

### Abmahnwellen in der Marktforschung

Mumdzhev, Milko

Preprint / Preprint

Arbeitspapier / working paper

**Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:**

Mumdzhev, M. (2011). *Abmahnwellen in der Marktforschung*. (Nürnberger Beiträge zur Sozial- und Wirtschaftsforschung, 07/11). Nürnberg. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-283987>

**Nutzungsbedingungen:**

Dieser Text wird unter einer CC BY Lizenz (Namensnennung) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier:  
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>

**Terms of use:**

This document is made available under a CC BY Licence (Attribution). For more information see:  
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

## Abmahnwellen in der Marktforschung

Milko Mumdzhiev

### Zusammenfassung:

Der hypothetische Fall von Massenbeschwerden beim Rat der deutschen Markt- und Sozialforschung und ähnlichen Regelungsbehörden wird hinsichtlich der Verhaltensweisen der (ebenbürtigen) beteiligten Parteien inklusive einer (überaktiven) Öffentlichkeit untersucht. Die Zivilprozessordnung (speziell die Kapitel zum Arrest bzw. zur einstweiligen Verfügung, die Ansprüche auf Schadensersatz und Zwangsvollstreckung) wird als Quelle und Basis alternativer Reaktionen hergenommen. Dementsprechend kann hier für Streitfälle in und innerhalb der Marktforschung keine eindeutige Aussage über komplexe Sachverhalte und Pflichtverletzungen, etwaiger Befangenheit usw. geliefert werden; im Voraus höchstens Ansätze, welche aus Gedankenexperimenten gewonnen werden. Ein abschließender Exkurs listet denkbare Verstöße und deren Rahmensetzungen.

## Einführung

Nach §38a des Bundesdatenschutzgesetzes <sup>1</sup> können:

(1) Berufsverbände und andere Vereinigungen, die bestimmte Gruppen von verantwortlichen Stellen vertreten, Entwürfe für Verhaltensregeln zur Förderung der Durchführung von datenschutzrechtlichen Regelungen der zuständigen Aufsichtsbehörde unterbreiten.

(2) Die Aufsichtsbehörde überprüft die Vereinbarkeit der ihr unterbreiteten Entwürfe mit dem geltenden Datenschutzrecht.

Vereinigungen solcher Art wie der Arbeitskreis deutscher Markt- und Sozialforschungsinstitute oder die Deutsche Gesellschaft für Soziologie haben den ICC/ESOMAR Kodex <sup>2</sup> bzw. den Ethikkodex für Soziologen <sup>3</sup> eingebracht, welche nicht allein Datenschutzregelungen umfassen.

Laut Angaben des Rates der Deutschen Markt- und Sozialforschung e.V., dessen Aufgaben es sind, das Ansehen der Markt- und Sozialforschung zu wahren und für die Einhaltung der Berufsgrundsätze und Standesregeln zu sorgen, wie sie im ICC/ESOMAR-Kodex, den für Deutschland im Rahmen der Selbst- und Co-Regulierung formulierten Richtlinien der deutschen Verbände sowie den Qualitätsstandards beschrieben sind <sup>4</sup>, verteilen sich Beschwerden im Zusammenhang mit Verstößen oder Verletzungen von Verhaltensregeln, Grundsätzen oder Qualitätsstandards der Markt- und Sozialforschung z.B. im Sinne des ICC/ESOMAR Kodex (siehe §1 (1) der Beschwerdeordnung des Rats <sup>5</sup>) bis 09/2011 wie folgt auf <sup>6</sup>:

Eingereichte Beschwerden	69
Beschwerde zurückgezogen	2
fehlende Zuständigkeit	2
Im Prüfungsausschuss behandelt	65
Beschwerde unbegründet	8
Im Beschwerderat behandelt	57
Freispruch	9
Ermahnung	12
Rüge	22
nicht beschwerdeberechtigt	6
noch nicht entschieden	8

Ermahnung und Rüge (34 von 57 der im Beschwerderat behandelten Fälle) machen also deutlich mehr als die Hälfte der Beschlüsse des Beschwerderates aus.

Im folgenden Arbeitspapier wird davon ausgegangen, dass alle diese durch den Rat (alternativ durch die Ethikkommission der DGS, durch nachgewiesenen Verletzungen des Bundesdatenschutzgesetzes etc.) erfassten Gesamtheiten und Anteile aus hier nicht näher zu bestimmenden Gründen keineswegs repräsentativ für die Branche der Markt- und Sozialforschung sind, dass inhaltliche Schlussfolgerungen (auch im Sinne eines Scorings) für den eventuell undurchschaubaren neuen Fall der Pflichtverletzung (über alle Studien hinweg, alle Nischen, alle Produktgruppen etc.) trotz vergleichender qualitativer oder quantitativer Akteneinsicht nur bedingt zu gebrauchen wären; daneben wird eine viel größere Fallzahl der eingereichten Beschwerden angenommen, u.a. um damit die Bedeutung des Rats, des von ihm ermöglichten Beschwerdeverfahrens, und der Beschlüsse im Zusammenhang mit einer sogenannten übertriebenen „Abmahnwelle“ im juristischen Kontext skizzieren zu können. Beschwerden unter Wettbewerbern in der Marktforschung werden ausgeführt; sowohl beschwerdeeinbringende als auch beschwerte Partei sind Marktforscher, bzw. soll die Beschwerde eines Laien durch einen Gutachter, Sachverständigen oder Beistand aus dem Fachbereich (jedoch niemand, der für den Fall einer Verschwiegenheitspflicht unterliegt, oder der unlauteren Wettbewerb besorgen muss etc.) in der qualitativen Hinsicht konkretisiert, geprüft oder abgelehnt werden, dass damit ein Sachverhalt bzw. eine Verfahrensordnung analog der deutschen Zivilprozessordnung <sup>7</sup> (inklusive möglicher Schadensersatzansprüche, Vollstreckungsrechte u.ä. gemäß BGB <sup>9</sup>) simuliert werden kann. Der Rechtsbeistand bekommt seine Kosten im Kontext eines Zivilverfahrens unabhängig von dessen Ausgang erstattet, abhängig vom Streitwert, und diese Annahme soll für das folgende Essay angenähert werden.

