

In Kooperation mit:  
bitkom e.V.  
BvD e.V.  
davit im DAV  
eco e.V.  
VPRT e.V.

# ZD

## ZEITSCHRIFT FÜR DATENSCHUTZ

Herausgeber: RA Prof. Dr. Jochen Schneider · Prof. Dr. Thomas Hoeren · Prof. Dr. Martin Selmayr · RA Dr. Axel Spies · RA Tim Wybitul

GERRIT HORNING/KAI HOFMANN

**Die Auswirkungen der  
europäischen Datenschutzreform  
auf die Markt- und Meinungsforschung**



ADM Arbeitskreis Deutscher Markt-  
und Sozialforschungsinstitute e.V.

[www.zd-beck.de](http://www.zd-beck.de)

Seiten 1–16  
7. Jahrgang 3. April 2017  
Verlag C.H.BECK München

ZD-Beilage

**4/2017**



0830201704

# Inhaltsverzeichnis

<b>1. Einleitung</b> .....	1		
<b>2. Grundlagen</b> .....	1		
2.1 Markt- und Meinungsforschung als datenintensiver Wirtschaftszweig .....	1		
2.2 Bisherige Rechtslage .....	1		
2.3 Grundstrukturen und Grundprinzipien der Datenschutz-Grundverordnung .....	2		
2.4 Markt- und Meinungsforschung im System der Rechtsgrundlagen der Datenschutz-Grundverordnung .....	2		
<b>3. Die Zulässigkeit der Datenverarbeitung nach europäischem Recht</b> .....	3		
3.1 Markt- und Meinungsforschung als „wissenschaftlicher Forschungszweck“ .....	3		
3.1.1 Anhaltspunkte in der Datenschutz-Grundverordnung .....	4		
3.1.2 Engerer Forschungsbegriff im Bundesdatenschutzgesetz und seine Begründung .....	4		
3.1.3 Zwischenergebnis: weiter Forschungsbegriff in der DS-GVO .....	4		
3.2 Zulässigkeit der originären Datenverarbeitung: Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO .....	5		
3.2.1 Grundüberlegungen .....	5		
3.2.1.1 Seite der Verantwortlichen .....	5		
3.2.1.2 Seite des Betroffenen .....	6		
3.2.1.3 Allgemeine Abwägungskriterien im geltenden Recht .....	6		
3.2.2 Spezifische Abwägungskriterien für die Markt- und Meinungsforschung .....	6		
3.2.2.1 Geringe Belästigungswirkung bei gleichzeitig starkem Interesse der Institute .....	6		
3.2.2.2 Berufsgrundsätze und Landesregeln .....	6		
3.2.2.3 Problemfall Kundenzufriedenheit: Abgrenzung zur Werbung .....	7		
3.3 Weitere Zulässigkeitstatbestände .....	7		
3.3.1 Zulässigkeit der Sekundärnutzung von Daten: Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO .....	7		
3.3.2 Zulässigkeit der Datenverarbeitung aufgrund einer Einwilligung: Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. a DS-GVO .....	8		
3.4 Zwischenergebnis .....	8		
<b>4. Inhaltliche Vorgaben für die Markt- und Meinungsforschung</b> .....	9		
4.1 Zweckbindung .....	9		
4.2 Pseudonymisierung und Anonymisierung .....	10		
<b>5. Mitgliedstaatliche Regelungen</b> .....	11		
5.1 Regelungsbefugnisse aufgrund Bezügen zu anderen Rechtsgebieten .....	11		
5.2 Öffnungsklauseln der Datenschutz-Grundverordnung .....	11		
5.2.1 Öffnungsklauseln für Zwecke der Wissenschaft .....	11		
5.2.1.1 Art. 89 DS-GVO .....	11		
5.2.1.2 Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO .....	12		
5.2.1.3 Art. 85 DS-GVO .....	12		
5.2.2 Regelungen zur Zweckänderung .....	13		
5.3 Regelungslücken und Konkretisierungskompetenzen .....	13		
5.4 Zwischenergebnis .....	14		
<b>6. Selbstregulierung</b> .....	14		
<b>7. Fazit</b> .....	14		
<b>Literatur</b> .....	15		

GERRIT HORNUNG/KAI HOFMANN

# Die Auswirkungen der europäischen Datenschutzreform auf die Markt- und Meinungsforschung

## 1. Einleitung

Das Datenschutzrecht in Europa steht vor einem Umbruch. Nach mehr als vierjährigen Verhandlungen<sup>1</sup> wurde die europäische Datenschutz-Grundverordnung EU 2016/679 (DS-GVO) am 27.4.2016 verabschiedet.<sup>2</sup> Sie trat nach Art. 99 Abs. 1 DS-GVO am 25.5.2016 in Kraft, gilt aber gemäß Art. 99 Abs. 2 DS-GVO erst ab dem 25.5.2018. Es besteht also eine Übergangsfrist von zwei Jahren.

Auch wenn die Verordnung praktisch alle Grundprinzipien des Datenschutzrechts beibehält, finden sich in ihr viele Fortentwicklungen dieser Prinzipien und in ihren Konkretisierungen viele neue Anforderungen, Regelungsinstrumente, Aufsichtsstrukturen und Durchsetzungsmechanismen. Praktisch jede datenverarbeitende Branche steht deshalb vor dem Problem, was die neuen Rechtsgrundlagen für sie bedeuten: Gilt es, neue materiell-rechtliche Anforderungen zu beachten? Können bisherige Prozesse und Verfahren für den Datenumgang beibehalten oder müssen diese modifiziert werden? Sind mit den Aufsichtsbehörden neue Formen der Zusammenarbeit zu vereinbaren, und treten gegebenenfalls ganz neue Akteure auf den Plan?

Das folgende Gutachten geht diesen Fragen für die Markt- und Meinungsforschung nach. Bei dieser handelt es sich um ein prototypisches Beispiel für eine Branche, die bislang in Deutschland im Datenschutzrecht relativ spezifisch reguliert wird (insbesondere durch § 30a BDSG), für die sich jedoch keine Spezialregelungen in der Datenschutz-Grundverordnung finden. Dies führt potentiell zu erheblicher Rechtsunsicherheit, weil die einschlägi-

gen Zulässigkeitstatbestände der Verordnung als offene Generalklauseln formuliert sind, die einer Konkretisierung bedürfen.

## 2. Grundlagen

### 2.1 Markt- und Meinungsforschung als datenintensiver Wirtschaftszweig

Markt- und Meinungsforschung liefert in modernen Gesellschaften wichtige empirische Grundlagen für Entscheidungen in verschiedenen Gesellschaftsbereichen. Sie befasst sich dementsprechend mit einer großen Bandbreite von Themen, beispielsweise der demographischen Entwicklung, sozialen Mobilität, Konsumgewohnheiten oder Mediennutzung.<sup>3</sup> Nicht in allen, wohl aber in sehr vielen Fällen ist es für diese Zwecke erforderlich, objektive Gewohnheiten oder subjektive Einstellungen natürlicher Personen zu erfassen. Obwohl es also das Ziel der Markt- und Meinungsforschung ist, verallgemeinerungsfähige Aussagen zu treffen, muss sie hierfür einzelne Personen unmittelbar ansprechen und deren personenbezogene Daten erheben und verarbeiten. Nachträgliche Maßnahmen der Anonymisierung und Pseudonymisierung können vielfach zur Abmilderung der damit verbundenen datenschutzrechtlichen Probleme beitragen, sie aber nicht vollständig beseitigen, weil bereits mit der (noch) personenbezogenen Erhebung das Datenschutzrecht anwendbar wird.

Geht Markt- und Meinungsforschung wirtschaftlichen Fragen zu Unternehmen oder spezifischen Produkten nach, kann sie in eine problematische Nähe zur Direktwerbung geraten.<sup>4</sup> Dies führt zu komplexen Fragen des Zusammenspiels aus Datenschutz-, Wettbewerbs- und Verbraucherschutzrecht,<sup>5</sup> die hinsichtlich der datenschutzrechtlichen Seite durch die aktuelle Reform ebenfalls tangiert werden.

### 2.2 Bisherige Rechtslage

Die Zulässigkeit des Datenumgangs für Zwecke der Markt- und Meinungsforschung richtet sich bisher nach der Spezialnorm des § 30a BDSG.<sup>6</sup> Der geschäftsmäßige Umgang mit personenbezogenen Daten zu Zwecken der Markt- und Meinungsforschung richtet sich gemäß § 30a Abs. 1 BDSG nach einer Abwägung mit den Interessen des Betroffenen. Die Norm hat zwei Zulässigkeitsvarianten: Die Daten dürfen erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn kein Grund zu der Annahme besteht,

<sup>1</sup> Zu den wesentlichen Diskussionspunkten s. z.B. *Hornung* 2013.

<sup>2</sup> Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung – DS-GVO), ABl. EU Nr. L 199 v. 4.5.2016, S. 1; abrufbar unter [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=OJ:JOL\\_2016\\_119\\_R\\_0001](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=OJ:JOL_2016_119_R_0001).

<sup>3</sup> S. z.B. *Pflüger*, RDV 2010, S. 101; *Schnell et al.* 2011, S. 1; s. aus rechtlicher Sicht auch näher *Hornung/Hofmann*, WRP 2014, S. 776-785.

<sup>4</sup> *Hornung/Hofmann*, WRP 2014, S. 776 m.w.N.

<sup>5</sup> S. *Hornung/Hofmann*, WRP 2014, S. 776-785; *dies.*, WRP 2014, S. 910-919.

<sup>6</sup> Monographische Literatur zu der Norm ist nach wie vor nicht verfügbar; s. zum Inhalt näher die Kommentierungen von *Ehmann*, in: *Simitis* 2014, § 30a BDSG; *Forgó*, in: *BeckOK BDSG*, § 30a BDSG; *Kamlah*, in: *Plath* 2013, § 30a BDSG; *Kramer*, in: *Auernhammer* 2014, § 30a BDSG; *Munz*, in: *Taeger/Gabel* 2013, § 30a BDSG; *Weichert*, in: *Däubler et al.* 2016, § 30a BDSG.

dass der Betroffene ein schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung hat (§ 30a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG)<sup>7</sup> oder wenn die Daten aus allgemein zugänglichen Quellen entnommen werden können oder die verantwortliche Stelle sie veröffentlichen dürfte und das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung gegenüber dem Interesse der verantwortlichen Stelle nicht offensichtlich überwiegt (Nr. 2).

Hinzu kommen eine weitgehende Zweckbindung auf das konkrete Forschungsvorhaben gemäß § 30a Abs. 2 BDSG sowie nach § 30a Abs. 3 BDSG die Pflicht zur getrennten Speicherung der personenbezogenen Merkmale und die Vorgabe der nach dem Forschungszweck frühestmöglichen Anonymisierung. Damit unterscheiden sich die Zulässigkeitsvoraussetzungen wesentlich von denen der Direktwerbung, die gemäß § 29 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 28 Abs. 3 Satz 1 BDSG (mit Ausnahme des sog. Listenprivilegs) grundsätzlich nur mit der Einwilligung des Betroffenen zulässig ist. Direktwerbung wird auch im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb schärfer reguliert. Werbung mit einem Telefonanruf – und folglich auch die damit verbundene Nutzung der Telefonnummer des Betroffenen – ist gegenüber Verbrauchern gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 UWG ohne ausdrückliche Einwilligung sogar ausnahmslos unzulässig.

Wegen dieser Unterschiede ist im bisherigen Recht die entscheidende Weichenstellung für die Zulässigkeit der Markt- und Meinungsforschung deren Abgrenzung von Werbung.<sup>8</sup>

### 2.3 Grundstrukturen und Grundprinzipien der Datenschutz-Grundverordnung

Die Grundsätze des Datenschutzes, wie sie die Datenschutz-Richtlinie 95/46/EG (DSRL) und das Bundesdatenschutzgesetz formulieren, gelten auch in der Datenschutz-Grundverordnung weitgehend unverändert fort. Die Verarbeitung personenbezogener Daten unterliegt weiterhin dem sog. Verbotsprinzip (Art. 6 Abs. 1 DS-GVO), ist also stets rechtfertigungsbedürftig. Auch die Grundsätze der Zweckbindung (Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO) und Erforderlichkeit (Art. 5 Abs. 1 lit. c DS-GVO; nunmehr „Datenminimierung“ genannt) gelten im Grundsatz fort. Daneben wurden die wichtigen Definitionen des personenbezogenen Datums (Art. 4 Nr. 1 DS-GVO) und der Verarbeitung (Art. 4 Nr. 2 DS-GVO) der Sache nach unverändert aus Art. 2 lit. a und b DSRL übernommen.

Die Datenschutz-Grundverordnung enthält dennoch eine Reihe wesentlicher Änderungen und Neuerungen gegenüber der Datenschutz-Richtlinie,<sup>9</sup> von denen für die Markt- und Meinungsforschung vor allem folgende wesentlich sind:

- Der Datenschutz soll künftig auch durch eine entsprechende Technikgestaltung gewährleistet werden. Die verantwortlichen Stellen werden in Art. 25 Abs. 1 DS-GVO verpflichtet, geeignete technische und organisatorische Maßnahmen zu treffen, um die Datenschutzgrundsätze wirksam umzusetzen und die Rechtmäßigkeit der Verordnung sicherzustellen.
- Die Transparenzpflichten und die Betroffenenrechte werden ausgeweitet und detailliert.
- Branchenverbände können gemäß Art. 40, 41 DS-GVO Verhaltensregeln ausarbeiten und den Aufsichtsbehörden zur Genehmigung vorlegen, mit denen die Anwendung der Verordnung präzisiert wird. Im Gegensatz zur bestehenden Regelung in § 38a BDSG werden Verhaltensregelungen an verschiedenen Stellen in der Datenschutz-Grundverordnung gesetzlich privilegiert (s.u. 6).<sup>10</sup>
- Es wird ein europaweites Zertifizierungsverfahren eingeführt, durch das verantwortliche Stellen und Auftragsverarbeiter nachweisen können, die Verordnung einzuhalten.
- Die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden für grenzüberschreitende Datenverarbeitung innerhalb der EU wird vereinfacht.

- Die Bußgeldbeträge werden stark erhöht und können nun bis zu 20 Millionen Euro oder bis zu 4% des gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes eines Unternehmens betragen.

Aus spezifisch deutscher Perspektive bringt die Datenschutz-Grundverordnung überdies eine erhebliche Verschiebung des Bestimmtheitsgrads mit sich. Während der deutsche Gesetzgeber in Umsetzung und Ausfüllung der europäischen Datenschutz-Richtlinie teilweise sehr spezifische Regelungen erlassen hat (etwa in §§ 6b, 6c, 28, 28a, 28b, 29, 30, 30a BDSG sowie in vielen Spezialgesetzen wie §§ 11 bis 15 TMG), enthält die Datenschutz-Grundverordnung nur relativ wenige und generische materielle Anforderungen an den Datenumgang. Daraus resultiert das Problem der Konkretisierungskompetenz: Dürfen nationale Gesetzgeber Konkretisierungen vornehmen, oder bleiben diese der gerichtlichen, behördlichen und/oder unternehmerischen Praxis überlassen? Hierfür enthält die Verordnung eine Reihe von Öffnungsklauseln, deren Reichweiten aber in Teilen umstritten sind.

### 2.4 Markt- und Meinungsforschung im System der Rechtsgrundlagen der Datenschutz-Grundverordnung

Unter Berücksichtigung dieser Grundstrukturen stellen sich die Zulässigkeitsfragen der Datenverarbeitung zu Zwecken der Markt- und Meinungsforschung nach der Datenschutz-Grundverordnung wie folgt dar:

- Im Rahmen der allgemeinen Zulässigkeitstatbestände des Art. 6 Abs. 1 DS-GVO ist für die von privaten Forschungsinstituten durchgeführten Vorhaben der Markt- und Meinungsforschung die Generalklausel in Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO einschlägig, der zufolge sich die Zulässigkeit aus einer Interessenabwägung zwischen dem Verantwortlichen und dem Betroffenen ergibt (s.u. 3.2). Darüber hinaus kann die Verarbeitung gemäß Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. a DS-GVO auf die Einwilligung des Betroffenen gestützt werden.
- Die zweite Möglichkeit der Legitimierung der Datenverarbeitung besteht in der „Sekundärnutzung“ von Daten, die ursprünglich zu anderen Zwecken erhoben wurden. Voraussetzung ist, dass die Markt- und Meinungsforschung als „wissenschaftliche Forschung“ im Sinne der Datenschutz-Grundverordnung zu verstehen ist. Für derartige Forschungsvorhaben enthält Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO nämlich eine Ausnahme vom ansonsten strikt geltenden Grundsatz der Zweckbindung, wenn der Verantwortliche die weiteren Anforderungen von Art. 89 Abs. 1 DS-GVO erfüllt.
- Für wissenschaftliche Forschungszwecke enthält die Datenschutz-Grundverordnung noch weitere Sondertatbestände, die sich allerdings nicht auf die grundsätzliche Zulässigkeit beziehen.<sup>11</sup> Diese sind: Ausnahmen vom grundsätzlichen Erfordernis der Datenlöschung nach Zweckerreichung (Art. 5 Abs. 1 lit. e DS-GVO) und Ausnahmen von den Informationspflichten und Betroffenenrechten (Art. 14 Abs. 5 lit. b und Art. 17 Abs. 3 DS-GVO).<sup>12</sup>

<sup>7</sup> Um zu ermitteln, ob das Interesse schutzwürdig ist, muss wie nach Nr. 2 eine Abwägung vorgenommen werden, s. zu der vergleichbaren Regelung in § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG unten 3.2.1.3.

