Axel Theobald

Praxis Online-Marktforschung

Grundlagen – Anwendungsbereiche – Durchführung

Springer Gabler

4.2 Relevante Datenschutzfragen in der aktuellen Online-Marktforschung

Ulrich Schäfer-Newiger und Andrea Schweizer

Einführung

Durch das Internet wurde der Zugriff auf eine große Masse an Informationen eröffnet und gleichzeitig ist das Bewusstsein der Bevölkerung über die Verwendung ihrer Daten gestiegen. Das Internet ist jedoch kein rechtsfreier Raum. In diesem Beitrag wird ein kurzer Überblick über die relevanten gesetzlichen Vorschriften gegeben und auf mögliche Gefahren hingewiesen.[6] Der Beitrag beschränkt sich auf die Darstellung, welche Daten gesammelt werden dürfen, wann eine Einwilligung erforderlich ist, wie man eine rechtswirksame Einwilligung einholt und was im Anwendungsfall einer Kundenbefragung zu beachten ist.

Welche Daten dürfen gesammelt werden?

Grundsätzlich dürfen bei Online-Befragungen oder überhaupt bei Social Media Research alle Daten und Informationen gesammelt und zu Markt- und Sozialforschungszwecken verwendet werden, die auch in der „klassischen" Marktforschung erhoben und verwendet werden dürfen. Rechtliche und ethische Rahmenbedingungen müssen bei der digitalen Kommunikation und Datenerhebung genauso beachtet werden wie bei der „klassischen" Marktforschung.

Werden Daten und andere Informationen online oder im Internet erhoben, ergeben sich Besonderheiten. Sie folgen nicht nur aus der Tatsache, dass die digitale Kommunikation und das Internet in der Regel „grenzenlos" sind, also Ländergrenzen keinerlei Hindernis darstellen, sondern auch daraus, dass es insbesondere für den Datenschutz – jedenfalls in Deutschland und Europa für den Telemedienbereich (also: Internet, digitale Kommunikation) – Sonderregelungen gibt, die zum Teil das Bundesdatenschutzgesetz ersetzen. So gilt § 30a Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) nicht für alle personenbezogenen Daten, die bei der Online-Marktforschung eine Rolle spielen. Es kann zum Beispiel auch das Telemediengesetz (TMG) eingreifen.

---

[6] Aufgrund des begrenzten Umfangs des Beitrags können nicht alle für die Online-Marktforschung praxisrelevanten Normen dargestellt werden. Auf die Besonderheiten der Datenerhebung aus sozialen Medien, Web-Tracking, Social Media Plug-Ins, Mobile Apps, die Datensicherheit und die Datenerhebung und -weiterleitung in Drittstatten kann deshalb nicht eingegangen werden.

Wann handelt es sich um personenbezogene Daten?

Die Frage, wann im Online-Bereich oder überhaupt personenbezogene Daten vorliegen, ist nicht banal oder rhetorisch. Von ihrer Beantwortung hängt ab, ob derjenige, der Daten erhebt und verwenden will, den gesetzlichen Datenschutz beachten muss oder nicht. Beachtet er, obwohl er dazu verpflichtet ist, die Datenschutzgesetze nicht, drohen erhebliche Bußgelder.[7]

Definition

In Deutschland definiert § 3 Abs. 1 BDSG, was personenbezogene Daten sind: „*Personenbezogene Daten sind Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person.*" Für den Online- und Internetbereich gibt es keine andere Begriffsbestimmung. Erhebt ein deutscher Marktforscher im Ausland Daten – egal auf welchem Weg – und hat er das Datenschutzrecht des Drittlandes zu beachten, muss er auch prüfen, ob dort nicht zusätzlich Einzelangaben zu juristischen Personen, anders als in Deutschland, unter den Begriff „personenbezogene Daten" fallen. Auf juristische Personen wird zum Beispiel in der Schweiz und in Österreich, aber auch noch in anderen Ländern der Begriff erweitert. Solange die vorgesehene Datenschutzgrundverordnung der EU (Definition der personenbezogenen Daten in Art. 4 Nr. 1 DS-GVO) noch nicht in Kraft gesetzt ist, gibt es nicht einmal eine einheitliche Definition des personenbezogenen Datums innerhalb der EU.

Personenbezogene Daten sind zunächst solche, die eine direkte Identifizierung der betreffenden Person ermöglichen wie der Name. Eine direkte Identifizierung ist immer dann möglich, wenn es keines weiteren Zusatzwissens bedarf, um zu wissen, um welche Person es sich handelt. Die direkte Identifizierung ist aber nicht Voraussetzung für den Personenbezug eines Datums oder einer Information. Es reicht, wenn der Personenbezug mit Hilfe weiterer zusätzlicher Informationen herstellbar ist und somit die Person „bestimmbar" ist. Es kommt nicht darauf an, ob dieser Bezug tatsächlich hergestellt wird, sondern ob er mit einem nicht „unverhältnismäßig großen Aufwand an Zeit, Kosten und Arbeitskraft" (Rückschluss aus dem Begriff des „Anonymisierens", § 3 Abs. 6 BDSG) möglich ist. Wenn er auf diese Weise – und sei es eben ganz abstrakt – möglich ist, handelt es sich um ein personenbezogenes Datum, falls nicht, ist die betreffende Information kein personenbezogenes Datum. Der Begriff des Anonymisierens ist natürlich auslegungsfähig und bietet deswegen in Zweifelsfällen keine Sicherheit für denjenigen, der nun entscheiden muss, ob eine Information ein personenbezogenes Datum ist oder nicht.

