



Stellungnahme des ADM zu dem

Referentenentwurf des Bundesministeriums
des Innern, für Bau und Heimat eines

Zweiten Datenschutz-Anpassungs- und
Umsetzungsgesetzes EU (2. DSAnpUG-EU)

ADM Arbeitskreis Deutscher Markt- und Sozialforschungsinstitute e.V.
Französische Straße 8 10117 Berlin
Telefon: 030 2061638-0 Telefax: 030 2061638-29
E-Mail: office@adm-ev.de Internet: www.adm-ev.de

Der **ADM Arbeitskreis Deutscher Markt- und Sozialforschungsinstitute e.V.** vertritt die Interessen der privatwirtschaftlichen Markt- und Sozialforschungsinstitute in Deutschland. Er wurde im Jahr 1955 gegründet und ist der einzige Wirtschaftsverband dieser Art. Gegenwärtig gehören ihm 73 privatwirtschaftliche Forschungsinstitute an, die zusammen rund 83 Prozent des Umsatzes der deutschen Markt-, Meinungs- und Sozialforschung erzielen (2017: 2,45 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 Untersuchungen und die Entwicklung von Berufsgrundsätzen und Standesregeln.

A. Einleitung

Der ADM Arbeitskreis Deutscher Markt- und Sozialforschungsinstitute e.V. nimmt nachfolgend Stellung zu dem Referentenentwurf des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat vom 21.06.2018 des Entwurfs eines Zweiten Gesetzes zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 (Zweites Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz EU – 2. DSAnpUG-EU). Die Stellungnahme des ADM erfolgt federführend und stellvertretend für die vier Branchenverbände der Markt-, Meinungs- und Sozialforschung in Deutschland:

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

Inhaltlich ist die Stellungnahme – nach einer Darstellung der Grundprinzipien des berufsständischen Verhaltens in der Markt-, Meinungs- und Sozialforschung – auf die folgenden Artikel des vorliegenden Referentenentwurfs fokussiert, weil die darin

vorgesehenen Rechtsvorschriften sich unmittelbar auf die Praxis der empirischen Forschung auswirken (können):

- Artikel 10: Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes
- Artikel 14: Änderung des Bundesmeldegesetzes
- Artikel 134: Änderung des Telekommunikationsgesetzes

B. Die berufsständischen Verhaltensregeln¹

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**).

¹ ADM, ASI, BVM, DGOF (Hrsg.); 2017: Erklärung für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland zum ICC/ESOMAR Internationaler Kodex zur Markt-, Meinungs- und Sozialforschung sowie zur Datenanalytik („Deutsche Erklärung“)

C. Artikel 10: Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes²

Eine steigende Zahl wissenschaftlicher Untersuchungen der Markt-, Meinungs- und Sozialforschung wird länderübergreifend konzipiert und durchgeführt. Für diese Internationalisierung der empirischen Forschung ist ein europäischer Rechtsrahmen für den Datenschutz, wie er mit dem Wirksamwerden der Vorschriften der Datenschutz-Grundverordnung geschaffen wurde, von erheblicher forschungspraktischer Bedeutung.

Die Rechtsvorschriften der DSGVO sind in ihrer Gesamtheit als eine angemessene Rechtsgüterabwägung zwischen der Forschungsfreiheit einerseits und dem Persönlichkeitsschutz andererseits zu sehen. Mit der Inanspruchnahme nationaler Handlungsspielräume im Rahmen der durch die DSGVO erforderlichen Neufassung des Bundesdatenschutzgesetzes hat der deutsche Gesetzgeber die datenschutzrechtliche Privilegierung der empirischen Forschung an entscheidenden Stellen verbessert.

C.1. Artikel 9 Absatz 1 DSGVO und § 27 Absatz 1 BDSG

Der ADM hat die Entscheidung des deutschen Gesetzgebers begrüßt, den nationalen Handlungsspielraum gemäß Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe j) DSGVO in Anspruch zu nehmen und die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten für wissenschaftliche oder historische Forschungszwecke oder für statistische Zwecke durch die Rechtsvorschriften des § 27 Absatz 1 BDSG auch ohne Einwilligung grundsätzlich zu erlauben. Dieser Erlaubnisvorbehalt ist für die methodische Qualität der Durchführung wissenschaftlicher Untersuchungen in verschiedenen Bereichen der Markt-, Meinungs- und Sozialforschung, so beispielsweise und insbesondere im Bereich des gesundheitlichen Verhaltens oder der politischen Einstellungen, von entscheidender Bedeutung.