<sup>8</sup> Hornung/Hofmann, WRP 2014, S. 910-919 m.w.N. auch zur Rechtsprechung; zur Problematik im künftigen Recht s.u. 3.2.2.3.

<sup>9</sup> Hierzu im Überblick näher z.B. Albrecht, CR 2016, S. 88-98; s. ferner Laue/Nink/Kremer 2016; Albrecht/Jotzo 2017 sowie die Beiträge in Roßnagel 2017.

<sup>10</sup> Kritisch zu der bisher fehlenden Privilegierung Petri, in: Simitis 2014, § 38a BDSG, Rn. 8.

<sup>11</sup> S.a. EG 50, 62, 65, 156, 157, 159, 162. Zu weiteren Besonderheiten der wissenschaftlichen Forschung, die zu keiner Sonderregelung geführt haben, s. EG 26, 33, 113.

<sup>12</sup> S.a. EG 62, 65.

■ Quasi als Kompensation für die erleichterte Zulässigkeit enthält die Datenschutz-Grundverordnung Vorgaben zum Schutz der Betroffenen. Diese haben gemäß Art. 21 Abs. 6 DS-GVO die Möglichkeit, Widerspruch gegen die Verarbeitung zu wissenschaftlichen Forschungszwecken einzulegen. Außerdem verlangt Art. 89 Abs. 1 DS-GVO „geeignete Garantien für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Person“, wenn Daten zu diesen Zwecken verarbeitet werden (s.u. 4.).

■ Neben diesen Normen der Datenschutz-Grundverordnung können auch Bestimmungen des nationalen Rechts einschlägig sein, sofern nach Verabschiedung der Verordnung noch Raum für diese ist (s.u. 5.). Dies betrifft nicht nur das Datenschutzrecht im eigentlichen Sinne (§ 30a BDSG), sondern auch angrenzende Bereiche wie § 7 UWG. Derartige Normen müssen sich künftig entweder auf andere Bestimmungen des Europarechts, auf allgemeine Öffnungsklauseln der Datenschutz-Grundverordnung oder auf spezielle Öffnungsklauseln für wissenschaftliche Forschungszwecke stützen. Letzteres betrifft Art. 89 Abs. 2 DS-GVO für Betroffenenrechte und Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO für die wissenschaftliche Forschung mit besonderen Kategorien personenbezogener Daten nach Art. 9 Abs. 1 DS-GVO (in der Praxis vor allem Gesundheitsdaten).<sup>13</sup>

Das Verhältnis dieser Rechtsgrundlagen wird zunächst durch den Anwendungsvorrang europäischen Rechts<sup>14</sup> und erst danach – horizontal, das heißt innerhalb der jeweiligen Regelungsebene – durch den Spezialitätsgrundsatz bestimmt. Mit anderen Worten verdrängen grundsätzlich auch allgemeine, unspezifische europäische Regeln wie Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO nationale Spezialnormen wie § 30a BDSG.

Hierfür muss die jeweilige europäische Norm erstens unmittelbar anwendbar sein, also eine klare und unbedingte Verpflichtung

begründen, die keiner weiteren Maßnahme der Unionsorgane oder Mitgliedstaaten bedarf und deshalb von staatlichen Behörden und Gerichten angewendet werden kann.<sup>15</sup> Ungeachtet des allgemeinen Charakters einer Verordnung als unmittelbar geltendes Recht (Art. 288 Abs. 2 Satz 2 AEUV) müssen die Voraussetzungen der unmittelbaren Anwendbarkeit für jede ihrer Bestimmungen einzeln geprüft werden,<sup>16</sup> weil es auch unvollständige Verordnungen gibt, die der Ausfüllung durch Unions- oder nationales Recht bedürfen. Bei der weit überwiegenen Anzahl der Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung bestehen nach diesem Maßstab an der unmittelbaren Anwendbarkeit keine Zweifel. Das gilt auch für die meisten Öffnungsklauseln, weil diese den Mitgliedstaaten in aller Regel lediglich Abweichungen und Spezifizierungen erlauben, sie aber nicht einfordern.<sup>17</sup> Eine echte Notwendigkeit für Durchführungsmaßnahmen besteht nur hinsichtlich der wenigen in der Datenschutz-Grundverordnung enthaltenen Regelungsaufträge an die Mitgliedstaaten.<sup>18</sup>

Zweitens muss die EU mit der jeweiligen Norm von ihrer – geteilten – Kompetenz im Bereich des Datenschutzes<sup>19</sup> abschließend Gebrauch gemacht haben. Sofern und soweit die Union ihre Zuständigkeit nicht ausgeübt hat, nehmen gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 2 AEUV die Mitgliedstaaten ihre Zuständigkeit wahr. Die genaue Sperrwirkung und damit die Restkompetenz bestimmen sich nach dem Sekundärrecht.<sup>20</sup> Durch Öffnungsklauseln (s.u. 5.1) werden die Mitgliedstaaten ausdrücklich zum Erlass von Durchführungsmaßnahmen ermächtigt, weshalb die hiervon gedeckten – ggf. auch schon bestehenden<sup>21</sup> – mitgliedstaatlichen Regelungen vom Anwendungsvorrang des europäischen Rechts ausgenommen sind.<sup>22</sup> Abgesehen davon können die Mitgliedstaaten in Bereichen, die nicht abschließend geregelt werden, weiterhin tätig werden, auch ohne hierzu ausdrücklich ermächtigt worden zu sein (s.u. 5.3).<sup>23</sup>

### 3. Die Zulässigkeit der Datenverarbeitung nach europäischem Recht

Nach dem Vorstehenden ist die Einordnung der Markt- und Meinungsforschung als wissenschaftliche Forschung im Sinne der Datenschutz-Grundverordnung zwar keine alles entscheidende, aber doch eine wesentliche Frage für die datenschutzrechtliche Bewertung. Wichtige Privilegierungen und die Zulässigkeit der Sekundärnutzung anderweitig erhobener Daten (Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO) sind davon abhängig. Zwar gibt es die Möglichkeit, die Datenverarbeitung auch ansonsten zu legitimieren, nämlich durch eine Einwilligung und durch die Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO. Trotz der formellen Lockerung (Verzicht auf das Schriftformerfordernis) wird die Einwilligung aber weiterhin nicht alle Anwendungsfälle der Markt- und Meinungsforschung abdecken können. Und auch für die Abwägung nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO ist die Einordnung als wissenschaftliche Forschung von Bedeutung. Da der europäische Gesetzgeber diese Form der Datenverarbeitung nämlich an vielen Stellen privilegiert hat, lässt sich eine Wertentscheidung ableiten, die auch bei der grundsätzlichen Abwägung von Bedeutung ist.

Im Folgenden wird deshalb zunächst die Einordnung als wissenschaftliche Forschung behandelt. Sodann geht es um die einzelnen Zulässigkeitstatbestände.

#### 3.1 Markt- und Meinungsforschung als „wissenschaftlicher Forschungszweck“

Der Begriff der wissenschaftlichen Forschung wird weder in der Datenschutz-Grundverordnung noch in der Datenschutz-Richtlinie definiert, aus der teilweise bereichsspezifische Regelungen zu Forschungszwecken übernommen wurden.<sup>24</sup>

**13** Art. 9 Abs. 1 DS-GVO umfasst Daten, aus denen die „rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen“, sowie „genetischen Daten, biometrischen Daten zur eindeutigen Identifizierung einer natürlichen Person, Gesundheitsdaten oder Daten zum Sexualleben oder der sexuellen Orientierung“; s.a. EG 52, 53.

**14** EuGH, ECLI:EU:C:1964:66 – *Costa/ENEL*. Eine europäische Norm kann deutsche Gesetze zwar nicht außer Kraft setzen, ist aber von wenigen Ausnahmen abgesehen vorrangig anzuwenden, s. BVerfGE 73, S. 339, 375; BVerfGE 123, S. 267, 398; BVerfGE 126, S. 286, 301 f.

**15** Zur Verordnung *Schroeder*, in: Streinz 2012, Art. 288 AEUV, S. 60; allgemein EuGH, ECLI:EU:C:1966:34, S. 266 – *Lütticke*.

**16** EuGH, ECLI:EU:C:1971:122, Rn. 9 – *Politi/Ministero delle finanze*; EuGH, ECLI:EU:C:1979:216, Rn. 34 – *Eridania*; *Schroeder*, in: Streinz 2012, Art. 288 AEUV, Rn. 60.

**17** Ein typisches Beispiel sind die Altersgrenze für die Einwilligung eines Kindes in Art. 8 Abs. 1 (Abweichung) und der Beschäftigtendatenschutz in Art. 88 DS-GVO (Spezifizierung). Beide Male enthält die Datenschutz-Grundverordnung eine unbedingte – wenn auch im Beschäftigungskontext mit Art. 6 DS-GVO eine sehr allgemeine – Bestimmung, bezüglich derer die Mitgliedstaaten handeln können, aber nicht müssen.

**18** Das betrifft vor allem Art. 42 Abs. 1 Satz 1, Art. 59 Satz 2, Art. 84 Abs. 1 und Art. 85 DS-GVO.

**19** *Roßnagel*, Ausschuss-Drs. 18(24)94, S. 5; eine Kompetenz, die – wie der Datenschutz in Art. 16 Abs. 2 AEUV – nicht zu ausschließlichen Zuständigkeiten gemäß Art. 3 AEUV zählt, ist gemäß Art. 4 Abs. 1 AEUV den geteilten Zuständigkeiten nach Art. 2 Abs. 2 AEUV zuzuordnen.

**20** Vgl. Protokoll (Nr. 25) über die Ausübung der geteilten Zuständigkeiten (ABl. 2010 C 83/307); *Streinz*, in: *ders.* 2012, Art. 2 AEUV, S. 8.

**21** *Nettesheim*, in: *Grabitz et al.* 2016, Lfg. 58, Art. 288 AEUV, S. 101.

**22** EuGH, ECLI:EU:C:1992:430, Rn. 13 – *Teulie/Cave coopérative “Les Vignerons de Puissalicon”*; *Nettesheim*, in: *Grabitz et al.* 2016, Lfg. 58, Art. 288 AEUV, Rn. 101; *Schroeder*, in: *Streinz* 2012, Art. 288 AEUV, Rn. 61.

**23** EuGH, ECLI:EU:C:1984:101, Rn. 13 ff. – *Prantl*; *Schroeder*, in: *Streinz* 2012, Art. 288 AEUV, Rn. 61; *Roßnagel*, Ausschuss-Drs. 18(24)94.

**24** Allerdings mit Abweichungen: Nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. b DSRL ist die Weiterverarbeitung zu wissenschaftlichen Zwecken „im allgemeinen“ (dieser Zusatz fehlt in Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO) nicht als unvereinbar mit den Zwecken der vorausgegangenen Datenerhebung anzusehen. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. e DSRL gibt allgemein geeignete Garantien für die längere Speicherdauer vor, spezifiziert sie aber nicht. S. ferner Art. 11 Abs. 2 DSRL und Art. 14 Abs. 5 lit. b DS-GVO sowie Art. 13 Abs. 2 DSRL und Art. 89 Abs. 2 DS-GVO.

### 3.1.1 Anhaltspunkte in der Datenschutz-Grundverordnung

Laut Erwägungsgrund (EG) 159 soll der Begriff weit ausgelegt werden und „die Verarbeitung für beispielsweise die technologische Entwicklung und die Demonstration, die Grundlagenforschung, die angewandte Forschung und die privat finanzierte Forschung einschließen“. <sup>25</sup> Dies deckt sich sowohl mit dem Begriffsverständnis in Art. 179 Abs. 1 AEUV <sup>26</sup> als auch mit der Auslegung der Forschungsfreiheit in Art. 13 Satz 1 EUGRCharta. <sup>27</sup> EG 159 nimmt darüber hinaus direkt Bezug: Wissenschaftliche Forschung nach der Datenschutz-Grundverordnung solle dem in Art. 179 Abs. 1 AEUV festgeschriebenen Ziel „Rechnung tragen“, einen europäischen Raum der Forschung zu schaffen.

Hierin liegt zwar keine Vorgabe, den Begriff exakt so auszulegen wie in Art. 179 Abs. 1 AEUV. Mit Blick auf die unterschiedlichen Zielrichtungen (Art. 179 AEUV dient neben der Forschung maßgeblich der Förderung von Wettbewerbsfähigkeit und Innovation, während die Regelungen zur Forschung in der Datenschutz-Grundverordnung den Ausgleich mit Persönlichkeitsrechten bezwecken) sollten zumindest nicht alle Auslegungen von Art. 179 Abs. 1 AEUV unesehen übernommen werden. <sup>28</sup> Dennoch ist eindeutig, dass der europarechtliche Forschungsbegriff weder auf bestimmte Institutionen (etwa Universitäten), noch auf bestimmte Forschungsziele oder Auftraggeber beschränkt werden kann. Einziges Merkmal ist damit das allgemeine Verständnis der Forschung als „Tätigkeit mit dem Ziel, in methodischer, systematischer und nachprüfbarer Weise neue Erkenntnisse zu gewinnen.“ <sup>29</sup>

Im Ausgangspunkt spricht deshalb viel dafür, auch Vorhaben der Markt- und Meinungsforschung als angewandte Forschung dem Forschungsbegriff der Datenschutz-Grundverordnung zu unterstellen <sup>30</sup> – vorausgesetzt, sie werden nach den anerkannten wissenschaftlichen Methoden der empirischen Sozialforschung durchgeführt. Die bereichsspezifischen Regelungen wären demnach anwendbar, und zwar unabhängig davon, in welcher Rechtsform das durchführende Institut organisiert ist, ob das Vorhaben aus eigenem Antrieb oder aufgrund eines Auftrags durchgeführt wird, oder von wem dieser Auftrag stammt.

### 3.1.2 Engerer Forschungsbegriff im Bundesdatenschutzgesetz und seine Begründung

Dieses Ergebnis weicht zumindest teilweise von der aktuellen deutschen Rechtslage ab. Die Ausnahme von der Zweckbindung bei der Weiterverarbeitung zu wissenschaftlichen Zwecken (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. b DSRL, künftig Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO) wird in § 28 Abs. 2 Nr. 3 BDSG und § 40 BDSG nämlich so umgesetzt, dass sie nur für „Forschungseinrichtungen“ gilt, zu denen Markt- und Meinungsforschungsinstitute nach h.M. gerade nicht zählen. <sup>31</sup> In § 33 Abs. 2 BDSG differenziert das Gesetz sogar explizit zwischen wissenschaftlicher Forschung (Nr. 5) und Markt- und Meinungsforschung (Nr. 9).

In anderen Regelungen enthält das Gesetz weitere Privilegierungen der wissenschaftlichen Forschung, ohne eine Einschränkung auf Forschungseinrichtungen vorzunehmen (§ 4a Abs. 2, § 13 Abs. 2 Nr. 8, § 14 Abs. 2 Nr. 9, Abs. 5, § 28 Abs. 6 Nr. 4 BDSG). Soweit dieser Unterschied in der Literatur überhaupt thematisiert wird, <sup>32</sup> wird dies auch durchaus konzediert <sup>33</sup> – sodann aber vielfach der Begriff der wissenschaftlichen Forschung so verengt, dass weite Teile der Markt- und Meinungsforschung doch nicht erfasst sind. <sup>34</sup>

Die besondere Betonung der Unabhängigkeit der forschenden Institution und die Abgrenzung von kommerziellen Auftraggebern dürfte dem Risiko geschuldet sein, dass unternehmensstrategische Tätigkeiten als Forschung verbrämt werden und das wirtschaftliche Interesse an den dafür verwendeten personen-

bezogenen Daten die Gefahr von Zweckentfremdungen mit sich bringt. Dementsprechend wird in der deutschen Diskussion von keiner Seite in Abrede gestellt, dass Markt- und Meinungsforschung (von einzelnen „schwarzen Schafen“ abgesehen) nach wissenschaftlichen Methoden betrieben wird. <sup>35</sup> Stattdessen wird die Unterscheidung (neben systematischen Argumenten) in der Literatur <sup>36</sup> und der Rechtsprechung <sup>37</sup> vor allem auf die Ausrichtung der Markt- und Meinungsforschungsvorhaben auf die kommerziellen Interessen der (potentiellen) Auftraggeber gestützt.

### 3.1.3 Zwischenergebnis: weiter Forschungsbegriff in der DS-GVO

Dem lässt sich schon für das geltende Recht entgegengehalten, dass der grundgesetzliche und der europarechtliche Forschungsbegriff auch die Auftragsforschung erfassen. <sup>38</sup> Entscheidend ist demnach nicht, welcher Motivation das wissen-

<sup>25</sup> Näher *Johannes*, in: Roßnagel 2017, S. 234 ff. m.w.N.

<sup>26</sup> Dazu *Eikenberg*, in: Grabitz et al. 2016, Lfg. 58, Art. 179 AEUV, Rn. 68; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert 2016, Art. 179 AEUV, Rn. 1. Als Empfänger der Forschungsförderung nach Art. 179 Abs. 2 AEUV werden neben Hochschulen und Forschungszentren ausdrücklich auch Unternehmen genannt.