---

[7] Nach der neuen EU-Datenschutzgrundverordnung können höhere Bußgelder verhängt werden. Zum Teil sind Bußgelder bis zu 4% des Jahresumsatzes des vorangegangen Geschäftsjahres zulässig oder bis zu 20.000.000,00 Euro (Art. 83 DS-GVO). Diese VO wurde am 14.04.2016 verabschiedet. Sie wird im Jahre 2018, zwei Jahre nach ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt der EU, anwendbar sein.

Beispiele

Aus dem Gesagten ergibt sich aber, dass zu den personenbezogenen Daten insbesondere zählen (die Aufzählung ist nicht abschließend):

- Name
- Anschrift (wenn sich dahinter eine Wohnung, oder ein Wohnhaus verbirgt)
- Telefonnummer, E-Mail-Adresse (eine Bestimmbarkeit ist grundsätzlich ohne unverhältnismäßig großen Zeitaufwand möglich, weil das Telekommunikationsunternehmen oder der Provider weiß, wer sich hinter der Nummer oder Bezeichnung verbirgt)
- IP-Adresse (nach Ansicht deutscher Datenschützer auch die dynamische IP-Adresse; es gilt das gleiche, wie das zur E-Mail-Adresse Gesagte)
- Personalausweisnummer, Sozialversicherungsnummer, Fahrgestellnummer eines Autos
- Konto- und Kreditkartennummern
- Die Abbildung (Foto) eines Menschen (vor allem ein Portraitfoto, Video- und Filmaufnahmen)
- Mikrogeografische Angaben (die Rückschlüsse auf Einzelpersonen erlauben, zum Beispiel „Zweifamilienhaus in der Schumannstraße")
- IMSI-Nr. (internationale Mobilfunkteilnehmerkennung; den Personenbezug dieser Nummer hat sogar das Bundesverfassungsgericht schon bestätigt)
- IMEI-Nr. (International Mobile Station Equipment Identity)
- Cookies (hängt von den Daten ab, die im Einzelfall vom Cookie ermittelt und verarbeitet werden: Ist ein Nutzer, bei dem ein Cookie abgelegt wird, anhand von Bestandsdaten bestimmt oder bestimmbar, handelt es sich bei dem Cookie um ein personenbezogenes Datum)

  Personenbezogene Daten können auch sein:
- Social Plug-Ins (wie zum Beispiel Facebook „Like Button", Tell-a-friend-Funktion oder Social Bookmarking Systeme)
- Browser Fingerprints (sofern der Diensteanbieter aus den vom Browser fortlaufend übermittelten Daten einen Personenbezug herstellen kann)

Auskunftsrecht des Betroffenen

Das Auskunftsrecht des Nutzers eines Telemediendienstes (wozu zum Beispiel Online-Befragungen jeder Art gehören) ist in § 13 Abs. 8 des Telemediengesetzes (TMG) geregelt. Diese Vorschrift lautet: *„(8) Der Diensteanbieter hat dem Nutzer nach Maßgabe von § 34 des Bundesdatenschutzgesetzes auf Verlangen Auskunft über die zu seiner Person oder zu seinem Pseudonym gespeicherten Daten zu erteilen. Die Auskunft kann auf Verlangen des Nutzers auch elektronisch erteilt werden."*

Dieser Auskunftsanspruch bezieht sich nur auf Daten, die nach den Bestimmungen des TMG erhoben und verarbeitet werden, also auf Bestandsdaten gemäß § 14 und auf Nutzungsdaten gemäß § 15 TMG (Erläuterung weiter unten). Der Nutzer muss seinen

Auskunftsanspruch nicht begründen, er kann anlasslos Auskunft verlangen, es sei denn, er handelt rechtsmissbräuchlich. Eine besondere Form des Auskunftsverlangens ist nicht vorgeschrieben. Auskunft kann schriftlich, telefonisch oder auch per E-Mail oder anderweitig elektronisch verlangt werden. Die Antwort muss unverzüglich erfolgen, auch wenn § 34 BDSG, auf den verwiesen wird, keine Frist vorschreibt. Dass die Auskunft unverzüglich erteilt werden muss, wird aus dem Schutzzweck der Vorschrift geschlossen. In der Regel wird „unverzüglich" höchstens zwei Wochen bedeuten.

Muss immer eine Einwilligung (Opt-In) eingeholt werden?

Zur Beantwortung dieser Frage ist es notwendig, die Grundsätze des Datenschutzes zu kennen, wie sie im BDSG und im TMG geregelt sind. Denn eine eindeutige, für alle Fallkonstellationen zutreffende Antwort auf die Frage gibt es nicht. Vielmehr gibt es eine Reihe gesetzlicher Regelungen, die für bestimmte Datenarten und Dateninhalte verschiedene Antworten auf die oben gestellte Frage bereithalten.

Grundsatz des Datenschutzes: Verbot mit Erlaubnisvorbehalt

Der Grundsatz des in Deutschland und in der EU geltenden Datenschutzes lautet: Grundsätzlich ist der Umgang mit personenbezogenen Daten verboten. Oder anders formuliert: Alles, was im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten von einer Rechtsvorschrift nicht erlaubt ist, ist verboten. Dies ergibt sich aus § 4 Abs. 1 BDSG, einem Eckpfeiler des Datenschutzrechts, der bestimmt: *„Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten sind nur zulässig, soweit dieses Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet oder der Betroffene eingewilligt hat."*

Zulässig ist der Umgang mit personenbezogenen Daten demnach ausschließlich nur dann, wenn der Betroffene rechtswirksam eingewilligt hat oder in einem Gesetz oder einer anderen Rechtsvorschrift ein Erlaubnistatbestand festgeschrieben ist. Wenn es einen Erlaubnistatbestand gibt, bedarf es keiner Einwilligung des Betroffenen. Wenn es keinen Erlaubnistatbestand gibt, muss eine rechtswirksame Einwilligung des Betroffenen vorliegen, bevor die ihn betreffenden Daten erhoben und genutzt werden können.

