



CHRISTOPHER ZERRES

MARKETING

Schriftenreihe „Arbeitspapiere für Marketing und Management“

**Herausgeber:
Prof. Dr. Christopher Zerres**

**Hochschule Offenburg
Fakultät Medien und Informationswesen**

Arbeitspapier Nr. 17

**Rechtsrahmen der Marktforschung
Leitregeln für den Mittelstand**

Zerres, T. / Zerres, C.

Offenburg, April 2017

ISSN: 2510-4799

Impressum

**Prof. Dr. Christopher Zerres
Hochschule Offenburg
Fakultät Medien und Informationswesen
Badstraße 24
77652 Offenburg
ISSN: 2510-4799**

Inhalt

1	Einführung.....	1
2	Schutz persönlicher Daten	2
2.1	Bundesdatenschutzgesetz	2
2.1.1	Allgemeine Regelungsinhalte	2
2.1.2	Spezifische Bestimmungen für die Markt- und Sozialforschung	3
2.1.3	Änderungen durch die europäische Datenschutz-Grundverordnung	5
2.2	Weitere Datenschutzregelungen	5
2.2.1	Spezialgesetzliche datenschutzrelevante Bestimmungen	5
2.2.2	Ergänzende verbandsinterne Richtlinienbestimmungen	6
3	Schutz des Wettbewerbes.....	8
3.1	Rechtlicher Rahmen Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb.....	8
3.2	Ergänzende verbandsinterne Richtlinienbestimmungen	9
4	Weiterführende Literatur.....	10
5	Autoreninformation	10

1 EINFÜHRUNG

Für die Anbieter auf einem Markt ist es von großer Bedeutung, die aktuellen, vor allem aber auch die zukünftigen Bedürfnisse der Verbraucher zu kennen. Diesem Ziel dient die Marktforschung, die so zu einer größeren Markttransparenz beiträgt. Marktforschung kann aber nur funktionieren, wenn ihr entsprechendes Vertrauen von den Personen entgegengebracht wird, von denen sie sich Informationen erhofft, seien es Kunden, seien es aber auch Mitbewerber oder Zulieferer. Ein solcher Schutz wird dabei in erster Linie durch datenschutzrechtliche Normen gewährleistet.

Eine grundlegende gesetzliche Regelung zum Datenschutz ist das *Bundesdatenschutzgesetz* (BDSG). Außer Betracht sollen nachfolgend die jeweiligen Landesdatenschutzgesetze (LDSG) bleiben, die sich ausschließlich auf die öffentliche Verwaltung, nicht dagegen auf den privaten Rechtsverkehr, beziehen. Daneben existieren spezielle datenschutzrechtliche Regelungen, insbesondere das die Kommunikation im Internet betreffende *Telemediengesetz*. Datenschutzrechtliche Regelungen sind weiterhin im *Telekommunikationsdienstleistungsgesetz*, im *Rundfunkstaatsvertrag* oder in den, das Sozialgeheimnis beziehungsweise den Sozialdatenschutz betreffende Regelungen im Sozialgesetzbuch zu finden.

Die Bestimmungen des BDSG sind im Verhältnis zu spezialgesetzlichen Regelungen subsidiär (§ 1 Abs. 3 BDSG). Das bedeutet, dass die Regelungen des BDSG, soweit spezialgesetzliche Regelungen einen deckungsgleichen Gegenstand regeln, nicht zur Anwendung gelangen.

Eine weitere zu beachtende rechtliche Regelung, soweit es sich um die Zulässigkeit der für Umfragen notwendigen Kundenansprache handelt, ist schließlich auch das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb.

Soweit Unternehmen die Marktforschung durch ein beauftragtes Marktforschungsinstitut durchführen lassen, besteht grundsätzlich die Gewähr, dass die rechtlichen Rahmenbedingungen eingehalten werden. Marktforschungsinstitute, die einem der großen Marktforschungsverbände, Berufsverband Deutscher Markt- und Sozialforscher e. V. (BVM), Arbeitskreis Deutscher Markt- und Sozialforschungsinstitute e. V., (ADM), Arbeitsgemeinschaft sozialwissenschaftlicher Institute (ASI) und Deutsche Gesellschaft für Online-Forschung e. V. (DGOF), in Deutschland angehören, haben sich im Rahmen der Selbstverpflichtung an die strengeren verbandsinternen Richtlinien zu halten. Marktforschungsverbände orientieren sich vor allem an dem spezielleren *Internationalen Kodex für die Markt- und Sozialforschung* (ICC/ESOMAR). Dieser ist das Standesrecht der Marktforscher. Die Abkürzung *ESOMAR* steht dabei für *European Society for Opinion and Market Research*. Diese ist die weltweit führende Organisation von berufsmäßigen Marktforschern und hat ihren Sitz in den Niederlanden. Sie hat erstmals im Jahre 1977, in Kooperation mit der Internationalen Handelskammer (International Chamber of Commerce) in Paris, diesen (gemeinsamen) Kodex publiziert, um allen Marktforschern ein gewisses Verhalten während der Ausübung ihrer Tätigkeit als Leitbild zu vermitteln. Dieser Kodex wurde bislang in regelmäßigen Abständen überarbeitet und aktualisiert. Er wurde in erster Linie als ein Rahmen für die Selbstregulierung entwickelt und sieht über die bestehenden gesetzlichen Regelungen hinausgehende Pflichten vor, denen sich die angeschlossenen Marktforschungsunternehmen freiwillig unterwerfen. Eine Missachtung dieser Regeln kann einen Ausschluss aus der Organisation zur Folge haben. Eine Mitgliedschaft bedeutet somit ein gewisses Qualitätssiegel und wird heute auch von einer Vielzahl von Auftraggebern gefordert.

