



**Stellungnahme
des ADM und BVM
zum Urteil des Landgerichts Hamburg**

Zu dem Urteil des Landgerichts Hamburg vom 30. Juni 2006 (Az.: 309 S 276) und anderen Verfahren, welche die Telefonmarktforschung zum Gegenstand haben, sehen sich der ADM Arbeitskreis Deutscher Markt- und Sozialforschungsinstitute e.V. und der BVM Berufsverband Deutscher Markt- und Sozialforscher e.V. zu folgender Stellungnahme veranlasst:

1. Kein allgemeines Verbot von unerbetenen Telefonanrufen zu Marktforschungszwecken

Das Urteil des Landgerichts Hamburg hat über einen Einzelfall entschieden. Es wirkt unmittelbar nur zwischen den sich in Hamburg streitenden Parteien. Dem verurteilten Institut ist es lediglich untersagt, eine bestimmte Telefonnummer des Klägers anzurufen. Das Urteil bindet nicht andere Marktforschungsinstitute und andere Marktforscher. Dies gilt für jedes in diesem Zusammenhang ergangene Urteil.

Das LG Hamburg spricht nicht für alle Gerichte. Es gibt im Übrigen Urteile anderer Gerichte, welche die vom LG Hamburg vertretene Rechtsanwendung nicht teilen.

Das Urteil des Landgerichts Hamburg wirkt nur mittelbar, weil Angerufene geltend machen werden, dieses Urteil gebe die Rechtslage zutreffend wieder und deshalb könnten auch sie eine Unterlassung verlangen.

2. Es handelt sich um eine vorläufige Regelung

Das Urteil stellt – selbst für das spezielle Hamburger Verfahren - keine endgültige, sondern eine vorläufige Regelung dar. Ob es endgültig Bestand hat, kann in einem Hauptsacheverfahren überprüft werden. Es kann durchaus sein, dass das erstinstanzliche Gericht erneut zugunsten des Instituts entscheidet und das Landgericht Hamburg in zweiter Instanz seine Meinung ändern wird.

3. Die Argumente des ADM und BVM gegen das Urteil

3.1 Die Markt- und Sozialforscher können sich nach der Rechtsansicht von ADM und BVM auf Gewohnheitsrecht und Besitzstand berufen

Telefonische Befragungen werden in der Bundesrepublik Deutschland seit über 40 Jahren durchgeführt. Die beteiligten Verkehrskreise, das sind die Marktforschungsinstitute und Marktforscher sowie die Auftraggeber aus Wirtschaft, Verwaltung, Politik und Justiz (Marktforschungsumfragen werden mit Recht immer wieder von Gerichten zur Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts in Auftrag gegeben), aber auch die Bevölkerung, können sich deshalb auf eine lang andauernde und tatsächliche Übung berufen, von deren Rechtmäßigkeit die Beteiligten ausgegangen sind.

Bereits bei Behrens, "Handbuch der Marktforschung" aus dem Jahr 1974 ist ein ganzes Kapitel der telefonischen Befragung gewidmet. Der Literaturliste dazu ist zu entnehmen, dass in Deutschland telefonische Befragungen seit mindestens Anfang der 60er Jahre durchgeführt werden. Ihr ist auch zu entnehmen, dass seit Mitte der 60er Jahre speziell dieses Thema in den Fachkreisen der Marktforscher diskutiert wird und die Methoden verfeinert werden. In den angelsächsischen Ländern sind telefonische Befragungen noch viel länger Praxis.

In der Vergangenheit haben Gerichte dann, wenn Telefonanrufe zu Marktforschungszwecken zu einem zu beurteilenden Sachverhalt gehörten, diese nicht beanstandet. Es handelt sich z.B. um ein Urteil des Landgerichts München vom 24.04.1990, (Aktenzeichen: 21 O 15236 / 89). Dort wird festgestellt: Telefonanrufe zu Marktforschungszwecken haben nichts mit Telefonanrufen zu Verkaufszwecken zu tun. Die Verkaufsmethode per Telefon kann mit den Telefonumfragen zu Marktforschungszwecken nach Ansicht dieses Gerichts deswegen nichts zu tun haben, weil Marktforschung eine nicht "unmittelbar auf Absatz gerichtete, nur beobachtende, erkundende Tätigkeit" ist, während das Telefonmarketing eine Verkaufsmethode per Telefon ist. Der Unterschied ist auch deswegen begründet, weil das Wesensmerkmal der Marktforschung die Anonymisierung ist und auf Seiten des Telefonmarketing gerade deren Fehlen.

