„In der Nichtberücksichtigung der Zeitschrift unserer Mandantin liegt u.a. eine rechtswidrige Herabsetzung und ein geschäftsschädigendes Verhalten. Dadurch verstoßen Sie gegen §§ 1,3 UWG. Darüber hinaus liegt ein rechtswidriger Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewer-

²⁵ Vgl. zu dieser Problematik die anschauliche Abhandlung von: Scheuch, Formen und Folgen der Einwilligung des Befragten, in: ZRP 95, 422f. Die Marktforschungsinstitute haben deswegen bereits 1980 mit den Datenaufsichtsbehörden eine besondere Vereinbarung getroffen, die es erlaubt, bei Umfragen zu Forschungszwecken auf die Schriftlichkeit einer datenschutzrechtlich notwendigen Einwilligung des Betroffenen zu verzichten, sogenanntes „Schweinoch - Abkommen“.

²⁶ 1997 waren 40% aller von den Mitgliedern des Arbeitskreises deutscher Markt- und Sozialforschungsinstitute (ADM) durchgeführten Interviews Telefoninterviews. Quelle: 'planung & analyse' 98, S 54, 55.

²⁷ Vgl. Fn 1

betrieb unserer Mandantin vor, da diese befürchten muß, daß sie insbesondere im Hinblick auf zukünftige Anzeigenakquisitionen erhebliche Nachteile erleidet. ... Es bedarf keiner näheren Darlegung, daß auch die Verwertung der Ergebnisse der von Ihnen durchgeführten Repräsentativbefragung rechtswidrig ist.“

Das beklagte Institut konnte nachweisen und das Gericht davon überzeugen: Weder bei der Auswahl der Zeitschriften, deren Leser befragt werden sollten, noch bei der Befragung selbst und auch nicht bei der Veröffentlichung der Ergebnisse handelte das Institut in Wettbewerbsabsicht. Es argumentierte dabei u.a. mit dem Urteil 'Frank der Tat' des BGH und den darin aufgestellten Kriterien zu Bestimmung der Wettbewerbsabsicht bei Presseäußerungen. Sie sollen deswegen nachfolgend im Hinblick auf ihre Verallgemeinerungsfähigkeit dargestellt werden. Danach wird ihre Anwendbarkeit auf Forschungstätigkeiten der Markt- und Meinungsforschungsinstitute untersucht.

III. Für die Beurteilung der Wettbewerbsabsicht bei der Marktforschung wichtige Urteile zur Wettbewerbsabsicht bei Presseäußerungen²⁸

1) 'Frank der Tat'

Dieser Entscheidung des Bundesgerichtshofes lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Ein Redakteur einer Zeitung hatte im redaktionellen Teil über die Verlegung der Anwaltskanzlei eines Rechtsanwaltes namens K. Frank in ein von diesem errichtetes Gebäude berichtet. Er hatte dabei wiederholt herausgestellt, daß Teilnehmer der Einweihungsfeier für die neuen Kanzleiräume den Bauherrn, Rechtsanwalt Frank, als „Frank der Tat“ gewürdigt hätten. In dem Ort gab es nun einen weiteren Rechtsanwalt mit dem Namen Frank, nämlich Dr. A. Frank. Der Architekt des Gebäudes, so berichtete der Redakteur weiter, habe bei dieser Gelegenheit erzählt, von dem Bauherrn immer als „Frank der Tat“ zu sprechen, wenn er in Unterscheidung der beiden Franks im Ort gefragt werde, um welchen Frank es sich bei dem Rechtsanwalt K. Frank handele. Der Redakteur erwähnte andere Redner der Veranstaltung, die geäußert hätten, „Frank

²⁸ Vgl. dazu auch die ausführliche Abhandlung von Gloy, 'Zur Wettbewerbsabsicht bei Presseäußerungen', in dieser Festschrift.

der Tat“ spiele sich nicht in den Vordergrund, zeige dafür aber Leistung, ohne großes Aufheben darüber zu machen.