Unter den Umständen der Kostenerstattung kann es Sinn machen, dass Marktforscher auf speziellen Kundenfang in Foren, bei Verbraucherzentralen etc., allgemein über alle denkbaren Kanäle gehen, für das Recht der „belästigten Betroffenen“ werben, und die eigene Konkurrenz auf Konsistenz und Konformität des Tuns und Unterlassens, auf Einhalten diverser Pflichten, welche aus Branchenkodizes, Lehrbücher der Markt- und Sozialforschung etc. stammen, prüfen, ebenso wie der Rat und ähnliche Kommissionen, deren Tätigkeiten jedoch zu Recht und begründet vergütet sein sollen.

Hinzu gilt: Personen, die unter Berufung auf den Kodex (gemeint ist der Ethikkodex der DGS) Beanstandungen bei der Ethik-Kommission vorbringen, dürfen wegen der Ausübung dieses Rechts keine Benachteiligungen erfahren <sup>3</sup> (Präambel des Ethikkodex der DGS bzw. BDS).

Nachfolgend wird ein harmloser „Verstoß bzw. Fehler“ (ein Rechtschreibfehler) <sup>8</sup> zum roten Faden der einschlägigen Argumentation. Als komplexen Sachverhalt könnte man etwa Werbung auf Statistikseiten annehmen, die Marketing und Statistiklehre zugleich führt (siehe § 1 (d) des ICC/ESOMAR-Kodex: Marktforschung muss klar von nicht-forschenden Tätigkeiten unterschieden und getrennt werden, einschließlich aller kommerzieller Tätigkeiten, die auf Einzelpersonen abzielen (z. B. Werbung, Verkaufsförderung, Direktmarketing, Direktverkauf usw.) <sup>2</sup>.

www.statistics4u.com/fundstat\_germ/cc\_corr\_coeff.html

### Pearsons Korrelationskoeffizient

Author: [Hans Lohninger](#)

**SPSS Software updaten?** Günstige Neukäufe und Updates auf IBM SPSS Statistics 20 [www.dnebrics.com](#)

**Übungen fürs Mathe-Abi** Sicher durchs Mathe-Abitur mit den Lernmaterialien von Klett. [sicher-am-abitur.de](#)

**Mathe Erklärungen Videos** Lass dir online in Lern-Videos dein Problemfach verständlich erklären! [www.sofatutor.com/Erklärung](#)

Google-Anzeigen

Der Korrelationskoeffizient r (auch Produktkorrelation nach Pearson genannt) wird berechnet durch:

$$r = \frac{\sum_{i=1}^n (x_i - \bar{x})(y_i - \bar{y})}{\sqrt{\sum_{i=1}^n (x_i - \bar{x})^2 \sum_{i=1}^n (y_i - \bar{y})^2}}$$

Der Korrelationskoeffizient kann einen Wert zwischen -1.0 und +1.0 annehmen.

Annahmen:

- linearer Zusammenhang zwischen x und y
- kontinuierliche Zufallsvariablen
- beide Variablen müssen normal verteilt sein
- x und y müssen voneinander unabhängig sein

Beachten Sie, dass die obige Gleichung durch eine äquivalente Formel ersetzt werden kann, bei der die Verwendung des [Mittelwerts](#) vermieden wird und die daher schneller zu berechnen ist:

Wie sich (finanzielle) Kostenverteilung und Handlungsalternativen für eine solche berechnete „Privatpolizei“ und deren Widerpart ausdifferenzieren können, wird anhand einer dreifachen Fallunterscheidung gezeigt.

### Vorgehensweise entsprechend der Beschwerdeordnung des Rats

Der Abmahner (der zugleich auch qualifizierter Wettbewerber ist) stellt Fehler oder Verstöße (u.A. gegen Kodizes, Qualitätskriterien wiss. Art und Formulierung etc., auch im Sinne von Geschäftsführung ohne Auftrag) bei der beschwerten Partei, die ebenso in der Marktforschung orientiert ist, fest.

Nach Beschwerdeordnung des Rats, §2 (1) kann und sollte er von Amts wegen den Verstoß bzw. Fehler inklusive personenbezogener Daten an den Beschwerdeausschuss melden:

Beschwerdeberechtigt ist jede natürliche oder juristische Person, die sich durch ein den allgemein anerkannten Berufsgrundsätzen, Standesregeln oder Qualitätsstandards der deutschen Markt- und Sozialforschung widersprechendes Verhalten eines Markt- und Sozialforschers, eines Markt- und Sozialforschungsinstituts, einer im Bereich der Markt- und Sozialforschung tätigen akademischen oder betrieblichen Stelle oder sonstigen Einrichtung als Befragter, Auftraggeber oder Wettbewerber in ihren durch die Berufsgrundsätze, Standesregeln oder Qualitätsstandards definierten Rechten verletzt sieht. Außerdem sind Organisationen beschwerdeberechtigt, die nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) klagebefugt sind, sowie die Aufsichtsbehörden für den Datenschutz<sup>5</sup>.