<sup>27</sup> *Bernsdorff*, in: Meyer 2014, Art. 13 EUGRCharta, Rn. 15; *Jarass* 2013, Art. 13 EUGRCharta, Rn. 6.

<sup>28</sup> So dürfte es für die Datenschutz-Grundverordnung zu weitgehend sein, als Adressaten „alle natürlichen oder juristischen Personen, die in der Union Forschung und Innovation betreiben und deren Forschung zur Stärkung der Union beiträgt“ zu verstehen (so für Art. 179 AEUV: *Eikenberg*, in: Grabitz et al. 2016, Lfg. 58, Art. 179 AEUV, Rn. 68).

<sup>29</sup> *Jarass* 2013, Art. 13 EUGRCharta, Rn. 6.

<sup>30</sup> A.A. *Johannes*, in: Roßnagel 2017, S. 235: Unterscheidung zwischen „angewandter Forschung“ und „bloßer Anwendung bereits gewonnener Erkenntnisse [...]“, auch wenn sie ergänzend eine wissenschaftliche Zielsetzung verfolgen mögen“; danach soll die Markt- und Meinungsforschung in die zweite Kategorie fallen.

<sup>31</sup> *Simitis*, in: *ders.* 2014, § 40 BDSG, Rn. 37 f.; *Greve*, in: Auernhammer 2014, § 40 BDSG, Rn. 8; *Gola et al.*, in: *Gola/Schomerus* 2015, § 40 BDSG, Rn. 9 (teilweise differenzierend); a.A. *Lindner*, in: BeckOK BDSG, § 40 BDSG, Rn. 13.1. Das wird auch an den getrennten Regelungen für die Markt- und Meinungsforschung (zusammen mit Werbung) in § 28 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BDSG a.F. und der wissenschaftlichen Forschung von Forschungseinrichtungen in § 28 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 BDSG a.F. (bis 31.8.2009) deutlich. Der Gesetzgeber wollte mit der Novelle des BDSG 2009 und der Schaffung von § 30a BDSG die Markt- und Meinungsforschung zwar von der Werbung und dem Adresshandel trennen (*Hornung/Hofmann*, WRP 2014, S. 776, 779 ff.). Eine Annäherung oder Gleichsetzung mit Forschungseinrichtungen in § 40 BDSG war damit aber nicht intendiert.

<sup>32</sup> Ohne Unterscheidung zwischen § 28 Abs. 2 Nr. 3 und Abs. 6 Nr. 4: *Wolff*, in: BeckOK BDSG, Ed. 10, § 28, Rn. 260.

<sup>33</sup> *Simitis*, in: *ders.* 2014, § 4a BDSG, Rn. 49 (§ 4a Abs. 2 BDSG gilt „keineswegs nur bei Forschungseinrichtungen“, sondern „im Gesamtbereich der wissenschaftlichen Forschung“); undeutlich *Dammann*, in: *Simitis* 2014, § 14 BDSG, Rn. 89 (die Norm soll Forschungseinrichtungen erfassen, aber ungeachtet ihres Status, des Forschungsthemas oder der angewendeten wissenschaftlichen Methoden). Hier wird der Begriff der Forschungseinrichtung offenbar in einem weiten Sinn verstanden; ähnlich *Simitis*, in: *ders.* 2014, § 40 BDSG, Rn. 49.

<sup>34</sup> *Simitis*, in: *ders.* 2014, § 4a BDSG, Rn. 49: wissenschaftliche Forschung soll nicht „Umfragen, die, sei es einen kommerziellen Hintergrund haben, sei es kommerziell verwertet werden sollen“, erfassen; ebenso *Simitis*, in: *ders.* 2014, § 40 BDSG, S. 36 ff., wo die Unabhängigkeit der Forschung besonders betont wird, auch wenn diese in der Norm gerade nicht erwähnt wird; ähnlich *Ehmann*, in: *Simitis* 2014, § 30a BDSG, Rn. 55 ff.; *Gola et al.*, in: *Gola/Schomerus* 2015, § 28 BDSG, Rn. 74.

<sup>35</sup> So ausdrücklich *Ehmann*, in: *Simitis* 2014, § 30a BDSG, Rn. 58; *Gola et al.*, in: *Gola/Schomerus* 2015, § 40 BDSG, Rn. 9; *Simitis*, in: *ders.* 2014, § 40 BDSG, Rn. 38; *Tscherwinka* 2012, S. 201 f. Dort, wo personenbezogene Daten an den Auftraggeber übermittelt worden waren, wurde bereits die Wissenschaftlichkeit in Abrede gestellt, OLG Oldenburg v. 24.11.2005 – 1 U 49/05, GRUR-RR 2006, S. 239 ff.

<sup>36</sup> *Gola et al.*, in: *Gola/Schomerus* 2015, § 40 BDSG, Rn. 9; *Simitis*, in: *ders.* 2014, § 40 BDSG, Rn. 37.

<sup>37</sup> LG Berlin v. 30.5.2006 – 16 O 923/05, BeckRS 2007, S. 3086; LG Berlin v. 6.2.2007 – 15 S 1/06, juris, 23; LG Hamburg v. 30.6.2006 – 309 S 276/05, NJW-RR 2007, S. 45, 46.

<sup>38</sup> S. für das GG *Scholz*, in: Maunz/Dürig 2015, Art. 5, Rn. 98; zur Parallelproblematik im UWG: *Schweizer*, ZUM 2010, S. 400, 404; i.E. auch *Hug/Gaugenrieder*, WRP 2006, S. 1420, 1422. Auch *Ehmann*, in: *Simitis* 2014, § 30a BDSG, Rn. 7 geht davon aus, dass sich zumindest Teile der Markt- und Meinungsforschung auf Art. 5 Abs. 3 GG berufen können.

schaftliche Erkenntnisinteresse entspringt, sondern vielmehr, ob der Forscher seine Unabhängigkeit gegenüber dem Auftraggeber erhält.

Ein solches Unabhängigkeitserfordernis wird man auch für den Begriff der wissenschaftlichen Forschung nach der Datenschutz-Grundverordnung verlangen müssen. Wenn ein Auftraggeber Einfluss auf den Untersuchungsverlauf oder den Umgang mit Ergebnissen nimmt, kann man regelmäßig schon nicht mehr von einem methodischen, systematischen und nachprüfbar Vorgehen sprechen. Die privilegierte Forschungsfreiheit muss also zumindest grundsätzlich auch gegenüber dem Auftraggeber bestehen.

Demgegenüber spricht alles dafür, dass das einengende Begriffsverständnis der herrschenden Auffassung zum geltenden deutschen Recht mit der Datenschutz-Grundverordnung überholt ist. Die Ausgliederung kommerzieller Interessen der Auftraggeber oder von forschenden Stellen, die nicht institutionell abgesichert unabhängig sind, verträgt sich nicht mit EG 159, demzufolge die privat finanzierte Forschung und die angewandte Forschung erfasst sind und der Forschungsbegriff allgemein „weit“ auszulegen ist.<sup>39</sup> Von Randbereichen abgesehen sind damit sowohl die Eigenforschung als auch die Auftragsforschung der Institute der Markt- und Meinungsforschung vom Begriff der wissenschaftlichen Forschung nach der Datenschutz-Grundverordnung erfasst.

### 3.2 Zulässigkeit der originären Datenverarbeitung: Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO

Die – nach dem Vorstehenden einschlägigen – Privilegierungen der wissenschaftlichen Forschung in der Datenschutz-Grundverordnung enthalten keine Befugnis für die Datenerhebung, sondern nach Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO nur für die Sekundärnutzung (s.u. 3.3.1). Die grundsätzliche Zulässigkeit der Datenverarbeitung zu Zwecken der Markt- und Meinungsforschung richtet sich damit maßgeblich nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO.

Das Hauptproblem dieser Norm ist ihre sehr allgemeine Formulierung.<sup>40</sup> Während sie bisher in praktisch identischer Formulierung in Art. 7 lit. f DSRL einer Umsetzung und Konkretisierung durch die Mitgliedstaaten zugänglich war, bleibt es jetzt bei

einer Interessenabwägung, für die der Normgeber de facto keine Kriterien vorgibt. In den Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO fällt außerdem nicht nur die Markt- und Meinungsforschung, sondern auch so unterschiedliche wie problematische Phänomene wie Auskunfteien (§ 28a BDSG), das Scoring (§ 28b BDSG), die private Videoüberwachung (§ 6b BDSG) und vor allem die Direktwerbung (§ 28 Abs. 3 bis 4 BDSG).<sup>41</sup> Erforderlich ist dementsprechend eine bereichsspezifische Auslegung zur Ermittlung von Abwägungskriterien. Dies soll im Folgenden für die Markt- und Meinungsforschung erfolgen.

#### 3.2.1 Grundüberlegungen

Nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO ist die Verarbeitung zulässig, wenn sie „zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich [ist], sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen“; Letzteres kann insbesondere bei Kindern der Fall sein. Es geht also zentral um eine Abwägung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen (Forschungsinstitut) oder eines Dritten (Auftraggeber) mit den Interessen oder Grundrechten und Grundfreiheiten der betroffenen Person (Befragte oder sonstige Adressaten einer Datenerhebung).

##### 3.2.1.1 Seite der Verantwortlichen

Grundvoraussetzung ist demnach, dass die Markt- und Meinungsforschung überhaupt ein berechtigtes Interesse darstellt. Diese Hürde ist angesichts des umfassenden Schutzes personenbezogener Daten<sup>42</sup> und der daraus resultierenden niedrigen Schutzwelle ebenfalls relativ niedrig anzusetzen.<sup>43</sup> Das Hauptaugenmerk in Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO liegt auf der Abwägung der Interessen, zu der nur diejenigen schon gar nicht zugelassen werden sollen, die nicht von der Rechtsordnung gebilligt werden.

Die Aufgabe der Markt- und Meinungsforschung ist es, öffentlichen und privaten Auftraggebern mittels wissenschaftlicher Methoden und Techniken notwendige Informationen als empirische Grundlage und zur Unterstützung wirtschaftlicher, gesellschaftlicher und politischer Entscheidungen bereitzustellen.<sup>44</sup> Damit handelt sie jedenfalls im berechtigten Interesse Dritter. Aber auch das wirtschaftliche Eigeninteresse der durchführenden Institute selbst ist im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO als berechtigt einzustufen. Hierfür spricht schon, dass selbst die Direktwerbung – bei der die Absatzförderung naturgemäß im Vordergrund steht – prinzipiell ein berechtigtes Interesse im Rahmen des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO darstellt. Dies wird in EG 47 explizit festgestellt und lässt sich mittelbar auch aus den Sonderregelungen für Widersprüche gegen Direktwerbung in Art. 21 Abs. 2 und Abs. 3 DS-GVO ableiten. Diese Sonderregelungen führen gerade kein Opt-in-System für Direktwerbung ein,<sup>45</sup> sondern ergeben nur Sinn, wenn diese nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO grundsätzlich zulässig ist.<sup>46</sup>

Gerade weil der Rechtfertigungsgrund für die Datenverarbeitung mit den „berechtigten Interessen“ so niedrig ist, müssen solche Kriterien, die der Entscheidung Konturen verleihen können, stärker betont werden. Im Fall des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO ist dies die Erforderlichkeit, die durch das Prinzip der Datenminimierung in Art. 5 Abs. 1 lit. c DS-GVO eine zusätzliche Aufwertung erfährt. Die Datenverarbeitung darf nicht nur für die Zweckerreichung nützlich, sondern muss vielmehr auf das hierfür notwendige Maß beschränkt sein. Das durchführende Institut hat darum stets auch die Auswertung bereits bestehenden, anonymisierten Materials zu prüfen.<sup>47</sup>

<sup>39</sup> S.a. Pauly, in: Paal/Pauly 2017, Art. 89, Rn. 7.

<sup>40</sup> S. Roßnagel, Ausschuss-Drs. 18(24)94, S. 1514: „Diese extrem weite und unbestimmte Erlaubnis bietet weder Rechtssicherheit noch Grundrechtsschutz“.

<sup>41</sup> S.a. Roßnagel, Ausschuss-Drs. 18(24)94, S. 15.

<sup>42</sup> Das sog. Verbotsprinzip in Art. 6 Abs. 1 DS-GVO gilt entsprechend dem sachlichen Anwendungsbereich nach Art. 2 Abs. 1 DS-GVO grundsätzlich für jede automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten sowie für die nichtautomatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten, die in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen. Die Ausnahmen nach Art. 2 Abs. 2 DS-GVO spielen für die Markt- und Meinungsforschung keine Rolle.

<sup>43</sup> Einzelheiten sind im geltenden Recht umstritten, s. z.B. Gola et al., in: Gola/Schomerus 2015, § 28 BDSG, Rn. 24 ff.; Simitis, in: ders. 2014, § 28 BDSG, Rn. 98 ff., jeweils m.w.N. Die verantwortliche Stelle wird sich in der Regel auf allgemeine Handlungsfreiheit oder Gewerbebefreiheit berufen, siehe zu Art. 7 lit. f DSRL Brühahn, in: Grabitz et al. 2016, Lfg. 13, Art. 7 RL 95/46/EG, Rn. 20.

<sup>44</sup> S. die Beschlussempfehlung und den Bericht des Innenausschusses zu § 30a BDSG, BT-Drucks. 16/13657, S. 19 f.

<sup>45</sup> Das ist schon nach Wortlaut und Systematik eindeutig, wurde aber im Trilog durch die Kommission eigens bekräftigt, s. Rat der EU, Doc. 9788/15, Fn. 377, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9788-2015-INIT/en/pdf>. Im Ergebnis bewegt sich die Datenschutz-Grundverordnung damit auf der Höhe des Mindestschutzniveaus der EK-DSRL gegenüber Werbung. In Art. 13 Abs. 3 EK-DSRL werden die Mitgliedstaaten verpflichtet, unerbetene Nachrichten zum Zwecke der Direktwerbung wenigstens dann zu untersagen, wenn der Betroffene keine solchen Nachrichten erhalten will.

<sup>46</sup> Ehmman, in: Simitis 2014, § 29 BDSG, Rn. 249 (für den Entwurf, der die Erwähnung in EG 47 noch nicht enthielt).

<sup>47</sup> Vgl. zu § 30a BDSG Ehmman, in: Simitis 2014, § 30a BDSG, Rn. 119.

### 3.2.1.2 Seite des Betroffenen

Anders als auf Seiten des Verantwortlichen oder des Dritten sind nach dem Wortlaut von Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO auf der Seite des Betroffenen nicht sämtliche berechtigten Interessen in die Abwägung einzubringen, sondern lediglich jene Interessen, Grundrechte oder Grundfreiheiten, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern. In der Sache geht damit jedoch keine Einengung des Abwägungsmaterials einher. Das Datenschutzrecht wirkt in seiner Konzeption als Vorfeldschutz, ohne dass es bereits einer tatsächlichen Beeinträchtigung bedürfte oder diese Beeinträchtigung auf bestimmte Grundrechte beschränkt wäre.

### 3.2.1.3 Allgemeine Abwägungskriterien im geltenden Recht

Die Datenschutz-Grundverordnung nimmt also weder eine echte Vorauslese des Abwägungsmaterials vor, noch gibt es andere ausdrückliche Hinweise, nach welchem Maßstab die Interessenabwägung vorzunehmen ist.<sup>48</sup> Hierfür können jedoch aus den mitgliedstaatlichen Datenschutzgesetzen Anleihen genommen werden, die den bisherigen Art. 7 lit. f DSRL umsetzen. Zwar können diese nationalen Gesetze nicht die Auslegung der Datenschutz-Grundverordnung determinieren; dies gilt insbesondere für die tendenziell besonders hohen Anforderungen des deutschen Rechts, die nicht auf diesem Wege faktisch weitergelten und damit die angestrebte europaweite Vereinheitlichung unterlaufen dürften.<sup>49</sup> Andererseits handelt es sich bei den bisherigen gesetzlichen Kriterien um geronnene Datenschutzerfahrung der Mitgliedstaaten, die vielfach eine erhebliche Plausibilität auch unter der Datenschutz-Grundverordnung haben.

So unterscheidet der deutsche Gesetzgeber bisher konsequent zwischen allgemein zugänglichen und nicht allgemein zugänglichen Daten, z.B. in § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3, in § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 oder in § 30a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 BDSG. Der Umgang mit öffentlich zugänglichen Daten wird dabei privilegiert. Diese Unterscheidung ist auch für Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO sinnvoll.