Rechtsanwalt Dr. A. Frank hatte den Artikel beanstandet und auf Unterlassung dieser Äußerungen geklagt. Gestützt hatte er seinen Unterlassungsanspruch auf § 1 UWG. Er unterstellte also, daß der Redakteur den von ihm beanstandeten Artikel in Wettbewerbsabsicht geschrieben hatte. Dieser habe, so trugen die Anwälte des klagenden Dr. A. Frank vor, die Tätigkeit des Rechtsanwaltes K. Frank werbend hervorgehoben. Er habe nachteilig auf den Wettbewerb des gleichnamigen Klägers eingewirkt.

Die Übereinstimmung der Argumentationen des Klägers in Bonn mit denjenigen des klagenden Rechtsanwaltes Dr. A. Frank ist deutlich und auf den Nenner zu bringen: Aus der Möglichkeit, daß die jeweils beanstandete Handlung geeignet ist, die geschäftliche Tätigkeit des Klägers nachteilig zu beeinflussen, wird auf die Absicht des Handelnden geschlossen, eine solche nachteilige Beeinflussung auch zu bewirken.

Der Bundesgerichtshof hat sich bei seiner Beurteilung des Sachverhalts von dem vernünftigen Grundsatz leiten lassen, daß auf das Erfordernis einer Wettbewerbsabsicht des Handelnden nicht verzichtet werden kann. Ansonsten wäre jede

„Handlung, die geeignet ist, die Wettbewerbsfähigkeit eines anderen zu beeinträchtigen, nach UWG-Recht zu beurteilen, auch wenn sie z.B. aus rein politischen, weltanschaulichen, publizistischen, sozialen, kirchlichen, wissenschaftlichen oder familiären Gründen geschehen ist.“²⁹ (Die Hervorhebung stammt vom Verfasser)

Der BGH betont im Urteil 'Frank der Tat' vorweg, daß ein Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs nur dann vorliegt, wenn dieses Handeln objektiv geeignet ist, den eigenen oder fremden Wettbewerb zum Nachteil eines anderen zu begünstigen *und* wenn der Handelnde gleichzeitig in subjektiver Hinsicht in der Absicht tätig geworden ist, den eigenen oder fremden Wettbewerb *zum Nachteil eines anderen zu begünstigen*.

Während überwiegend bei Handlungen, die objektiv geeignet sind, eigenen oder fremden Wettbewerb zum Nachteil eines anderen zu fördern, die Wettbewerbsabsicht vermutet wird (der Handelnde also diese Vermutung widerlegen muß), wird eine solche Vermutung bei redaktionellen Presseäußerungen seit

²⁹ Baumbach/Hefermehl, Einl UWG, Rn 235 m.w.N.

der sogenannten 'Höllengeuer'- Entscheidung des Bundesgerichtshofes³⁰ verneint.³¹

Im Falle 'Frank der Tat' führt deswegen der BGH in seinen Entscheidungsgründen aus: Selbst aus der Möglichkeit, daß dem Redakteur die nachteiligen wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen seines Berichtes für den Rechtsanwalt Dr. Frank bewußt waren, könne nicht auf seine Wettbewerbsförderungsabsicht geschlossen werden. Das Bewußtsein, fremden Wettbewerb zu fördern, könne, so der BGH, zwar ein *Beweisanzeichen* für eine Handeln zum Zwecke des Wettbewerbs sein, ziehe aber die Feststellung, daß eine solche auch gegeben sei, „*nicht ohne weiteres* nach sich“³² (die Hervorhebung stammt wieder vom Verfasser). Der BGH erachtet ein solches Bewußtsein des Handelnden also nicht als *Vollbeweis*, sondern fordert *zusätzliche* tatsächliche Anhaltspunkte, damit eine Wettbewerbsförderungsabsicht als festgestellt erachtet werden kann.

Der BGH vermochte eine solche Absicht bei dem beklagten Redakteur schließlich auch nicht zu erkennen. Denn aus dem festgestellten Sachverhalt ergab sich für das Gericht, daß der Redakteur durch den „beanstandeten Artikel *in erster Linie* seiner journalistischen Pflicht zur Berichterstattung in Erfüllung der öffentlichen Aufgabe der Presse“ habe Rechnung tragen wollen.³³ Im weiteren Verlauf der Entscheidungsgründe hebt das Gericht noch einmal hervor, der Redakteur habe „in erster Linie“ journalistische Aufgaben erfüllen wollen, die Förderung des Wettbewerbs des Rechtsanwalts K. Frank sei dabei nicht wesentlich gewesen.