Die Stellungnahme der beschwerten Partei (nach §3 (2)) wird hier trivialerweise den Fehler (nicht das Verhalten) der unabhängigen Variablen bei der Korrelationsmessung zugeben und den Verstoß künftig ausschließen (um die Zurückweisung der Beschwerde nach §3 (5) zu erwirken). Die Zurückweisung einer Beschwerde durch den Rat ist möglich, wenn:

- a) sie offensichtlich unbegründet ist,
- b) die beschwerte Partei durch ihre Stellungnahme gemäß Abs. 2 glaubhaft gemacht hat, dass das beanstandete Verhalten unbeabsichtigt war, inzwischen abgestellt wurde und eine Wiederholungsgefahr nicht anzunehmen ist oder
- c) die Zuständigkeit des Rates der Deutschen Markt- und Sozialforschung gemäß § 1 Abs. 2 nicht gegeben ist<sup>5</sup>.

Dieser einfachste (berechtigte) Fall stellt sich in der Zurückweisung des Vorwurfs und der Unterlassungserklärung seitens der beschwerten Partei dar, etwa unbeabsichtigt gehandelt zu haben, und kein weiteres ungebührliches Verhalten zu zeigen.

Dennoch heißt es nach Art. 13 des ICC/ESOMAR Kodex: Nachträgliche Korrekturen und/oder angemessene Bereinigungen eines Verstoßes gegen diesen Kodex durch die verantwortliche Partei sind wünschenswert, aber keine Entschuldigung für den Verstoß<sup>2</sup>.

Das Beschwerdeverfahren inklusive Urteil bzw. Rüge und nachteiligen Konsequenzen kann letztendlich gegen die beschwerte Partei ausgehen (§8 der Beschwerdeordnung):

(4) Die zuständige Kammer des Beschwerderates kann einen der folgenden Beschlüsse fassen:

- a) Freispruch von dem erhobenen Vorwurf,
- b) Aussprechen einer Ermahnung,
- c) Erteilen einer Rüge.

(5) Im Fall des Erteilens einer Rüge kann die zuständige Kammer des Beschwerderates zusätzlich eine oder mehrere der folgenden Maßnahmen beschließen:

- a) Ausschlussempfehlung an die Verbände, in denen die beschwerte Partei Mitglied ist,
- b) Information der eventuell zuständigen Behörden<sup>5</sup>.

Sofern ein negatives Urteil des Rats immer von praktischer Bedeutung innerhalb der Branche ist (so wie bei Verstößen gegen das BDSG, im Sinne der künftigen Rechtsgeschäfte der gerügten Partei, wenn etwa Schadensersatz zu besorgen ist u.ä.), wird angenommen, dass sowohl Abmahner als auch beschwerte Partei an der Klärung des Sachverhalts interessiert sind. Komplexe Beschwerden werden nach §7 (5) der Beschwerdeordnung unter Hinzunahme von Zeugen oder Gutachten abgehandelt:

Bei der mündlichen Verhandlung erhalten beide Parteien die Gelegenheit, ihre schriftlichen Ausführungen durch mündliche Stellungnahmen zu ergänzen. Beide Parteien können von der jeweils anderen Partei sowie vom Vorsitzenden und von den Mitgliedern der zuständigen Kammer des Beschwerderates befragt werden. Sofern eine Aufklärung des Sachverhalts auf dieser Grundlage nicht möglich ist (etwa bei widersprechenden Aussagen), kann die zuständige Kammer des Beschwerderates die Anhörung von angebotenen Zeugen oder die Einholung gutachterlicher Stellungnahmen beschließen<sup>5</sup>.

### **Die Kostenfrage**

Natürlich wird jemand die Kosten für das Verfahren (eigene Kosten, Zeugen, Sachverständige) tragen. Dazu heißt es in der Beschwerdeordnung:

#### §10 Kostenregelung

1. Die Mitglieder und der Vorsitzende des Prüfungsausschusses und die Mitglieder und Vorsitzenden der Kammern des Beschwerderates sind ehrenamtlich tätig. Die ihnen durch diese Tätigkeit entstehenden Reisekosten werden ihnen durch den Verein erstattet.
2. Die beteiligten Parteien tragen ihre durch das Beschwerdeverfahren entstehenden Kosten selbst.
3. Über die Übernahme der Kosten, die durch die Anhörung angebotener Zeugen oder die Einholung gutachterlicher Stellungnahmen entstehen, entscheidet jeweils der Vorsitzende der zuständigen Kammer des Beschwerderates im Einvernehmen mit der beschwerdeführenden und der beschwerten Partei<sup>5</sup>.

Aktuell sieht die Beschwerdeordnung keine Erstattung der Kosten der beteiligten Parteien vor. Die ZPO sieht es hingegen anders vor.

#### §91 Grundsatz und Umfang der Kostenpflicht

(1) Die unterliegende Partei hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, insbesondere die dem Gegner erwachsenen Kosten zu erstatten, soweit sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig waren. Die Kostenerstattung umfasst auch die Entschädigung des Gegners für die durch notwendige Reisen oder durch die notwendige Wahrnehmung von Terminen

entstandene Zeitversäumnis; die für die Entschädigung von Zeugen geltenden Vorschriften sind entsprechend anzuwenden.