² Bundesdatenschutzgesetz vom 30. Juni 2017 (BGBl. I S. 2097)

C.2. Artikel 89 Absatz 2 DSGVO und § 27 Absatz 2 BDSG

Der ADM hat außerdem die Entscheidung des deutschen Gesetzgebers begrüßt, den nationalen Handlungsspielraum gemäß Artikel 89 Absatz 2 DSGVO in Anspruch zu nehmen. Durch die Vorschriften des § 27 Absatz 2 BDSG werden die in Artikel 15 (Auskunftsrecht der betroffenen Person), Artikel 16 (Recht auf Berichtigung), Artikel 18 (Recht auf Einschränkung der Verarbeitung) und Artikel 21 (Widerspruchsrecht) der DSGVO normierten Rechte der betroffenen Person insoweit beschränkt, als sie voraussichtlich die Erfüllung von Forschungs- oder Statistikzwecken unmöglich machen oder ernsthaft beeinträchtigen und die Beschränkung für die Erfüllung dieser Zwecke notwendig ist.

Die genannten Rechte der betroffenen Person sind in den berufsständischen Verhaltensregeln der Branchenverbände der Markt-, Meinungs- und Sozialforschung als Ausdruck der gesellschaftlichen Verantwortung der Branche kodifiziert (vgl. Abschnitt B). Schon deshalb kommt die Durchführung wissenschaftlicher Untersuchungen der Markt-, Meinungs- und Sozialforschung in den allermeisten Fällen ohne die oben genannten Einschränkungen der Rechte der betroffenen Personen aus. Gleichwohl ist die in § 27 Absatz 2 BDSG vorgenommene Abweichung von den Rechtsvorschriften der DSGVO zu begrüßen, weil sie in Ausnahmefällen – beispielsweise bei der Durchführung einer Studie zur methodischen Grundlagenforschung – als Rechtsgrundlage einer eventuellen Beschränkung der oben genannten Betroffenenrechte herangezogen werden kann.

C.3. Handlungsspielraum gemäß Artikel 8 Absatz 1 DSGVO

Einen für die Praxis der Markt-, Meinungs- und Sozialforschung relevanten nationalen Handlungsspielraum, den der deutsche Gesetzgeber bisher nicht genutzt hat, enthält Artikel 8 Absatz 1 DSGVO: Die an die Vollendung des sechzehnten Lebensjahres als Altersgrenze gebundene Rechtmäßigkeit der Einwilligung bezüglich des Angebots von Diensten der Informationsgesellschaft an ein Kind kann von den Mitgliedstaaten durch eine entsprechende Rechtsvorschrift an eine niedrigere

Altersgrenze gebunden werden. Dabei darf die Vollendung des dreizehnten Lebensjahres als Altersgrenze nicht unterschritten werden.

Die Zielgruppe zahlreicher Umfragen der Markt-, Meinungs- und Sozialforschung ist die Bevölkerung ab vierzehn Jahren (d.h. ab der Vollendung des dreizehnten Lebensjahres). Die berufsständischen Verhaltensregeln der Verbände der Markt-, Meinungs- und Sozialforschung in Deutschland³ erlauben ab dieser Altersgrenze eine Teilnahme an wissenschaftlichen Umfragen ohne eine entsprechende Einwilligung durch den Träger der elterlichen Verantwortung. Es besteht allgemeiner Konsens, dass für die datenschutzrechtliche Einwilligungsfähigkeit eines Kindes nicht die Geschäftsfähigkeit maßgeblich ist, sondern dessen Einsichtsfähigkeit. Letztere ist hinsichtlich der Teilnahme an einer Umfrage der Markt-, Meinungs- und Sozialforschung ab der Vollendung des dreizehnten Lebensjahres als maßgeblicher Altersgrenze grundsätzlich gegeben.