Dem Bundesgerichtshof ist mit anderen Worten die *Funktion* des Betreffenden wichtig, in deren Zusammenhang er sich geäußert oder - verallgemeinernd formuliert - etwas getan hat, das objektiv geeignet ist, den eigenen oder fremden Wettbewerb zu fördern. Wenn dies eine Funktion ist, so müssen wir die Ausführungen des BGH verstehen, die nicht unmittelbar und direkt gewerblicher, kommerzieller sondern eben in diesem Fall publizistischer Natur ist, dann ist genau zu prüfen und festzustellen, ob der Betreffende gerade in Erfüllung dieser Funktion handelte. Tat er dies, dann liegt keine Wettbewerbsförderungsabsicht vor. Man wird sagen können, der Betreffende habe - im Falle 'Frank

³⁰ GRUR 66, 693, 694

³¹ vgl. dazu auch die informationsreiche Übersicht von Ahrens in Gloy, Handbuch des Wettbewerbsrechts, § 58, Rn 48 - 60, sowie Gloy in dieser Festschrift, a.a.O.

³² BGH, a.a.O. S 899, r.Sp.

³³ BGH, a.a.O. S 899, r.Sp.

der Tat' - eine allen zustehende Freiheit (öffentlich in einer Zeitung zu berichten) ausgeübt. Oder anders formuliert: Er hat die Öffentlichkeit über Vorgänge von allgemeiner Bedeutung und/oder allgemeinem Interesse unterrichtet und zur öffentlichen Meinungsbildung beigetragen. Die Förderung fremden Wettbewerbs spielte dabei nur eine untergeordnete Rolle.³⁴ Konsequenterweise kann sein Handeln nicht nach den Regeln des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb beurteilt werden.

Dieses Ergebnis steht mit dem Sinn und Zweck des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb in Einklang, denn dieses will das Rechtsgut 'Wettbewerb auf dem Markt' schützen.³⁵

2) Weitere Urteile, welche das Ergebnis der Entscheidung 'Frank der Tat' stützen

Es ist schon länger gefestigte Rechtsprechung, daß das Bewußtsein, fremden Wettbewerb zu fördern der für die Anwendung der Regeln des

Wettbewerbsrechts erforderlichen Wettbewerbsabsicht nicht gleichsteht.³⁶ Entscheidendes Kriterium sind äußere Umstände, insbesondere die Rolle und / oder die Funktion in der der Betreffende handelt.

Bereits in kurz vor dem Urteil 'Frank der Tat' erlassenen Entscheidung 'Gastrokritiker'³⁷ hat der BGH den Umstand, daß der dortige Beklagte sowohl publizistisch als Gastrokritiker und auch als Geschäftsführer einer auch Weinhandel betreibenden Weinkellerei tätig war, genau herausgearbeitet, in welcher Funktion er die vom seinerzeitigen Kläger beanstandete Äußerung über dessen Weinlokal verbreitet hatte. Die kritische Äußerung war im Rahmen einer Artikelserie in einer Tageszeitung veröffentlicht worden. Der BGH urteilt auch hier:

„Ist damit für die rechtliche Beurteilung davon auszugehen, daß der Bekl. den vom Kl. beanstandeten Artikel in seiner Eigenschaft als Gastrokritiker verfaß und veröffentlicht hat, so kann nicht ohne weiteres angenommen werden, der Bekl. habe damit seine Stellung als Wettbewerber beim

³⁴ Baumbach/Hefermehl, Einl UWG Rn 239 m.w.N.