(2) Die gesetzlichen Gebühren und Auslagen des Rechtsanwalts der obsiegenden Partei sind in allen Prozessen zu erstatten, Reisekosten eines Rechtsanwalts, der nicht in dem Bezirk des Prozessgerichts niedergelassen ist und am Ort des Prozessgerichts auch nicht wohnt, jedoch nur insoweit, als die Zuziehung zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig war. Die Kosten mehrerer Rechtsanwälte sind nur insoweit zu erstatten, als sie die Kosten eines Rechtsanwalts nicht übersteigen oder als in der Person des Rechtsanwalts ein Wechsel eintreten musste. In eigener Sache sind dem Rechtsanwalt die Gebühren und Auslagen zu erstatten, die er als Gebühren und Auslagen eines bevollmächtigten Rechtsanwalts erstattet verlangen könnte.

(3) Zu den Kosten des Rechtsstreits im Sinne der Absätze 1, 2 gehören auch die Gebühren, die durch ein Güteverfahren vor einer durch die Landesjustizverwaltung eingerichteten oder anerkannten Gütestelle entstanden sind; dies gilt nicht, wenn zwischen der Beendigung des Güteverfahrens und der Klageerhebung mehr als ein Jahr verstrichen ist.

(4) Zu den Kosten des Rechtsstreits im Sinne von Absatz 1 gehören auch Kosten, die die obsiegende Partei der unterlegenen Partei im Verlaufe des Rechtsstreits gezahlt hat.

#### §91a Kosten bei Erledigung der Hauptsache

(1) Haben die Parteien in der mündlichen Verhandlung oder durch Einreichung eines Schriftsatzes oder zu Protokoll der Geschäftsstelle den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt, so entscheidet das Gericht über die Kosten unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen durch Beschluss. Dasselbe gilt, wenn der Beklagte der Erledigungserklärung des Klägers nicht innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen seit der Zustellung des Schriftsatzes widerspricht, wenn der Beklagte zuvor auf diese Folge hingewiesen worden ist.

(2) Gegen die Entscheidung findet die sofortige Beschwerde statt. Dies gilt nicht, wenn der Streitwert der Hauptsache den in §511 genannten Betrag nicht übersteigt. Vor der Entscheidung über die Beschwerde ist der Gegner zu hören.

#### §92 Kosten bei teilweisem Obsiegen

(1) Wenn jede Partei teils obsiegt, teils unterliegt, so sind die Kosten gegeneinander aufzuheben oder verhältnismäßig zu teilen. Sind die Kosten gegeneinander aufgehoben, so fallen die Gerichtskosten jeder Partei zur Hälfte zur Last.

(2) Das Gericht kann der einen Partei die gesamten Prozesskosten auferlegen, wenn

1. die Zuvielforderung der anderen Partei verhältnismäßig geringfügig war und keine oder nur geringfügig höhere Kosten veranlasst hat oder



2. der Betrag der Forderung der anderen Partei von der Festsetzung durch richterliches Ermessen, von der Ermittlung durch Sachverständige oder von einer gegenseitigen Berechnung abhängig war.

§93 Kosten bei sofortigem Anerkenntnis

Hat der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben, so fallen dem Kläger die Prozesskosten zur Last, wenn der Beklagte den Anspruch sofort anerkennt <sup>7</sup>.

### **Alternative Verhaltensweisen der Parteien im Zivilverfahren**

Es sind weiterhin folgende nahezu wörtlich übernommene Ausführungen bzw. Begriffsdefinitionen <sup>10</sup> zum BGB und der ZPO nützlich bzw. im Kontext zu interpretieren:

Die Abschlusserklärung, deren Inhalt und Zweck

Um die vorläufige einstweilige Verfügung die ein Antragsteller bzgl. eines Fehlverhaltens erwirkt hat, effektiv und dauerhaft werden zu lassen, wie einen Hauptsachetitel, hat sich in der Praxis die Abschlusserklärung des Schuldners entwickelt. Damit erkennt der Adressat der einstweiligen Verfügung die durch die Verfügung ergangene Regelung als endgültige Regelung des Rechtsstreits an, wobei er gleichzeitig auf die Rechte aus §§ 924, 926 und 927 ZPO verzichtet. Hierdurch entfällt das Rechtsschutzinteresse für eine Klage in der Hauptsache, so dass ein kostspielige Hauptsacheverfahren vermieden werden kann.

Das Abschlussschreiben

Der Abschlusserklärung geht in der Regel ein sog. Abschlussschreiben des Gläubigers voraus. Darin wird der Schuldner (zweckmäßigerweise schriftlich) aufgefordert, innerhalb einer bestimmten Frist eine (zweckmäßigerweise vorformulierte) Abschlusserklärung abzugeben. Die Frist muss angemessen sein (z.B. 4 Wochen). Darüber hinaus muss das Schreiben die Androhung der Hauptsacheklage für den Fall der Fristversäumung enthalten.

Wird das Abschlussschreiben durch einen Rechtsanwalt verfasst, entstehen weitere Kosten, die der Schuldner im Rahmen eines Kostenerstattungsanspruchs nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag oder aus Schadensersatzgesichtspunkten zu erstatten hat. Ein solcher Kostenerstattungsanspruch besteht jedoch nur, wenn der Antragsgegner nach Ablauf einer Wartefrist zur Abgabe der Abschlusserklärung aufgefordert wurde.