Neben dem ESOMAR Kodex, also der Erklärung für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland zum „ICC/ESOMAR Internationaler Kodex für die Markt- und Sozialforschung, existieren von Verbandsseite zahlreiche Richtlinien für spezielle Bereiche. Zu nennen sind hier die Richtlinie für telefonische Befragungen, die Richtlinie für Untersuchungen in den und mittels sozialer Medien, die Richtlinie für Online-Befragungen, die Richtlinie zum Umgang mit Adressen in der Markt- und Sozialforschung, die Richtlinie für die Befragung von Minderjährigen, die Richtlinien für Studien im Gesundheitswesen zu Zwecken der Markt- und Sozialforschung, die Richtlinie für den Einsatz von Datentreuhändern in der Markt- und Sozialforschung, die Richtlinie für den Einsatz von Mystery Research in der Markt- und Sozialforschung, die Richtlinie zum Umgang mit Datenbanken in der Markt- und Sozialforschung, die Richtlinie für die Aufzeichnung und Beobachtung von Gruppendiskussionen und qualitativen Einzelinterviews sowie schließlich noch die Richtlinie für die Veröffentlichung von Ergebnissen der Wahlforschung.

Für Unternehmen, die aus Kosten- oder anderen Gründen kein Marktforschungsinstitut beauftragen (möchten), oftmals also kleine und mittelständische Unternehmen, ist es von Bedeutung, die grundlegenden rechtlichen Rahmenbedingungen zu kennen beziehungsweise dafür sensibilisiert zu sein. Diesem Ziel dienen die nachfolgenden Ausführungen, in denen wesentliche datenschutzrechtliche Regelungen und Vorschriften des Lauterkeitsrechts vorgestellt werden.

Im Rahmen dieser Darstellung wird auf die jeweiligen Subinstrumente der Beobachtung und der Befragung in ihrer jeweiligen Form, das heißt, schriftlich, mündlich, telefonisch oder online, Bezug genommen.

2 SCHUTZ PERSÖNLICHER DATEN

2.1 BUNDESDATENSCHUTZGESETZ

2.1.1 Allgemeine Regelungsinhalte

Die grundlegende gesetzliche Regelung zum Datenschutz ist das *Bundesdatenschutzgesetz* (BDSG). Es schützt grundsätzlich den Einzelnen davor, dass dieser durch den Umgang mit seinen personenbezogenen Daten in seinem Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt wird (§ 1 Abs. 1 BDSG). Schutzgegenstand ist das Allgemeine Persönlichkeitsrecht und das hieraus abgeleitete Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung beinhaltet nach einer grundlegenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich über die Preisgabe und Verwendung seiner personenbezogenen Daten zu bestimmen (BVerfG, Urteil vom 15.12.1983, BVerfGE 65, 1 ff.). Zu solchen personenbezogenen Daten zählen dabei nach § 3 BDSG Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten natürlichen Person (Betroffener), zum Beispiel Name, Ausweisnummer, Telefonnummer, Beruf, Gesundheitszustand, Wohnort, Familienstand oder auch Vermögens- und Einkommensverhältnisse.

Nach § 1 Abs. 2 BDSG gilt das Gesetz für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten durch öffentliche Stellen des Bundes, öffentliche Stellen der Länder, soweit der Datenschutz nicht durch Landesgesetz geregelt ist, und nicht-öffentliche Stellen, soweit sie die Daten unter Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen verarbeiten, nutzen oder dafür erheben oder die Daten in oder aus nicht automatisierten Dateien verarbeiten, nutzen oder dafür erheben, es sei denn, die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung der Daten erfolgt ausschließlich für persönliche oder familiäre Tätigkeiten.

Das BDSG regelt, ob und wie mit solchen personenbezogenen Daten umgegangen werden darf. Es erfasst dabei insbesondere deren Erhebung (Beschaffen von Daten über den Betroffenen), Speicherung (Aufbewahren auf Datenträgern), Veränderung, Übermittlung (Weitergabe an einen Dritten) oder Nutzung (sonstige Verwendung der Daten). Es richtet sich sowohl an öffentliche Stellen des Bundes, der Länder sowie an nicht öffentliche Stellen. Darunter zählen, neben natürlichen Personen, auch Personengesellschaften sowie juristische Personen des Privatrechts. Das BDSG schützt nur natürliche Personen, nicht dagegen juristische Personen. Juristische Personen fehlt das Merkmal Menschenwürde. Diese haben kein Recht auf informationelle Selbstbestimmung; geschützt werden allerdings die hinter der juristischen Person stehenden natürlichen Personen. Gleichwohl werden in Deutschland auch juristische Personen teilweise von den standesrechtlichen Regeln der Marktforschungsverbände erfasst.