Gesetzliche Erlaubnistatbestände mit Bedeutung für die Online-Marktforschung

Telemediengesetz (TMG)

Für die Online-Marktforschung sind zuerst das TMG und die darin enthaltenen Datenschutzregelungen (§§ 11 bis 15a TMG) zu beachten. Denn die Institute, die Markt- und Sozialforschung online betreiben, sind alle Telemediendiensteanbieter im Sinne des TMG. Telemediendienste sind alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, soweit sie nicht Telekommunikationsdienste oder Rundfunkunternehmen sind. Auch das TMG beinhaltet in § 12 ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt bezüglich personenbezogener

Daten. Geregelt wird im Gesetz der Umgang mit den personenbezogenen Daten, die gerade zur Bereitstellung und Durchführung des Telemediendienstes erhoben und verwendet werden. Personenbezogene Daten, die anderen Zwecken dienen, unterfallen nicht der Regelung des TMG, sondern dem BDSG. Das TMG unterscheidet dabei zwischen sogenannten „Bestandsdaten" (§ 14 TMG) und „Nutzungsdaten" (§ 15 TMG).

Die Unterschiede lassen sich am Beispiel eines Online-Panels am besten verdeutlichen. Die schon für die Einladung zur Teilnahme und später für die Versendung von Fragebögen und weiteren Informationen verwendete E-Mail-Adresse des Panel-Teilnehmers ist ein Bestandsdatum, weil die E-Mail-Adresse für die Begründung, inhaltliche Ausgestaltung oder Änderung der Beziehung zwischen Institut und Panelteilnehmer benötigt wird. Zu den Bestandsdaten gehören auch Benutzername, Passwörter und ähnliches. Wird zu Kontrollzwecken die IP-Adresse des Teilnehmer-Rechners verwendet, handelt es sich dabei auch um ein Bestandsdatum im Sinne des TMG. Bei Panelteilnehmern zählen zu den Bestandsdaten beispielsweise auch diejenigen Daten, die für die Vergabe von Incentives oder die Versendung von Produkten für Produkttests benötigt werden.

Die Bestandsdaten darf der Diensteanbieter zu nichts anderem verwenden als den von ihm angebotenen Dienst zu begründen, durchzuführen oder zu beenden (§§ 12, 14 TMG). Diese Daten dürfen also zum Beispiel nicht zur Versendung eines Newsletters des Institutes, zur Erstellung von Nutzungsprofilen verwendet oder an Dritte weitergegeben werden (auch nicht zu Marktforschungszwecken).

Soll auch zu Markt- und Sozialforschungszwecken das Surfverhalten des Teilnehmers ermittelt und analysiert werden, sind alle dazu verwendeten Daten und Informationen, die die Individualisierung des Panelteilnehmers ermöglichen (also vor allem die IP-Adresse und Informationen, die in einem zu diesem Zweck gesetzten Cookie enthalten sind) personenbezogene Nutzungsdaten und keine Bestandsdaten. Das gilt auch, wenn das Institut dazu die Dienste Dritter nutzt. Nutzungsdaten sind vor allem Merkmale, die den Nutzer identifizieren oder zu seiner Identifikation beitragen, Angaben über Beginn und Ende sowie des Umfangs der jeweiligen Nutzung (zum Beispiel einer Website) sowie Angaben über die vom Nutzer in Anspruch genommenen Telemedien.

§ 15 TMG schreibt genau vor, was der Diensteanbieter mit diesen Nutzungsdaten machen darf, sofern eine Einwilligung zu Ihrer Verwendung nicht vorliegt. Zu Marktforschungszwecken (sowie Werbung und bedarfsgerechter Gestaltung des Telemediendienstes) dürfen Nutzungsdaten nur in Form von Pseudonymen verwendet werden und dies nur, sofern der Nutzer dem zuvor nicht widersprochen hat. Er muss also darüber informiert werden, dass sein Nutzungsverhalten beobachtet und analysiert wird und dafür ein Pseudonym anstatt eines personenbezogenen Datums verwendet wird. Das Erheben und Verwenden von Nutzungsdaten setzt kein Vertragsverhältnis (wie es etwa die Vereinbarung zur Teilnahme an einem Online-Panel darstellt) voraus. Die Nutzungsprofile dürfen nicht für den Zweck erstellt werden, sie an Dritte zu übermitteln. Pseudonymisieren bedeutet das Ersetzen des Namens oder anderer Identifikationsmerkmale (etwa der IP-Adresse) durch ein Kennzeichen (Nummer, Buchstabenfolge oder dergleichen) zu dem Zweck, die Bestimmung des Betroffenen auszuschließen oder zu erschweren (§ 3 Abs. 6a

BDSG). Der Nutzer muss darüber informiert werden, dass er einer Profilbildung auch unter einem Pseudonym widersprechen kann (§ 13 Abs. 3 Satz 2 TMG).[8]

Alle personenbezogenen Daten, die bei einem Telemediendienst darüber hinaus anfallen, sind sogenannte „Inhaltsdaten", für die wiederum das BDSG gilt. „Inhaltsdaten" sind solche, die mit Hilfe des jeweiligen Telemediums transportiert werden. Darunter fallen zum Beispiel personenbezogene Daten, die im Rahmen einer Online-Befragung vom Nutzer erfragt werden. Auch freiwillige Angaben, die ein Nutzer im Rahmen von Social Community Plattformen macht (zum Bespiel bei Facebook) gehören zu den Inhaltsdaten. Da über sie im TMG nichts geregelt ist, unterfallen sie dem BDSG. Um sie zu Marktforschungszwecken verwenden zu können, gilt demnach § 30a BDSG.