Der Widerspruch, § 924 ZPO

Hält der Antragsgegner die gegen ihn erlassene einstweilige Verfügung in der Sache für unberechtigt, so kann er (gemäß §§ 936, 924 I ZPO) Widerspruch erheben. Der Widerspruch ist nicht

fristgebunden, und führt notwendig zur mündlichen Verhandlung über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung, über die durch Endurteil entschieden wird, § 925 ZPO.

Möchte der Antragsgegner sich nur gegen die Kostenfolge der einstweiligen Verfügung zur Wehr setzen, weil er die Verfügung in der Sache für berechtigt hält, die regelmäßig erforderliche außergerichtliche Abmahnung jedoch unterblieben ist, so hat er folgende Möglichkeiten:

1. Er kann vor oder gleichzeitig mit dem (Voll-) Widerspruch eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgeben. Folge: Die Hauptsache ist für erledigt zu erklären und die Kosten sind nach §§ 91a, 93 ZPO dem Antragsteller aufzuerlegen.
2. Er kann seinen Widerspruch von Anfang an auf die Kosten beschränken (sog. Kostenwiderspruch, worüber durch Endurteil entschieden wird, §§ 936, 925 I ZPO). Damit erkennt der Antragsgegner den Verfügungsanspruch an und verzichtet auf die Einlegung eines Vollwiderspruchs.
3. Berufung
4. Antrag auf Anordnung der Klageerhebung, § 926 ZPO: Mit diesem Rechtsbehelf kann der Antragsgegner den Antragsteller nach Einreichung des Verfügungsantrages vor die Alternative stellen, entweder eine endgültige Entscheidung im Hauptsacheverfahren herbeizuführen oder die Aufhebung der einstweiligen Verfügung zu riskieren.
5. Antrag auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung wegen veränderter Umstände, § 927 ZPO: Haben sich nach Erlass der einstweiligen Verfügung die Umstände, die zum Erlass derselben geführt haben, geändert, mit der Folge, dass die einstweilige Verfügung unter Berücksichtigung der neuen Umstände nicht mehr gerechtfertigt ist, so kann der Antragsgegner deren Aufhebung beantragen.
6. Schadensersatz, § 945 ZPO: Erweist sich die Anordnung der einstweiligen Verfügung als von Anfang an ungerechtfertigt, so kann der Gegner gegen den Antragsteller gemäß § 945 ZPO einen Schadensersatzanspruch geltend machen.

Es gibt also mehrere Reaktionsmöglichkeiten auf eine einstweilige Verfügung. Daneben gibt es auch noch die Möglichkeit, das Verfahren durch die Abgabe einer Abschlusserklärung zu beenden. Eine Abschlusserklärung macht aber nur dann Sinn, wenn man sich inhaltlich nicht gegen die erlassene Verfügung zur Wehr setzen will. Da die Reaktion auf eine einstweilige Verfügung im Einzelfall mit weit reichenden rechtlichen Konsequenzen verknüpft sein kann, sollte insoweit stets Rechtsrat eingeholt werden <sup>10</sup>.

## Mögliche Konsequenzen für die Marktforschung

Die Fallunterscheidung der Handlungsalternativen, obige Ausführungen aus der ZPO berücksichtigend, sofern mehr oder weniger eindeutiges Fehlverhalten objektiv (inklusive weiterer Kriterien der qualitativen Prüfung: Validierbarkeit, Replizierbarkeit, Glaubwürdigkeit etc.) durch den Wettbewerber kostenspielig begutachtet und evaluiert und dem „Abgemahnten“ überlassen wird, könnte wie folgt aussehen:

1. Der „Abgemahnte“ akzeptiert, und zahlt die Kosten (für die Abmahnung bzw. das qualifizierte Gutachten des Wettbewerbers). Der „Abmahner“ braucht keine Beschwerde einlegen, um die Kosten seines Gutachtens über das Beschwerdeverfahren einzufahren (auch die Geschäftsführung ohne Auftrag). Die Erklärung keiner weiteren Fehler seitens des abgemahnten Marktforschers entspräche einer Unterlassungserklärung. Ein förmliches Beschwerdeverfahren kann von Amts wegen stattfinden, liefert evtl. keinen Zugewinn für beide MaFo-Parteien, die scientific community bzw. das öffentliche Interesse. Sofern jedoch nach dem BDSG Bußgelder vorgesehen sind, Verletzungen der Betroffenenrechte etc. vorliegen, könnte eine nur interne Regelung auf dieser Ebene nicht ausreichend sein. Der Laie, dessen Rechte möglicherweise verletzt wurden, könnte für sich weiteren Schadensersatz beanspruchen.
1. Der „Abgemahnte“ akzeptiert das Gutachten bzw. die Abmahnung, legt jedoch Kostenwiderspruch ein, und zahlt nicht. Nichtsdestotrotz kann ein Beschwerdeverfahren stattfinden (auch von Amts wegen), da eine Rüge gerechtfertigt ist, und nur so u.a. die Kosten des Gutachtens eingefahren werden könnten. Das Akzeptieren des Gutachtens ohne die Kosten bzw. Nutzen zu übernehmen, widerspräche dem Sachverhalt und mindestens diverser branchenüblicher Richtlinien, u.a. Art. 5 des ICC/ESOMAR-Kodex: Untersuchungsangebote (bzw. Gutachten) und Kostenvoranschläge bleiben Eigentum der Organisation oder Person, die sie erstellt hat, sofern nicht anders vereinbart<sup>2</sup>. Da die Kostenfrage unbedingt zu regeln ist, scheint diese Alternative in mehreren Hinsichten nicht standesgemäß zu sein.
2. Der Abgemahnte akzeptiert sowohl Abmahnung als auch Kosten nicht, worauf es zum Verfahren von Amts wegen kommt, und sofern Fehlverhalten vorläge (hier trivial; in einem undurchschaubaren Zusammenhang keineswegs von vornherein klar, selbst wenn Gutachten es möglicherweise nahelegen, in Verbindung mit Verstößen gegen das BDSG u.ä.), kann die öffentlichen Rüge und nachteilige Maßregelung ausgesprochen werden. Ein abschließendes Urteil muss u.a. auch über die Kostenfrage entscheiden.