Grundsätzlich gilt im BDSG ein „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“. Das bedeutet, dass zum Schutz des Betroffenen vor unzulässigen Eingriffen in sein Persönlichkeitsrecht die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten grundsätzlich verboten ist, es sei denn, der Betroffene stimmt dem zu (Einwilligung) oder eine gesetzliche Regelung erlaubt es oder ordnet es an (§ 4 Abs. 1 BDSG).

Das BDSG räumt dem Betroffenen zur Kontrolle und Einhaltung der Zulässigkeit der Verarbeitung bestimmte Rechte ein. Es regelt weiterhin die Rechte der Betroffenen auf Auskunft, Berichtigung, Löschung, Sperrung und Schadensersatz bei (missbräuchlicher) Verwendung von, zu ihrer Person gespeicherten Daten sowie die Pflichten der verantwortlichen Stelle im Hinblick auf Transparenz und Übersicht der gespeicherten Informationen, die vollständige Benachrichtigung der betroffenen Personen sowie die Sicherung rechtmäßig gespeicherter und verarbeiteter Daten vor unbefugtem Zugriff und unbefugter Nutzung. Zudem bestimmt es die notwendigen Kontrollinstanzen beim Einsatz personenbezogener Datenverarbeitung. Das BDSG enthält weiterhin Handlungsanweisungen zu Kontrollmaßnahmen und beschreibt schließlich die Folgen möglicher Gesetzesverstöße. Die Rechte des Betroffenen auf Auskunft (§§ 19, 34 BDSG), auf Berichtigung, Löschung oder Sperrung (§§ 20, 35 BDSG) können nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden.

2.1.2 Spezifische Bestimmungen für die Markt- und Sozialforschung

Markt- und Meinungsumfragen sind datenschutzrechtlich zulässig, wenn die Umfrageteilnehmer gemäß § 4a Abs. 1 BDSG vorher wirksam eingewilligt haben. Die Einwilligung ist jedoch nur wirksam, wenn sie auf der freien Entscheidung des Betroffenen beruht. Der Betroffene ist dabei auf den vorgesehenen Zweck der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung sowie, soweit nach den Umständen des Einzelfalles erforderlich oder auf Verlangen, auf die Folgen der Verweigerung der Einwilligung hinzuweisen. Die Einwilligung bedarf der Schriftform, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist. Soll die Einwilligung zusammen mit anderen Erklärungen schriftlich erteilt werden, ist sie besonders hervorzuheben. Im Bereich der wissenschaftlichen Forschung liegt ein besonderer Umstand im Sinne von § 4a Abs. 1 Satz 3 BDSG auch dann vor, wenn durch die Schriftform der bestimmte Forschungszweck erheblich beeinträchtigt würde. In diesem Fall sind der Hinweis nach Absatz 1 Satz 2 und die Gründe, aus denen sich die erhebliche Beeinträchtigung des bestimmten Forschungszwecks ergibt, schriftlich festzuhalten.

Neben einer Einwilligung, kommen die Erlaubnisnormen der §§ 28 und 30a BDSG in Betracht. § 28 BDSG ist einschlägig, wenn die verantwortliche Stelle einen eigenen Geschäftszweck mit dem Datenumgang verfolgt, dieser also als Hilfsmittel für andere geschäftliche Zwecke dient. Werden Umfragen jedoch von beauftragten Stellen durchgeführt, dient deren Datenumgang letztlich der Übermittlung entweder der personenbezogenen Daten oder aber

jedenfalls der Umfrageergebnisse an den Auftraggeber. Damit verfolgen sie keinen eigenen, sondern einen fremden Zweck, so dass § 28 BDSG für diese Form des Datenumgangs demnach ausscheidet.

In Bezug auf die Marktforschung regelt speziell § 30a BDSG die Voraussetzungen für die geschäftsmäßige Erhebung, Nutzung und Verarbeitung personenbezogener Daten. Nach § 30a BDSG ist das geschäftsmäßige Erheben, Verarbeiten oder Nutzen personenbezogener Daten zu Zwecken der Markt- oder Meinungsforschung zulässig, wenn kein Grund zu der Annahme besteht, dass der Betroffene ein schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung hat, oder die Daten aus allgemein zugänglichen Quellen entnommen werden können oder die verantwortliche Stelle sie veröffentlichen dürfte und das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung gegenüber dem Interesse der verantwortlichen Stelle nicht offensichtlich überwiegt. Besondere Arten personenbezogener Daten dürfen nur für ein bestimmtes Forschungsvorhaben erhoben, verarbeitet oder genutzt werden. Besondere Arten personenbezogener Daten sind nach § 3 Abs. 9 BDSG Angaben über die Rasse und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder philosophische Überzeugungen, Gewerkschaftszugehörigkeit, Gesundheit oder auch das Sexualleben.

Für Zwecke der Markt- oder Meinungsforschung erhobene oder gespeicherte personenbezogene Daten dürfen nur für diese Zwecke verarbeitet oder genutzt werden. Daten, die nicht aus allgemein zugänglichen Quellen entnommen worden sind und die die verantwortliche Stelle auch nicht veröffentlichen darf, dürfen nur für das Forschungsvorhaben verarbeitet oder genutzt werden, für das sie erhoben worden sind. Für einen anderen Zweck dürfen sie nur verarbeitet oder genutzt werden, wenn sie zuvor so anonymisiert werden, dass ein Personenbezug nicht mehr hergestellt werden kann. Die personenbezogenen Daten sind zu anonymisieren, sobald dies nach dem Zweck des Forschungsvorhabens, für das die Daten erhoben worden sind, möglich ist. Bis dahin sind die Merkmale gesondert zu speichern, mit denen Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer Person zugeordnet werden können. Diese Merkmale dürfen mit den Einzelangaben nur zusammengeführt werden, soweit dies nach dem Zweck des Forschungsvorhabens erforderlich ist (§30a Abs. 2 und 3 BDSG).