§ 30a Bundesdatenschutzgesetz (BDSG)

Für die Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten zum Zwecke der Markt- und Sozialforschung bildet bekanntlich § 30a BDSG den gesetzlichen Erlaubnistatbestand. § 30a BDSG definiert nicht, was Marktforschung ist. Es handelt sich vielmehr um eine Rechtsfolgeregelung. Sie besagt, wenn personenbezogene Daten zu „Markt- und Meinungsforschungszwecken" verwendet werden sollen, dann hat die verantwortliche Stelle bestimmte Voraussetzungen zu beachten. Sie muss zuerst eine Interessenabwägung vornehmen und prüfen, ob Grund zu der Annahme besteht, dass der Betroffene ein schutzwürdiges Interesse daran hat, dass seine Daten nicht zu Marktforschungszwecken verwendet werden.

Ein überwiegendes schutzwürdiges Interesse des Betroffenen am Ausschluss der Nutzung liegt in der Regel nicht vor, weil die Ergebnisse nur anonymisiert genutzt werden und ein gesetzliches Widerspruchsrecht besteht. Im Prinzip stand diese Rechtslage seit den 80er-Jahren in den internen rechtsanwaltlichen Arbeiten für die Institute mit im Vordergrund.

Die Daten müssen gemäß § 30a Abs. 3 BDSG anonymisiert werden, sobald der Forschungszweck dies zulässt. Der Anonymisierungszwang bezieht sich auf personenbezogene Daten natürlicher Personen. Die Berufsstandesregeln der Markt- und Sozialforscher[9], insbesondere die „Erklärung für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland zum ICC/ESOMAR Internationalen Kodex für die Markt- und Sozialforschung", gehen darüber hinaus und verlangen die Anonymisierung der Daten eines jeden Befragten, egal ob es eine natürliche oder eine juristische Person oder die Abteilung oder sonst abgrenzbare Einheit eines Unternehmens oder einer Behörde betrifft.

§ 30a BDSG schreibt unter anderem weiter vor:

- Daten, die aus allgemein zugänglichen Quellen (Quellen, die ohne Hindernis für jedermann zugänglich sind, wie Telefonverzeichnisse, Branchenverzeichnisse,

---

[8] § 13 TMG bestimmt eine umfassende Unterrichtungspflicht für den Diensteanbieter und ist vor allem für die Einholung einer elektronischen Einwilligung (siehe unten) von Bedeutung.

[9] Abrufbar unter https://www.adm-ev.de/kodex/ und http://bvm.org/recht-berufskodizes/

Internetinformationen, die ohne Passwort oder ähnliche Hindernisse abgerufen werden können) dürfen auch für Marktforschungszwecke verwendet werden, für die sie nicht unmittelbar erhoben wurden. Daten, die aus nicht allgemein zugänglichen Quellen stammen (zum Beispiel generierte Telefonstichproben oder grundsätzlich Daten, die erst nach Nennung eines Passwortes zugänglich sind) dürfen nur für den konkreten Forschungszweck verwendet werden, zu dem sie erhoben wurden.

- Besondere Arten personenbezogener Daten gemäß § 3 Abs. 9 BDSG zu Marktforschungszwecken dürfen nur für den konkreten Forschungszweck verwendet werden, zu dem sie erhoben wurden (§ 30a Abs. 1 BDSG). Das gilt zum Beispiel für Krankheitsdaten, Daten zur Religionszugehörigkeit, Daten über die ethnische Herkunft, politische Meinungen, Gewerkschaftszugehörigkeit.[10]
- Für Arbeitnehmerdaten gilt § 32 BDSG, nicht § 30a, mit der Folge, dass sie für Marktforschungszwecke nur mit Einwilligung der Betroffenen verwendet werden dürfen (Simitis, Bundesdatenschutzgesetz 8. Auflage (2014), § 30a Rn. 52ff.).

Telekommunikationsgesetz (TKG)

Adressaten des TKG sind Unternehmen, die Dienste anbieten, welche *„ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen"*, § 3 Nr. 24 TKG. Darunter sind im Wesentlichen Telefongesellschaften zu verstehen. Dazu gehören aber auch E-Mail-Dienste, SMS-Dienste, Internetzugangsdienste oder Internet-Telefonie-Dienste. Bei komplexen Anwendungsbereichen und kombinierten Geschäftsmodellen sind sowohl das TMG als auch das TKG zu beachten.

Im TKG ist der Datenschutz der Bestandsdaten und Verkehrsdaten der Telekommunikationsteilnehmer in den §§ 91ff. geregelt. Marktforschungsinstitute, auch wenn sie Online-Marktforschung oder Social Media Research betreiben, gehören in der Regel nicht zu den Adressaten des TKG.

Cookie-Richtlinie, rechtliche Situation in Deutschland

Bei der sogenannten „Cookie-Richtlinie" handelt es sich um eine Neufassung der E-Privacy-Richtlinie.[11] Deren Artikel 5 verlangt, dass die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass die Speicherung von Informationen oder der Zugriff auf Informationen, die im Endgerät des Nutzers gespeichert sind, nur mit Einwilligung gestattet ist (wenn sie nicht allein zur Erbringung des Dienstes erforderlich sind). Die EU-Kommission und die Bundesregierung sind der Ansicht, dass diese Vorschrift durch die in § 13 TMG geregelte umfassende Unterrichtungspflicht bereits umgesetzt sei.