Es gibt kein einziges rechtskräftiges Urteil, aus dem hervorgeht, dass solche Telefonanrufe etwa aus wettbewerbsrechtlichen Gründen zu unterlassen seien. Deswegen konnten die Markt- und Sozialforscher bislang immer davon ausgehen, dass Telefonanrufe zu Marktforschungszwecken rechtmäßig sind.

Aus diesem Grund können sich die Markt- und Sozialforscher auf ein **Gewohnheitsrecht** berufen. Gewohnheitsrecht entsteht durch eine lang andauernde tatsächliche Übung, mit der die beteiligten Verkehrskreise nach ihrer Überzeugung bestehendes Recht befolgen (vgl. Heinrichs in: Palandt, Einleitung, Rn. 32 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). So ist es hier: Seit 40 Jahren praktizieren die Beteiligten (das sind die Markt- und Sozialforschungsinstitute, die Markt- und Sozialforscher, die Auftraggeber und die Befragten) die telefonische Markt- und Sozialforschung in der begründeten Überzeugung, ein von der Rechtsordnung erlaubtes Verfahren anzuwenden.

Dieser Praxis entspricht auch die rechtliche Situation in den anderen Ländern der EU. In keinem Mitgliedsland der Europäischen Gemeinschaft sind Telefon-

anrufe von Marktforschungsinstituten zum Zweck der Durchführung von Umfragen, ohne dass zuvor das Einverständnis dazu eingeholt wurde, verboten. Dem trug schon die Richtlinie 97/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.12.1997 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation Rechnung. Deren Artikel 12 behandelte unerbetene Anrufe. Einschränkungen wurden – entgegen einer zunächst vorgesehenen Formulierung, die sich auch auf „Forschung“ bezog – nur für unerbetene Anrufe zum Zwecke des Direktmarketings bestimmt. Anrufe zu Marktforschungszwecken wurden nicht erfasst. Sie sind auch durch die neue Richtlinie 2002/58/EG weiterhin nicht erfasst. Dort sind Einschränkungen nur für die Versendung von Nachrichten zum Zwecke der Direktwerbung bzw. des Direktmarketing vorgesehen (Artikel 13 und Erwägungsgründe 40 und 43).

Eine Ausnahme davon für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland lässt sich mit sachlichen Argumenten nicht finden.

Die Markt- und Sozialforscher können sich deswegen auf den Schutz eines insoweit **erworbenen Besitzstandes** berufen. Das Argument des Schutzes des erworbenen Besitzstandes hat der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung "Telefonwerbung I" vom 19. Juni 1970 herangezogen, um zu begründen, dass die Hausbesuche von "ambulanten Händlern und Vertretern" zulässig seien. Deren Besuch an der Haustür führt zu einem weit intensiveren Eingriff in die Privatsphäre des Betroffenen als ein Telefonanruf. Der Betroffene muss sehr viel mehr Zeit, Mühe und Worte aufwenden, um diese Störung wieder abzuwenden. Den Telefonhörer kann er dagegen sofort wieder auflegen, wenn sich an der anderen Seite jemand meldet, den er nicht kennt oder mit dem er nicht reden will.

Wenn Hausbesuche von Hausierern erlaubt sein sollen, weil ihnen ein wohlerworbener Besitzstand zur Seite steht, dann gilt das auch im Jahre 2005 oder 2006 für einen Telefonanruf zu Zwecken der Markt- und Sozialforschung. Das Landgericht Hamburg hat hingegen lapidar behauptet, dabei handele es sich um einen „anderen Sachverhalt“.