Widerspricht der Betroffene bei der verantwortlichen Stelle der Verarbeitung oder Nutzung seiner Daten für Zwecke der Werbung oder der Markt- oder Meinungsforschung, ist eine Verarbeitung oder Nutzung für diese Zwecke unzulässig (§ 28 Abs. 4 BDSG). Der Betroffene ist bei der Ansprache zum Zwecke der Werbung oder der Markt- oder Meinungsforschung und in den Fällen des § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG auch bei Begründung des rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses über die verantwortliche Stelle sowie über das Widerspruchsrecht nach Satz 1 zu unterrichten; soweit der Ansprechende personenbezogene Daten des Betroffenen nutzt, die bei einer ihm nicht bekannten Stelle gespeichert sind, hat er ebenfalls sicherzustellen, dass der Betroffene Kenntnis über die Herkunft der Daten erhalten kann.

Widerspricht der Betroffene bei dem Dritten, dem die Daten im Rahmen der Zwecke nach § 28 Abs. 3 BDSG übermittelt worden sind, der Verarbeitung oder Nutzung für Zwecke der Werbung oder der Markt- oder Meinungsforschung, hat dieser die Daten für diese Zwecke zu sperren. In den Fällen des Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 darf für den Widerspruch keine strengere Form verlangt werden als für die Begründung des rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses

2.1.3 Änderungen durch die europäische Datenschutz-Grundverordnung

Auf europäischer Ebene wurde am 25.05.2016 die sogenannte Datenschutz-Grundverordnung verabschiedet. Diese Verordnung der EU vereinheitlicht die Regeln für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten durch private Unternehmen und öffentliche Stellen in der EU. Dadurch soll einerseits der Schutz von personenbezogenen Daten innerhalb der EU gestellt, andererseits der freie Datenverkehr innerhalb des Europäischen Binnenmarktes gewährleistet werden. Die Verordnung ersetzt die aus dem Jahr 1995 stammende Richtlinie 95/46/EG zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr. Im Gegensatz zur Richtlinie 95/46/EG, die von den EU-Mitgliedsstaaten in nationales Recht umgesetzt werden musste, gilt die Datenschutz-Grundverordnung unmittelbar in allen EU-Mitgliedstaaten ab dem 25. Mai 2018. Diese Verordnung ersetzt weitgehend das BDSG und führt zu erheblichen Änderungen im bisherigen Datenschutzrecht.

Anders als im Bundesdatenschutzgesetz kommt die Markt- und Meinungsforschung als Branche, die personenbezogene Daten verarbeitet, in der europäischen Datenschutz-Grundverordnung nicht vor, weder in den Artikeln noch in den sogenannten Erwägungsgründen. Es fehlt eine dem § 30a BDSG vergleichbare kodifizierte Erlaubnisnorm für die Markt- und Meinungsforschung, die der Branche Rechtssicherheit hinsichtlich der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit ihres "Geschäftsmodells", der Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten, gegeben hat. Das europäische Verständnis vom Begriff Forschung ist allerdings weiter als im deutschen Recht, der gemäß der Definition des Begriffs "wissenschaftliche Forschungszwecke" im Erwägungsgrund 159, neben der Grundlagenforschung, unter anderem auch die angewandte Forschung und die privat finanzierte Forschung einschließt. Es ist deshalb allgemein anerkannt, dass die Markt- und Meinungsforschung dem Forschungsbegriff der Datenschutz-Grundverordnung unterstellt werden kann.

2.2 WEITERE DATENSCHUTZREGELUNGEN

2.2.1 Spezialgesetzliche datenschutzrelevante Bestimmungen

Durch das Internet sind in den letzten Jahren weitere erhebliche Gefahren aus datenschutzrechtlicher Sicht aufgetreten. Anbieter von Leistungen haben umfangreiche Möglichkeiten, persönliche Daten über das Internet-Nutzverhalten von Kunden oder potenziellen Kunden zu sammeln, ohne dass die Betroffenen hiervon Kenntnis erlangen; als Stichworte seien in diesem Zusammenhang nur „Cookies“ oder „Web-bugs“ zu nennen. Die Betreiber von Internet-Angeboten können für ihre Marktforschung, zum Beispiel durch eine speziell für das Internet entwickelte Software, genaue Angaben über jeden Nutzer, also seinen Namen, seine E-Mail Anschrift und sein Kaufverhalten erlangen, das heißt etwa, wie häufig dieser einzelne Angebote bis hin zur tatsächlichen Bestellung frequentiert hat. Dadurch erhalten die Unternehmen genaue Informationen über die Interessen potenzieller Kunden, um diesen dann per E-Mail individuelle Angebote übermitteln zu können. Mit diesen Daten lassen sich zudem über die betreffenden Internetnutzer deren Persönlichkeitsprofile erstellen.