---

[10] Weitere Einschränkungen oder Verbote der Verwendung personenbezogener Daten ohne Einwilligung, die sich zum Beispiel aus § 203 Abs. 1 Nr. 6 des Strafgesetzbuches oder dem Bankgeheimnis ergeben, können aus Platzgründen hier nicht dargestellt werden.

[11] Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation)

Die konsequente Umsetzung der Cookie-Richtlinie verlangt zunächst eine Unterrichtung des Nutzers darüber, dass Cookies gesetzt sind. Es muss ihm sodann Gelegenheit gegeben werden, dem ausdrücklich zu widersprechen. Wer absolut rechtlich sichergehen will, muss stattdessen eine Einwilligung zur Verwendung der Cookies einholen und darf sich nicht mit dem Hinweis auf das Widerspruchsrecht begnügen. Dies empfiehlt sich vor allem, wenn Telemediendienste nicht nur in Deutschland, sondern auch im EU-Ausland angeboten werden, da die Richtlinie in den Mitgliedstaaten der EU unterschiedlich umgesetzt worden ist. Beispielsweise in Großbritannien wird für die Verwendung von Cookies eine Einwilligung verlangt.

Wie hole ich eine rechtswirksame Einwilligung ein?

Voraussetzungen einer Einwilligung

Wer nicht über den Zweck der Einwilligung informiert wird, kann insofern nicht wirksam einwilligen. Die Betroffenen müssen bei jeder Verwendung personenbezogener Daten grundsätzlich rechtzeitig und umfassend über die beabsichtigte Verwendung (Verwendungszweck, die gewünschten Daten, Verarbeitungsbedingungen, potenzielle Übermittlungsempfänger, Übermittlung in einen Drittstaat außerhalb der EU) unterrichtet werden und über die Verweigerungsfolgen (Simitis, Bundesdatenschutzgesetz 8. Auflage (2014), § 4a Rn. 70ff.). Oder kurz und bündig ausgedrückt: Was auf der Basis einer Einwilligung getan werden soll, darin muss der Betroffene auch wirklich – für ihn bewusst – eingewilligt haben. Der Wortlaut der Einwilligung muss dementsprechend unmissverständlich sein. Konsequent ist: Wenn besondere Arten von personenbezogenen Daten (§ 3 Abs. 9 BDSG) verarbeitet werden sollen, dann muss sich die Einwilligung auch ausdrücklich auf diese Daten beziehen.

Die Einwilligung ist grundsätzlich schriftlich einzuholen, außer die Daten sind von Anfang an anonymisiert, da die Daten dann nicht in den Anwendungsbereich des BDSG fallen. Sobald die Daten zumindest kurzfristig nicht-anonymisiert gespeichert werden, ist eine schriftliche Einwilligung grundsätzlich erforderlich. Soweit die Einwilligung gemeinsam mit anderen Erklärungen eingeholt werden soll, muss auf die Einwilligung besonders hingewiesen werden (§ 4a Abs. 1 BDSG), zum Beispiel durch eine zutreffende, auffällige und hervorgehobene Überschrift.

Unter den Voraussetzungen des § 13 Abs. 2 TMG kann die Einwilligung auch in elektronischer Form eingeholt werden: Der Nutzer muss bewusst und eindeutig eingewilligt haben, die Einwilligung muss protokolliert werden, der Nutzer muss den Inhalt der Einwilligung jederzeit abrufen und die Einwilligung muss mit Wirkung für die Zukunft jederzeit widerrufen werden können.

Die von der Werbung oder der Markt- und Meinungsforschung Betroffenen müssen nach § 28 Abs. 4 BDSG „bei der Ansprache" über die Verwendung ihrer Daten informiert werden. Das beinhaltet genaue Angaben zu den konkret gewünschten Daten, dem Verwendungszweck, zur verantwortlichen Stelle und woher die Angaben stammen (Simitis,

Bundesdatenschutzgesetz 8. Auflage (2014), § 28 Rn. 257). Betroffene haben jederzeit nach § 28 Abs. 4 BDSG das *„Recht, der Verarbeitung oder Nutzung ihrer Daten für Zwecke der Werbung oder der Markt- und Meinungsforschung zu widersprechen"*. Das gilt anders als beim Berichtigungs- und Löschungsrecht (§ 35 BDSG) unabhängig davon, ob die Daten rechtmäßig verwendet worden sind. Der Widerspruch muss zwar grundsätzlich individuell für eine bestimmte Nutzung erklärt werden, so dass zum Beispiel die Eintragung in die Robinson-Liste nicht ausreicht, jedoch sind Markt- und Meinungsforschungsunternehmen verpflichtet, sich vorab zu vergewissern, ob Betroffene widersprochen haben (Simitis, Bundesdatenschutzgesetz 8. Auflage (2014), § 28 Rn. 259f.), zum Beispiel über die zentrale Sperrdatei des Arbeitskreis Deutscher Markt- und Sozialforschungsinstitute e.V. (ADM e.V.).

Wenn der Betroffene der Verwendung seiner Daten für die Markt- und Meinungsforschung widersprochen hat, dann darf er für diese Zwecke nicht mehr kontaktiert werden (Scheja/Haag, Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, Teil 5 Datenschutzrecht, Rn. 183). Wenn widerrufen worden ist, sind die Daten zu löschen, da der Verarbeitung die rechtliche Grundlage entzogen worden ist (Simitis, Bundesdatenschutzgesetz 8. Auflage (2014), § 28 Rn. 281).