3.2 Umfragen zu Marktforschungszwecken können nicht mit Werbung gleichgesetzt werden

Das Landgericht Hamburg missachtet die ihm bekannt gemachten Urteile des Landgerichts München I aus dem Jahre 1990 und des Landgerichts Bonn vom 30.9.1998 (Az.: 16 O 50 /98). Letzteres hat rechtskräftig entschieden, dass bei der Durchführung von Marktforschungsuntersuchungen keine Wettbewerbsabsicht vorliegt. Wir zitieren der Einfachheit halber hier die wichtigsten Stellen:

„Zwar spricht grundsätzlich bei Vorliegen eines objektiven Wettbewerbsverhältnisses eine tatsächliche Vermutung dafür, dass auch in Wettbewerbsabsicht gehandelt wird. Diese Vermutung greift jedoch nicht bei wissenschaftlichen Arbeiten. ... Selbst die objektive Eignung zur Wettbewerbsbeeinflussung kann in diesen Fällen keine Vermutung für eine entsprechende Absicht begründen. ... Als Meinungsforschungsinstitut besitzt die Verfügungsbeklagte an dem tatsächlichen Ergebnis kein eigenes wirtschaftliches Interesse; sie kann aus den Folgen der Analyse keine Vorteile ziehen.“

Das Landgericht Bonn verweist an dieser Stelle auch ausdrücklich auf die „entsprechende Lage im Presserecht“ und u.a. auf das im Presserecht bekannte Urteil „Frank der Tat“ des Bundesgerichtshofs.

Schon vor über 10 Jahren haben aus diesen Gründen die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs und z.B. auch die IHK Frankfurt bewusst davon abgesehen, Telefonanrufe zu Marktforschungszwecken zu verfolgen. Die Meinung des Gutachterausschusses für Wettbewerbsfragen aus dem Jahre 1997, auf den sich das Landgericht Hamburg stützt, entspricht deswegen nicht mehr der Rechtslage.

Die Institute forschen, wenn sie telefonische Umfragen zu Zwecken der Markt- und Sozialforschung durchführen.

Forschung und gewerbliche Tätigkeit schließen sich auch nicht gegenseitig aus, wie das Hamburger Landgericht meint. Auch die privatrechtlich organisierten Markt- und Sozialforschungsinstitute und somit diejenigen, die sich selbst finanzieren müssen, betreiben Marktforschung als **wissenschaftliche Tätigkeit**.

Das geht schon aus einem Gutachten der Freien Universität Berlin von Prof. Dr. K. H. Strothmann aus dem Jahre 1984 und auch aus einer Reihe vorangegangener Untersuchungen hervor. In diesem Gutachten wird dargelegt, dass privatrechtlich organisierte Marktforschungsinstitute genauso wissenschaftlich arbeiten wie beispielsweise Universitätsinstitute.

Der wissenschaftliche Charakter der Tätigkeit der Markt- und Sozialforschungsinstitute entfällt nicht dadurch, dass sie damit Geld verdienen, also unternehmerisch tätig sind. Denn entscheidend für den Begriff der Wissenschaft ist die prinzipielle Offenheit ihrer Ergebnisse. Die Markt- und Sozialforscher werden nicht danach bezahlt, welche Ergebnisse ihre Untersuchungen zutage fördern. Aus dem gleichen Grund wird auch die so genannte engagierte Wissenschaft oder die interessenmäßig gebundene Auftragsforschung, z. B. die Industrieforschung oder die gutachterliche Forschung vom Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit geschützt, so Scholz in Maunz-Dürig, Art. 5 Abs. 3 Rz. 98.

Das gilt zum Beispiel auch dann, wenn von der Nahrungsmittelindustrie Daten über die Bekanntheit von Schokoladen und ähnliches erfragt werden. Denn Art. 5 Abs. 3 GG fordert einen offenen Wissenschaftsbegriff als spezifischen Ausdruck der pluralistischen Offenheit der Verfassung. Danach sind alle Werte prinzipiell gleichrangig. Deswegen ist allein ausschlaggebend, ob es sich um eine ernsthafte und planmäßige Bemühung um die Wahrheit, um wissen wollen im Gegensatz zum unmethodischen Meinen und fraglosen Hinnehmen auf guten Glauben hin handelt; vgl. zu dieser Wortwahl Schmidt, Die Freiheit der Forschung, S. 115. Diese Auffassung liegt der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 29. Mai 1973, BVerfG 35, 79 zugrunde. Das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass sich die Freiheitsgarantie des Art. 5 Abs. 3 auf jede wissenschaftliche Tätigkeit erstreckt, "das heißt auf alles, was nach Inhalt und Form als ernsthafter planmäßiger Versuch zur Ermittlung der Wahrheit anzusehen ist", a.a.O., S. 113.