³⁵ So Tillmann in seiner Anmerkung zum Urteil, GRUR 86, 900,901

³⁶ vg. z.B. BGH WRP 1981, 457 - Preisvergleich - mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung

³⁷ Urteil vom 20.3.1986, GRUR 86, 812f

Vertrieb von Weinen fördern oder aber in den Wettbewerb der Gaststättenbetriebe untereinander zugunsten bestimmter Unternehmen eingreifen wollen.“³⁸

Auch hier also kommt es dem Gericht auf die Funktion desjenigen an, der die angegriffene Äußerung getan und verbreitet hatte. Der BGH kommt in diesem Fall zu der Erkenntnis: Es handelt sich um eine Presseäußerung, die der Beklagte als *Gastrotekriter* getan hat. Die Folge:

*„Bei Presseäußerungen, insbesondere auch bei einer Artikelserie über das unterschiedliche Angebot von Gaststättenbetrieben, besteht daher allein aufgrund der objektiven Eignung zu Wettbewerbsförderung und auch des Bewußtseins des Verfassers, daß eine solche Wirkung eintreten könne, noch keine Vermutung für das Bestehen einer subjektiven Wettbewerbsabsicht.“*³⁹

Ausdrücklich bestätigt und angewandt wird diese „Funktionstheorie“ zum Beispiel in dem Urteil „FDP-Zahlen“ des Oberlandesgerichts Düsseldorf.⁴⁰ Diese Entscheidung führt auch mittelbar zurück zur Marktforschung. Denn das Gericht hatte über eine in einem Presseinterview veröffentlichten, kritischen Äußerung von Frau Prof. Noelle-Neumann über ein anderes Marktforschungsinstitut zu urteilen. Frau Prof. Noelle-Neumann ist bekanntlich auch Geschäftsführerin des Instituts für Demoskopie in Allensbach. Das kritisierte und namentlich genannte Institut wollte die beanstandete Äußerung untersagen lassen und stützte sich dabei auf das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb.

Das OLG Düsseldorf betonte jedoch ausdrücklich, daß sich hinsichtlich der erforderlichen Wettbewerbsabsicht dann Besonderheiten ergeben, „wenn der Gewerbetreibende *mehrere Funktionen* innehat, wenn er z.B. ‘Weinhändler’ und ‘Gastrotekriter’ ist.“⁴¹ Bei solchen „doppelten Funktionen“, so das Gericht, könne trotz Bestehens einer objektiven Wettbewerbsförderungseignung der beanstandeten Handlung - hier: der kritischen Äußerung - eine Wettbewerbsabsicht nicht angenommen werden. Es sei zu berücksichtigen, daß die Beklagte nicht nur als Geschäftsführerin eines Meinungsforschungsinstituts tätig sei, sondern „Wissenschaftlerin, Publizistin und auch Politikerin“.

³⁸ ebda, S. 813, die Hervorhebung stammt von den Verfassern

³⁹ ebda

⁴⁰ vom 22.1.1998, WRP 98, 421f

⁴¹ a.a.O. S.426 r.Sp.

Das Gericht urteilt aufgrund dieser Umstände, daß es sich bei der Veröffentlichung

„um einen redaktionellen Beitrag in Form eines Interviews, mit welchem das Anliegen verfolgt wurde, die Öffentlichkeit über Vorgänge von allgemeiner Bedeutung zu unterrichten und zu öffentlichen Meinungsbildung beizutragen“ handele.“⁴²

Die „gebotene Gesamtschau“, so das Gericht weiter, lasse eine Wettbewerbsabsicht nicht erkennen.⁴³

IV. Landgericht Bonn: Keine Wettbewerbsabsicht bei der Durchführung von Marktforschungsuntersuchungen

1) Die Argumente des beklagten Marktforschungsinstituts

Es ist seit langem bekannt und an sich auch eine Selbstverständlichkeit, daß es einen Unterschied zwischen gewerblichem Handeln und wissenschaftlichem Tun gibt. Schon das Reichsgericht hat 1897 festgestellt, daß eine patentierte Erfindung sowohl gewerbsmäßig als auch zu „Studienzwecken“ gebraucht werden kann.⁴⁴ Der Gebrauch zu Studienzwecken, urteilte das Gericht, stehe demnach auch solchen zu, die keine Rechte aus dem Patent herzuleiten vermögen.