Darüber hinaus differenziert das geltende Datenschutzrecht zwischen dem Datenumgang zur Wahrung berechtigter Interessen bei eigenen Geschäftszwecken (§ 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG) und der geschäftsmäßigen Übermittlung (§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Abs. 2 Satz 1 BDSG). Während Letztere unzulässig wird, wenn „Grund zur Annahme besteht, dass der Betroffene ein schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Erhebung, Speicherung oder Veränderung hat“, ist bei Ersterer eine explizite Abwägung vorgesehen: Der Datenumgang ist zulässig, wenn „kein Grund zu der Annahme besteh[t], dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung überwiegt“. Diese grundsätzliche Unterscheidung<sup>50</sup> ist auch für die Datenschutz-Grundverordnung plausibel. Ohne explizite Regelung zur Markt- und Meinungsforschung im künftigen Recht kann diese allerdings nicht ohne Weiteres wie bisher (§ 30a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG) in die zweite Gruppe eingeordnet werden.<sup>51</sup>

### 3.2.2 Spezifische Abwägungskriterien für die Markt- und Meinungsforschung

Für die konkrete Situation der Markt- und Meinungsforschung ergeben sich spezifische Abwägungskriterien. Durch ihre Aufgabe der Ermittlung verallgemeinerungsfähiger Aussagen,<sup>52</sup> den Einsatz der anerkannten Methoden der empirischen Sozialforschung und eine Reihe datenschutzfreundlicher Schutzinstrumente grenzt sie sich insbesondere gegen die Direktwerbung ab.<sup>53</sup>

### 3.2.2.1 Geringe Belästigungswirkung bei gleichzeitig starkem Interesse der Institute

Dies zeigt sich schon bei der vergleichsweise geringen Belästigungswirkung eines unerbetenen Anrufs. Der Angerufene wird zunächst kurz über die konkrete Umfrage ins Bild gesetzt. Er erhält also – anders als bei der monologisierenden Anpreisung der Direktwerbung – nach kurzer Zeit die Möglichkeit, das Gespräch zu beenden.<sup>54</sup> Auch wenn er sich zur Teilnahme bereiterklärt, erlaubt das Frage-Antwort-Format der Umfrage einen jederzeitigen Abbruch des Gesprächs. Der Interviewer hat – im Gegensatz zum am Geschäftsabschluss interessierten Werber – auch kein Interesse daran, den Teilnehmer im Gespräch zu halten oder ihn mehrfach anzurufen. Er wird seine Zeit lieber der Befragung bereitwilliger Umfrageteilnehmer widmen.<sup>55</sup>

Dieser geringen Belästigungswirkung steht vor allem im Hinblick auf die Kontaktadressen ein starkes Interesse an der Datenverarbeitung entgegen. Um generalisierbare Aussagen treffen zu können, ist es unerlässlich, dass die der Studie zu Grunde liegende Stichprobe aus einer repräsentativen Teilmenge der Grundgesamtheit gezogen wird. Ist diese Teilmenge jedoch von vornherein auf diejenigen begrenzt, die in den Umgang mit ihren Daten zur Markt- und Meinungsforschung eingewilligt haben, bleibt auch die Stichprobenqualität entsprechend beschränkt.<sup>56</sup> Anders als etwa Werbung – die prinzipiell auch nichtpersonalisiert betrieben werden kann – würde die Markt- und Meinungsforschung also durch einen strengen datenschutzrechtlichen Beurteilungsmaßstab in existenzbedrohender Weise eines wesentlichen Teils ihres Instrumentariums beraubt.

### 3.2.2.2 Berufsgrundsätze und Standesregeln

Darüber hinaus unterliegt die Markt- und Meinungsforschung strengen Berufsgrundsätzen und Standesregeln<sup>57</sup> zur Zweckbindung, Pseudonymisierung und Anonymisierung. Danach dürfen die personenbezogenen Daten der Studienteilnehmer lediglich zu festgelegten Forschungszwecken erhoben und verwendet werden (Art. 7 lit. c ICC/ESOMAR-Kodex). Eine Übermittlung der Daten ist ausschließlich zwischen Forschungsinstituten und nur auf Grundlage einer vertraglichen Vereinbarung sowie der Einwilligung des Betroffenen erlaubt.<sup>58</sup> Die interne Verwendung der Daten unterliegt einem strikten Pseudonymisierungs- und Anonymisierungsgebot.<sup>59</sup> Die personenbezogenen Merkmale einerseits und die inhaltlichen Daten andererseits dürfen also nur getrennt voneinander gespeichert und genutzt werden. Sobald sie für den Zweck, zu dem sie erhoben und weiterverarbeitet wurden, nicht mehr erforderlich sind, sind sie zu

<sup>48</sup> Buchner, DuD 2016, S. 155, 159.

<sup>49</sup> Roßnagel, Ausschuss-Drs. 18(24)94, S. 15.

<sup>50</sup> Der Unterschied verschwimmt, weil nach h.M. auch im Rahmen der „Schutzwürdigkeit“ eine Abwägung mit den Interessen der verantwortlichen Stelle erforderlich ist (Ehmann, in: Simitis 2014, § 29 BDSG, Rn. 154 ff.; Gola et al., in: Gola/Schomerus 2015, § 29 BDSG, Rn. 10 ff., jeweils m.w.N.).

<sup>51</sup> S.a. Richter, in: Roßnagel 2017, S. 252, wonach die Anforderungen in Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO in diesem Punkt strenger sind als diejenigen in § 30a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG.

<sup>52</sup> ADM et al. 2008, Gliederungspunkt 3.

<sup>53</sup> S. ausführlich Hornung/Hofmann, WRP 2014, S. 776, 782 f.

<sup>54</sup> Haug, K&R 2010, S. 767, 770; Hug/Gaugenrieder, WRP 2006, S. 1420, 1425; a.A. Gutachter-Ausschuss für Wettbewerbsfragen, WRP 1997, S. 298; dem folgend OLG Stuttgart v. 17.1.2002 – 2 U 95/01, GRUR 2002, S. 457, 458; LG Hamburg v. 30.6.2006 – 309 S 276/05, NJW-RR 2007, S. 45, 46.

<sup>55</sup> Darum werden auch Sperrlisten über „Verweigerer“ geführt, Ehmann, in: Simitis 2014, § 30a BDSG, Rn. 120.

<sup>56</sup> AG Berlin-Mitte v. 28.2.2006 – 9 C 543/05, unveröffentlicht; AG Frankfurt v. 8.1.2007 – 32 C 1115/06 – 22, MMR 2007, S. 470 f.; Hug/Gaugenrieder, WRP 2006, S. 1420, 1422; Pflüger, RDV 2010, S. 101, 105; Hornung/Hofmann, WRP 2014, S. 776, 778, m.w.N.

<sup>57</sup> ICC/ESOMAR 2007, abgewandelt durch die Erklärung der deutschen Verbände ADM et al. 2008.

<sup>58</sup> ADM et al. 2008, Gliederungspunkt 4.

<sup>59</sup> ADM et al. 2008, Gliederungspunkt 4.

löschen oder zu anonymisieren (Art. 7 lit. c ICC/ESOMAR-Kodex).

Diese Punkte haben erheblichen Einfluss auf die Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO, weil sie die Intensität der Eingriffe in die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Personen signifikant vermindern. Wenn schließlich die Selbstverpflichtung der deutschen Verbände die Übermittlung der personenbezogenen Daten an den Auftraggeber sogar mit Einwilligung oder auf Verlangen der Betroffenen nicht zulässt,<sup>60</sup> so spricht diese Selbstverpflichtung – ihre nachprüfbare Einhaltung vorausgesetzt – entscheidend dafür, dass die berechtigten Interessen der Institute nicht zurücktreten müssen.

### 3.2.2.3 Problemfall Kundenzufriedenheit: Abgrenzung zur Werbung

Die Berufsgrundsätze sollen die Wissenschaftlichkeit des Vorgehens und die Abgrenzung zur Werbung gewährleisten.<sup>61</sup> Jedoch wird Letzteres für Kundenzufriedenheitsstudien auch bei Einhaltung dieser Regeln bezweifelt. Im Rahmen des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG werden diese Vorhaben von der Rechtsprechung mit dem Argument als Werbung eingestuft, durch die Frage nach seiner Zufriedenheit mit einer Ware oder Dienstleistung werde dem Kunden unterschwellig das positiv-werbende Bild vermittelt, der Anbieter bemühe sich in besonderer Weise um diese Zufriedenheit.<sup>62</sup> Hinzu kommt, dass die Repräsentativität einer Umfrage unter Kunden des Auftraggebers nicht gefährdet wird, wenn zuvor erst deren Einwilligung eingeholt werden muss. Dies kann zwar nicht durch das Forschungsinstitut selbst, wohl aber durch den Auftraggeber selbst im Vorfeld der Studie erledigt werden. Im Rahmen des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG sind diese Umfragen darum (auch) als Werbung einzustufen. Die Nutzung der Telefonnummer bedarf deshalb der Einwilligung.

Hieran ändert sich durch die Datenschutz-Grundverordnung nichts. Die § 7 Abs. 2 Nr. 2 bis 4, Abs. 3 UWG gehen nämlich auf die Befugnis der Mitgliedstaaten nach Art. 13 Abs. 3 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation 2002/58/EG (EK-DSRL) zurück, die Zulässigkeit unerbetener Nachrichten zum Zwecke der Direktwerbung von der Einwilligung des Betroffenen abhängig zu machen.<sup>63</sup> Die nach deutscher Systematik wettbewerbsrechtlichen, europarechtlich aber spezialgesetzlich datenschutzrechtlichen Vorschriften werden trotz des grundsätzlichen Anwendungsvorrangs der Datenschutz-Grundverordnung vor nationalem Recht gerade nicht verdrängt, weil ausweislich Art. 95 DS-GVO (noch deutlicher EG 173) die

Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation vorrangig anzuwenden ist.

Im allgemeinen Datenschutzrecht ist das Problem der Kundenzufriedenheitsstudien demgegenüber durch die Änderungen der Datenschutz-Grundverordnung erheblich vermindert worden. An Stelle der deutlich strengeren Regelungen des deutschen Rechts für die Werbung (§ 29 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 28 Abs. 3 Satz 1 BDSG) tritt ebenfalls die offene Abwägung nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO. Direktwerbung ist dabei als berechtigtes Interesse anerkannt.<sup>64</sup> Die konkrete Abwägung ist zwar vielfach anders vorzunehmen als bei der Markt- und Meinungsforschung,<sup>65</sup> weil im typischen Fall der Direktwerbung die eben erläuterten datenschutzfreundlichen Mechanismen fehlen. Wenn jedoch die Kundenzufriedenheitsstudien der Markt- und Meinungsforschung die Selbstverpflichtungen der Branche einhalten, wird die Abwägung im Ergebnis nicht der sonstigen Direktwerbung, sondern der sonstigen Markt- und Meinungsforschung folgen und folglich – datenschutzrechtlich – regelmäßig zulässig sein.

Da die Nutzung der Telefonnummer freilich dennoch unter das Einwilligungserfordernis des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG fällt, spielt dies in der Praxis nur eine untergeordnete Rolle. Die im Detail komplexe und hoch umstrittene Abgrenzung der Grenzen des Werbegbegriffs im Bereich der Markt- und Meinungsforschung<sup>66</sup> ist darum weiterhin unerlässlich. Dasselbe gilt aufgrund der bereits erwähnten Sonderregelungen zum Widerspruch gegen die Verarbeitung für Direktwerbung in Art. 21 Abs. 2 und Abs. 3 DS-GVO. Diese stellen eine erhebliche Verschärfung dar: Der allgemeine Widerspruch (Art. 21 Abs. 1 Satz 1 DS-GVO) und der Widerspruch gegen die Verarbeitung zu wissenschaftlichen Forschungszwecken (Art. 21 Abs. 6 DS-GVO) können durch zwingende schutzwürdige Gründe des Verantwortlichen für die Verarbeitung überwunden werden, wenn diese die Interessen, Rechte und Freiheiten der Betroffenen überwiegen.<sup>67</sup> Demgegenüber führt der Widerspruch gegen die Verarbeitung zur Direktwerbung nach Art. 21 Abs. 3 DS-GVO zwingend zur Unzulässigkeit. Dies ist insbesondere jenseits des Anwendungsbereichs von § 7 Abs. 2 Nr. 1 bis 4, Abs. 3 UWG wichtig. Im Ergebnis stellt die Reform hier die Markt- und Meinungsforschung besser als nach geltendem Recht, weil der Widerspruch derzeit gemäß § 30a Abs. 5 i.V.m. § 28 Abs. 4 BDSG ebenso wie bei der Werbung ausnahmslos zur Unzulässigkeit der Verarbeitung führt.

## 3.3 Weitere Zulässigkeitstatbestände

Neben der zentralen Vorschrift des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO enthält die Verordnung zwei weitere Zulässigkeitstatbestände für die Markt- und Meinungsforschung.

### 3.3.1 Zulässigkeit der Sekundärnutzung von Daten: Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO

Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO enthält eine Lockerung des Zweckbindungssatzes für die „Weiterverarbeitung“ von Daten, die zu einem anderen Zweck als dem der Forschung erhoben wurden. Diese Weiterverarbeitung wird – obwohl sie materiell ein anderer Zweck ist – definitorisch als „nicht unvereinbar mit den ursprünglichen Zwecken“ erklärt und ist damit grundsätzlich zulässig.

Problematisch und umstritten ist, ob trotz dieser definitorischen Vorgabe zusätzlich eine neue Rechtsgrundlage für die Sekundärnutzung erforderlich ist. Hiergegen spricht relativ eindeutig Satz 2 des EG 50: „In diesem Fall<sup>68</sup> ist keine andere gesonderte Rechtsgrundlage erforderlich als diejenige für die Erhebung der personenbezogenen Daten.“ Während manche Autoren auf dieser Basis die Sekundärnutzung zu privilegierten Zwecken (Ar-

<sup>60</sup> *ADM et al.* 2008, Gliederungspunkt 4. Zwar dürfen die Ergebnisse der Untersuchung an den Auftraggeber weitergegeben werden, dies jedoch nur in einer Form, welche die einzelnen Teilnehmer nicht erkennen lässt.

<sup>61</sup> *ADM et al.* 2008, Gliederungspunkt 5.

<sup>62</sup> S. OLG Köln v. 12.12.2008 – 6 U 41/08, MMR 2009, S. 267-268; OLG Köln v. 30.3.2012 – 6 U 191/11, WRP 2012, S. 725-728; OLG Köln v. 19.4.2013 – 6 U 222/12, GRUR-RR 2014, S. 80-82; *Hornung/Hofmann*, WRP 2014, S. 910, 915 f.

<sup>63</sup> *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm* 2016, § 7 UWG, Rn. 8.

<sup>64</sup> S.o. 3.2.1.1.

<sup>65</sup> S. zu den Anforderungen *Gola/Schulz*, K&R 2015, S. 609-615.

<sup>66</sup> *Hornung/Hofmann*, WRP 2014, S. 776, 781 ff.

<sup>67</sup> Die Systematik von Art. 21 DS-GVO sollte so verstanden werden, dass diese in Abs. 1 Satz 1 angeordnete Abwägung auch für den erst im nachfolgenden Abs. 6 geregelten Widerspruch gegen die Verarbeitung zu Forschungszwecken gilt. Andernfalls würde allein der Widerspruch zur Unzulässigkeit der Verarbeitung führen. Dies würde der Privilegierung der Forschung zuwiderlaufen, die sich durch die Verordnung zieht. Überdies wäre damit die Rechtslage identisch wie bei der Werbung, sodass eine gemeinsame Regelung in Abs. 2 und Abs. 3 viel nähergelegen hätte.

<sup>68</sup> Der vorhergehende Satz lautet: „Die Verarbeitung personenbezogener Daten für andere Zwecke als die, für die die personenbezogenen Daten ursprünglich erhoben wurden, sollte nur zulässig sein, wenn die Verarbeitung mit den Zwecken, für die die personenbezogenen Daten ursprünglich erhoben wurden, vereinbar ist.“

chivzwecke, wissenschaftliche und historische Forschung) rechtlich auf die ursprüngliche Rechtsgrundlage stützen wollen,<sup>69</sup> halten andere den genannten Satz 2 für einen Redaktionsfehler: Er entstamme dem Vorschlag des Rats, dessen Bestreben einer Aufweichung des Zweckbindungsgrundsatzes sich gerade nicht durchgesetzt habe.<sup>70</sup>

Für die zweite Ansicht spricht, dass der Verzicht auf eine selbstständige Rechtsgrundlage für die neue Nutzung zu weitreichenden Folgen führt: Sofern ein privilegierter Zweck vorliegt und Art. 89 DS-GVO eingehalten wird, dürften sämtliche (!) zu irgendeinem Zweck (!) bei irgendeinem Verantwortlichen (!) gespeicherten Daten verarbeitet werden<sup>71</sup> – eine Abwägung mit den Interessen der Betroffenen würde auch bei sensibelsten Daten nicht stattfinden. Ob diese Überlegung allerdings die explizite Formulierung in Satz 2 von EG 50 überwiegen kann, ist zweifelhaft. Dies wäre bei einem echten Redaktionsfehler möglich. Wenn freilich Beteiligte am Gesetzgebungsverfahren<sup>72</sup> Sätze aus den Erwägungsgründen zu Redaktionsfehlern erklären, mag dies einerseits für die Plausibilität dieser Annahme sprechen – andererseits müsste dies durch diejenigen Beteiligten bestätigt werden, die diese Formulierungen eingebracht hatten und für sie eingetreten waren. Hinzu kommt, dass in EG 50 nicht nur Satz 2, sondern auch noch Satz 5 explizit für den Fall der privilegierten Zwecke formuliert: „Die im Unionsrecht oder im Recht der Mitgliedstaaten vorgesehene Rechtsgrundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten kann auch als Rechtsgrundlage für eine Weiterverarbeitung dienen.“

Im Ergebnis spricht deshalb mehr dafür, dass die Weiterverarbeitung noch auf den Erlaubnistatbestand der Datenerhebung gestützt werden kann. Das die Datenverarbeitung maßgeblich begrenzende Erforderlichkeitsprinzip (nunmehr „Datenminimierung“, Art. 5 Abs. 1 lit. c DS-GVO) bezieht sich in diesem Fall auf den Forschungszweck.

