



**Stellungnahme zu den Hinweisen des Rates der
Europäischen Union vom 5. Dezember 2017
zu Artikel 8 und 10 des Vorschlags für eine
Verordnung über Privatsphäre und
elektronische Kommunikation**

**von ADM Arbeitskreis Deutscher Markt-
und Sozialforschungsinstitute e.V.**

**und Verband der Markt- und Meinungs-
forschungsinstitute Österreichs (VdMI)**

**ADM Arbeitskreis Deutscher Markt-
und Sozialforschungsinstitute e.V.
Französische Str. 8; D – 10117 Berlin
Telefon: +49 30 2061638-0
Telefax: +49 30 2061638-29
E-Mail: office@adm-ev.de
Internet: www.adm-ev.de**

**Verband der Markt- und Meinungsfor-
schungsinstitute Österreichs (VdMI)
Brucknerstraße 3-5/4; A – 4020 Linz
Telefon: +43 732 6901-12
Telefax: +43 732 6901-4
E-Mail: office@vdmi.at
Internet: www.vdmi.at**

Der **ADM Arbeitskreis Deutscher Markt- und Sozialforschungsinstitute e.V.** vertritt die privaten Markt- und Sozialforschungsinstitute in Deutschland. Er wurde im Jahr 1955 gegründet und ist der einzige Wirtschaftsverband dieser Art. Gegenwärtig gehören ihm 74 Institute an, die zusammen rund 83 Prozent des Umsatzes der deutschen Markt-, Meinungs- und Sozialforschung erzielen (2016: 2,5 Mrd. €). Zu den satzungsgemäßen Aufgaben des ADM gehören die Wahrung und Förderung der Wissenschaftlichkeit der Markt- und Sozialforschung, die Gewährleistung der Anonymität der Teilnehmer wissenschaftlicher Studien und die Entwicklung von Berufsgrundsätzen und Standesregeln.

Der **Verband der Markt- und Meinungsforschungsinstitute Österreichs (VdMI)** ist eine freiwillige und unabhängige Berufs- und Interessensvertretung der in Österreich tätigen Marktforschungsunternehmen. Er versteht sich als Zweigverein des Verbands der Marktforscher Österreichs (VMÖ) und repräsentiert mit 30 Mitgliedsinstituten 85 Prozent des Umsatzes der Markt-, Meinungs- und Sozialforschung in Österreich. Seine Tätigkeit ist nicht auf Gewinn ausgerichtet. Zu den Vereinszwecken des VdMI gehören die Wahrung und Vertretung der gemeinsamen Interessen der Marktforschungsinstitute und der Institutsmarktforscher gegenüber der politischen Öffentlichkeit und den Medien, insbesondere in rechtlichen Aspekten, die sich auf die Branche auswirken.

A. Einleitung

Die vorliegende gemeinsame Stellungnahme von ADM Arbeitskreis Deutscher Markt- und Sozialforschungsinstitute e.V. und VdMI Verband der Markt- und Meinungsforschungsinstitute Österreichs zu den Hinweisen des Rates der Europäischen Union vom 5. Dezember 2017 zu dem Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Achtung des Privatlebens und den Schutz personenbezogener Daten in der elektronischen Kommunikation und zur Aufhebung der Richtlinie 2002/58/EG (Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation) vom 10. Januar 2017 ist auf die **Artikel 8 Absatz 1** und **Artikel 10** fokussiert.

Die Rechtsvorschriften dieser Artikel haben unmittelbare und umfassende Auswirkungen auf die Möglichkeiten der Nutzung des Internets als Forschungsge-

genstand und/oder Forschungsmethode der Markt-, Meinungs- und Sozialforschung. Die Stellungnahme wird deshalb auch von den anderen Branchenverbänden in Deutschland unterstützt und mitgetragen:

- Arbeitsgemeinschaft Sozialwissenschaftlicher Institute e.V. (ASI)
- BVM Berufsverband Deutscher Markt- und Sozialforscher e.V.
- Deutsche Gesellschaft für Online-Forschung – DGOF e.V.

B. Die Zielsetzung von Markt-, Meinungs- und Sozialforschung

Die Markt-, Meinungs- und Sozialforschung ist ausschließlich an generalisierbaren, validen und zuverlässigen Aussagen über die Einstellungen und das Verhalten von nach verschiedenen soziodemographischen und sozioökonomischen Merkmalen abgegrenzten Gruppen der Bevölkerung auf der Grundlage wissenschaftlicher Methoden und Techniken interessiert (**Wissenschaftlichkeitsgebot**).