Wenn es zur Beachtung des Widerrufes notwendig ist, ist es erlaubt, das entsprechende personenbezogene Datum zu speichern, etwa eine Telefonnummer in einer Sperrdatei (zum Beispiel in der ADM-Sperrdatei oder einer internen Sperrdatei eines Marktforschungsinstitutes). Zweck der Speicherung ist es in solchen Fällen, dass die Telefonnummer gerade nicht mehr zu Telefonanrufen genutzt wird. Berechtigte Interessen des Betroffenen sind dadurch nicht beeinträchtigt; sein Persönlichkeitsrecht ist nicht verletzt. Jedenfalls müssen Beeinträchtigungen und Verletzungen des Persönlichkeitsrechts vom Betroffenen ausdrücklich dargelegt und glaubhaft gemacht werden, wenn er die Löschung seiner Telefonnummer aus der Sperrdatei erreichen will. Es sind dann die schützenswerten Interessen des Betroffenen und des Marktforschungsinstitutes gegeneinander abzuwägen.

Die Einwilligung muss freiwillig erteilt werden. Das bedeutet, dass der Betroffene frei entscheidet. Mit anderen Worten: Er muss davon ausgehen, dass er seine Daten nicht mitteilen muss und dass er weder getäuscht noch gezwungen wurde einzuwilligen und er durch die Nichterteilung der Einwilligung keine Nachteile erleidet, die er zwangsweise in Kauf nimmt.

Die Einwilligung muss nachgewiesen werden können. Im elektronischen Rechtsverkehr hat sich das Double-Opt-In-Verfahren durchgesetzt, um diesen Nachweis zu erbringen. Das bedeutet, dass sich der Betroffene zunächst registriert (Single-Opt-In), zum Beispiel bei einem Online-Panel. Die Einwilligung ist aber noch weiter zu verifizieren, da beim Single-Opt-In nicht nachgewiesen werden kann, dass es sich wirklich um den Betroffenen bzw. seine E-Mail-Adresse handelt. Um die E-Mail-Adresse zu verifizieren, erhält der Betroffene im Anschluss an seine Registrierung eine E-Mail an die von ihm angegebene E-Mail-Adresse mit der Bitte, die Registrierung durch einen Klick auf den in der E-Mail enthaltenen Link zu bestätigen (Double-Opt-In). Durch das Anklicken des Links kann die Einwilligung – auch mit einem Zeitstempel – protokolliert werden. Der „Prozess"

muss so genau dokumentiert werden, dass die Einwilligung – insbesondere auch, dass der Link an den Betroffenen geschickt worden ist – nachgewiesen werden kann (BGH, Urteil vom 10.02.2011, Az. I ZR 164/09).

Prüfpflicht bei der Überlassung von Adressen mit Einwilligung

Wenn Adressen für eine Befragung übermittelt werden, dann sollte man sich unbedingt glaubwürdig zusichern lassen, dass die Einwilligungen, soweit sie erforderlich sind, rechtswirksam eingeholt worden sind und in der Zwischenzeit auch nicht widerrufen worden sind. Das Kammergericht Berlin (KG Berlin, Beschluss vom 29.10.2012, Az. 5 W 107/12) hat entschieden, dass selbst eine solche Zusicherung nicht ausreichend sein kann. Um ein Ordnungsgeld zu umgehen, muss man sich nach diesem Urteil die Einwilligungen zeigen lassen und diese prüfen.

Darf ich meine Kunden per E-Mail zu einer Kundenbefragung einladen?

Für die Marktforscher besteht das Problem zur Zeit darin, dass Gerichte Kundenbefragungen als Werbung ansehen, und zwar auch dann, wenn die Befragung nach den allgemein anerkannten Methoden der Markt- und Sozialforscher durchgeführt wird und die Befragtenangaben ausschließlich anonymisiert an den Auftraggeber weitergegeben werden.[12]

Kundenbefragungen sind nach der gegenwärtigen Rechtsprechung des OLG Köln und der überwiegenden Ansicht aller Datenschutzkommentare und Wettbewerbsjuristen (entgegen unserer Auffassung, siehe unten) nicht nur Marktforschung, sondern auch zugleich Werbung, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen:

- Es werden ausschließlich Kundenadressen des Auftraggebers bzw. des Unternehmers verwendet,
- bei den Befragten handelt es sich also ausschließlich um Kunden des die Marktforschung (Kundenbefragung) in Auftrag gebenden oder durchführenden Unternehmers und
- diese werden ausschließlich nach den Waren und Dienstleistungen des Auftraggebers befragt.

Weitere Indizien für die Einordnung als Werbung durch Gerichte sind Weiterempfehlungsfragen und zum Beispiel Ankündigungen wie „Es ist unser Ziel, Produkte und Services ständig zu verbessern". In einem solchen Falle soll sich, nach Ansicht der Rechtsprechung

[12] Urteile des OLG Köln vom 12.12.2008 (Az. 6 U 41/08), vom 30.03.2012 (Az. 6 U 191/11) und vom 19.04.2013 (Az. 6 U 222/12). Neuerdings differenzierter: Urteil des Amtsgerichts Frankfurt a.M. vom 28.04.2014, http://www.schweizer.eu/bibliothek/neu/index.html?suchworte=Amtsgericht Frankfurt a.M. grenzt positiv Marktforschung von der Werbung ab.

und der überwiegenden Ansicht in der Literatur, das Marktforschungsinstitut nicht auf § 30a BDSG berufen können.