Allein der Umstand, dass die Institute mit ihrer Forschung auch Geld verdienen, wird ihnen negativ ausgelegt. Abwertend heißt es dazu im Urteil des Landgerichts Hamburg auf der S. 3: „Auf die im Grundsatz schrankenlos gewährte Forschungsfreiheit kann sich die Verfügungsbeklagte jedoch nicht berufen. Im Bereich der Marktforschung wird die Verfügungsbeklagte vorrangig unternehmerisch tätig“.

Das Gericht scheint der Meinung zu sein, unternehmerische Tätigkeit und Forschung schließen sich gegenseitig aus. Es meint offenkundig, Forschung, die von den Steuerzahlern bezahlt wird, anders bewerten zu können als Forschung, die der Auftraggeber bezahlt. Dazu findet sich im Grundgesetz und in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts keine Grundlage. "Unternehmerisches Tätigsein" und Unternehmerfreiheit ist genauso Ausdruck des durch Art. 2 GG geschützten Persönlichkeitsrechts. Dazu gehört die freie Disposition über die Art und Weise, in der auf den Unternehmenserfolg hingearbeitet

werden soll, vgl. z.B. di Fabio, in Maunz-Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 2 GG, Rn 126. Wir zitieren von dort: *„Die besonderen Herausforderungen und Bedingungen eines selbstverantwortlichen Handelns im Wirtschaftsverkehr sind bei der Grundrechtsprüfung, insbesondere bei der Eingriffsintensität und bei Zumutbarkeitserwägungen in Rechnung zu stellen.“*

Die Forschungstätigkeit der Markt- und Sozialforscher ist durch die Forschungsfreiheit des Art. 5 III GG geschützt. Dessen Freiheitsgarantie erstreckt sich auf jede wissenschaftliche Tätigkeit (so z.B. Urteil des BVerfG vom 29.05.1973 – 1BvR 424/71), wobei „Wissenschaft“ der Oberbegriff von Forschung und Lehre ist. Geschützt sind damit alle eigenverantwortlichen Forschungstätigkeiten, vor allem auch die Wahl der Fragestellung und Methoden, der Materialsammlung, des Zugangs zu und der Nutzung von Daten, vgl. z.B. Pernice in: Dreier (Hrsg.) Kommentar zum Grundgesetz, Art. 5 III GG, Rn 25 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Art. 5 III GG schützt – wie bereits geschildert – eben nicht nur die Forschung der Hochschulen, sondern auch die interessengebundene Forschung, also auch die Auftragsforschung oder die zweckgebundene Industrieforschung.

Auf die Markt-, Meinungs- und Sozialforschung kann auch nicht verzichtet werden. Schon das Bundesverfassungsgericht hat in seinem berühmten „Volkszählungsurteil“ 1983 festgestellt, es bedürfe der umfassenden, kontinuierlichen sowie laufend aktualisierten Information über die wirtschaftlichen, ökologischen und sozialen Zusammenhänge, wolle man die ökonomische und soziale Entwicklung nicht als unabänderliches Schicksal hinnehmen (Urteil vom 15.12.1983, Az.: BvR 209/83). Heute können politische Entscheidungsträger, Parteien und Verwaltungen, aber auch Unternehmen für ihre weitreichenden Entscheidungen auf verlässliche, mit wissenschaftlichen Methoden erhobene, aktuelle Daten nicht mehr verzichten.

3.3 Hohe Akzeptanz für telefonische Befragungen zu Marktforschungszwecken

Einige Gerichte argumentieren, der erhebliche Anstieg der Anzahl von telefonischen Befragungen zu Marktforschungszwecken ergebe bereits für "viele Anschlussinhaber einen störenden und belästigenden Charakter".

Eine Darstellung in einem Arbeitsbericht des Zentrums für Umfragen, Methoden und Analysen (ZUMA) Nr. 94/03, der unter dem Titel "Auswahlverfahren bei Telefonumfragen" von Sabine Häder verfasst wurde, belegt aber die schon damals weit verbreitete Akzeptanz von Telefoninterviews.