Aussagen über konkrete Einzelpersonen sind nicht Gegenstand der Markt-, Meinungs- und Sozialforschung. Sie versucht auch nicht, die Einstellungen und das Verhalten von Menschen zu beeinflussen. Markt-, Meinungs- und Sozialforschung wird deshalb von anderen Tätigkeiten – insbesondere Werbung und Verkaufsförderung – getrennt durchgeführt (**Trennungsgebot**).

Die Wahrung der Anonymität der in eine wissenschaftliche Studie einbezogenen Personen gehört ebenfalls zu den Grundprinzipien des berufsständischen Verhaltens in der Markt-, Meinungs- und Sozialforschung. Die Forschungsdaten werden nur in anonymisierter Form mittels mathematisch-statistischer Analyseverfahren ausgewertet und nur in anonymisierter Form an Dritte (zumeist der Auftraggeber der Studie) übermittelt (**Anonymisierungsgebot**).

C. Das Internet als Forschungsgegenstand und Forschungsinstrument

Das Internet hat für die Markt-, Meinungs- und Sozialforschung sowohl als Forschungsgegenstand als auch als Forschungsmethode und Forschungsinstrument seit der Jahrtausendwende erheblich an Bedeutung und Vielfalt gewonnen und wird in den nächsten Jahren weiter zunehmen. Ein Indikator für die Etablierung der Online-Forschung als ein inhaltlich und methodisch relevanter Bereich der Markt-, Meinungs- und Sozialforschung ist die mit der internationalen Norm ISO 19731¹ kürzlich erfolgte Veröffentlichung eines eigenständigen wissenschaftlichen Qualitätsstandards.

D. Reaktive und nicht-reaktive Forschungsmethoden

Die im Hinblick auf den Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation vom 10. Januar 2017 grundlegende Unterscheidung der verschiedenen Ansätze in der internet-basierten Markt-, Meinungs- und Sozialforschung ist die zwischen reaktiven und nicht-reaktiven Forschungsmethoden und der damit einhergehenden unterschiedlichen Rechtsgrundlagen hinsichtlich der Nutzung der Verarbeitungs- und Speicherfunktion von Endeinrichtungen der Studienteilnehmer. Bei den sogenannten reaktiven Methoden der Markt-, Meinungs- und Sozialforschung sind die ausgewählten Studienteilnehmer aktiv in die Erhebung der Forschungsdaten einbezogen. Überwiegend handelt es sich dabei um (Online-)Befragungen zu wissenschaftlichen Forschungszwecken.

Dagegen findet bei den sogenannten nicht-reaktiven Methoden der Markt-, Meinungs- und Sozialforschung keine aktive Beteiligung der Studienteilnehmer an der Datenerhebung statt. In der Regel handelt es sich hierbei um die verschiedenen Verfahren zur Beobachtung und Messung des Verhaltens von Personen im Internet mittels pseudonymisierter bzw. anonymisierter Daten, ohne dass –

¹ ÖNORM ISO 19731:2017 Digital analytics and web analyses for purposes of market, opinion and social research – Vocabulary and service requirements

bedingt durch die Forschungsmethode – den Betroffenen diese Tatsache bekannt ist bzw. sein muss.

E. Vorschlag der Europäischen Kommission zu Artikel 8 Absatz 1

Die Rechtsvorschriften des Artikels 8 Absatz 1 zur Normierung der vom Endnutzer nicht selbst vorgenommenen Nutzung der Verarbeitungs- und Speicherfunktion von Endeinrichtungen und jeder Erhebung von Informationen aus Endeinrichtungen der Endnutzer sehen deren grundsätzliche Unzulässigkeit vor. Zulässig ist sie, wenn sie einzig für den Zweck eines elektronischen Kommunikationsvorgangs nötig ist (Buchstabe a) oder der Endnutzer seine Einwilligung gegeben hat (Buchstabe b) oder sie für die Bereitstellung eines vom Endnutzer gewünschten Dienstes (Buchstabe c) oder für die Messung des Webpublikums nötig ist (Buchstabe d).