Die Durchführung einer Bevölkerungsumfrage, bei der die Erhebung der Forschungsdaten online erfolgt, ist als das Angebot eines Dienstes der Informationsgesellschaft zu verstehen, wenn man der notwendigen breiten Definition des Begriffs durch den Bundesgerichtshof⁴ folgt. Dies hat zur Folge, dass persönlich-mündlich oder telefonisch durchgeführte Umfragen – unter wissenschaftlich-methodischen Anforderungen an angemessene Bedingungen für die Stichprobenziehung – die Bevölkerung ab vierzehn Jahren als Zielgruppe haben können, online durchgeführte Umfragen dagegen erst ab siebzehn Jahren. Der ADM plädiert dafür, diese Diskrepanz durch die Inanspruchnahme des nationalen Handlungsspielraums der DSGVO und eine entsprechende Ergänzung in § 27 BDSG zu beseitigen. Der zusätzliche Absatz könnte wie folgt formuliert werden:

³ Vgl.: ADM, ASI, BVM, DGOF (Hrsg.); 2006: Richtlinie für die Befragung von Minderjährigen

⁴ Vgl.: Urteil des I. Zivilsenats vom 5.10.2017 – I ZR 117/16

(1a) Abweichend von Artikel 8 Absatz 1 der Verordnung (EU) 2016/679 ist bei einem Angebot von Diensten der Informationsgesellschaft zu wissenschaftlichen oder historischen Forschungszwecken oder statistischen Zwecken, das einem Kind direkt gemacht wird, die Verarbeitung der personenbezogenen Daten des Kindes zulässig, wenn das Kind das dreizehnte Lebensjahr vollendet hat. Hat das Kind das dreizehnte Lebensjahr noch nicht vollendet, ist die Verarbeitung nur zulässig, sofern und soweit eine Einwilligung durch den Träger der elterlichen Verantwortung für das Kind erteilt wird.

D. Artikel 14: Änderung des Bundesmeldegesetzes⁵

Für bevölkerungsrepräsentative Befragungen der empirischen Sozialforschung, deren Durchführung im öffentlichen Interesse liegt, sind Gruppenauskünfte aus den Melderegistern eine unverzichtbare Quelle für die Ziehung der Stichproben. Die entsprechende Rechtsgrundlage ist § 46 BMG. Der ADM sieht in den Vorschriften des § 46 BMG einen angemessenen Rechtsgüterausgleich zwischen dem Recht der privatwirtschaftlichen Markt- und Sozialforschungsinstitute und ihrer öffentlichen Auftraggeber auf Forschungsfreiheit einerseits und den von der Stichprobenziehung auf der Grundlage der Melderegister konkret betroffenen Personen andererseits.

Gleichwohl weist der ADM auf praktische Schwierigkeiten bei der Anwendung der BMGVwV⁶ im Zusammenhang mit der Durchführung wissenschaftlicher Untersuchungen hin:⁷ Insbesondere sollte die notwendige Feststellung des öffentlichen Interesses praxistauglicher und weniger zeitaufwändig erfolgen. Außerdem sollte von den kommunalen Meldebehörden eine Unbedenklichkeitsbescheinigung als

⁵ Bundesmeldegesetz vom 3. Mai 2013 (BGBl. I S. 1084), das zuletzt durch Artikel 11 Absatz 4 des Gesetzes vom 18. Juli 2017 (BGBl. I S. 2745) geändert worden ist

⁶ Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Durchführung des Bundesmeldegesetzes vom 28. Okt. 2015

⁷ Vgl.: ADM, ASI; 2016: Stellungnahme zu der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Durchführung des Bundesmeldegesetzes (BMGVwV) – Verfügbar unter www.adm-ev/stellungnahmen

Voraussetzung der Gruppenauskunft nicht mehr verlangt werden, da sie gemäß BMGVwV von den zuständigen Innenministerien der jeweiligen Bundesländer nicht mehr ausgestellt wird.

E. Artikel 134: Änderung des Telekommunikationsgesetzes⁸

Von den datenschutzrechtlichen Vorschriften des TKG war bzw. ist in erster Linie § 95 TKG für die Praxis der Markt-, Meinungs- und Sozialforschung relevant. Perspektivisch kommt darüber hinaus auch dem § 98 TKG eine besondere Bedeutung zu.

E.1. § 95 TKG: Nutzung elektronischer Kontaktinformationen

Der ADM begrüßt die durch die Kollisionsregel des Artikels 95 DSGVO erforderliche Neufassung von § 95 TKG. Die Anpassung des § 95 TKG an Artikel 13 der europäischen Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation und die damit verbundene Eingrenzung seiner Rechtsnormen auf Direktwerbung beseitigen die bisherige sachlich unzutreffende Regelung von Direktwerbung und Marktforschung in derselben Rechtsvorschrift. Folglich wird die Zulässigkeit der Verarbeitung der elektronischen Kontaktinformationen der Teilnehmer eines Diensteanbieters im Bereich der Telekommunikation für Zwecke der Marktforschung durch die Rechtsvorschriften der DSGVO geregelt.