Es ist von Gerichten bisher nicht festgestellt, dass durch das **Forschungsinstrument** „Telefon“ das „Anstandsgefühl der beteiligten Verkehrskreise“ verletzt wird, oder dazu eine „Missbilligung der Allgemeinheit“ (um zwei aus der Rechtsprechung zur Telefonwerbung immer wieder genannte Kriterien heranzuziehen) angenommen werden kann.

Die Rechte derjenigen Personen, die zu Markt- und Sozialforschungszwecken nicht mehr angerufen werden wollen und dies mitteilen, werden gewahrt, indem die Institute sicherstellen, dass – jedenfalls die bekannten Telefonnummern dieser Personen – nicht mehr angerufen werden. Sie werden entweder in die ADM-Sperrdatei oder in eine interne Datei gemeldet. Diese Dateien werden vor jeder neuen telefonischen Befragung mit den dafür gezogenen Telefonnummern abgeglichen. Identische Telefonnummern werden gekennzeichnet oder aussortiert, so dass sie nicht mehr angewählt werden.

3.4 Aus methodischen Gründen gibt es keine gleichwertigen Alternativen der Datenerhebung

Die Gerichte sind gelegentlich der Meinung, und das gilt auch für das Landgericht Hamburg, die telefonische Befragung sei lediglich "eine von vielen Möglichkeiten zur Erlangung von aussagekräftigen Daten für die Tätigkeit von Marktforschungsinstituten".

Die durch telefonische Befragungen erhobenen Daten haben aber aus methodischen Gründen bei vielen Untersuchungen die beste wissenschaftliche Qualität.

Hinsichtlich schriftlicher Umfragen wird die Auffassung vertreten, dass dies oft eine weniger geeignete Methode ist. Der Personenkreis, der solche Fragebogen beantwortet und sich die Mühe macht, sie zurückzuschicken, sei nicht repräsentativ. Wir verweisen dazu beispielhaft auf die Ausführungen von Noelle-Neumann und Petersen, Alle nicht jeder, München 1998, 2. Auflage, S. 315.

Die Gründe dafür sind:

- die Ausfallgründe, also die Gründe dafür, warum jemand nicht antwortet, können nicht festgestellt werden;
- durch die „Selbstausswahl“ der antwortenden Personen entsteht eine Verzerrung der Stichprobe, die nicht mehr korrigiert werden kann;
- die Rücklaufquote ist zu niedrig;
- die Datenerhebungssituation kann nicht kontrolliert werden;

vgl. dazu beispielhaft: Schnell/Hill/Esser, Methoden der empirischen Sozialforschung, 4. Aufl. 1993, S. 367/368 Dazu kommt, dass auf diese Weise gewon-

nene Daten vielfach durch die notwendige Befragungszeit nicht mehr aktuell sind und deshalb die Verhältnisse zu einem bestimmten Zeitpunkt nicht mehr wiedergeben können.

Aus den gleichen Gründen ist es auch methodisch in der Regel nicht vertretbar, Anzurufende zuvor schriftlich um ihr Einverständnis zu einem Telefonanruf zu Marktforschungszwecken zu bitten.

Hinzu kommt noch der Umstand, dass die Adressen der (in der Regel zuvor mit Hilfe eines die Repräsentativität der Auswahl garantierenden Verfahrens) ausgewählten Anschlussinhaber nicht bekannt sind.

Auch das persönliche Interview, das ein Interviewer mit einem Betroffenen führt, kann Fehlerquellen enthalten, die telefonisch geführte Interviews nicht enthalten. Diese sind insbesondere:

- Gefahr eines verzerrenden Interviewereffektes bereits bei der Auswahl der Befragten;
- bei der Befragung selbst kann der Interviewer unbewusst durch seine Erscheinung, sein Auftreten, sein Verhalten, seine Kleidung die Antworten des Befragten beeinflussen, Gefälligkeits- und Prestigeantworten veranlassen;
- Gefahr der Nachlässigkeit oder Unachtsamkeit bei der Befragung; Überspringen von Fragen und ähnliches;
- Möglichkeit der Fälschung des Interviews;

vgl. dazu beispielhaft Koschnick, Wolfgang, Standardlexikon für Marketing, Marktkommunikation, Markt- und Mediaforschung, München 1987, Stichwort Interviewereffekt.