## Exkurs

Spezielle Verstöße, die sich aus der bestimmten Vertragsausgestaltung, dem Branchenkodex, dem Strafgesetzbuch, oder dem Bundesdatenschutzgesetz u.ä. ergeben, sollen im folgenden aufgelistet werden. Dabei wird eine Überlappung als selbstverständlich angenommen.

### 1. Vertragsausgestaltung (nach BGB, BDSG, anderen Gesetzen, Kodizes etc.)

Die Vertragsgestaltung zum Auftrag nach §11 des BDSG könnte als Kapitel enthalten: Gegenstand und Dauer des Auftrags, Umfang, Zweck und Verarbeitung der zu erhebenden Daten; Art der Daten und der Betroffenen; technisch-organisatorische Maßnahmen; Klauseln zur Löschung von Daten und den Kontrollpflichten des Auftragnehmers, das Recht zu Unterverträgen, Pflichten des Auftraggebers, Informationspflichten des Auftragnehmers und ähnliche.

Folgende Standardformulierungen zu einzelnen Punkten könnten etwa in Betracht kommen:

Der Auftragnehmer muss die Umsetzung der vor der Auftragsvergabe dargelegten technischen und organisatorischen Maßnahmen vor Beginn der eigentlichen Verarbeitung, insbesondere hinsichtlich der konkreten Auftragsdurchführung dokumentieren und dem Auftraggeber zwecks Prüfung vorlegen. Akzeptiert der Auftraggeber die dokumentierten Maßnahmen, werden letztere zur Grundlage des Auftrags. Anpassungen sind einvernehmlich umzusetzen. Insgesamt handelt es sich bei den zu bestellenden Maßnahmen einmal um nicht auftragsspezifische Maßnahmen z.B. zur Organisationskontrolle, Weitergabekontrolle, Auftragskontrolle, Verfügbarkeitskontrolle, Trennungsgebots etc., sowie andererseits um auftragsspezifische Maßnahmen zur Bereitstellung von Daten, Umstände der Datenverarbeitung und -versand...

### Rechte der Parteien

- Die Durchführung der Auftragskontrolle mittels regelmäßiger Prüfungen durch den Auftragnehmer im Hinblick auf die Vertragsausführung bzw. -erfüllung, insbesondere Einhaltung und ggf. notwendige Anpassung von Regelungen und Maßnahmen zur Durchführung des Auftrags.
- Nachweisbarkeit der Qualität der getroffenen technischen und organisatorischen Maßnahmen gegenüber dem Auftraggeber. Der Auftragnehmer kann auch aktuelle Testate, Berichte oder Berichtsauszüge unabhängiger Instanzen (z.B. Datenschutzbeauftragter, IT-Sicherheitsabteilung, Qualitätsauditoren) oder eine geeignete Zertifizierung durch IT-Sicherheits- oder Datenschutzaudit u.ä. vorlegen.

- Der Auftraggeber hat das Recht, die in Nr. 6 der Anlage zu §9 BDSG vorgesehene Auftragskontrolle im Benehmen mit dem Auftragnehmer durchzuführen oder durch im Einzelfall zu benennende Prüfer durchführen zu lassen. Er hat jederzeit das Recht, sich durch Stichprobenkontrollen von der Einhaltung dieser Vereinbarung durch den Auftragnehmer in dessen Geschäftsbetrieb zu überzeugen. Der Auftragnehmer verpflichtet sich, dem Auftraggeber auf Anforderung die zur Wahrung seiner Verpflichtung zur Auftragskontrolle erforderlichen Auskünfte zu geben und die entsprechenden Nachweise verfügbar zu machen.
- Aufgrund der Kontrollverpflichtungen des Auftraggebers nach §11 Abs. 2 Satz 4 BDSG vor Beginn der Datenverarbeitung und während der Laufzeit des Auftrags muss der Auftragnehmer sicherstellen, dass sich der Auftraggeber von der Einhaltung der getroffenen technischen und organisatorischen Maßnahmen überzeugen kann. Hierzu weist der Auftragnehmer dem Auftraggeber auf Anfrage die Umsetzung der technischen und organisatorischen Maßnahmen gemäß §9 BDSG und der Anlage nach. Dabei kann der Nachweis der Umsetzung solcher Maßnahmen, im konkreten Fall aber auch allgemein, auch durch Vorlage eines aktuellen Testats, von Berichten oder Berichtsauszügen unabhängiger Instanzen wie des Datenschutzbeauftragten etc. erbracht werden.
- Der Auftragnehmer erstattet in allen Fällen dem Auftraggeber eine Meldung, wenn durch ihn oder die bei ihm beschäftigten Personen Verstöße gegen Vorschriften zum Schutz personenbezogener Daten des Auftraggebers oder gegen die im Auftrag getroffenen Festlegungen vorgefallen sind.
- Es ist beiden Parteien bekannt, dass laut §42a BDSG Informationspflichten im Falle des Abhandenkommens oder der unrechtmäßigen Übermittlung oder Kenntniserlangung von personenbezogenen Daten bestehen können. Deshalb sind solche Vorfälle ohne Ansehen der Verursachung unverzüglich dem Auftraggeber mitzuteilen. Ebengleiches gilt auch bei schwerwiegenden Störungen des Betriebsablaufs, bei Verdacht auf sonstige Verletzungen gegen Vorschriften zum Schutz personenbezogener Daten oder anderen Unregelmäßigkeiten beim Umgang mit personenbezogenen Daten des Auftraggebers. Der Auftragnehmer hat im Benehmen mit dem Auftraggeber angemessene Maßnahmen zur Sicherung der Daten sowie zur Minderung möglicher nachteiliger Folgen für Betroffene zu ergreifen.