Für die spezifische Gefährdungslage im Internet sind die allgemeinen Regelungen im BDSG nicht mehr ausreichend. Ausgangspunkt des im BDSG heute geregelten Datenschutzrechts war es primär, die staatliche Informationserhebung, -speicherung und -verarbeitung rechtlichen Regelungen zu unterwerfen, lediglich sekundär Anforderungen für den privaten Sektor aufzustellen.

Maßgebend für die Internetkommunikation ist nun das *Telemediengesetz* (TMG). Das TMG enthält Grundsätze für die Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten zur Bereit-

stellung von Telemedien (§§ 11 ff. TMG). Telemedien sind danach alle Informations- und Kommunikationsdienste, die nicht Telekommunikation oder Rundfunk sind. Typische Telemediendienste sind so etwa Online-Angebote von Waren oder Dienstleistungen mit unmittelbarer Bestellmöglichkeit, Teleshopping, Internetsuchmaschinen, Internetauktionen, Online-spiele, Blogs, Internet-Communities, Meinungsforen oder auch Chatrooms. In der Praxis kann dabei im Einzelfall eine Abgrenzung der Anwendungsbereiche dieser Gesetze durchaus problematisch sein. Abgrenzungsprobleme bestehen zunächst zum Rundfunk, das heißt Radio und Fernsehen, für den der *Rundfunkstaatsvertrag* Anwendung findet. Abgrenzungsfragen können auch zu Telekommunikationsdienstleistungen auftreten. Telekommunikationsdienste sind nach § 3 Nr. 14 Telekommunikationsgesetz (TKG) Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen, zum Beispiel Internettelefonie; in Bezug auf den Datenschutz sind hier insbesondere die §§ 91 ff. TKG zu beachten.

Weitere zu beachtende Regelungen betreffen das Sozialgeheimnis beziehungsweise den Sozialdatenschutz. Mit diesen synonym verwendeten Begriffen werden die bereichsspezifischen Datenschutz-Regelungen im deutschen Sozialrecht bezeichnet. Das Sozialgeheimnis konkretisiert das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung für den Bereich der öffentlichen Sozialleistungsträger und anderer Stellen, die mit der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung von Sozialdaten betraut sind. Gesetzlich geregelt ist in Deutschland das Sozialgeheimnis in § 35 SGB I in Verbindung mit den §§ 67 ff. SGB X. Diese Datenschutznormen des SGB gehen aufgrund der Subsidiaritätsklausel in § 1 Abs. 3 BDSG als spezielle Datenschutznormen dem allgemeinen Datenschutzrecht des Bundes vor.

Zu beachten sind weiterhin spezielle arbeitnehmerschutzbezogene Regelungen, insbesondere solche in diversen Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen. Die datenschutzrechtlichen Regelungen in diesen Gesetzen beruhen ebenfalls auf dem Prinzip eines „Verbots mit Erlaubnisvorbehalt“, das heißt, dass die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten, zum Beispiel IP-Nummern, E-Mail-Adressen, Kundennummern, Nutzerprofile oder Telekommunikationsanschlüsse, verboten ist, sofern kein gesetzlicher Erlaubnistatbestand oder eine Einwilligung des Betroffenen vorliegen.

2.2.2 Ergänzende verbandsinterne Richtlinienbestimmungen

In Bezug auf die Nutzung des Internets als Kommunikationsmedium orientieren sich die Marktforschungsverbände im Rahmen der Selbstverpflichtung an bestimmten Richtlinien. Von Relevanz sind in diesem Zusammenhang die bereits erwähnte Richtlinie für Untersuchungen in den und mittels sozialer Medien und die Richtlinie für Online-Befragungen. Soziale Medien im Sinne dieser Richtlinien sind Plattformen, die die Nutzer über digitale Inhalte in der gegenseitigen Kommunikation und im interaktiven Austausch von Informationen und Medieninhalten zwischen Einzelnen und Gruppen unterstützen, insbesondere Blogs, Foren, Communities und soziale Netzwerke.

Bei offenen sozialen Netzwerken bestehen grundsätzlich keine Beschränkungen hinsichtlich der Zugangsmöglichkeit und der Inhalte. Dagegen werden bei geschlossenen sozialen Medien die Zugangsmöglichkeiten und damit häufig verbunden auch die Inhalte eingeschränkt. Eine solche Abgrenzung zwischen einem offenen und einem geschlossenen sozialen Medium kann nur im Einzelfall vorgenommen werden. Bei den Untersuchungen in den und mittels sozialer Medien handelt es sich regelmäßig um Beobachtungen im Internet, die ebenso wie die klassischen Beobachtungsverfahren, aktiv und passiv durchgeführt werden können. Offene soziale Medien beziehungsweise die entsprechenden Bereiche, die nicht passwortgeschützt sind oder durch andere Blockierungen geschützt werden, sind datenschutzrechtlich als allgemein zugängliche Quellen zu verstehen. Ihre personenbezogenen Daten bezie-