Daraus folgt, dass ein Unternehmen oder ein vom ihm beauftragtes Marktforschungsinstitut seine Kunden nicht einfach anmailen und zu einer Kundenbefragung einladen darf. Es muss – sofern nicht schon eine ausdrückliche Einwilligung dafür vorliegt – vorher prüfen, ob ein Anschreiben per E-Mail an den Kunden nach dem Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb (UWG) als auch nach dem Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) erlaubt ist.

Für die Verwendung einer E-Mail-Adresse des Kunden zu einer Kundenbefragung oder Einladung zu einer Kundenbefragung bedarf es nach dieser Rechtsprechung eines anderen gesetzlichen Erlaubnistatbestandes als des § 30a BDSG oder einer Einwilligung. Im Telemediengesetz (TMG) gibt es eine solche gesetzliche Erlaubnis wie § 30a BDSG nicht.

In § 28 Abs. 3 BDSG fehlt bei der Aufzählung der personenbezogenen Daten, die ohne Einwilligung zur Werbung verwendet werden dürfen, die E-Mail-Adresse (und auch die Telefonnummer). Aber sie darf nach § 28 Abs. 3 Satz 3 BDSG „hinzugespeichert" und für „Werbung" genutzt werden, wenn die verantwortliche Stelle sie rechtmäßig, etwa aus der Kundenbeziehung erhalten hat (vgl. zum Beispiel Taeger/Gabel (HRSG) BDSG, § 28 Rn 201).

Nach dem UWG, § 7 Abs. 3 gibt es eine Ausnahme des Erfordernisses einer Einwilligung für die Verwendung von E-Mail Adressen zu Werbezwecken. Diese Ausnahme liegt jedoch nur dann vor, wenn folgende vier Voraussetzungen gegeben sind:

a. der Unternehmer, der die Kundenbefragung durchführen will, muss die E-Mail-Adresse selbst im zeitlichen Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung erhalten haben,
b. der Unternehmer muss diese Adresse zur Direktwerbung für eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen verwenden,
c. der Kunde darf der Verwendung seiner E-Mail-Adresse zu Werbezwecken nicht widersprochen haben (Opt-Out); er muss also vorher darüber aufgeklärt worden sein und
d. der Kunde muss bei Erhebung der Adresse und bei jeder Verwendung klar und deutlich darauf hingewiesen werden, dass er der Verwendung der E-Mail Adresse zu Werbezwecken jederzeit kostenfrei widersprechen kann.

Diese Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen, also alle vier gleichzeitig. Dessen muss sich der Unternehmer – und entsprechend ein von ihm beauftragtes Institut – der die E-Mail-Adressen seiner Kunden (egal ob selbst wieder Unternehmer oder Verbraucher, da gibt es keinen Unterschied) für eine Kundenbefragung verwenden will, völlig sicher sein.

Rechtssicher kann eine solche Kundenbefragung, unter den oben dargestellten Voraussetzungen, vorerst, nach dem aktuellen Stand der deutschen Rechtsprechung, deswegen nur durchgeführt werden, wenn zuvor schriftlich eine Einwilligung des Betroffenen dazu eingeholt wird, seine E-Mail-Adresse für Werbezwecke zu verwenden.

Dabei darf die E-Mail-Adresse selbst nicht dazu benutzt werden, den Betroffenen anzuschreiben und um eine Einwilligung für die Verwendung dieser gerade angeschriebenen E-Mail-Adresse zu Werbezwecken zu ersuchen. Etwas anderes gilt nur, wenn die oben

genannten vier Voraussetzungen vorliegen (aber dann benötigt man eigentlich auch keine Einwilligung mehr). Der Kunde darf auch nicht telefonisch um eine Einwilligung gebeten werden, wenn er zuvor nicht für einen solchen Telefonanruf seinerseits eine Einwilligung erklärt hat. Das Double-Opt-In Verfahren ist hingegen nur dann anwendbar, wenn der Betroffene (also der zu Befragende) selbst, etwa aus Anlass eines Gewinnspiels und der damit verbundenen Aufforderung, in Werbe-E-Mails einzuwilligen, seine E-Mail-Adresse angegeben hat. Die Einwilligung kann rechtswirksam deswegen nur auf postalischem Wege eingeholt werden.

Für die Leser, die von der Gleichsetzung einer klassischen Kundenbefragung mit Werbung nicht überzeugt sind: In der Tat ist das letzte Wort über diese vom OLG Köln erfundene Gleichsetzung noch nicht gesprochen. Der Bundesgerichtshof und der Europäische Gerichtshof (EuGH) haben darüber noch nicht entschieden. Gegen eine solche Gleichsetzung spricht nämlich gerade die Behauptung des Gerichts, bei einer Datenerhebung (zum Beispiel per Telefon, nur darüber wurde bisher geurteilt, gilt logisch aber auch für Datenerhebung per E-Mail-Adresse) handele es sich um eine „geschäftliche Handlung" im Sinne des UWG. Denn nur über diesen Begriff kann man überhaupt zur „Werbung" gelangen.

Die geschäftliche Handlung, auf die sich § 7 Abs. 1 UWG bezieht, ist in § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG definiert. Der dort verwendete zentrale Begriff des „objektiven Zusammenhangs" zwischen dem Verhalten des Werbenden (konkret desjenigen, der die Daten für die Befragung erhebt) und der Förderung des Absatzes seiner Waren und Dienstleistungen in der deutschen Formulierung soll keine inhaltliche Abweichung von der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken darstellen (Ohly, Piper/Ohly/Sosnitza UWG § 2 Rn. 24). Im Erwägungsgrund 7 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken wird die geschäftliche Handlung wie folgt beschrieben: Geschäftliche Handlungen sind solche *„die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung des Verbrauchers in Bezug auf Produkte stehen. Sie bezieht sich nicht auf Geschäftspraktiken, die vorrangig anderen Zielen dienen…"*.