Im Rahmen der oben genannten reaktiven Methoden der Markt-, Meinungs- und Sozialforschung ist grundsätzlich die Einwilligung des für die Befragung ausgewählten Endnutzers (d.h. Buchstabe b) die Rechtsgrundlage für die von ihm nicht selbst vorgenommene Nutzung der Verarbeitungs- und Speicherfunktion von Endeinrichtungen. Damit haben die Studienteilnehmer die Möglichkeit, die Nutzung abzulehnen und gegebenenfalls nicht an der Studie teilzunehmen. Nur wenn die Nutzung ausschließlich zu erhebungsmethodischen Zwecken erfolgt, d.h. den Zeitpunkt der Einladung zur Befragung steuert oder wiederholte Einladungen vermeidet, kann Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe a) als Rechtsgrundlage der Nutzung der Verarbeitung- und Speicherfunktion von Endeinrichtungen der Studienteilnehmer herangezogen werden.

Im Gegensatz zu den reaktiven kann bei den meisten nicht-reaktiven Methoden der Markt-, Meinungs- und Sozialforschung die Einwilligung der Studienteilnehmer in die nicht selbst vorgenommene Nutzung der Verarbeitungs- und Speicherfunktion nicht eingeholt werden. Diese Nutzung ist aber eine methodische Notwendigkeit, um Studien auf dieser Grundlage mit angemessener und zu-

gleich notwendiger Forschungsqualität hinsichtlich Zuverlässigkeit und Generalisierbarkeit der Ergebnisse durchführen zu können. Eine entsprechende explizite Erlaubnisnorm als Rechtsgrundlage für die vom Endnutzer nicht selbst vorgenommene Nutzung der Verarbeitungs- und Speicherfunktion von Endeinrichtungen für wissenschaftliche Forschungszwecke ist in dem Vorschlag der Europäischen Union für eine Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation nicht enthalten. Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe d) greift diesbezüglich in verschiedener Hinsicht zu kurz:

Buchstabe d) normiert die vom Endnutzer nicht selbst vorgenommene Nutzung der Verarbeitungs- und Speicherfunktion von Endeinrichtungen der Endnutzer als zulässig, wenn diese für die Messung des Webpublikums (englisch: audience measurement) des Betreibers eines Dienstes der Informationsgesellschaft nötig ist und von diesem vorgenommen wird. Die Messung des Webpublikums einer Webseite ist aber nur ein Teil der internetbasierten Markt-, Meinungs- und Sozialforschung. Außerdem erfolgt sie nicht nur zu wissenschaftlichen Forschungszwecken, sondern auch zu anderen Zwecken. Schließlich wird die Messung des Webpublikums in vielen Fällen nicht vom Betreiber des Dienstes der Informationsgesellschaft durchgeführt, sondern unter Beachtung des Anonymisierungsgebots von dazu beauftragten spezialisierten (Forschungs-)Dienstleistern.

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass der geänderte Vorschlag des Europäischen Parlaments für eine Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation vom 19. Oktober 2017 in Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe d) mit dem Verbot einer Dienste – und damit auch Webseiten – übergreifenden Messung des Webpublikums eine weitere sachlich nicht zu rechtfertigende Einschränkung enthält. Die Messung der Reichweite eines Dienstes der Informationsgesellschaft bzw. seines Webpublikums kann aber erst in der vergleichenden Perspektive mit anderen Diensten seine gesamte analytische Kraft entfalten.

F. Hinweise des Rates der Europäischen Union zu Artikel 8 Absatz 1

Bei den in Absatz 1 Buchstabe b) und Buchstabe c) normierten Erlaubnistatbeständen gibt es in Bezug auf die wissenschaftlichen Forschungszwecke keine signifikanten Unterschiede zwischen dem Vorschlag der Europäischen Kommission und den Hinweisen des Rates der Europäischen Union:

Die berufsständischen Verhaltensregeln der deutschen Verbände der Markt- und Sozialforschung schreiben bei der Durchführung von Online-Umfragen für den Einsatz von Cookies grundsätzlich eine entsprechende rechtswirksame Einwilligung der Betroffenen, d.h. der befragten Personen, vor. Dieser Fall wird durch die Rechtsvorschrift des Absatz 1 Buchstabe b) jeweils erfasst und zulässig gemacht. Nur wenn das Cookie lediglich erhebungsmethodischen Zwecken dient, insbesondere wenn dadurch eine wiederholte Teilnahme einzelner Personen an einer Umfrage verhindert werden soll, gestatten die berufsständischen Verhaltensregeln einen Einsatz von Cookies ohne Einwilligung der Betroffenen.