Folgt man der Gegenauffassung, so bedarf es einer neuen Rechtsgrundlage.<sup>73</sup> Der durch diese Grundlage prinzipiell legitimierte Verarbeitung steht aber nicht die – ansonsten schädliche – Tatsache entgegen, dass die Daten nicht für diesen Zweck erhoben wurden.<sup>74</sup> Eine Weiterverarbeitung zu Zwecken der Markt- und Meinungsforschung muss folglich auch im Fall der Zweckänderung den Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO genügen. Eine spezifische Abwägung mit Interessen oder Grundrechten und Grundfreiheiten der betroffenen Personen ist weiterhin notwendig.

Unabhängig davon, welcher Ansicht man folgt, sind gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO die Anforderungen nach Art. 89 Abs. 1 DS-GVO einzuhalten.<sup>75</sup> Demzufolge unterliegt die Verarbeitung „geeigneten Garantien für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Person“. Damit muss sichergestellt werden, dass technische und organisatorische Maßnahmen bestehen, mit denen insbesondere die Achtung des Grundsatzes der Datenminimierung gewährleistet wird; die Verordnung nennt Anonymisierung und Pseudonymisierung als Beispiele.

Geeignete Garantien in diesem Sinne sind insbesondere in den erläuterten Selbstverpflichtungen der Branche enthalten.<sup>76</sup> Inwieweit diese nach Art. 89 Abs. 1 DS-GVO rechtlich erforderlich sind, ist eine Frage der inhaltlichen Vorgaben für die Markt- und Meinungsforschung.<sup>77</sup>

### 3.3.2 Zulässigkeit der Datenverarbeitung aufgrund einer Einwilligung: Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. a DS-GVO

Wie nach geltendem Recht stellt die Einwilligung eine datenschutzrechtliche Legitimation für die Datenverarbeitung dar (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. a DS-GVO), wenn die Anforderungen

von Art. 7 DS-GVO eingehalten werden. Hinsichtlich des Umgangs mit den Kontaktdaten von Umfrageteilnehmern ändert sich insofern wenig, weil die Einwilligung hier nicht nur vielfach schwierig einzuholen ist, sondern die Beschränkung einer Umfrage auf diejenigen, die bereits im Vorfeld eingewilligt haben, auch zu methodischen Problemen führt (fehlende Repräsentativität).<sup>78</sup>

Auch hinsichtlich der Einwilligung in die Verwendung des Inhalts einer Befragung bewirkt die Anwendung der Datenschutz-Grundverordnung keine Änderung – wenn auch unter anderen Vorzeichen. Bisher bedarf eine Einwilligung gemäß § 4a Abs. 1 Satz 3 BDSG grundsätzlich der Schriftform, „soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist“. In dem sog. Schweinohr-Abkommen haben die obersten Landesbehörden für Datenschutz anerkannt, dass bei *lege artis*<sup>79</sup> durchgeführten Vorhaben der Markt- und Meinungsforschung solche „besonderen Umstände“ vorliegen. Die Einwilligung kann demnach nach geltendem Recht auch in einer anderen Form eingeholt werden.

Im Ergebnis ändert sich hieran auch nach künftigem Recht nichts, da das Formerfordernis allgemein entfällt.<sup>80</sup> Eine Einwilligung muss gemäß Art. 4 Nr. 11 DS-GVO freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegeben werden, was neben einer Erklärung auch durch eine sonstige eindeutig bestätigende Handlung erfolgen kann. Ausnahmsweise ist gemäß Art. 9 Abs. 2 lit. a DS-GVO eine „ausdrückliche“ Einwilligung erforderlich, wenn es um besondere Kategorien personenbezogener Daten geht (beispielsweise Gesundheitsdaten). Hier besteht die Möglichkeit für den nationalen Gesetzgeber, die Einwilligung auszuschließen.

Für die Abgabe der Erklärung trägt gemäß Art. 7 Abs. 1 DS-GVO der Verantwortliche die Nachweispflicht. Dies kann aber auch durch eine Protokollierung oder Tonbandaufnahme erfolgen.

Unter diesen Voraussetzungen kann also die Erhebung und weitere Verwendung des Gesprächsinhalts auch auf eine mündliche Einwilligung gestützt werden. Dies ist auch wesentlich für den weiteren Verwendungszweck. Während die weitere Verwendung der Daten gemäß § 30a Abs. 2 Satz 2 BDSG auf das Forschungsvorhaben beschränkt ist, für das sie erhoben wurden, kann die Einwilligung des Betroffenen nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. a DS-GVO gemäß EG 33 für bestimmte Bereiche der wissenschaftlichen Forschung abgegeben werden, also insbesondere auch auf mehrere Vorhaben ausgedehnt werden.

## 3.4 Zwischenergebnis

Hinsichtlich der Rechtsgrundlagen und der Zulässigkeit der Datenverarbeitung zum Zweck der Markt- und Meinungsforschung kann im Ergebnis nach Verarbeitungssituationen und Datenkategorien wie folgt differenziert werden:

<sup>69</sup> Allgemein für Zweckänderungen *Kühling/Martini*, EuZW 2016, S. 448, 451.

<sup>70</sup> *Schantz*, NJW 2016, S. 1841, 1844, a.A. *Monreal*, ZD 2016, S. 507, 510.

<sup>71</sup> Mit dieser Konsequenz *Johannes*, in: RoBnagel 2017, S. 236.

<sup>72</sup> Dies gilt für *Schantz*, NJW 2016, S. 1841, 1844.

<sup>73</sup> S. zur Datenschutzrichtlinie Art. 29-Datenschutzgruppe, WP 203, S. 36.

<sup>74</sup> *Schantz*, NJW 2016, S. 1841, 1844.

<sup>75</sup> Ansonsten wäre diese Aufweichung der Zweckbindung nicht zu rechtfertigen. S. zum Problem der Reichweite am Beispiel der Statistik *Richter*, DuD 2015, S. 735, 737 ff.

<sup>76</sup> S.o. 3.2.2.2.

<sup>77</sup> S.u. 4.

<sup>78</sup> S. *Hornung/Hofmann*, WRP 2014, S. 776, 778 (dort Fn. 15).

<sup>79</sup> Im Schweinohr-Abkommen werden dazu Vorgaben zur getrennten Speicherung und zur Anonymisierung aufgestellt, die denen des § 30a Abs. 3 BDSG entsprechen.

<sup>80</sup> *Keppeler*, MMR 2015, S. 779, 782.

■ Die erste Weichenstellung ist die zwischen der Sekundärnutzung von zu anderen Zwecken erhobenen Daten einerseits und der originären Erhebung und Nutzung zum Zweck der Markt- und Meinungsforschung andererseits. Der erste Fall beurteilt sich nach Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO (nach umstrittener Ansicht keine Abwägung, dafür zwingend Einhaltung der Anforderungen in Art. 89 Abs. 1 DS-GVO), der zweite Fall nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO (umfassende Abwägung).

■ Im Rahmen der Abwägung nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO streiten die Besonderheiten einer *lege artis* durchgeführten wissenschaftlich-methodischen Markt- und Meinungsforschung maßgeblich für deren Zulässigkeit. Dies gilt insbesondere, wenn die hohen Anforderungen der Selbstverpflichtung der deutschen Branchenverbände eingehalten werden. Es spricht deshalb mit Blick auf die erforderliche Abwägung alles dafür, die Standards der Selbstverpflichtung beizubehalten.

■ Die derzeit gültige Unterscheidung des deutschen Rechts zwischen öffentlich zugänglichen und nicht öffentlich zugänglichen Daten sollte auch im Rahmen der Abwägung nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO als Kriterium verwendet werden. Zusammen mit dem vorgenannten Punkt dürfte dies dazu führen, dass die Interessenabwägung regelmäßig zugunsten des verantwortlichen Forschungsinstituts ausgehen wird. Dies gilt jedenfalls für Daten, die nicht aus sich heraus sensibel sind, wie insbesondere die Kontaktdaten der potentiellen Umfrageteilnehmer. Eine besonders eingehende Prüfung oder gar Nachforschungen zu potentiell entgegenstehenden Interessen des Betroffenen können dabei nicht verlangt werden. Anders kann dies zu beurteilen sein, wenn die Daten zwar öffentlich verfügbar sind, aber dennoch erkennbar ist, dass sie sensibel sind (weil beispielsweise Dritte sie unberechtigterweise öffentlich gemacht haben oder sie erkennbar höchstpersönlichen Charakters sind).<sup>81</sup> Eine Prüfung ist auch erforderlich, wenn der Betroffene gemäß Art. 21 DS-GVO Widerspruch einlegt.

■ Hinsichtlich der Erhebung und Verwendung der Antworten der Befragten sind die gesetzliche Erlaubnis nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO und die Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. a DS-GVO parallel anwendbar, weil die Einwilligung am Telefon eingeholt werden kann. Praktisch dürften die Unterschiede überdies verschwimmen, weil das Forschungsinstitut sowohl für eine informierte Einwilligung als auch aufgrund der Transparenzpflichten nach den Art. 12 ff. DS-GVO nähere Informationen bereitstellen muss. Rechtlich besteht mit der Einwilligung ein größerer Handlungsspielraum als nach geltendem Recht, weil sie ausweislich EG 33 für „bestimmte Bereiche wissenschaftlicher Forschung“ abgegeben werden kann, also insbesondere auch für mehrere einzelne Vorhaben.

■ Für den Bereich der Kundenzufriedenheitsstudien ändert sich die datenschutzrechtliche Bewertung zwar ebenfalls nach den vorstehend erläuterten Maßstäben. Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung bleibt jedoch unverändert: Gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG ist eine Einwilligung erforderlich, die im Rahmen des vorherigen Geschäftskontakts eingeholt werden kann und muss.

## 4. Inhaltliche Vorgaben für die Markt- und Meinungsforschung

Die bereichsspezifischen Regelungen für Markt- und Meinungsforschung in § 30a BDSG beschränken sich nicht auf die grundsätzlichen Aussagen zur Zulässigkeit in Abs. 1 Satz 1. Sie enthal-

ten dazu noch Vorschriften zur Zweckbindung und zur Anonymisierung und Pseudonymisierung in Abs. 1 Satz 2 sowie Abs. 2 und 3. Fraglich ist deshalb, ob diese Vorgaben – gegebenenfalls modifiziert – nach künftigem Recht fortgelten.

### 4.1 Zweckbindung

§ 30a BDSG enthält in Abs. 2 Satz 1 eine allgemeine Zweckbindung und daneben an zwei Stellen striktere Zweckbindungen als üblich. Gemäß § 30a Abs. 1 Satz 2 BDSG dürfen besondere Arten personenbezogener Daten (§ 3 Abs. 9 BDSG) „nur für ein bestimmtes Forschungsvorhaben erhoben, verarbeitet oder genutzt werden“. § 30a Abs. 2 Satz 2 BDSG schreibt vor, dass die Forschungsinstitute Daten aus nicht allgemein zugänglichen Quellen „nur für das Forschungsvorhaben“ verarbeiten oder nutzen dürfen, „für das sie erhoben worden sind“. Für andere Zwecke (also auch für andere Forschungsvorhaben) ist nach Satz 3 eine Anonymisierung erforderlich.

Eine solche bereichsspezifische Regelung enthält die Datenschutz-Grundverordnung nicht. Allerdings dürfen gemäß dem allgemeinen Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO personenbezogene Daten nur für festgelegte, eindeutige und legitime Zwecke erhoben und nicht in einer mit diesen Zwecken nicht zu vereinbarenden Weise weiterverarbeitet werden. Soweit nicht die schon erörterte, per definitionem nicht unvereinbare Sekundärnutzung zu Forschungszwecken greift,<sup>82</sup> sind bei der Beurteilung der Vereinbarkeit insbesondere die Kriterien in Art. 6 Abs. 4 lit. a bis e DS-GVO zu berücksichtigen.<sup>83</sup>

Diese Kriterien werden regelmäßig – wie in § 30a Abs. 2 Satz 1 BDSG heute festgeschrieben – dafür sprechen, dass die für die Markt- und Meinungsforschung erhobenen Daten nicht für andere Zwecke verwendet werden dürfen. Markt- und Meinungsforschung verwendet umfangreiche, mitunter auch sensible personenbezogene Daten (Art der personenbezogenen Daten, Art. 6 Abs. 4 lit. c DS-GVO). Das Forschungsinstitut erhält hierfür einen nicht unerheblichen Vertrauensvorschuss von dem Betroffenen, der nicht mit einer Verwendung für andere Zwecke zu rechnen braucht (Beziehung zwischen Betroffenen und Verantwortlichen, Art. 6 Abs. 4 lit. b DS-GVO). Die Weiterverarbeitung zu anderen Zwecken würde den Betroffenen überdies des Schutzes der Selbstverpflichtung der Verbände berauben (Vorhandensein bzw. dann Fehlen geeigneter Garantien, Art. 6 Abs. 4 lit. e DS-GVO). Eine Weiterverwendung zu forschungsfremden Zwecken, insbesondere eine Übermittlung an den Auftraggeber, wird mithin regelmäßig unzulässig sein.<sup>84</sup>

Dagegen ist fraglich, ob die Bindung an das konkrete Forschungsvorhaben in § 30a Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 2 und 3 BDSG Bestand hat.<sup>85</sup> Personenbezogene Daten, die für ein Vorhaben erhoben wurden, dürfen demnach selbst innerhalb des Forschungsinstituts nicht für ein anderes Vorhaben der Markt- und Meinungsforschung verwendet werden. Wie dies künftig zu beurteilen ist, richtet sich danach, was der „festgelegte, eindeutige und legitime Zweck“ (Art. 5 Abs. 1 lit. b, 2. Halbsatz DS-GVO) ist, zu dem Markt- und Meinungsforschungsinstitute ihre Daten erheben. Dass die Verordnung selbst an vielen Stellen von „wissenschaftlichen Forschungszwecken“ spricht und einzelne Forschungsvorhaben nicht erwähnt, spricht für ein eher weites Verständnis, während die allgemeine Funktion des Zweckbindungsgrundsatzes für ein enges Verständnis streitet: Die Bindung an spezifische Zwecke soll insbesondere die nachgelagerte Erforderlichkeitsprüfung ermöglichen, die sich für einzelne Vorhaben leicht, für Forschungsbereiche oder „die“ Forschung dagegen nicht oder nur schwer durchführen lässt.

Im Ergebnis spielt diese Frage aber nur eine eingeschränkte Rolle. Auch bei einer Begrenzung des Zwecks auf konkrete For-

<sup>81</sup> S. für das Problem in sozialen Netzwerken *Hornung* 2015.

<sup>82</sup> S.o. 3.3.1.

<sup>83</sup> Dazu näher *Richter*, DuD 2015, S. 735-740.

<sup>84</sup> Wie bisher auch gilt dies nach der Gesetzeslage vorbehaltlich der Einwilligung der Teilnehmer. Die Selbstverpflichtung wird also insoweit weiterhin enger sein als gesetzlich vorgeschrieben.

<sup>85</sup> Ablehnend ohne weitere Diskussion *Richter*, in: Roßnagel 2017, S. 253.

schungsvorhaben greift nämlich die Befugnis zur Sekundärnutzung nach Art. 5 Abs. 1 lit. b Halbsatz 2 DS-GVO ein. Diese zielt zwar vornehmlich auf die Weiterverarbeitung von Daten, die nicht für wissenschaftliche Forschungszwecke erhoben wurden. Sie findet jedoch auch auf von vornherein zu Forschungszwecken erhobene Daten Anwendung.

In der Konsequenz können die für ein Forschungsvorhaben erhobenen Daten – vorbehaltlich des oben erläuterten Streits hinsichtlich der ggf. zusätzlich erforderlichen selbstständigen Rechtsgrundlage – stets auch für ein anderes Forschungsvorhaben genutzt werden. Dies gilt allerdings nur für Forschung „gemäß Artikel 89 Absatz 1“ und ist darum von der Einhaltung der dort geforderten „geeigneten Garantien“ für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Person abhängig.<sup>86</sup> Art. 89 Abs. 1 Satz 2 DS-GVO verlangt technische und organisatorische Maßnahmen, mit denen insbesondere die Achtung des Grundsatzes der Datenminimierung (Art. 5 Abs. 1 lit. c DS-GVO; bisher Erforderlichkeitsprinzip) gewährleistet werden soll. In Art. 89 Abs. 1 Satz 3 und 4 DS-GVO werden dafür die Pseudonymisierung (Satz 3) und die Anonymisierung (Satz 4) der Daten genannt, die angewendet werden können (Satz 3) bzw. müssen (Satz 4), soweit dadurch die Erfüllung des Forschungszwecks nicht verhindert wird.<sup>87</sup>

Da sich die Erfüllbarkeit des Forschungszwecks sinnvoll nur hinsichtlich eines konkreten Vorhabens prüfen lässt, spricht im Ergebnis tatsächlich mehr dafür, die Zweckbindung in Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO auf das konkrete Vorhaben zu beziehen. Es ist aber zulässig, die zu diesem Zweck erhobenen Daten im Rahmen von Art. 89 DS-GVO für ein anderes – ebenso konkret bezeichnetes – Forschungsvorhaben zu nutzen.

Für die Markt- und Meinungsforschung bedeutet dies, dass anders als nach § 30a Abs. 2 Satz 3 BDSG die Nutzung für ein anderes Forschungsvorhaben nicht nur in anonymisierter, sondern auch in personenbezogener Form zulässig ist.<sup>88</sup> Voraussetzung bleibt gemäß Art. 89 Abs. 1 Satz 4 DS-GVO freilich immer, dass die Nutzung in anonymisierter Form nicht hinreichend ist. Dies wird bei der Markt- und Meinungsforschung sehr häufig der Fall sein und minimiert den Unterschied zwischen alter und neuer Rechtslage.