Gegen den Vorwurf des wettbewerbswidrigen Verhaltens zum Nachteil des Unternehmens, dessen Zeitschrift bei der Marktforschungsuntersuchung nicht berücksichtigt worden war, hat das Marktforschungsinstitut sich in seiner Verteidigung vor dem Bonner Landgericht auf diesen Grundsatz gestützt. Es hat hervorgehoben, es betreibe Forschung. Forschung sei indessen keine gewerbliche Tätigkeit.

Die Auswirkungen dieser Forschungstätigkeit mögen sich dabei auf den Wettbewerb auswirken, so wie das bei Warentests üblicherweise auch der Fall ist. Eine solche Auswirkung reicht jedoch nicht aus, in dieser Forschungstätigkeit

⁴² S. 427, I.Sp.

⁴³ vergl. auch Urteil des BGH vom 28.11.1996 - Versierter Ansprechpartner - JZ 97, 1010 mit Anmerkung von Henssler, der beim BGH den Kurs „der Zurückdrängung des überkommenen strengen Wettbewerbsrechts zugunsten der Pressefreiheit“ festgestellt haben will.

⁴⁴ Urteil vom 31.3.1897, RGZ 39, 32,33

zugleich eine Wettbewerbshandlung sehen zu können.⁴⁵ Denn, so argumentierte das Marktforschungsinstitut weiter, seine Forschungstätigkeit sei nicht darauf gerichtet, den Wettbewerb irgendeines Verlages zu fördern. Das Institut konnte sich dabei auf die Tatsache stützen, daß die Umfrage nach objektiven Kriterien für ein bestimmtes, zuvor von einem Kreis aus Fachleuten ausgesuchtes Marktsegment durchgeführt worden war. Es wurden dabei auch Fachzeitschriften in die Untersuchung mit aufgenommen, deren Verlage weder Auftraggeber waren noch zu dem oben erwähnten Kreis von Fachleuten gehörten, die das zu untersuchende Marktsegment zuvor genau bestimmt hatten. Andererseits wurden verschiedene Titel nicht mit in die Untersuchung aufgenommen, selbst ein weiterer Titel des Auftraggebers der Studie nicht. Das Institut betonte, daß diese Einschränkung durch das zuvor definierte Marktsegment bestimmt war, nicht durch eine Wettbewerbsabsicht.

Entscheidend war weiter: Jedem Unternehmen steht es frei, Marktforschung durchzuführen oder durchführen zu lassen. Dem Unternehmen ist es dabei vorbehalten, den Gegenstand der Marktforschung zu bestimmen und die Abgrenzung zu denjenigen Bereichen vorzugeben, welche untersucht werden sollen. Dabei handelt es sich um einen betriebsinternen Vorgang, der Außenwirkung nicht entfaltet und daher in Sicht auf die Anwendbarkeit des UWG die Voraussetzung des „geschäftlichen Verkehrs“ nicht erfüllt.⁴⁶

Darüber hinaus wurde die Untersuchung natürlich durchgeführt, ohne daß das Ergebnis zuvor in irgendeiner Weise feststand. Sie wurde unbeachtlich des Auftrages, welcher dem Institut gegeben wurde, völlig neutral und ausschließlich nach den Grundsätzen derjenigen Regeln durchgeführt, welche für die wissenschaftlich arbeitenden Marktforschungsinstitute gelten.

Gestützt auf diesen feststehenden Sachverhalt, verwies das Institut auf die bereits bekannte Rechtsprechung der Gerichte zur Frage der Wettbewerbsabsicht bei Presseäußerungen. Insbesondere argumentierte es mit dem Urteil 'Frank der Tat': So wie dort der verklagte Journalist sich eben als Journalist geäußert, somit dem allgemeinen Informationsinteresse gedient und deswegen nicht in Wettbewerbsabsicht gehandelt habe, habe das Institut als Marktforschungsinstitut gehandelt. Es habe den Forschungsauftrag des Unternehmens erfüllt, nicht aber als Wettbewerber oder Förderer des Wettbewerbs Dritter gehandelt.