Auch die Online-Befragung kann in der Regel nicht als adäquate Alternative herangezogen werden, denn nicht alle Haushalte nutzen das Internet (anders als beim Telefon). Es kann deswegen keine repräsentative Stichprobe der Bevölkerung gezogen werden, sondern bestenfalls eine in Bezug auf die Internetnutzer. Ansonsten sind die zum Teil gleichen Einwände wie bei der schriftlichen Befragung von Bedeutung.

Die telefonische Befragung führt dazu, dass sich die Interviewer viel stärker an die methodisch notwendigen Vorgaben hinsichtlich der Auswahl der Befragten und der Gestaltung der Befragungssituation halten müssen und dadurch solche Fehlerquellen ausgeschaltet sind. Störende Einflüsse werden vermindert oder zumindest konstant gehalten; vgl. Beispielhaft Fuchs, Marek, Umfrageforschung mit Telefon und Computer, Weinheim 1994, S. 31.

Der Autor stellt folgende positive Wirkungen des Telefoninterviews zusammen, die gegenüber dem persönlichen Interview überwiegen:

- Personen, die durch mündlich-persönliche Interviews kaum kontaktiert werden können, sind telefonisch leichter zu erreichen;
- die klassischen Methoden der Umfrageforschung sind nach diesem Autor in den letzten Jahren zunehmend schwindender Akzeptanz ausgesetzt;
- der Zeitraum zwischen Auftragserteilung und Ergebnispräsentation von mehreren Wochen oder Monaten ist nach Auffassung dieses Autors schon im Jahr 1994 nicht mehr zeitgemäß;
- vor allem aber ist das telefonische Interview zumeist ein computergestütztes Interview, was spezifische Vorteile für die Reduzierung aller bisher angesprochenen Fehlerquellen mit sich bringt.

Im Ergebnis sind also aus all diesen Gründen die durch telefonische Befragungen erhobenen Daten nicht nur schneller bei dem Entscheidungsträger, der sie für seine Entscheidung benötigt, sondern sie haben auch eine höhere Qualität. Die Auftraggeber und die Öffentlichkeit erwarten verlässige Daten.

Es gibt also entgegen der nicht überprüften Annahme der Gerichte kein "rechtmäßiges Alternativverhalten". **Die Wahl des Erhebungsinstruments Telefon ist immer methodisch begründet. Aus der Sicht des Forschers ist es wegen seiner spezifischen Vorteile hinsichtlich Repräsentativität, Interviewkontrolle, Situationskontrolle und Schnelligkeit in vielen Fällen die einzig geeignete Technik der Datenerhebung in der Markt- und Sozialforschung.**

Die Tatsache, dass die Mitgliedsinstitute des ADM inzwischen 45 Prozent aller Interviews als telefonische Interviews durchführen, belegt nochmals die spezifischen wissenschaftlich-methodischen Vorteile von Telefoninterviews als Instrument der Datenerhebung in der Markt- und Sozialforschung.

3.5 Ein privater Telefonanschluss gehört nicht zum Kernbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, so dass eine Störung durch einen unerbetenen Telefonanruf zu Markt- und Sozialforschungszwecken hingenommen werden muss.

Das Landgericht Hamburg meint offenkundig, auch ein Telefonanschluss gehöre in den Bereich des Kerns des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, der nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wiederum uneinschränkbar ist. Denn so wie es die Abwägung vorgenommen hat, ist das Recht der Telefonanschlusshaber, auch durch das Telefon nicht gestört zu werden, prak-

tisch und pauschal absolut gesetzt, während den Rechten des Anrufenden keine Bedeutung beigemessen wird.