Wenn man der in einer Urteilsbegründung im Jahr 2017 vertretenen Rechtsauffassung des Bundesgerichtshofs (I ZR 117/16) folgt, der von der Notwendigkeit einer weiten Definition des Begriffs „Dienst der Informationsgesellschaft“ ausgeht, dann kann letztendlich auch die Bereitstellung der Möglichkeit zur freiwilligen Teilnahme an einer Online-Umfrage unter diesen Begriff subsumiert werden. Folglich wird dieser Fall durch die Legalerlaubnis des Absatz 1 Buchstabe c) jeweils erfasst. Dies gilt umso mehr, weil die berufsständischen Verhaltensregeln den erhebungsmethodischen Einsatz von Cookies einer engen Zweckbindung und einer zeitlich begrenzten Wirkung unterwerfen.

Die berufsständischen Verhaltensregeln der deutschen Verbände der Markt- und Sozialforschung entsprechen den in Artikel 8 Absatz 2a des geänderten Vorschlags des Europäischen Parlaments für eine Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation vom 19. Oktober 2017 normierten zusätzlichen, auf die Messung des Webpublikums bezogenen Rechtsvorschriften zum Schutz der Rechte und Freiheiten der Nutzer: a) Beschränkung des Zwecks der Datenerhebung auf statistische Zählungen, b) zeitlich und räumlich

begrenzte und für diesen Zweck erforderliche Datenverarbeitung, c) Löschung oder Anonymisierung der Daten unmittelbar nach der Zweckerfüllung, d) wirksame Widerspruchsmöglichkeiten des Nutzers ohne Einfluss auf die Funktionalität seiner Endeinrichtung.

Im Gegensatz zu dem Vorschlag der Europäischen Kommission enthalten die Hinweise des Rates der Europäischen Union in Absatz 1 Buchstabe d) eine Legalerlaubnis zur Messung des Webpublikums, die sowohl den Anbieter des Dienstes der Informationsgesellschaft als auch einen von diesem beauftragten Dritten einschließt. In letzterem Fall wird die Beachtung der Rechtsvorschriften des Artikels 28 der Datenschutz-Grundverordnung gefordert. Es wird folglich unterstellt, dass es sich datenschutzrechtlich bei der beauftragten Messung des Webpublikums um eine Auftragsverarbeitung und nicht um eine Funktionsübertragung handelt. Von letzterem – und der sich daraus ergebenden gemeinsamen Verantwortung von Auftraggeber und Forschungsinstitut für das Einhalten der datenschutzrechtlichen Vorschriften – kann bzw. muss man aber wegen des Forschungscharakters der Tätigkeit grundsätzlich ausgehen.

G. Petitum zu Artikel 8 Absatz 1

ADM und VdMI bitten die beteiligten politischen Institutionen darum, die vorgebrachten Argumente, die für eine eigenständige gesetzliche Erlaubnisnorm für die vom Endnutzer nicht selbst vorgenommene Nutzung der Verarbeitungs- und Speicherfunktion von Endeinrichtungen und jede Erhebung von Informationen aus Endeinrichtungen der Endnutzer zu wissenschaftlichen Forschungszwecken sprechen, wohlwollend zu prüfen und im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens durch die Einführung einer entsprechenden Legalerlaubnis in Artikel 8 Absatz 1 mittels eines zusätzlichen Buchstabens e) zu berücksichtigen. Eine solche Erlaubnisnorm muss zugleich – wie im folgenden Vorschlag geschehen – die Rechte und Freiheiten der Endnutzer angemessen berücksichtigen und abwägen:

Jede vom betreffenden Endnutzer nicht selbst vorgenommene Nutzung der Verarbeitungs- und Speicherfunktion von Endeinrichtungen und jede Erhebung von Informationen aus Endeinrichtungen der Endnutzer, auch über deren Software und Hardware, ist untersagt, außer sie erfolgt aus folgenden Gründen:

[...]

e) sie ist für wissenschaftliche Forschungszwecke nötig, sofern der Verantwortliche geeignete technische und organisatorische Maßnahmen zum Schutz der Rechte und Freiheiten des Nutzers vorsieht und die verarbeiteten personenbezogenen Daten anonymisiert werden, sobald dies nach den Forschungszwecken möglich ist.

The use of processing and storage capabilities of terminal equipment and the collection of information from end-users' terminal equipment, including about its software and hardware, other than by the end-user concerned shall be prohibited, except on the following grounds:

[...]

e) it is necessary for scientific research purposes, provided that the controller plans appropriate technical and organizational measures to safeguard the rights and freedoms of the user and the processed personal data will be anonymized as soon as possible according to the research purposes.