hingweise personenbeziehbaren Inhalte dürfen nach § 30a Abs. 1 BDSG für Zwecke der Markt-, Meinungs- und Sozialforschung erhoben, verarbeitet und genutzt werden, wenn das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss daran nicht offensichtlich überwiegt. Letzteres ist in der Regel nicht der Fall, weil nach § 30a Abs. 2 BDSG die erhobenen Daten nur in anonymisierter Form für andere Zwecke, das heißt unter anderem auch als Grundlage wirtschaftlicher und politischer Entscheidungen des Auftraggebers, genutzt werden dürfen. Dagegen sind geschlossene soziale Medien beziehungsweise die entsprechenden Bereiche grundsätzlich nicht als allgemein zugängliche Quellen im Sinne des Datenschutzrechts einzuordnen. Ihre personenbezogenen beziehungsweise personenbeziehbaren Daten dürfen daher nach § 4 Abs. 1 BDSG nur mit Einwilligung des Betroffenen erhoben, verarbeitet und genutzt werden, da man ein schutzwürdiges Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss daran nicht von vornherein ausschließen kann. Durch das Bereitstellen eines sozialen Mediums zu Forschungszwecken wird die Forschungseinrichtung, die das soziale Medium betreibt, zum Diensteanbieter im Sinne des Telemediengesetzes (TMG). Zu beachten sind hier insbesondere § 5 TMG (Allgemeine Informationspflichten) und § 13 TMG (Pflichten des Diensteanbieters).

Das in der Markt- und Sozialforschung zu beachtende Anonymisierungsgebot gilt auch für Untersuchungen in den und mittels der sozialen Medien. Ebenfalls zu beachten ist grundsätzlich das Trennungsgebot von anderen Tätigkeiten, insbesondere von allen Tätigkeiten des Direktmarketing, der Werbung und der Verkaufsförderung. Zu den Pflichten einer Forschungseinrichtung bei der Verwendung wörtlicher Zitate sowie von Bild- oder Tondokumenten im Zusammenhang mit der Durchführung einer Untersuchung gehört es, dass die eventuell relevanten urheber-, verwertungs- oder markenrechtlich Regelungen vorab geklärt sind.

Nach der Richtlinie über Onlinebefragungen geht es darum, dass Teilnehmer den Fragebogen auf dem Server des Forschungsinstituts oder eines Providers mittels Internet online ausfüllen oder vom Server mittels Internet herunterladen und per E-Mail zurücksenden oder, in eine E-Mail integriert, zugeschickt bekommen und auf die gleiche Weise zurücksenden. Zu beachten ist auch hier der Hinweis auf die Freiwilligkeit der Teilnahme.

In rechtlicher Hinsicht unterliegt E-Mail-Werbung denselben rechtlichen Beschränkungen wie Telefon- oder Telefaxwerbung. Sie ist grundsätzlich verboten, soweit keine Einwilligung vorliegt. Diese rechtliche Schranke gilt allerdings nicht, wenn sie ausschließlich Forschungszwecken dient. Das bedeutet für die Marktforschungsinstitute bei E-Mail-Befragungen, und bei allen anderen Formen auch, das Trennungsgebot zwischen Forschung einerseits und Werbung sowie Verkaufsförderung andererseits strikt einzuhalten. Auch dürfen online erhobene Daten, wie grundsätzlich auch in der gesamten Markt- und Sozialforschung, nur in anonymisierter Form verarbeitet und an den Auftraggeber der Untersuchung oder an andere befugte Stellen übermittelt werden.

In der Richtlinie zum Umgang mit Adressen in der Markt- und Sozialforschung wird die Anwendung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen auf den Umgang mit Adressen und, soweit zutreffend, anderen personenbezogenen Daten bei der Durchführung der Untersuchungen der Markt- und Sozialforschung definiert und präzisiert. Adressen sind in diesem Sinne alle Informationen, die eine unmittelbare Kontaktaufnahme mit den betreffenden Personen ermöglichen, also insbesondere Name, Wohnung beziehungsweise Postanschrift, Telefon- und Telefaxnummer, E-Mail-Adresse oder ähnliches. Neben den grundsätzlichen Bestimmungen sind, wenn anwendbar, die spezialgesetzlichen Bestimmungen des Sozialgesetzbuches (SGB) zu beachten, soweit die erhobenen Daten dem Sozialgeheimnis unterliegen. Die bei Anbietern von Telekommunikationsdiensten und Diensteanbietern von Tele-

medien gespeicherten personenbezogenen Daten unterliegen ebenso den Bestimmungen des Telekommunikationsgesetzes (TKG) beziehungsweise des Telemediengesetzes (TMG).

Nicht erfasst vom BDSG oder den genannten spezialgesetzlichen Regelungen werden Befragungs- oder Beobachtungsdaten, die keinen Personenbezug aufweisen, also weder direkt über Name und/oder Adresse, noch indirekt über die Bestimmbarkeit aufgrund anderer Merkmale.

Soweit Meinungs- und Marktforschung mit Minderjährigen durchgeführt werden soll, sind zum Schutz dieser Personen spezielle Regelungen zu beachten. Diese beziehen sich auf den Schutz durch das Datenschutz- und das Lauterkeitsrecht. Dabei sind die im Rahmen der Meinungs- und Sozialforschung vertragsrechtlichen Schutzvorschriften, nach denen Willenserklärungen von Minderjährigen, soweit sie einen rechtlichen Nachteil bedeuten, der Zustimmung der gesetzlichen Vertreter, also regelmäßig beider Elternteile bedürfen, von keiner beziehungsweise geringer Relevanz. Im Hinblick auf Marktforschung gegenüber Minderjährigen richten sich die Marktforschungsverbände nach der Richtlinie für die Befragung von Minderjährigen. Minderjährige sind nach deutschem Recht Kinder und Jugendliche unter 18 Jahren. Nach der Richtlinie gelten zunächst dieselben Regelungen wie bei volljährigen Personen. Es bedarf eines Hinweises auf die Freiwilligkeit der Teilnahme und einer Einwilligung zur Verarbeitung und anonymisierten Nutzung der erhobenen Daten. Bei der Einwilligung kommt es wegen des Alters maßgebend darauf an, ob eine Einsichtsfähigkeit des Minderjährigen vorliegt, insbesondere ob dieser die Konsequenz der Verwendung seiner Daten übersehen und entsprechend Stellung nehmen kann; Kinder unter 11 Jahren besitzen diese nach der Richtlinie grundsätzlich nicht.