## 2. Der ICC/ESOMAR Branchenkodex

In diesem Abschnitt werden mehr oder weniger konkret gefasste Abschnitte des ICC/ESOMAR Kodex zitiert. Wann ein Verstoß vorliegt, kann eine Ermessenssache sein.

## Abmahnwellen in der Marktforschung

- Marktforscher müssen sich ethisch verhalten und dürfen nichts tun, was dem Ruf der Marktforschung schaden könnte.
- Marktforscher müssen sicherstellen, dass Projekte und Tätigkeiten genau, transparent und objektiv konzipiert, ausgeführt, berichtet und dokumentiert werden.
- Marktforschung muss legal, redlich, wahrheitsgemäß und objektiv sein und in Übereinstimmung mit angemessenen wissenschaftlichen Prinzipien durchgeführt werden.
- Marktforschung muss klar von nicht-forschenden Tätigkeiten unterschieden und getrennt werden, einschließlich aller kommerzieller Tätigkeiten, die auf Einzelpersonen abzielen (z. B. Werbung, Verkaufsförderung, Direktmarketing, Direktverkauf usw.).
- Marktforscher dürfen keine unzutreffenden Aussagen über ihre Fertigkeiten, Erfahrungen oder Tätigkeiten oder über die ihrer Organisation machen.
- Marktforscher müssen dem Auftraggeber auf Anfrage gestatten, Qualitätsprüfungen der Datenerhebung und der Datenaufbereitung vorzunehmen.
- Marktforscher müssen ihren Auftraggebern die angemessenen technischen Einzelheiten aller für sie durchgeführten Forschungsprojekte zur Verfügung zu stellen.
- Marktforscher müssen sicherstellen, dass Marktforschungsprojekte genau, transparent und objektiv konzipiert, ausgeführt, berichtet und dokumentiert werden.
- Untersuchungsangebote und Kostenvoranschläge bleiben Eigentum der Organisation oder Person, die sie erstellt hat, sofern nicht anders vereinbart.
- Bei der Berichtslegung der Ergebnisse eines Marktforschungsprojekts müssen die Forscher eindeutig zwischen den Ergebnissen, der Interpretation durch die Forscher und allen darauf gegründeten Empfehlungen unterscheiden.
- Marktforscher müssen immer in der Lage sein, die technischen Informationen zugänglich zu machen, die notwendig sind, um die Gültigkeit der veröffentlichten Ergebnisse bewerten zu können.
- Nachträgliche Korrekturen und/oder angemessene Bereinigungen eines Verstoßes gegen diesen Kodex durch die verantwortliche Partei sind wünschenswert, aber keine Entschuldigung für den Verstoß.
- Der Kodex und die darin aufgelisteten Prinzipien sollten national und international von den betreffenden lokalen, nationalen oder regionalen Selbstregulierungsorganen anerkannt und umgesetzt werden. Sofern angemessen, sollte der Kodex auch in allen Phasen von allen an einem Marktforschungsprojekt beteiligten Organisationen, Unternehmen und Einzelpersonen angewendet werden <sup>2</sup>.

### 3. Das Strafgesetzbuch

Straftatbestände des Abgemahnten könnten etwa sein: Datenveränderung §303a; Untreue §266 (Missbrauchstatbestand, Treubruchstatbestand); Betrug und Computerbetrug §263 (a); Urkundenfälschung und Unterdrückung §§267,274; Fälschung beweiserheblicher Daten §269, auch der Versuch; §270 Täuschung im Rechtsverkehr bei Datenverarbeitung; Verstöße analog dem Gebrauch unrichtiger Gesundheitszeugnisse, §279. Diese Taten können durch Verstöße gegen den Branchenkodex impliziert werden, und Ermittlungen seitens der Behörden (von Amts wegen) einleiten. Dem entgegen könnte der „zur Handlung verpflichtete“ Abmahner sich z.B. negativ berufen auf: Begehen durch Unterlassen §13; Belohnung und Billigung von Straftaten §140 (etwa in der Lehre); Strafvereitelung nach §258; Urkundenunterdrückung §274; Nichtanzeige geplanter Straftaten §§138,139; Verstöße analog dem Ausstellen unrichtiger Gesundheitszeugnisse §278; Unterlassene Hilfeleistung §323c; rechtfertigende Gründe können im Sinne der Wahrnehmung berechtigter Interessen nach §193 u.ä. gefolgert werden, Hilfe bei der Aufklärung oder Verhinderung schwerer Straftaten §46b, oder beim Irrtum über etwaige Tatumstände §§16,17. Das Problem der falschen Verdächtigung wider besseren Wissens nach §164 sollte durch ein hochwertiges Gutachten ausgeschlossen werden <sup>11</sup>.