## 4.2 Pseudonymisierung und Anonymisierung

Gemäß § 30a Abs. 3 Satz 2 BDSG sind die Angaben des Betroffenen stets getrennt von den identifizierenden Merkmalen zu speichern. Eine Zusammenführung ist gemäß Satz 3 nur zulässig, soweit dies nach dem Zweck des Forschungsvorhabens erforderlich ist. Die Daten sind nach Abs. 3 Satz 1 zu anonymisieren, sobald dies nach dem Zweck des Forschungsvorhabens möglich ist.

Sowohl zur Pseudonymisierung als auch zur Anonymisierung enthält die Datenschutz-Grundverordnung allgemeine Vorgaben und bereichsspezifische Normen für die wissenschaftliche Forschung.

Art. 25 Abs. 1 DS-GVO verpflichtet den Verantwortlichen dazu, geeignete technische und organisatorische Maßnahmen zur wirksamen Umsetzung der Datenschutzgrundsätze zu treffen und nennt ausdrücklich die Pseudonymisierung als ein Beispiel. Daneben wird diese als ein Instrument zur „Sicherung der Verarbeitung“ in Art. 32 Abs. 1 lit. a DS-GVO erwähnt. Beides gilt auch für die Markt- und Meinungsforschung.

In Bezug auf die wissenschaftliche Forschung verlangt Art. 89 Abs. 1 Satz 1 DS-GVO darüber hinaus „geeignete Garantien für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Person gemäß dieser Verordnung“. Damit kann nicht ein (dann überflüssiger) Verweis auf die übrigen Bestimmungen gemeint sein. Vielmehr geht es

um eine bereichs-, das heißt forschungsspezifische Umsetzung der Verordnung und um eine Konkretisierung ihrer Anforderungen auf den Bereich der Forschung. Diese Konkretisierung dient dem effektiven Schutz der Betroffenen, ist von dem Verantwortlichen vorzunehmen und beschränkt sich nicht auf die beispielhaft genannten Verfahren in Art. 89 Abs. 1 Satz 2 bis 4 DS-GVO.

Im Vergleich mit § 30a Abs. 3 BDSG sind diese explizit genannten Vorgaben allerdings für die Pseudonymisierung weniger streng ausgestaltet.<sup>89</sup> Art. 89 Abs. 1 Satz 3 DS-GVO begnügt sich damit, diese als ein probates Mittel lediglich vorzuschlagen. Sofern es dem wissenschaftlichen Zweck nicht entgegensteht, „kann“ – nicht muss<sup>90</sup> – die Pseudonymisierung zu den Maßnahmen gehören, mit denen nach Art. 89 Abs. 1 Satz 2 DS-GVO die Datenminimierung durchgesetzt wird. Eine Pseudonymisierung liegt nach Art. 4 Nr. 5 DS-GVO bereits dann vor, wenn die identifizierende Zusatzinformation von demselben Verantwortlichen, aber gesondert und unter technischen und organisatorischen Schutzmaßnahmen aufbewahrt wird.<sup>91</sup> Diese getrennte Speicherung wird von § 30a Abs. 3 Satz 2 BDSG zwingend vorgeschrieben. Im Vergleich zum bisherigen deutschen Recht liegt also eine Abschwächung der Anforderungen vor. Diese mildere Form ist freilich zugleich im europäischen Kontext eine bedeutsame Entwicklung, da das Instrument der Pseudonymisierung in der Datenschutz-Richtlinie überhaupt nicht vorkam.

Für die Anonymisierung ist allgemein der Grundsatz der Speicherbegrenzung in Art. 5 Abs. 1 lit. e DS-GVO maßgeblich. Danach müssen Daten „in einer Form gespeichert werden, die die Identifizierung der betroffenen Personen nur so lange ermöglicht, wie es für die Zwecke, für die sie verarbeitet werden, erforderlich ist“. Mithin sind sie im Anschluss entweder komplett zu löschen oder zu anonymisieren. Art. 5 Abs. 1 lit. e DS-GVO lässt allerdings gerade für die wissenschaftliche Forschung eine längere Speicherdauer zu, sofern sich diese im Rahmen von Art. 89 Abs. 1 DS-GVO bewegt. Art. 89 Abs. 1 Satz 4 DS-GVO wiederum schreibt vor, dass in allen Fällen, in denen der Forschungszweck „durch die Weiterverarbeitung, bei der die Identifizierung von betroffenen Personen nicht oder nicht mehr möglich ist, erfüllt werden“ kann, er auch tatsächlich auf diese Weise erfüllt wird.

Diese umständliche Formulierung enthält der Sache nach gerade das Anonymisierungsgebot, von dem Art. 5 Abs. 1 lit. e DS-GVO für die wissenschaftliche Forschung eine Ausnahme ermöglicht.<sup>92</sup> Dieses auf den ersten Blick paradoxe Ergebnis lässt sich nur in zwei – gleichfalls nicht völlig befriedigende – Richtungen auflösen.

<sup>86</sup> Anders noch im Ratsentwurf, s. dazu *Richter*, DuD 2015, S. 735, 737.

<sup>87</sup> S. näher unten 4.2.

<sup>88</sup> S.a. *Richter*, in: Roßnagel 2017, S. 253.

<sup>89</sup> *Richter*, in: Roßnagel 2017, S. 253.

<sup>90</sup> EG 156 lässt sich strenger verstehen: „Die Weiterverarbeitung personenbezogener Daten zu im öffentlichen Interesse liegende Archivzwecken, zu wissenschaftlichen oder historischen Forschungszwecken oder zu statistischen Zwecken erfolgt erst dann, wenn der Verantwortliche geprüft hat, ob es möglich ist, diese Zwecke durch die Verarbeitung von personenbezogenen Daten, bei der die Identifizierung von betroffenen Personen nicht oder nicht mehr möglich ist, zu erfüllen, sofern geeignete Garantien bestehen (wie z.B. die Pseudonymisierung von personenbezogenen Daten).“ Aus „erfolgt erst dann“ ließe sich ein verbindliches Kriterium ableiten. Zwingend ist das aber nicht, zumal der Satz am Ende Anonymisierung und Pseudonymisierung vermischt und auch sprachlich undeutlich ist. Für ein strengeres Verständnis (Pflicht zur Prüfung, ob pseudonymisierte Daten hinreichend sind) *Pauly*, in: Paal/Pauly 2017, Art. 89, Rn. 12; *Johannes*, in: Roßnagel 2017, S. 242.

<sup>91</sup> Eine Pseudonymisierung durch eine andere Stelle – z.B. einen vertrauenswürdigen Dritten – ist also nicht vorgeschrieben.

<sup>92</sup> *Richter*, in: Roßnagel 2017, S. 253; *Johannes*, ebd., S. 243 (jeweils ohne Problematisierung des Verhältnisses zu Art. 5 Abs. 1 lit. e DS-GVO).

Zum einen könnte man annehmen, dass Art. 89 Abs. 1 Satz 4 DS-GVO eine Anonymisierung nur für den Fall der „Weiterverarbeitung“ vorgibt und damit – wie sonst durchgängig im Verordnungstext – Verarbeitung zu einem geänderten Zweck meint. Dies hätte zur Folge, dass vor einer solchen Zweckänderung zu Forschungszwecken geprüft werden müsste, ob das Forschungsvorhaben nicht stattdessen auch mit anonymisierten Daten möglich ist. Dagegen gäbe es für eigens zu Forschungszwecken erhobene Daten in Art. 89 Abs. 1 Satz 4 DS-GVO keine Regelung. Dies würde zu dem schwer vertretbaren Ergebnis führen, dass die Privilegierung nach Art. 5 Abs. 1 lit. e DS-GVO dazu führt, dass man Daten zu Forschungszwecken auch dann dauerhaft speichern darf, wenn sie zu genau diesen Zwecken nicht erforderlich sind.

Im Ergebnis spricht deshalb mehr für die zweite Variante. Der Begriff der „Weiterverarbeitung“ sollte hier anders ausgelegt werden als sonst, nämlich untechnisch als „weitere Verarbeitung“. Hierfür spricht auch, dass Art. 89 Abs. 1 Satz 1 DS-GVO sich auf „Verarbeitung“ bezieht und sich der Absatz deshalb nicht nur auf die Zweckänderung, sondern auf jede Form der Verarbeitung zu privilegierten Zwecken bezieht. Dabei sollte nicht übersehen werden, dass dies die Privilegierung in Art. 5 Abs. 1 lit. e DS-GVO zu einem guten Teil aushebelt. Sie ist aber immer noch als Bekräftigung dieser Privilegierung im Verhältnis zu den sonst in der Verordnung sehr stark ausgeprägten Grundsätzen der Datenminimierung und Speicherbegrenzung sinnvoll.

Der genannte Widerspruch sollte also so aufgelöst werden, dass Art. 5 Abs. 1 lit. e DS-GVO im Kontext der zulässigen Sekundärnutzung nach Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO zu sehen ist. Mithin ist in diesen Fällen die Pflicht zur Anonymisierung nicht mehr hinsichtlich des ursprünglichen Zwecks, sondern hinsichtlich des Zwecks des Forschungsvorhabens zu beurteilen; aus diesem Grund dürfen die personenbezogenen Daten „länger gespeichert werden“. Quasi im Gegenzug dazu betont Art. 89 Abs. 1 Satz 1 bis 3 die Notwendigkeit zur Pseudonymisierung oder Vornahme ähnlicher technischer und organisatorischer Maßnahmen. Art. 89 Abs. 1 Satz 4 DS-GVO betrifft hingegen die weitere Verarbeitung zum Forschungszweck selbst. Sobald dieser Zweck auch mit anonymisierten Daten erreicht werden kann, sind die Daten zu anonymisieren. Insoweit besteht also kein Unterschied zu § 30a Abs. 3 Satz 1 BDSG.

## 5. Mitgliedstaatliche Regelungen

Die Datenschutz-Grundverordnung enthält ausdrückliche Öffnungsklauseln und – möglicherweise – implizite Regelungslücken. Diese eröffnen den Mitgliedstaaten Handlungsspielräume, innerhalb derer sie die europäischen Regeln ersetzen, ergänzen oder konkretisieren können. Es stellt sich deshalb die Frage, ob der deutsche Gesetzgeber die Regelung in § 30a BDSG beibehalten oder andere nationale Bestimmungen für die Markt- und Meinungsforschung schaffen könnte.

### 5.1 Regelungsbefugnisse aufgrund Bezügen zu anderen Rechtsgebieten

Es wurde bereits festgestellt, dass die für die Markt- und Meinungsforschung zumindest in den Grenzbereichen zur Werbung relevanten § 7 Abs. 2 Nr. 2 bis 4, Abs. 3 UWG fortgelten (können), weil sie sich auf die Datenschutzrichtlinie für elektro-

nische Kommunikation stützen und deshalb nicht vom Anwendungsvorrang der Datenschutz-Grundverordnung erfasst werden.<sup>93</sup> Auch in anderen Bereichen ist es möglich, dass Normen des geltenden deutschen Datenschutzrechts fortgelten können, weil sie materiell – zumindest auch – anderen Rechtsgebieten zugehören, in denen die Mitgliedstaaten originäre Regelungsbefugnisse haben oder aufgrund von Öffnungsklauseln in anderen europäischen Grundlagen weiter handeln dürfen. So können bestimmte Schutzvorschriften auch als Teil des Verbraucherschutz- oder allgemeinen Vertragsrechts aufgefasst werden. Für die Vorschriften zur Markt- und Meinungsforschung lässt sich aber kaum in diese Richtung argumentieren.

### 5.2 Öffnungsklauseln der Datenschutz-Grundverordnung

In der Datenschutz-Grundverordnung wird von dem Instrument der Öffnungsklausel umfangreich Gebrauch gemacht. In – je nach Zählweise – zwischen 50 bis 60 Klauseln<sup>94</sup> wird den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eröffnet oder sie werden dazu verpflichtet, Ausnahmen und Abweichungen zu definieren oder spezifische Vorschriften zu erlassen. Eine spezifische Öffnungsklausel für die Markt- und Meinungsforschung besteht nicht. Ebenso wenig ist es möglich, diese – trotz ihrer Bedeutung für Entscheidungsprozesse in Politik, Wirtschaft und Gesellschaft – im Sinne von Art. 6 Abs. 1 lit. e DS-GVO als „Aufgabe [...], die im öffentlichen Interesse liegt“ zu begreifen. Hierfür reicht die ökonomische Nützlichkeit jedenfalls nicht aus. Auch für den Bereich der politisch orientierten Wahlforschung ist das Tatbestandsmerkmal zumindest dann zu verneinen, wenn diese durch private Institutionen auf rein privatrechtlicher Ebene erfolgt.<sup>95</sup>

Es kommen aber Klauseln für die wissenschaftliche Forschung sowie allgemein für die Zweckänderung in Betracht.

#### 5.2.1 Öffnungsklauseln für Zwecke der Wissenschaft

Für die Markt- und Meinungsforschung kommen die Öffnungsklauseln für die Datenverarbeitung zu „wissenschaftlichen Forschungszwecken“ in Art. 9 Abs. 2 lit. j und Art. 89 Abs. 1 und Abs. 2 DS-GVO sowie zu „wissenschaftlichen Zwecken“ in Art. 85 DS-GVO in Betracht. Diese Öffnungsklauseln sind von unterschiedlicher Relevanz für die Markt- und Meinungsforschung.

##### 5.2.1.1 Art. 89 DS-GVO

Art. 89 DS-GVO enthält zunächst in Abs. 2 eine ausdrückliche Öffnungsklausel. Diese ermöglicht den Mitgliedstaaten, bei der Verarbeitung zu wissenschaftlichen Forschungszwecken Ausnahmen von den Rechten nach Art. 15 (Auskunft), Art. 16 (Berichtigung), Art. 18 (Einschränkung) und Art. 21 DS-GVO (Widerspruch) vorzusehen, wenn diese Rechte „voraussichtlich“ die Verwirklichung des spezifischen Zwecks unmöglich machen oder ernsthaft beeinträchtigen und solche Ausnahmen für die Erfüllung des Zwecks notwendig sind. Das sind hohe Anforderungen.<sup>96</sup> Nach der überzeugenden Selbsteinschätzung der Branchenverbände fehlt es für die Markt- und Meinungsforschung am Kriterium der Notwendigkeit, weil die genannten Betroffenenrechte die Durchführung der entsprechenden Untersuchungen nicht beeinträchtigen.<sup>97</sup> Dementsprechend wäre eine Sonderregel zumindest für die Markt- und Meinungsforschung europarechtlich unzulässig.

Unklar ist, ob die Mitgliedstaaten auch hinsichtlich Art. 89 Abs. 1 DS-GVO tätig werden können, wonach die Datenverarbeitung zu wissenschaftlichen Forschungszwecken „geeigneten Garantien für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Person“ unterliegt. In diesem Absatz findet sich keine explizite Öffnungsklausel. Wohl aber deutet EG 156 auf eine solche hin:

<sup>93</sup> S.o. 3.2.2.3.

<sup>94</sup> Veil 2016.

<sup>95</sup> S. Richter, in: Roßnagel 2017, S. 252; anders dürfte dies für die mit öffentlichen Mitteln finanzierte Forschung an Universitäten sein, s. Johannes, ebd., S. 240 f.

<sup>96</sup> Kühling et al. 2016, S. 298.

<sup>97</sup> ADM et al. 2016, S. 2 ff.

„Die Mitgliedstaaten sollten geeignete Garantien in Bezug auf die Verarbeitung personenbezogener Daten für im öffentlichen Interesse liegende Archivzwecke, zu wissenschaftlichen oder historischen Forschungszwecken oder zu statistischen Zwecken vorsehen.“<sup>98</sup>

Diese Formulierung könnte sich auf die Garantien nach Art. 89 Abs. 1 DS-GVO beziehen. Dafür könnte auch die Entstehungsgeschichte sprechen, weil nämlich sowohl Art. 89 Abs. 1 DS-GVO als auch der genannte Satz in EG 156 erstmals in der Trilogversion auftauchen;<sup>99</sup> bis dahin hatten sich die „geeigneten Garantien“ in den Entwürfen nur auf die Einschränkungen der Betroffenenrechte (heute Art. 89 Abs. 2 DS-GVO) bezogen. Nach der Systematik von Art. 89 DS-GVO liegt die Annahme einer Regelungsbefugnis der Mitgliedstaaten auch für Art. 89 Abs. 1 DS-GVO allerdings nicht nahe, weil die Norm in Abs. 2 eine solche Befugnis in expliziter Form enthält, während Abs. 1 dazu schweigt. Auch die Systematik von EG 156 deutet darauf hin, dass sich der genannte Satz auf Art. 89 Abs. 2 DS-GVO bezieht. Er steht nämlich hinter vielen Erläuterungen zu Abs. 1 und im Zusammenhang mit den im nächsten Satz genannten Einschränkungen der Betroffenenrechte.