3 SCHUTZ DES WETTBEWERBES

3.1 RECHTLICHER RAHMEN GESETZ GEGEN DEN UNLAUTEREN WETTBEWERB

Markt- und Meinungsforschung arbeitet vielfach mit der unmittelbaren Ansprache von Personen über unterschiedliche Kommunikationswege, die auch für das Dialogmarketing genutzt werden können. Wenn Umfragen zur Markt- und Meinungsforschung einen Bezug zu Wirtschaftsfragen, zu einzelnen Branchen und Unternehmen oder sogar zu spezifischen Produkten und Dienstleistungen aufweisen, wird die Grenze auf den ersten Blick nicht immer klar erkennbar sein: Eine Befragung nach der Zeitschriftennutzung kann leicht mit dem Vertrieb der bevorzugten Zeitschrift, eine Kundenzufriedenheitsumfrage mit dem Angebot eines verbesserten Produkts verbunden werden.

Von besonderer Relevanz ist hier § 7 UWG. Nach § 7 Abs. 1 UWG ist eine geschäftliche Handlung, durch die ein Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt wird, unzulässig. Dies gilt insbesondere für Werbung, obwohl erkennbar ist, dass der angesprochene Marktteilnehmer diese Werbung nicht wünscht. Eine unzumutbare Belästigung ist nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG stets anzunehmen bei Werbung mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher ohne dessen vorherige ausdrückliche Einwilligung oder gegenüber einem sonstigen Marktteilnehmer ohne dessen zumindest mutmaßliche Einwilligung. Weiterhin ist nach § 7 Abs. 2 UWG eine unzumutbare Belästigung anzunehmen, wenn Irreführung über den Absender (Nr. 4) vorliegt sowie bei der Werbung mittels automatischer Anrufmaschine, Faxgerät oder E-Mail (Nr. 3). Eine Unzulässigkeit kann nur durch vorherige ausdrückliche Einwilligung vermieden werden. Bei sonstigen Fernkommunikationsmitteln, vor allem bei Briefen,

liegt eine unzumutbare Belästigung nach § 7 Abs. 1 UWG vor, wenn ein Verbraucher hartnäckig angesprochen wird, obwohl er dies erkennbar nicht wünscht.

Verstöße gegen die Vorschriften des UWG können von Verbänden oder anderen Marktteilnehmern mit kostenpflichtigen Abmahnungen auf Unterlassung verfolgt werden. Verstöße gegen § 7 Abs. 2 Nr. 2 und 3 UWG stellen zudem eine Ordnungswidrigkeit dar, die von der Verwaltungsbehörde mit einem Bußgeld geahndet werden kann (§ 20 UWG).

Bei telefonischen Befragungen kann vor allem § 7 Abs. 2 UWG eine Rolle spielen, wenn man Markt- und Meinungsforschung insgesamt oder teilweise als Werbung einordnet. In diesen Fällen wären die praktisch relevanten Telefonumfragen bei Verbrauchern nur bei Vorliegen einer vorherigen und ausdrücklichen, bei sonstigen Marktteilnehmern zumindest mutmaßlichen Einwilligung zulässig, und zwar unabhängig von der datenschutzrechtlichen Problematik. Damit wäre auch an dieser Stelle die Repräsentativität der Ergebnisse gefährdet. Ob ein Vorhaben der Markt- und Meinungsforschung als Werbung eingeordnet wird, stellt damit eine entscheidende Weichenstellung für die Frage ihrer lauterkeitsrechtlichen Zulässigkeit dar.