### 4. Das Bundesdatenschutzgesetz

Hervorgehoben werden sollen neben den Bussgeld- und Strafvorschriften nach §§43,44, die Informationspflicht nach §42a; die zahlreichen Ausnahmen, welche der Gesetzestext liefert, fordern eine ganzheitliche Lektüre des Gesetzes.

#### Informationspflicht bei unrechtmäßiger Kenntniserlangung von Daten

Stellt eine nichtöffentliche Stelle im Sinne des §2 Absatz 4 oder eine öffentliche Stelle nach §27 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 fest, dass bei ihr gespeicherte

1. besondere Arten personenbezogener Daten (§3 Absatz 9),
2. personenbezogene Daten, die einem Berufsgeheimnis unterliegen,
3. personenbezogene Daten, die sich auf strafbare Handlungen oder Ordnungswidrigkeiten oder den Verdacht strafbarer Handlungen oder Ordnungswidrigkeiten beziehen, oder
4. personenbezogene Daten zu Bank- oder Kreditkartenkonten unrechtmäßig übermittelt oder auf sonstige Weise Dritten unrechtmäßig zur Kenntnis gelangt sind, und drohen schwerwiegende Beeinträchtigungen für die Rechte oder schutzwürdigen Interessen der Betroffenen, hat sie dies nach den Sätzen 2 bis 5 unverzüglich der zuständigen Aufsichtsbehörde sowie den Betroffenen mitzuteilen. Die Benachrichtigung des Betroffenen muss unverzüglich erfolgen, sobald angemessene Maßnahmen

zur Sicherung der Daten ergriffen worden oder nicht unverzüglich erfolgt sind und die Strafverfolgung nicht mehr gefährdet wird. Die Benachrichtigung der Betroffenen muss eine Darlegung der Art der unrechtmäßigen Kenntniserlangung und Empfehlungen für Maßnahmen zur Minderung möglicher nachteiliger Folgen enthalten. Die Benachrichtigung der zuständigen Aufsichtsbehörde muss zusätzlich eine Darlegung möglicher nachteiliger Folgen der unrechtmäßigen Kenntniserlangung und der von der Stelle daraufhin ergriffenen Maßnahmen enthalten. Soweit die Benachrichtigung der Betroffenen einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde, insbesondere aufgrund der Vielzahl der betroffenen Fälle, tritt an ihre Stelle die Information der Öffentlichkeit durch Anzeigen, die mindestens eine halbe Seite umfassen, in mindestens zwei bundesweit erscheinenden Tageszeitungen oder durch eine andere, in ihrer Wirksamkeit hinsichtlich der Information der Betroffenen gleich geeignete Maßnahme. Eine Benachrichtigung, die der Benachrichtigungspflichtige erteilt hat, darf in einem Strafverfahren oder in einem Verfahren nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten gegen ihn oder einen in §52 Absatz 1 der Strafprozessordnung bezeichneten Angehörigen des Benachrichtigungspflichtigen nur mit Zustimmung des Benachrichtigungspflichtigen verwendet werden <sup>1</sup>.

### **Fazit**

Der Sachverhalt einer Abmahnwelle innerhalb Marktforschungskreise wurde mehr oder weniger realitätsfern diskutiert. Abmahnungen, die Fehlverhalten auf Grund Verletzungen branchenüblicher Kodizes u.ä. verschickt werden, müssen den Kriterien wiss. Gutachten bzw. Studien genügen, um für den Abmahner selbst kein Fehlverhalten (etwa im Kontext des Strafgesetzbuches) darzustellen. Die Branchenaufsicht, z.B. der Rat der deutschen Markt- und Sozialforschung, wäre gehalten, mehrere Punkte ihrer vorgefundenen Beschwerdeordnung <sup>5</sup> anzupassen, um überhaupt zuverlässige Statistiken zu Fehlverhalten im Fachbereich liefern zu können, und um Rechtsverhältnisse repräsentativ evaluieren zu können. Die apriori Moral- und Fehlerverteilung in dieser Wissenschaft und Praxis braucht nicht studiert werden, aposterior muss sie es noch werden.



## Literaturverzeichnis

- <sup>1</sup>[http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bdsg\\_1990/gesamt.pdf](http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bdsg_1990/gesamt.pdf), download am 16.12.2011
- <sup>2</sup>[http://rat-marktforschung.de/fileadmin/user\\_upload/pdf/ICCESOMAR\\_Code\\_German.pdf](http://rat-marktforschung.de/fileadmin/user_upload/pdf/ICCESOMAR_Code_German.pdf), download am 11.12.2011
- <sup>3</sup><http://www.bds-soz.de/Ethik.pdf>, download am 13.12.2011
- <sup>4</sup><http://rat-marktforschung.de/>, download am 11.12.2011
- <sup>5</sup><http://rat-marktforschung.de/beschwerdeordnung/>, download am 11.12.2011
- <sup>6</sup><http://rat-marktforschung.de/statistiken/>, download am 3.12.2011
- <sup>7</sup><http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/zpo/gesamt.pdf>, download am 11.12.2011
- <sup>8</sup>[http://www.statistics4u.com/fundstat\\_germ/cc\\_corr\\_coeff.html](http://www.statistics4u.com/fundstat_germ/cc_corr_coeff.html), download am 11.12.2011
- <sup>9</sup><http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bgb/gesamt.pdf>, download am 11.12.2011
- <sup>10</sup><http://www.it-recht-kanzlei.de/einstweilige-verfuegung.html>, download am 10.12.2011
- <sup>11</sup><http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf>, download am 22.09.2011