Allerdings kann schon die technische Eigenart eines Telefonanschlusses nicht dazu führen, dass dieser zum unantastbaren innersten Bereich privater Lebensgestaltung gehört. Denn der Telefonanschluss verkörpert – ebenso wie im Übrigen Briefkasten und Posteinwurf oder die Klingel an der Wohnungstür – gerade **Elemente der kommunikativ geöffneten Privatsphäre**. Wer einen Telefonanschluss besitzt, kann jedenfalls, soweit es um die Kommunikation mit eben diesem Telefon geht, nicht zugleich für sich in Anspruch nehmen, auch beim Telefon handele es sich um einen Bereich seines Privatlebens, bezüglich dem ein Anspruch bestehe, von Eingriffen jeder Art verschont und in Ruhe gelassen zu werden. Dem widerspricht schon die technische Eigenart des Telefons als zweiseitiges Kommunikationsmittel. Es ist hier eine andere Verhältnismäßigkeitsprüfung notwendig, als wenn absolut geschützte Rechte aus dem Kernbereich des Persönlichkeitsrechts bei der Abwägung mit berücksichtigt werden müssen. Diese sind, wie gesagt, hier nicht betroffen.

Die Rechte des Betroffenen werden dadurch ausreichend berücksichtigt und von den Instituten akzeptiert, als diese Telefonnummern, von denen sie wissen, dass der Anschlussinhaber nicht mehr angerufen werden will, auch nicht mehr anrufen. Sie stellen technisch durch die Sperrdatei und den Abgleich mit den darin enthaltenen Telefonnummern sicher, dass eine Anwahl solcher Telefonnummern nicht mehr vorkommt.

Am Charakter des Telefons als Bestandteil der kommunikativ geöffneten Privatsphäre ändert auch der Umstand nichts, dass sich der Inhaber eines privaten Telefonanschlusses durch einen Telefonanruf belästigt fühlen kann. Denn das allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährleistet im Bereich der "Sozialsphäre" bzw. im Bereich des "Sozialbezugs" nicht etwa ein Recht auf Freiheit von

persönlichen (subjektiven) Belästigungen oder Ähnlichem schlechthin; vgl. beispielsweise Dreier, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 2 Abs. 1 Rn. 61.

Mit einem Telefonanschluss stellt der Betroffene eine Kommunikationsverbindung nach außen her. Der Kern dieser technischen Kommunikationsmöglichkeit besteht wiederum darin, dass jedenfalls ein Telefonanschluss für die Dauer seines Bestandes die grundsätzliche telekommunikative Ansprechbarkeit des Anschlussinhabers gewährleistet bzw. gewährleisten muss. Dieses Maß an grundsätzlicher Ansprechbarkeit korrespondiert mit dem Recht auf Ansprechbarkeit, wie es – auch für gewerbliche Aktivitäten – grundsätzlich im Rahmen der Grundrechte Art. 2 Abs. 1, 5 Abs. 1 und 2, 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG angelegt ist. **Es entspricht dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Ansprechbarkeiten zumindest im Rahmen der Sozialadäquanz bzw. des Sozialüblichen zuzulassen und insofern auch das subjektive Dispositionsrecht eines Angerufenen oder Angesprochenen zurücktreten zu lassen.**

In diesem Sinne hat der Bundesgerichtshof in der Rechtsprechung zu den (sogar werblichen) Postwurfsendungen argumentiert und den Inhaber eines Briefkastens jedenfalls verpflichtet, solche Postwurfsendungen hinzunehmen, die sozialadäquat sind. Der Bundesgerichtshof hat in seiner entsprechenden Entscheidung vom 20.12.1988 (vgl. WRP 89, 308 f.) anerkannt, dass es "um Beeinträchtigungen" gehen könne, die der Betroffene "als mit dem gesellschaftlichen Zusammenleben heute notwendig verbundene 'sozialadäquate' Belästigung" oder gar als Ausfluss von "gewachsenen Besitzständen der Werbewirtschaft selbst innerhalb seiner häuslichen Eigentums- und Besitzessphäre hinnehmen müsste, auch wenn er das nicht wünscht". Der Schutz der Verbraucherinteressen rechtfertige es nicht, „bei nur geringfügiger Beeinträchtigung des persönlichen Bereichs, einem werbenden Unternehmen die Möglichkeit zu nehmen, sich einer von der Rechtsordnung vorgesehenen und gestatteten Vertriebsmethode zu bedienen“, so der BGH in seinem Urteil vom 5.12.1991 (NJW

92, 1109,1110). Etwas anderes soll nur gelten, wenn erkennbar am Briefkasten der Hinweis angebracht ist, dass keine Werbung eingeworfen werden soll. Nach einer Änderung der Postordnung im Jahre 1991 haben Zusteller diese Hinweise auch zu beachten.