Schließlich erwähnt auch der Standpunkt des Rates zum Ergebnis des Trilogs die Befugnisse der Mitgliedstaaten nur im Hinblick auf die Betroffenenrechte.<sup>100</sup> Wenn sogar die Ratsvertreter – die sich in den Beratungen erheblich für Befugnisse der Mitgliedstaaten stark gemacht haben – offenbar nicht von einer allgemeinen Öffnungsklausel für Regelungen zur Forschung insgesamt ausgingen, sollte unter diesen Umständen nicht davon ausgegangen werden, der europäische Gesetzgeber habe eine solche mit dem eher versteckten Satz in EG 156 vornehmen wollen, ohne dafür in Art. 89 Abs. 1 DS-GVO auch nur ein Indiz einzufügen.

Im Ergebnis richtet sich Art. 89 Abs. 1 DS-GVO also an die Verantwortlichen<sup>101</sup> und bekräftigt, dass diese spezifische Maßnahmen zur Sicherung der Rechte und Freiheiten der Betroffenen vorsehen müssen – beispielsweise in Form der genannten Selbstverpflichtung<sup>102</sup> und insbesondere hinsichtlich Pseudonymisierung und Anonymisierung.<sup>103</sup> Die Mitgliedstaaten können nach Art. 89 Abs. 2 DS-GVO Ausnahmen von einigen (nicht allen) Betroffenenrechten vorsehen und (nur) für diese Ausnahmen auch geeignete Garantien regeln.

### 5.2.1.2 Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO

Für die wissenschaftliche Forschung besteht daneben die Öffnungsklausel in Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO für den Umgang mit besonderen Kategorien personenbezogener Daten (Art. 9 Abs. 1 DS-GVO).<sup>104</sup> Für diese Daten dürfen die Mitgliedstaaten umfassende Regelungen zur Zulässigkeit der Datenverarbeitung vorsehen. Dafür bestehen mehrere Bedingungen: Die Verarbeitung muss zum Forschungszweck erforderlich sein, die nationale Regelung muss verhältnismäßig sein und den Wesensgehalt des Rechts auf Datenschutz wahren und es müssen „angemessene und spezifische Maßnahmen zur Wahrung der Grundrechte und Interessen der betroffenen Person“ vorgesehen werden.

Derartige Regelungen enthält das geltende Recht für die Markt- und Meinungsforschung bereits in § 30a Abs. 1 Satz 2, Abs. 5 i.V.m. § 28 Abs. 6 bis 9 BDSG. Diese kann der deutsche Gesetzgeber unter den genannten Voraussetzungen beibehalten.<sup>105</sup> Ausweislich der ersten Entwürfe des Bundesministeriums des Innern zur Anpassung des deutschen Datenschutzrechts an die Datenschutz-Grundverordnung soll diese Öffnungsklausel zur Aufrechterhaltung der Forschungsprivilegierung genutzt werden.<sup>106</sup> Dies ist sinnvoll und aus der Perspektive der Forschungsinstitute wünschenswert, weil Art. 9 Abs. 1 DS-GVO ein grundsätzliches Verbot für die dort genannten Daten

enthält und von den übrigen Ausnahmen in Art. 9 Abs. 2 DS-GVO nur die Einwilligung (lit. a) einschlägig ist.<sup>107</sup> Da diese in vielen Szenarien der Markt- und Meinungsforschung nicht praktikabel ist, könnten die Forschungsinstitute die Daten nicht verwenden. Für eine ganze Reihe von Vorhaben der Markt- und Meinungsforschung wird es erforderlich sein, Daten zu verwenden, aus denen – wie Art. 9 Abs. 1 DS-GVO formuliert – „politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen“, sowie „genetischen Daten, biometrischen Daten zur eindeutigen Identifizierung einer natürlichen Person, Gesundheitsdaten oder Daten zum Sexualleben oder der sexuellen Orientierung“ zu erheben.

### 5.2.1.3 Art. 85 DS-GVO

Auch Art. 85 DS-GVO<sup>108</sup> enthält einen Regelauftrag mit Bezügen zur Wissenschaft. Gemäß Art. 85 Abs. 1 DS-GVO bringen die Mitgliedstaaten „durch Rechtsvorschriften das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten [...] mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit, einschließlich der Verarbeitung zu journalistischen Zwecken und zu wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken, in Einklang.“ Art. 85 Abs. 2 DS-GVO präzisiert dies in einer Öffnungsklausel dahin, dass dies „Abweichungen oder Ausnahmen“ von den Kapiteln 2 bis 7 und 9 der Verordnung einschließt, „wenn dies erforderlich ist, um das Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten mit der Freiheit der Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit in Einklang zu bringen“.

Die Verarbeitung zu wissenschaftlichen Zwecken wird hier also nur in einer spezifischen Fallgruppe erfasst, nämlich als Unterfall der Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit. Konkret erfasst die Öffnungsklausel also Wissenschaftskommunikation, nämlich die Verwendung personenbezogener Daten in wissenschaftlichen Ergebnissen. Diese Beschränkung wird auch aus den ersten beiden Sätzen von EG 153 deutlich. Begrifflich wird zwischen „wissenschaftlichen Zwecken“ (Art. 85 DS-GVO) und „wissenschaftlichen Forschungszwecken“ (Art. 89 DS-GVO) unterschieden (in der englischen Sprachfassung noch deutlicher: „academic expression“ und „scientific research“). Eine etwaige nationale Regelung nach Art. 85 DS-GVO würde auch die Publikation von Ergebnissen der Markt- und Meinungsfor-

<sup>98</sup> Dieser Satz bezieht sich jedenfalls auf Art. 89 DS-GVO und nicht auf die Öffnungsklausel in Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO, die in EG 53 aufgegriffen wird.

<sup>99</sup> S. die politische Einigung: Rat der EU, Doc. 5455/16, [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST\\_5455\\_2016\\_INIT&from=DE](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_5455_2016_INIT&from=DE) (dort EG 125 und Art. 83).

<sup>100</sup> Rat der EU, Doc. 5419/16 ADD 1 REV 1, S. 34 f., [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST\\_5419\\_2016\\_ADD\\_1\\_REV\\_1&from=DE](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_5419_2016_ADD_1_REV_1&from=DE); nicht übersehen werden sollte freilich, dass die Formulierungen begrifflich verwirrend (statt von Auskunft ist von „Informationsanforderungen“ die Rede) und teilweise inhaltlich unzutreffend sind (es wird angegeben, die Mitgliedstaaten können auch Ausnahmen hinsichtlich der Rechte auf Löschung, Vergessenwerden und Datenübertragbarkeit vornehmen; auf die ersten beiden bezieht sich Art. 89 DS-GVO überhaupt nicht, auf das letzte nur in Art. 89 Abs. 3 DS-GVO für Archivzwecke).

<sup>101</sup> Pauly, in: Paal/Pauly 2017, Art. 89, Rn. 10.

<sup>102</sup> S.o. 3.3.1.

<sup>103</sup> S.o. 4.2.

<sup>104</sup> S. zu den Datenkategorien oben Fn. 13.

<sup>105</sup> Kühling et al. 2016, S. 53 und 448 f.

<sup>106</sup> BMI 2016a, S. 29 (dort § 34 DSAnpUG-EU-E); BMI 2016b, S. 27 (dort § 25 DSAnpUG-EU-E).

<sup>107</sup> Dies gilt vorbehaltlich eines mitgliedstaatlichen Verbots der Einwilligung, das Art. 9 Abs. 2 lit. a DS-GVO zulässt. Ein solches Verbot findet sich derzeit z.B. in § 28a Abs. 2 Satz 4 BDSG im Bereich des Kredit Scorings. Für den Forschungsbereich ist damit aufgrund der weiten Verbreitung und anerkannten Funktion der Einwilligung nicht zu rechnen. Denkbar wären allerdings Einschränkungen unterhalb der Schwelle des Verbots, sofern man diese als Minus zu diesem für zulässig hält (dafür Kühling et al. 2016, S. 49 f.). Hierfür käme insbesondere eine Schriftform in Betracht.

<sup>108</sup> Zum Norminhalt s. Kühling et al. 2016, S. 285 ff.

schung erfassen, hätte aber keine Relevanz für die Datenerhebung und -auswertung.

### 5.2.2 Regelungen zur Zweckänderung

Abseits der spezifisch auf die Zwecke der Wissenschaft zielenden Öffnungsklauseln könnten auch bereichsunspezifische Öffnungsklauseln für eine mitgliedstaatliche Regelung zur Markt- und Meinungsforschung fruchtbar gemacht werden. Hierfür kommt Art. 6 Abs. 4 DS-GVO in Betracht. Er lässt nationale Regelungen über Zweckänderungen zu, wenn diese Vorschriften „in einer demokratischen Gesellschaft eine notwendige und verhältnismäßige Maßnahme zum Schutz der in Art. 23 Abs. 1 genannten Ziele“ darstellen.

Zu diesen Zielen gehört nach Art. 23 Abs. 1 lit. i DS-GVO auch der Schutz der betroffenen Person und der Schutz der Rechte und Freiheiten anderer Personen. Aus dieser Formulierung wird teilweise gefolgert, der deutsche Gesetzgeber könne die Regelung zum Scoring in § 28a BDSG beibehalten. Indem die Vorschrift das Scoring unter strengen Voraussetzungen zulasse, schütze sie nicht nur den (betroffenen) Verbraucher vor Überschuldung und in seinen Datenschutzrechten, sondern wahre auch die Interessen des Handels und der Kreditwirtschaft an der Funktionsfähigkeit von Auskunftsteilen.<sup>109</sup>

Diese Argumentation ließe sich auf § 30a BDSG oder eine andere nationale Regelung zur Markt- und Meinungsforschung übertragen. Sie überzeugt aber aus zwei Gründen nicht. Zum einen wird ausgeblendet, dass man allenfalls eine Regelung zur Zweckänderung, nicht aber eine umfassende Regelung der Zulässigkeit des Scorings (oder der Markt- und Meinungsforschung) oder der hierzu erforderlichen Datenverarbeitungsvorgänge auf Art. 6 Abs. 4 DS-GVO stützen könnte.<sup>110</sup> Die Befugnis erstreckt sich auf die Ermöglichung von Zweckänderungen zu an sich inkompatiblen Zwecken<sup>111</sup> – und nicht auf die Einschränkung von originären Datenverarbeitungen, die an sich nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO zulässig sind. Da mit der Erhebung von Kontaktdaten oder Inhalten der Umfragen durch die Forschungsinstitute regelmäßig keine Zweckänderung verbunden ist, würde dies also die relevanten Vorgänge nicht erfassen.

Zum anderen ist der Verweis in Art. 6 Abs. 4 DS-GVO auf die in Art. 23 Abs. 1 lit. i DS-GVO geregelten Ziele „Schutz der betroffenen Person“ und „Rechte und Freiheiten anderer Personen“ enger zu verstehen als nach der genannten Ansicht. De facto enthalten nämlich alle materiellen Anforderungen der Daten-

schutz-Grundverordnung Regelungen, die diese beiden Ziele verfolgen und dort, wo sie miteinander in Konflikt kommen, ausgleichen. Wäre eine nationale Regelung allein deshalb zulässig, weil sie dasselbe Ziel verfolgt, würden alle Anforderungen der Verordnung zur Disposition der Mitgliedstaaten gestellt. Dies kann offensichtlich nicht der Fall sein.

Im konkreten Beispiel ist es sogar noch deutlicher: Sowohl die Markt- und Meinungsforschung als auch das Scoring richten sich materiell nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO. Von den Alternativen des Abs. 1 Satz 1 dürfen die Mitgliedstaaten ausweislich Art. 6 Abs. 2 DS-GVO „spezifischere Bestimmungen zur Anpassung der Anwendung der Vorschriften dieser Verordnung“ beibehalten und einführen – aber nur für lit. c und lit. e.<sup>112</sup> Dass hier nicht auf lit. f verwiesen wird, war eine bewusste Entscheidung des europäischen Gesetzgebers und kann nicht durch die erwähnte Argumentation überspielt werden. Im Ergebnis können die Mitgliedstaaten darum im Wege des Art. 6 Abs. 4 i.V.m. Art. 23 Abs. 1 lit. i DS-GVO keine Regelungen treffen, die unter Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO fallen würden.

### 5.3 Regelungslücken und Konkretisierungskompetenzen

Eine bislang nur aufgeworfene, aber noch weitgehend ungeklärte Frage ist, ob die Datenschutz-Grundverordnung es den Mitgliedstaaten erlaubt, jenseits der expliziten Öffnungsklauseln und Regelungsaufträge gesetzgeberisch tätig zu werden. Dies könnte dort der Fall sein, wo die Normen der Verordnung aufgrund ihres generalklauselartigen Charakters einer Konkretisierung bedürfen.<sup>113</sup>

Während manche Stimmen in der Literatur offenbar davon ausgehen, dass dies nicht zulässig ist,<sup>114</sup> plädieren andere für eine sehr weitgehende, quasi implizite Kompetenz der Mitgliedstaaten.<sup>115</sup> Anwendungsvorrang könne eine Verordnungsnorm nur dann beanspruchen, wenn sie unmittelbar anwendbar sei; dies sei bei Normen nicht der Fall, die der Vervollständigung bedürften. Überdies seien nationale Normen zulässig, die nicht im Widerspruch zu den Vorgaben der Verordnung stünden, weil sie diese nur ergänzten.

Zutreffend ist, dass es so genannte „hinkende“ Verordnungen gibt, die aufgrund einer ausdrücklichen Ermächtigung durch nationale Gesetzgeber konkretisiert werden müssen.<sup>116</sup> Ob ein derartiges „Hinken“ auch eine implizite Ermächtigung beinhalten kann, ist demgegenüber deutlich weniger klar.<sup>117</sup> Insbesondere muss man sich im konkreten Fall insoweit mit dem Problem auseinandersetzen, dass die Datenschutz-Grundverordnung spezifische Öffnungsklauseln enthält und deshalb prima facie davon ausgegangen werden sollte, dass in den Bereichen der Verordnung, die solche Klauseln nicht enthalten, gerade keine Kompetenz der Mitgliedstaaten besteht.

Von diesem Grundsatz mag man eine Ausnahme machen, wenn eine Norm überhaupt nicht anwendbar ist, ohne dass weitere Einzelheiten oder beispielsweise die Zuständigkeit für die Durchführung geklärt sind. In einem derartigen Fall lässt sich argumentieren, dass ein Durchführungsrechtsakt zwingend erforderlich ist und im Bereich der geteilten Unionskompetenzen nach Art. 4 AEUV die Mitgliedstaaten einspringen dürfen, sofern der Unionsgesetzgeber nicht gehandelt hat.

Auf einer völlig anderen Ebene liegt es aber, eine allgemeine Konkretisierungs- oder Ergänzungskompetenz allein deshalb anzunehmen, weil man die jeweilige Sachfrage präziser regeln könnte als dies in der Datenschutz-Grundverordnung erfolgt ist. Mit anderen Worten ist es zwar rechtspolitisch strikt abzulehnen, die komplexen Fragen der §§ 6b, 6c, 28, 28a, 28b, 29, 30, 30a BDSG sowie vieler Spezialgesetze wie §§ 12 bis 15 TMG in

**109** Taeger, ZRP 2016, S. 72, 74 f. (zum Zeitpunkt der Veröffentlichung noch Art. 6 Abs. 3a DS-GVO); ebenso Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. 2016, S. 5 f.; diesen Ansatz verfolgen auch §§ 38 f. (1. Entwurf) und §§ 27 ff. (2. Entwurf) des DSAnpUG-EU-E, BMI 2016a, S. 30 ff. bzw. BMI 2016b, S. 28 ff. Die Entwürfe stützten sich allerdings auf Art. 23 Abs. 1 lit. e DS-GVO (S. 72 bzw. 93) – und nicht wie Taeger auf lit. i. Nach Auffassung des *BMJV* ist ein solches Vorgehen nicht durch diese Öffnungsklauseln gedeckt, s. *dass.* 2016, S. 39 f.; ebenso *BfDI* 2016, 44, 15 f. und *Ehrigl/Glatzner*, PinG 2016, S. 211, 213 f.

**110** Insofern kann nicht „der Erhalt des § 28a BDSG“ (also der ganzen Vorschrift) auf die Öffnungsklausel gestützt werden (so aber Taeger, ZRP 2016, S. 72, 74).

**111** *Kühling et al.* 2016, S. 39.

**112** Dies betrifft Verarbeitungen zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung, der der Verantwortliche unterliegt (lit. c) und solche zur Wahrnehmung einer Aufgabe, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt, die dem Verantwortlichen übertragen wurde (lit. e).

**113** Dies ist in vielen Bereichen der Fall, s. pointiert *Roßnagel*, Ausschuss-Drs. 18(24)94, S. 1 ff.

**114** So wird diese Möglichkeit in dem umfassenden Gutachten zur Regelungskompetenz der Mitgliedstaaten von *Kühling et al.* 2016 nicht erwähnt.

**115** S. *Roßnagel*, Ausschuss-Drs. 18(24)94, S. 5 ff.; Taeger, ZRP 2016, S. 72 ff.

**116** *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert* 2016, Art. 288 AEUV, Rn. 21; *Schroeder*, in: *Streinz* 2012, Art. 288 AEUV, Rn. 60 f.