⁴⁵ vgl. Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG, Rn 404

⁴⁶ Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG, Rn 208 und vor allem: Bauer, Joachim, Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs, Heidelberg 1991, S. 88

Die Forschungstätigkeit als solche ist deswegen wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden.⁴⁷ Das gilt auch dann, wenn - wie im durch das Landgericht Bonn zu beurteilenden (und üblichen) Fall - der Forschungsauftrag an ein Marktforschungsinstitut vergeben wird.

Denn:

„Es ist allgemein anerkannt, daß einem Wissenschaftler, der mit seinem Gutachten objektiv den Wettbewerb eines bestimmten Unternehmens fördert, regelmäßig die wettbewerbliche Zielsetzung fehlt.“⁴⁸

Die Übereinstimmung mit der Argumentation im Fall 'Frank der Tat' liegt auf der Hand: So wie dort der Journalist möglicherweise den Wettbewerb desjenigen förderte, über den er positiv berichtete, konnte vorliegend die Marktforschungsuntersuchung des beklagten Institutes geeignet sein, den Wettbewerb der Klägerin zugunsten des Auftraggebers des Instituts zu beeinträchtigen. Beide - Journalist und Marktforschungsinstitut - handelten aber als „Marktaußenstehende“,⁴⁹ denn jener bediente das durch die Presse zu erfüllende öffentliche Informationsinteresse und dieses führte eine wissenschaftliche Untersuchung durch. Beide handelten also in einer Funktion, die mit der gewerblichen Tätigkeit der auf dem Markt agierenden Wirtschaftssubjekte direkt nichts zu tun hat. Daran ändert der Umstand nichts, daß das Marktforschungsinstitut die wissenschaftliche Untersuchung im Auftrag durchführte. Es gilt sogar:

„Ein vom Wissenschaftler veröffentlichtes Gutachten, das objektiv geeignet ist, den Wettbewerb eines fremden Unternehmens zu fördern, unterliegt grundsätzlich mangels Wettbewerbsabsicht nicht dem Anwendungsbereich des UWG. Denn ein Wissenschaftler verfolgt regelmäßig keine wettbewerblichen Absichten zugunsten eines Dritten. ...

Da in der Regel bei einer 'Drittförderung' auf die allgemeine Vermutungsregel nicht zurückgegriffen werden kann, ist die Wettbewerbsabsicht

⁴⁷ so schon das OLG Stuttgart, GRUR 82, 315, 318, welches weiter urteilte, daß das UWG erst eingreift, wenn mit den Marktforschungsdaten *geworben* wird.

⁴⁸ Bauer, a.a.O. (Fn. 35), S. 90

⁴⁹ So die von Tillmann in seiner Anmerkung zu 'Frank der Tat' verwendete Bezeichnung, vgl. Fn 24

*unter Zuhilfenahme äußerer objektiver Tatumstände positiv nachzuweisen.*⁵⁰

Im Gerichtsverfahren vor dem Landgericht Bonn konnte der klagende Verlag solche „objektiven Tatumstände“ nicht nachweisen. Entscheidend blieb alleine, daß das Marktforschungsinstitut nach sachlichen Vorgaben die ihr in Auftrag gegebene Forschung nach den Grundsätzen wissenschaftlicher Forschung durchführte. Die Tatsache, daß dieser Forschungsauftrag honoriert wurde, bedeutet keineswegs, daß diese Tätigkeit von dem Institut nicht neutral und nach wissenschaftlichen Grundsätzen durchgeführt würde.⁵¹

Die Honorierung sowie überhaupt die Auftragsvergabe ist jedenfalls keine objektive Tatsache, die einen Schluß auf die Wettbewerbsabsicht des Marktforschers zuließe.⁵²

Zusammengefaßt: Marktforschungsprojekte, die wie die Untersuchung von Werbe- oder Werbeträgerforschung aus objektiver Sicht geeignet sind, Ergebnisse zu Tage zu fördern, die wettbewerblich gewisse Auswirkungen haben können, werden dennoch nicht mit Wettbewerbsabsicht durchgeführt. Durchgeführt werden sie nach wissenschaftlichen, objektiven, sachlichen, jederzeit von Dritten überprüfbaren Methoden.