In der Praxis haben Gerichte vereinzelt unverlangte Telefonanrufe zu Marktforschungszwecken gegenüber Verbrauchern als wettbewerbswidrig angesehen (OLG Stuttgart, Urteil v. 17.1.2002, 2 U95/01; LG Hamburg, Urteil v. 30.6.2006, Az. 309 S 276/05). Verbraucher ist dabei nach § 13 BGB jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können. Zwar handelt es sich bei derartigen Telefonanrufen nicht um Werbung im eigentlichen Sinne dieser Vorschrift. Umfragen zu Marktforschungszwecken sind dem Begriff Werbung dann gleichzustellen, wenn sie von Marktforschungsunternehmen in gewerblichen Auftrag von Unternehmen durchgeführt werden und damit mittelbar der Absatzförderung dienen, insbesondere wenn Verbrauchergewohnheiten im Zusammenhang mit Produkten und Dienstleistungen der Auftraggeber erfragt werden. Die Gerichte haben in diesen Fällen auf unverlangte Verbraucherumfragen dieselben Grundsätze wie für eine unaufgeforderte Telefonwerbung angewendet. Nach der Implementierung des § 30a BDSG im Jahre 2009 gab es für die Markt- und Sozialforschung insoweit eine erhöhte Rechtssicherheit, dass diese Regelung eine Erlaubnisnorm im Sinne von § 4 BDSG darstellt. Gleichwohl gab es nach wie vor Entscheidungen, in denen etwa eine telefonische Kundenzufriedenheitsstudie (im gewerblichen Bereich) als geschäftliche Handlung und damit, mangels vorheriger Einwilligung, eine unzumutbare Belästigung darstellte, die mit einem Unterlassungsgebot untersagt wurde (OLG Köln, Urteil v. 30.03.2012, Az.: 6 U 191/11). Nach Ansicht des OLG Köln genüge es für das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung, dass das in Rede stehende Verhalten mit der Förderung des Umsatzes lediglich „objektiv zusammenhängt“. Auf der anderen Seite wurden aber auch Klagen gegen Markt- und Sozialforschungsinstitute abgewiesen (AG Frankfurt, Urteil vom 28.04.2014; Az: 31 C 120/14); AG Berlin-Mitte, Urteil v. 21.06.2011, AZ.: 5 C 1003/11). Danach dürfe der Begriff der mittelbaren Absatzförderung nicht überdehnt werden. Er dürfe nicht soweit verstanden werden, dass jede Markt- und Meinungsforschung bereits auch unmittelbar zur Absatzförderung beiträgt.

3.2 ERGÄNZENDE VERBANDSINTERNE RICHTLINIENBESTIMMUNGEN

Aufgrund der Gefahr einer Vermengung mit werbender Tätigkeit haben sich die Marktforschungsverbände bereits seit langem in einer Selbstverpflichtung dazu bekannt, bestimmte Standards einzuhalten, die ein spezifisches Arbeitsprofil aufweisen. Danach muss Markt-

und Meinungsforschung mit den wissenschaftlichen Methoden der empirischen Sozialforschung durchgeführt werden.

Nach der verbandsseitigen Richtlinie für telefonische Befragungen gelten strengere Regeln als die geltende Rechtslage vorsieht. Bei telefonischen Befragungen, ebenso wie für persönliche beziehungsweise mündliche Interviews, muss bei einer Kontaktaufnahme die Identität der Forschungseinrichtung beziehungsweise der verantwortlichen Stelle, wenn das nicht die Forschungseinrichtung ist, offen gelegt werden und die Betroffenen ohne Schwierigkeit nachprüfbar sein, der allgemeine Zweck des Anrufs erläutert werden, auf die Freiwilligkeit der Teilnahme hingewiesen werden, sofern dies nicht offensichtlich ist, bei vom Auftraggeber gelieferten Adressen über die Herkunft der Telefonnummer und über das Widerspruchsrecht bezüglich ihrer Übermittlung und/oder Nutzung unterrichtet werden. Ihre Ergebnisse dürfen an den Auftraggeber nur in anonymisierter Form weitergegeben werden; dies gilt (zumindest in Deutschland) sogar dann, wenn der Studienteilnehmer die personenbezogene Übermittlung ausdrücklich wünscht. Eine nicht anonymisierte Übermittlung ist nur zwischen Forschungsinstituten erlaubt und bedarf der Einwilligung der Betroffenen. Schließlich dürfen forschungsfremde Vorhaben, wie etwa Direktmarketing, Werbung oder Verkaufsförderung weder als Markt-, Meinungs- oder Sozialforschung bezeichnet, noch hiermit verbunden werden. Weitere berufliche Verhaltensregeln ergeben sich durch die Übernahme des gemeinsamen Standards der Internationalen Handelskammer (ICC) und der European Society for Opinion and Market Research (ESOMAR), etwa die Freiwilligkeit der Teilnahme und das Erfordernis der informierten Einwilligung. Überdies unterliegen Daten, die für Zwecke der Markt- oder Meinungsforschung erhoben werden, einer strikten Zweckbindung. Die Richtlinie für telefonische Befragungen regelt weitere Einzelheiten, etwa in Bezug auf Wiederholungs- und Folgebefragungen.

4 WEITERFÜHRENDE LITERATUR

Marktforschung 2016/2017, BVM (Berufsverband Deutscher Markt- und Sozialforscher) - Handbuch der Institute und Dienstleister, Berlin 2017

5 AUTORENINFORMATION

Dr. Thomas Zerres ist Professor für Zivil- und Wirtschaftsrecht an der Hochschule Konstanz. Vor seinem Ruf an die Hochschule Konstanz lehrte Prof. Dr. Thomas Zerres 15 Jahre an der Hochschule Erfurt, nachdem er mehrere Jahre als Rechtsanwalt und als Bundesgeschäftsführer eines großen Wirtschaftsverbandes der Dienstleistungsbranche tätig war. Seine Lehr- und Forschungsschwerpunkte sind das Marketingrecht sowie das Europäische Privatrecht.

Dr. Christopher Zerres ist Professor für Marketing an der Hochschule Offenburg. Seine Schwerpunkte in Lehre und Forschung liegen auf Social Media- und Online-Marketing sowie Marketing-Controlling. Zuvor war er bei einer Unternehmensberatung sowie einem internationalen Automobilzulieferer tätig. Christopher Zerres ist Autor zahlreicher Publikationen zu den Bereichen Management und Marketing.