Relevant sind diesbezüglich insbesondere die in Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe b) DSGVO normierte Zulässigkeit der Weiterverarbeitung personenbezogener Daten für u.a. wissenschaftliche Forschungszwecke sowie die in Artikel 6 Absatz 1 DSGVO normierte Rechtmäßigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten, wenn gemäß Buchstabe a) die betroffene Person ihre entsprechende Einwilligung gegeben hat oder gemäß Buchstabe f) die Verarbeitung zur Wahrung berechtigter Interessen (hier: Marktforschung) des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich ist, sofern nicht

⁸ Telekommunikationsgesetz vom 22. Juni 2004 (BGBl. I S. 1190), das zuletzt durch Artikel 10 Absatz 12 des Gesetzes vom 30. Oktober 2017 (BGBl. I S. 3618) geändert worden ist

die den Schutz personenbezogener Daten erfordernden Rechte oder Interessen der betroffenen Person überwiegen. Davon ist nicht auszugehen, wenn die Grundprinzipien des berufsständischen Verhaltens in der Markt-, Meinungs- und Sozialforschung (vgl. Abschnitt B) bei der Verarbeitung personenbezogener Daten beachtet werden.

E.2. § 98 TKG: Standortdaten

Die Stichproben für telefonische Umfragen müssen sowohl Festnetznummern als auch Mobilfunknummern enthalten, um dem wissenschaftlich-methodischen Kriterium einer repräsentativen Auswahl zu entsprechen. Im Gegensatz zu Festnetznummern mit ihren ortsabhängigen Vorwahlnummern erlauben Mobilfunknummern per se keine geografische Verortung der Nummern. Eine vergleichbare Möglichkeit der geografischen Verortung von Mobilfunknummern verbesserte aber signifikant die wissenschaftlich-methodische Qualität der Stichprobenziehung für telefonische Umfragen der Markt-, Meinungs- und Sozialforschung.

Der ADM bittet deshalb im weiteren Fortgang des Gesetzgebungsverfahrens zu prüfen, ob die Rechtsvorschriften des § 98 TKG zur Zulässigkeit der Verarbeitung von Standortdaten in einem zusätzlichen Absatz um einen Erlaubnisvorbehalt für deren Verarbeitung zu wissenschaftlichen Forschungszwecken unter Berücksichtigung geeigneter Maßnahmen für die den Schutz personenbezogener Daten erfordernden Rechte oder Interessen der betroffenen Person ergänzt werden können. Dieser Erlaubnisvorbehalt könnte wie folgt formuliert werden:

(1a) Standortdaten, die in Bezug auf die Nutzer von öffentlichen Telekommunikationsnetzen oder öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten verwendet werden, dürfen für wissenschaftliche Forschungszwecke verarbeitet werden, wenn geeignete Maßnahmen für die den Schutz personenbezogener Daten erfordernden Rechte oder Interessen der betroffenen Person getroffen werden.

Dieses Petitum greift im Übrigen die in dem (geänderten) Vorschlag (des Europäischen Rates) für eine Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation⁹ in Artikel 6 vorgesehene Erlaubnisnorm der Verarbeitung elektronischer Kommunikationsmetadaten für u.a. wissenschaftliche Forschungszwecke auf.

F. Zusammenfassung

Der ADM bittet im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zum Zweiten Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 die beiden folgenden Petita zu prüfen und gegebenenfalls zu berücksichtigen:

Petitum 1: Die Rechtsvorschriften des § 27 BDSG sollten dahingehend modifiziert werden, dass eine Verarbeitung der personenbezogenen Daten eines Kindes zu wissenschaftlichen Forschungszwecken ab der Vollendung des dreizehnten Lebensjahres ohne Einwilligung des Trägers der elterlichen Verantwortung zulässig ist.

Petitum 2: Die Rechtsvorschriften des § 98 TKG sollten durch eine Erlaubnisnorm für die Verarbeitung von Standortdaten zu wissenschaftlichen Forschungszwecken ergänzt werden, wenn dabei die den Schutz personenbezogener Daten erfordernden Rechte oder Interessen der betroffenen Person berücksichtigt werden.

Berlin, den 13. Juli 2018

⁹ Europäische Kommission, 10.1.2017: Vorschlag 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)