2) Die Entscheidungsgründe des Landgerichts Bonn

Das Landgericht hat diese Argumente im wesentlichen alle aufgegriffen und geurteilt, das Marktforschungsinstitut habe *nicht mit Wettbewerbsabsicht gehandelt*. Die Untersuchungsergebnisse dürften deshalb vom Institut auch veröffentlicht werden.

Aus den Urteilsgründen:

⁵⁰ Bauer, a.a.O., S. 90

⁵¹ vgl. dazu schon Schweizer, Empirische Kartellrechtsforschung, in WRP 75, 408: „Die Institute werden auch im eigenen materiellen Interesse keine Gefälligkeitsforschung betreiben. Ein Gericht, das einem Institut Inobjektivität vorwerfen würde, könnte dem Institut auf lange Sicht ungleich mehr schaden, als ein einzelner Auftraggeber dem Institut nützt.“, S.411, I. Sp.

⁵² vgl. von Gamm, Wettbewerbsrecht, Kapitel 17, RN 53, Kapitel 22, Rn 64, Kapitel 49 Rn 20. Es sei an dieser Stelle daran erinnert, daß die „Auftragsforschung“, auch die „Industrieforschung“ und die „gutachterliche Forschung“ selbstverständlich den uneingeschränkten Schutz des Art 5 Abs. III GG genießt, vgl. Scholz, in Maunz, Dürig, Herzog, GG-Kommentar, Art 5, Abs. III, Rn 98.

„Dabei kann dahingestellt bleiben, ob eine Veröffentlichung der Untersuchungsergebnisse objektiv als Wettbewerbshandlung zu betrachten ist. Zwar spricht grundsätzlich bei Vorliegen eines objektiven Wettbewerbsverhältnisses eine tatsächliche Vermutung dafür, daß auch in Wettbewerbsabsicht gehandelt wird Diese Vermutung greift jedoch nicht ein bei wissenschaftlichen Arbeiten; insbesondere dann, wenn der Handelnde selber kein eigenständiges geschäftliches Interesse an der wettbewerblichen Auseinandersetzung hat, fehlt in der Regel eine Wettbewerbsabsicht. Selbst bei objektiver Eignung zur Wettbewerbsbeeinflussung kann in diesen Fällen keine Vermutung für eine entsprechende Absicht begründen, letztere ist vielmehr aufgrund der gegebenen Umstände konkret festzustellen.“

Das Landgericht verweist an dieser Stelle ausdrücklich auf die „entsprechende Lage im Presserecht“ und u.a. auf das Urteil 'Frank der Tat' des BGH. Es führt weiter aus:

„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.“

Ausschlaggebend ist also auch für dieses Gericht: Das beklagte Institut hat wissenschaftlich gearbeitet, es handelte in seiner Funktion als Marktforschungsinstitut, als es die Untersuchung durchführte und die Ergebnisse veröffentlichen wollte. Es nahm damit nicht unmittelbar am Wettbewerb auf dem Markt und auch nicht am Wettbewerb des Auftraggebers teil.

V. Fazit

Zweierlei kann als Ergebnis zugunsten der Marktforscher festgehalten werden:

Wer aus den erhobenen Daten einer Umfrage unmittelbar für sich Vorteile in der Weise zieht, daß er den Befragten selbst etwas verkaufen oder sie direkt umwerben kann, oder deren personenbezogenen Daten zu diesem Zweck an Dritte verkauft, hat an dem „Ergebnis“ der Befragung ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse. Er arbeitet nicht „wissenschaftlich“, sondern täuscht „Marktforschung“ nur vor. Diese Vorgehensweise unterliegt den Regeln des Wettbewerbsrechts (und verstößt gegen das UWG).

Wer umgekehrt wissenschaftlich arbeitet, hat kein eigenes, unmittelbares wirtschaftliches Interesse an dem Ergebnis seiner Untersuchung. Er beteiligt sich

insoweit nicht am Marktgeschehen, wenn er eine Marktforschungsuntersuchung durchführt. Er handelt dabei nicht mit Wettbewerbsabsicht. Auf das Forschungshandeln ist das Wettbewerbsrecht nicht anwendbar; es kann deswegen (aus wettbewerbsrechtlichen Gründen) auch nicht untersagt werden.