Das Bundesverfassungsgericht hatte im Beschluss vom 15.01.1991 (NJW 91, 911 f.) zu unerwünschten Einwüfen von Werbematerial politischer Parteien in die Briefkästen sogar noch geurteilt, dass auch im Falle der Zustellung unerwünschter Werbesendungen der Parteien trotz eines ablehnenden Briefkasten-aufklebers, das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht schrankenlos gewährleistet wird, "sondern – unter anderem – im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung. Innerhalb dieser garantiert Art. 21 Abs. 1 Nr. 1 GG den Parteien das Recht, bei der politischen Willensbildung des Volkes mitzuwirken. Ein Mittel dazu ist die Zusendung von Werbematerial." Dieses verfassungsmäßige Werberecht der politischen Parteien, so das Bundesverfassungsgericht weiter, dürfe in seinen Aktivierungsmöglichkeiten nicht "unzumutbar erschwert, wenn nicht gar unmöglich gemacht werden".

Das wiederum wäre der Fall bei einem entsprechend generellen Ausschluss der Briefkastenwerbung, so das Gericht. Nichts anderes gilt u.E. auch im Falle eines generellen Verbotes der Markt- und Sozialforschung per Telefon.

4. Zur Wiederholungs- bzw. Begehungsgefahr

Nach Ansicht von ADM und BVM kann es vorliegend nur um eine Begehungsgefahr gehen, da die Erstanrufe nicht rechtswidrig sind.

Für die Beseitigung der Gefahr eines erneuten Anrufs der bekannten Telefonnummer, reichen die beschriebenen Vorkehrungen der Institute: Entweder Mel-

derung der Telefonnummer zur ADM-Sperrdatei oder zu einer internen Sperrdatei; Abgleich der darin enthaltenen Nummern vor Beginn jeder Untersuchung mit den für die Untersuchung ausgewählten oder gezogenen Telefonnummern; identische Nummern werden aussortiert oder so gekennzeichnet, dass sie aus dem Kreis der anzuwählenden Nummern herausfallen.

5. Zum Vorgehen bei Abmahnungen und Gerichtsurteilen

Wenn ein Institut oder ein Markt- und Sozialforscher wegen eines Telefonanrufs eine Abmahnung mit der Aufforderung erhält, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben, sollte diese Aufforderung – eventuell unter Einschaltung eines Rechtsanwalts – nach Möglichkeit mit einer kurzen Begründung zurückgewiesen werden. Erklärt werden sollte aber immer, dass der Wunsch des Betroffenen, nicht mehr angerufen werden zu wollen, respektiert wird. Wenn nicht bekannt ist und nicht festgestellt werden kann, welche Telefonnummer des Betroffenen angerufen wurde, sollte er zugleich gebeten werden sie mitzuteilen, damit sichergestellt werden kann, dass er nicht mehr angerufen wird. Ist sie bekannt, empfiehlt es sich auf alle Fälle, dem Betroffenen mitzuteilen, welche Maßnahmen bereits getroffen wurden, dass seine bekannte Telefonnummer nicht mehr angewählt wird.

Es empfiehlt sich auch, über solche Abmahnungen den ADM und/oder BVM zu informieren. ADM und BVM werden sich um eine ergänzende sachverständige Stellungnahme zur Akzeptanz und der methodischen Notwendigkeit der telefonischen Markt- und Sozialforschung bemühen, die dann auch in Gerichtsverfahren eingebracht werden kann.

Gegen die Urteile, die Telefonanrufe verbieten, sollte in der Regel Rechtsmittel eingelegt werden. Letztlich werden der Bundesgerichtshof, dann das Bundes-

verfassungsgericht und unter Umständen der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg entscheiden. Die Markt- und Sozialforscher sowie ihre Vertreter werden alles daran setzen, dass die Richter in höheren Instanzen sich unseren sachlichen und methodischen Argumenten nicht verschließen und die Urteile der Amtsgerichte, soweit sie zugunsten der Institute entschieden haben, wieder herstellen.

Wie konkret im Einzelfall vorgegangen werden sollte, kann von speziellen Umständen abhängen. Wer angegriffen wird – Institut oder Auftraggeber oder auch einzelne Mitarbeiter – muss deshalb individuell entscheiden.

3. August 2006