H. Vorschlag der Europäischen Kommission zu Artikel 10

Die in Artikel 10 des Vorschlags der Europäischen Kommission für eine Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation normierten Vorschriften sollen die Grundsätze des Datenschutzes durch Technikgestaltung und datenschutzfreundliche Voreinstellungen stärken, wie im Erwägungsgrund 23 ausgeführt wird. Dem entsprechend enthält Absatz 1 die Rechtsvorschrift, dass Software, die das Abrufen und Darstellen von Informationen aus dem Internet erlaubt, die Möglichkeit bieten muss zu verhindern, dass Dritte Informationen in

der Endeinrichtung eines Endnutzers speichern oder bereits in der Endeinrichtung gespeicherte Informationen verarbeiten. Und Absatz 2 schreibt vor, dass die Software bei der Installation den Endnutzer über die Einstellungsmöglichkeiten zur Privatsphäre informieren und zur Fortsetzung der Installation vom Endnutzer die Einwilligung zu einer Einstellung verlangen muss.

I. Hinweise des Rates der Europäischen Union zu Artikel 10

Die Hinweise des Rates der Europäischen Union für eine Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation entsprechen in Artikel 10 den Rechtsvorschriften des Vorschlags der Europäischen Kommission. Zudem soll in einem neuen Absatz 2a durch eine entsprechende Rechtsvorschrift dem Endnutzer explizit die Möglichkeit gegeben werden, die einmal gewählten und akzeptierten Einstellungen zum Schutz der Privatsphäre jederzeit und ohne technische Schwierigkeiten ändern zu können, wie im Erwägungsgrund 24 des Vorschlags der Europäischen Kommission empfohlen.

J. Petitum zu Artikel 10

Die Entscheidung darüber, wer welche Informationen auf der Endeinrichtung eines Endnutzers speichern oder verarbeiten kann, ist unabdingbarer Bestandteil der Persönlichkeits- und Eigentumsrechte des jeweils betroffenen Endnutzers. Das Problem, dass eine mögliche Legalerlaubnis des Einsatzes von Cookies für die wissenschaftliche Forschung faktisch ins Leere läuft, wenn ein signifikanter Anteil der Endnutzer auf seinen Endeinrichtungen die Speicherung oder Verarbeitung von Informationen durch Dritte mittels der entsprechenden Einstellungen zum Schutz der Privatsphäre generell verhindert, kann deshalb nicht dadurch gelöst werden, dass den Endnutzern die Möglichkeit genommen wird, ihre Endeinrichtungen entsprechend „abzuschließen“.

Gelöst oder zumindest gemindert werden kann das Problem nur dadurch, dass die „digitale Souveränität“ der Endnutzer gestärkt wird, d.h. es muss auch für informationstechnisch weniger versierte Nutzer eines Dienstes der Informationsgesellschaft möglich sein, jederzeit und ohne Schwierigkeiten die Einstellungen zum Schutz der Privatsphäre in seiner Endeinrichtung – gegebenenfalls auf Grundlage der entsprechenden Information des Anbieters eines Dienstes der Informationsgesellschaft dienstspezifisch, zweckbestimmt und temporär – zu ändern.

ADM und VdMI bitten die beteiligten politischen Institutionen darum, die vorgebrachten Argumente hinsichtlich der Stärkung der „digitalen Souveränität“ der Nutzer als praxisorientierte und praxisrelevante Operationalisierung ihrer Persönlichkeits- und Eigentumsrechte bezüglich der Speicherung und Verarbeitung von Informationen auf ihren Endeinrichtungen durch Dritte wohlwollend zu prüfen und sich im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens für den Erhalt des in den Hinweisen des Rates der Europäischen Union für eine Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation vom 5. Dezember 2017 enthaltenen zusätzlichen Absatz 2a des Artikels 10 einzusetzen:

2a. Die in Absatz 1 genannte Software muss es den Endnutzern auf verständliche und einfache Weise ermöglichen, die unter Absatz 2 eingewilligten Einstellungen zur Privatsphäre jederzeit während der Nutzung zu ändern.

2a. The software referred to in paragraph 1 shall provide in a clear manner easy ways for end-users to change the privacy setting consented to under paragraph 2 at any time during the use.

Berlin und Wien, den 09. Februar 2018