Der deutsche Gesetzgeber hat „diese anderen Ziele" für die Marktforschung in der Regierungsbegründung zu einer aktuellen Novellierung sogar und mit Recht ausdrücklich anerkannt: *„Dienen sie nur der Information der Leserschaft oder der die Anonymität der befragten Personen wahrenden Markt- und Meinungsforschung, fehlt es an einem objektiven Zusammenhang zum Warenabsatz, so dass eine geschäftliche Handlung nicht vorliegt."* (BT-Drucksache 16/10145 S. S. 21)[13] Der Wille des Gesetzgebers ist rechtsmethodisch als wichtiges, teilweise als das entscheidende Auslegungskriterium anerkannt. Der Europäische Gerichtshof hat – wie erwähnt – ebenfalls noch nicht entschieden, obwohl Grundlage des hier anzuwendenden Rechts eine EU-Richtlinie ist.

[13] Zum Ganzen ausführlich, auch mit weiteren Nachweisen: R. Schweizer, „Grundsätzlich keine Anwendbarkeit des UWG auf die Medien- und insgesamt auf die Markt- und Meinungsforschung" in ZUM 2010, 400 ff.

Dürfen Newsletter-Abonnenten zu einer Kundenbefragung eingeladen werden?

Zu einem solchen Zweck darf die E-Mail-Adresse des Newsletter-Abonnenten nicht verwendet werden, unterstellt, dass es sich – anders als von uns für den Regelfall angenommen – bei der Kundenzufriedenheitsforschung um Werbung handelt (siehe oben). Denn ein Newsletter-Bezug ist nicht automatisch gleichzusetzen mit Werbung in Form einer Kundenbefragung, auch wenn der Inhalt des Newsletters Werbung für den Newsletter-Versender beinhalten mag. Rechtssicher ist auch hier nur eine Werbeeinwilligung des Betroffenen.

Dürfen ehemalige Kunden zum Zwecke einer Befragung angemailt werden?

Der Begriff des „Kunden" ist in keinem Gesetz definiert. Hilfreich zur Bestimmung dessen, was ein Kunde ist, kann die Formulierung *„Begründung, Durchführung oder Beendigung eines rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses"* in § 28 Abs. 1. Nr. 1 BDSG sein. Deswegen kann auch eine Person, die sich für einen Bankkredit interessiert, ihn nach einem Gespräch aber nicht in Anspruch genommen hat und also eigentlich nicht Bankkunde geworden ist, unter den Kundenbegriff fallen. Es ist nicht ausgeschlossen, dass auch die nachträgliche Zufriedenheitsbefragung solcher Personen durch die Gerichte – wie die Kundenzufriedenheitsbefragungen nach der erwähnten umstrittenen Rechtsprechung (siehe oben) – als Werbung angesehen werden kann. Ehemalige Kunden fallen jedenfalls dann unter den Kundenbegriff, wenn zum Beispiel eine Glasschadenreparatur durchgeführt und bezahlt wurde und der Betroffene dann in einem engen zeitlichen Zusammenhang (ein bis zwei Wochen später) nach der Reparatur zu seiner Zufriedenheit über die Reparatur befragt wird.[14] Feedback-Befragungen, die unmittelbar nach der Durchführung einer Reparatur oder der Erbringung einer Leistung durchgeführt werden, sind nach Ansicht des OLG Köln auch Werbeanrufe.[15]

Für alle oben beschriebenen Umfragen gilt: Liegt keine rechtwirksame Einwilligung zur „Werbung" vor, soweit es sich um eine solche handelt (siehe oben ausführlicher), verstößt der Auftraggeber und gegebenenfalls auch das von ihm beauftragte Marktforschungsinstitut gegen § 7 Abs. 2 UWG und gegen § 28 Abs. 3 BDSG. Beides kann mit einem Bußgeld von bis zu 300.000 Euro geahndet werden.

---

[14] Das war der Fall, den das OLG Köln in seinem Urteil vom 30.03.2012 (Az. 6 U 191/11) zu entscheiden hatte.

[15] Einen solchen Fall entschied das OLG Köln in seinem Urteil vom 19.04.2013 (Az. 6 U 222/12).

RA Ulrich Schäfer-Newiger ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Prof. Schweizer Rechtsanwaltsgesellschaft mbH in München. Er hat Jura, Germanistik und Soziologie (Vordiplom) in Frankfurt am Main studiert und arbeitet seit fast 30 Jahren in der Kanzlei Prof. Schweizer. Herr Schäfer-Newiger ist insbesondere auf den Gebieten des Rechts der Markt- und Sozialforschung sowie der Markt- und Sozialforschung für das Recht, Datenschutzrecht, Arbeits- und Sozialrecht, Presse- und Medienrecht, Wettbewerbsrecht, Werbe- und Vertriebsrecht tätig.

RAin Andrea Schweizer ist Rechtsanwältin und geschäftsführende Gesellschafterin der Kanzlei Prof. Schweizer Rechtsanwaltsgesellschaft mbH in München. Sie hat an der LMU (München) und am University College (London) Jura studiert. Frau Schweizer ist zertifizierte Datenschutzbeauftrage (DSB-TÜV) und zertifizierte Datenschutzauditorin (DSA-TÜV). Sie ist insbesondere auf den folgenden Gebieten tätig: Datenschutzrecht, Vertragsrecht, Recht der Markt- und Sozialforschung sowie der Markt- und Sozialforschung für das Recht, Europarecht, Verbraucherrecht, Arbeits- und Sozialrecht sowie Presse- und Medienrecht.