**117** „Ausdrückliche oder implizite Vorbehalte zugunsten der Mitgliedstaaten“ erwähnen auch *Jarass/Beljin*, NVwZ 2014, S. 1, 4; s.a. *Jarass* 1994, S. 37 ff.

der Generalklausel des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO aufgehen zu lassen. Dies allein begründet aber noch keine Kompetenz der Mitgliedstaaten, sondern kann auch Ausdruck eines anderen Regelungskonzepts sein, das die Interessenabwägung nicht den Mitgliedstaaten, sondern den Verantwortlichen selbst zuweist und durch Aufsichtsbehörden und Gerichte kontrollieren lässt. Hinzu kommt, dass es jedenfalls nicht angeht, die deutschen Vorstellungen des erforderlichen Präzisierungsgrads einer Rechtsnorm als Maßstab anzulegen und immer dort eine Kompetenz der Mitgliedstaaten anzunehmen, wo die Datenschutz-Grundverordnung abstrakter vorgeht als das bisherige deutsche Recht.

Dieses Problem der impliziten Kompetenzen der Mitgliedstaaten kann hier nicht umfassend erörtert werden, weil es für jede Norm der Verordnung separat zu entscheiden ist.<sup>118</sup> Für den konkreten Fall von Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO spricht aber jedenfalls mehr dafür, dass die Mitgliedstaaten hier nicht – also auch nicht für die Markt- und Meinungsforschung – tätig werden dürfen. Der Europäische Gerichtshof hat bereits die sehr ähnliche Vorgängerregelung in Art. 7 lit. f DSRL für unmittelbar anwendbar erklärt.<sup>119</sup> In einem anderen Verfahren hat er zudem entschieden, dass der Spielraum der Mitgliedstaaten nicht so weit reicht, die in dieser Norm vorgesehene Interessenabwägung<sup>120</sup> gesetzlich komplett vorwegzunehmen. Vielmehr müsse jede in Umsetzung des Art. 7 lit. f DSRL ergangene nationale Bestimmung stets auch die Möglichkeit einer Interessenabwägung bieten, die aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls anders als beim gesetzlichen Regelfall ausfallen könne.<sup>121</sup> Da dies bei mehreren deutschen Gesetzen nicht der Fall ist, stellt sich sogar die Frage, ob nicht einige dieser Verarbeitungsverbote bereits heute europarechtswidrig sind.

Nimmt man schlussendlich die Tatsache hinzu, dass Art. 6 Abs. 2 DS-GVO spezifische Bestimmungen zur Anpassung der Anwendung der Verordnung ausdrücklich nur für die Erlaubnistatbestände in Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. c und e DS-GVO zulässt, so kommt man nicht umhin, eine Präzisierungsbefugnis der Mitgliedstaaten für Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO zu verneinen.<sup>122</sup> Dies gilt auch für die Markt- und Meinungsforschung.

#### 5.4 Zwischenergebnis

Insgesamt erlaubt das europäische Recht den Mitgliedstaaten im Bereich der Markt- und Meinungsforschung keine umfangreichen bereichsspezifischen Regelungen. Rechtlich möglich wären Einschränkungen der Betroffenenrechte nach Art. 89 Abs. 2 DS-GVO, dessen Tatbestandsvoraussetzungen für die Branche aber nicht vorliegen.<sup>123</sup> § 30a Abs. 5 i.V.m. § 28 Abs. 6 bis 9 BDSG kann gemäß Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO beibehalten werden. Weitere Regelungen sind nicht möglich.

### 6. Selbstregulierung

Abschließend soll auf eine Möglichkeit hingewiesen werden, eine bereichsspezifische Konkretisierung der Anforderungen an die Markt- und Meinungsforschung zu erreichen. Art. 40 und 41 DS-GVO regeln deutlich präziser als bisher die Möglichkeit von Verhaltensregeln (Codes of Conduct) für einzelne Verarbeitungsbereiche. Durch sie können die jeweiligen Branchenverbände selbst Konkretisierungen für die Datenverarbeitung in ihrem Bereich erarbeiten und durch die Aufsichtsbehörden genehmigen lassen. Für die Markt- und Meinungsforschung kann dazu auf die Berufsgrundsätze und Standesregeln zurückgegriffen werden (s. 3.2.2.2), die allerdings in dem spezifischen Verfahren der Datenschutz-Grundverordnung genehmigt werden müssten.

Dies bindet zwar weder den Betroffenen noch die Gerichte in ihrer Auslegung der Datenschutz-Grundverordnung. Es bietet

aber gegenüber den Aufsichtsbehörden ein gesteigertes Maß an Rechtssicherheit und darüber hinaus weitere Vorteile: Die Einhaltung von Verhaltensregeln dient als Nachweis der Erfüllung der Pflichten der Verordnung (Art. 24 Abs. 3 DS-GVO), insbesondere zur Sicherheit der Verarbeitung (Art. 32 Abs. 3 DS-GVO), sie erleichtert die Umsetzung der Auftragsdatenverarbeitung (Art. 28 Abs. 5 DS-GVO), ist bei der Datenschutz-Folgenabschätzung zu berücksichtigen (Art. 35 Abs. 8 DS-GVO), erleichtert Übermittlungen in Drittstaaten (Art. 46 Abs. 2 lit. e DS-GVO) und ist bei der Verhängung von Sanktionen mildernd zu berücksichtigen (Art. 83 Abs. 2 lit. j DS-GVO).<sup>124</sup> Auch für die Markt- und Meinungsforschung erscheinen Verhaltensregeln als ein sinnvolles Instrument zur Präzisierung und Konkretisierung der teilweise sehr vagen Anforderungen der Verordnung.

### 7. Fazit

Das Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung wird die rechtlichen Rahmenbedingungen der Markt- und Meinungsforschung zwar nicht fundamental, aber doch in einigen wichtigen Punkten verändern. Der europäische Gesetzgeber hat einen weiten Begriff der wissenschaftlichen Forschung verwendet, sodass alles dafür spricht, dass dieser auch die Markt- und Meinungsforschung erfasst. Dies eröffnet die Befugnis zur Sekundärnutzung anderweitig erhobener Daten in den Grenzen von Art. 5 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 89 DS-GVO.

Die grundsätzliche Privilegierung wissenschaftlicher Forschung ist auch bei der Abwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO zu berücksichtigen. Dies setzt freilich voraus, dass die Branche sich weiterhin an ihre Selbstverpflichtung hält, weil diese weitreichende Schutzvorgaben zugunsten der datenschutzrechtlich Betroffenen enthält. Unter dieser Voraussetzung wird die Datenverarbeitung ganz überwiegend zulässig sein – freilich mit der wichtigen Einschränkung, dass das Inkrafttreten der Verordnung nichts an den Anforderungen von § 7 UWG ändert. Wenn also Markt- und Meinungsforschung die Grenze zum wettbewerbsrechtlichen Werbebegriff überschreitet (was insbesondere bei Kundenzufriedenheitsbefragungen der Fall sein kann), ist eine vorherige Einwilligung der Betroffenen erforderlich.

Die inhaltlichen Anforderungen aus Art. 89 DS-GVO unterscheiden sich etwas, aber nicht grundlegend von § 30a BDSG. Insofern besteht kein Anlass für die Branche, von ihrer Selbstverpflichtung abzurücken.

Zur normativen Konkretisierung der abstrakten Anforderungen der Verordnung gibt es für den deutschen Gesetzgeber nur wenige Möglichkeiten. Praktisch relevant dürfte nur die zulässige

**118** Dabei dürfte z.B. die von *Roßnagel*, Ausschuss-Drs. 18(24)94, S. 6 (dem folgend *Taeger*, ZRP 2016, S. 72, 75) vorgeschlagene Beibehaltung von § 34 Abs. 2 und 4 BDSG trotz der Regelung in Art. 15 Abs. 1 lit. h DS-GVO zu weitgehend sein: Wenn das Unionsrecht dem Betroffenen im Bereich der automatischen Entscheidungsfindung einen Anspruch auf „Informationen über die involvierte Logik“ gibt, kann der nationale Gesetzgeber diese – im Vergleich zum Rest der Verordnung ohnehin relativ präzise – Bestimmung nicht durch die sehr detaillierten Regelungen des bisherigen deutschen Rechts präzisieren. Diese Präzisierung könnte nämlich in jedem Mitgliedstaat ganz unterschiedlich ausfallen. Ein solches Vorgehen würde die angestrebte Harmonisierung unmöglich machen.

**119** EuGH, ECLI:EU:C:2011:777, Rn. 50 ff. – *ASNEF*.

**120** Die Verarbeitung ist danach zulässig, wenn sie „erforderlich [ist] zur Verwirklichung des berechtigten Interesses, das von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen oder von dem bzw. den Dritten wahrgenommen wird, denen die Daten übermittelt werden, sofern nicht das Interesse oder die Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die gemäß Art. 1 Abs. 1 geschützt sind, überwiegen.“

**121** EuGH, ECLI:EU:C:2016:779, Rn. 61 ff. – *Breyer*; unter Verweis auf die Schlussanträge des Generalanwalts, ECLI:EU:C:2016:339, Rn. 96 ff.

**122** So *Roßnagel*, Ausschuss-Drs. 18(24)94, S. 14 f.; tendenziell auch *Kühling/Martini*, EuZW 2016, S. 448, 451; a.A. *Taeger*, ZRP 2016, S. 72, 74 (danach soll § 28a BDSG sogar als „Konkretisierung des Art. 6 I Buchst. f geboten“ sein).

**123** S.o. 5.2.1.1.

**124** *Kranig/Peintinger*, ZD 2014, S. 3-9.

und sinnvolle Beibehaltung von § 30a Abs. 5 i.V.m. § 28 Abs. 6 bis 9 BDSG sein. Angesichts der vielen positiven Folgen des gestärkten Instruments der Verhaltensregeln sollten die Verbände



**Prof. Dr. Gerrit Hornung, LL.M.**

ist Professor für Öffentliches Recht, IT-Recht und Umweltrecht an der Universität Kassel und Direktor am Wissenschaftlichen Zentrum für Informationstechnik-Gestaltung (ITeG) sowie Mitglied des Wissenschaftsbeirats der ZD.

sondieren, ob dies ein sinnvoller Weg der Stabilisierung der Selbstverpflichtung (und gegebenenfalls ihrer weiteren Verbreitung in Europa) sein könnte.



**Kai Hofmann**

ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Fachgebiet Öffentliches Recht, IT-Recht und Umweltrecht an der Universität Kassel.

■ Der Beitrag basiert auf einem Gutachten für den ADM Arbeitskreis Deutscher Markt- und Sozialforschungsinstitute e.V.

## Literatur

*Albrecht, Jan Philipp*, Das neue EU-Datenschutzrecht – von der Richtlinie zur Verordnung, Überblick und Hintergründe zum finalen Text für die Datenschutz-Grundverordnung der EU nach der Einigung im Trilog, CR 2016, S. 88-98.

*Albrecht, Jan Philipp/Jotzo, Florian*, Das neue Datenschutzrecht der EU. Grundlagen, Gesetzgebungsverfahren, Synopse, Baden-Baden 2017.

*Arbeitskreis Deutscher Markt- und Sozialforschungsinstitute e.V. (ADM)/Arbeitsgemeinschaft Sozialwissenschaftlicher Institute e.V. (ASI)/Berufsverband Deutscher Markt- und Sozialforscher e.V. (BMV)/Deutsche Gesellschaft für Online-Forschung e.V. (DGOF)*, Erklärung für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland zum ICC/ESOMAR Internationalen Kodex für die Markt- und Sozialforschung, 2008.

*dies.*, Gemeinsame Stellungnahme der Verbände der Markt- und Sozialforschung in Deutschland zu den in Artikel 89 der Datenschutz-Grundverordnung vorgesehenen Garantien und Ausnahmen sowie zur Verarbeitung personenbezogener Daten von Kindern, Frankfurt am Main 2016, [http://www.adm-ev.de/fileadmin/user\\_upload/PDFS/ADM-Stellungnahme-Artikel-89-DS-GVO.pdf](http://www.adm-ev.de/fileadmin/user_upload/PDFS/ADM-Stellungnahme-Artikel-89-DS-GVO.pdf).

*Art. 29-Datenschutzgruppe*, Opinion 03/2013 on purpose limitation, WP 203, Brüssel 2013.

*Auernhammer, Herbert* (Begr.), BDSG, Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz – Nebengesetze. 4. Aufl., Köln 2014.

*Buchner, Benedikt*, Grundsätze und Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung unter der DS-GVO, DuD 2016, S. 155-161.

*Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV)*, Stellungnahme zum DSAnpUG-EU-E, 2016, [https://netzp politik.org/wp-upload/2016/09/BMJV\\_Stellungnahme\\_DSAnpUG\\_EU.pdf](https://netzp politik.org/wp-upload/2016/09/BMJV_Stellungnahme_DSAnpUG_EU.pdf).

*Bundesministerium des Innern (BMI)*, Referentenentwurf DSAnpUG-EU, 1. Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Datenschutz-Grundverordnung und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680, 2016a, [https://netzp politik.org/wp-upload/2016/09/Referentenentwurf\\_DSAnpUG\\_EU.pdf](https://netzp politik.org/wp-upload/2016/09/Referentenentwurf_DSAnpUG_EU.pdf).

*Bundesministerium des Innern (BMI)*, Referentenentwurf DSAnpUG-EU, 2. Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Datenschutz-Grundverordnung und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680, 2016b, [https://www.datenschutzverein.de/wp-content/uploads/2016/11/2016-11-11\\_DSAnpUG-EU-BDSG-neu\\_Entwurf-2\\_Ressortabstimmung.pdf](https://www.datenschutzverein.de/wp-content/uploads/2016/11/2016-11-11_DSAnpUG-EU-BDSG-neu_Entwurf-2_Ressortabstimmung.pdf).

*Calliess, Christian/Ruffert, Matthias* (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta. 5. Aufl., München 2016.

*Däubler, Wolfgang/Klebe, Thomas/Wedde, Peter/Weichert, Thilo* (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, Kompaktkommentar zum BDSG. 5. Aufl., Frankfurt am Main 2016.

*Die Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI)*, Stellungnahme zum Entwurf eines Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetzes EU-DSAnpUG-EU, 31.8.2016, [https://cdn.netzpolitik.org/wp-upload/2016/09/BfDI\\_Stellungnahme\\_DSAnpUG\\_EU.pdf](https://cdn.netzpolitik.org/wp-upload/2016/09/BfDI_Stellungnahme_DSAnpUG_EU.pdf).

*Ehrig, Lina/Glatzner, Florian*, Kreditscoring nach der Datenschutz-Grundverordnung: Sollen – und können – die bisherigen Regeln des BDSG erhalten bleiben?, PinG 2016, S. 211-214.

*Faulbaum, Frank/Stahl, Matthias/Wiegand, Erich* (Hrsg.), Qualitätssicherung in der Umfrageforschung, Neue Herausforderungen für die Markt- und Sozialforschung, Wiesbaden 2012.

*Gola, Peter/Schomerus, Rudolf* (Begr.), BDSG, Kommentar. 12. Aufl., München 2015.

*Gola, Peter/Schulz, Sebastian*, Listenprivileg, Drittinteresse, Zweckbindung, Anmerkungen zum postalischen Direktmarketing in den Entwürfen für eine EU-Datenschutzgrundverordnung, K&R 2015, S. 609-615.

*Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, EUV/AEUV. 58. EL, München 2016.

*Gutachter-Ausschuss für Wettbewerbsfragen*, Gutachten 1 – 4/96 1. Telefonumfragen von Marktforschungsunternehmen, WRP 1997, S. 298-301.

*Haug, Thomas W.*, Stellen Anrufe zu Zwecken der Kundenzufriedenheitsermittlung oder der Werbezustellungskontrolle Telefonwerbung dar?, K&R 2010, S. 767-770.

*Hornung, Gerrit*, Die europäische Datenschutzreform – Stand, Kontroversen und weitere Entwicklung, in: Scholz, Matthias/Funk, Axel (Hrsg.), DGRI-Jahrbuch 2012, Köln 2013, S. 1-24.

*ders.*, Datenschutzrechtliche Aspekte der Social Media, in: Hornung, Gerrit/Müller-Terpitz, Ralf (Hrsg.), Rechtshandbuch Social Media, Heidelberg Germany 2015, S. 79-130.

*Hornung, Gerrit/Hofmann, Kai*, Die Zulässigkeit der Markt- und Meinungsforschung nach Datenschutz- und Wettbewerbsrecht (Teil 1), WRP 2014, S. 776-785.

*dies.*, Die Zulässigkeit der Markt- und Meinungsforschung nach Datenschutz- und Wettbewerbsrecht (Teil 2), WRP 2014, S. 910-919.

*Hornung, Gerrit/Müller-Terpitz, Ralf* (Hrsg.), Rechtshandbuch Social Media, Heidelberg Germany 2015.

*Hug, Heralt/Gaugenrieder, Eileen*, Cold Calls in der Marktforschung?, WRP 2006, S. 1420-1427.

*International Chamber of Commerce (ICC)/European Society for Opinion and Market Research (ESOMAR), Internationaler Kodex für die Markt- und Sozialforschung, 2007.*

*Jarass, Hans D., Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, Die Vorgaben des Rechts der Europäischen Gemeinschaft für die nationale Rechtsanwendung und die nationale Rechtssetzung nach Maastricht, Köln, Berlin, Bonn, München 1994.*

*ders., Charta der Grundrechte der Europäischen Union, unter Einbeziehung der vom EuGH entwickelten Grundrechte, der Grundrechtsregelungen der Verträge und der EMRK. 2. Aufl., München 2013.*

*Jarass, Hans D./Beljin, Sasa, Die Bedeutung von Vorrang und Durchführung des EG-Rechts für die nationale Rechtssetzung und Rechtsanwendung, NVwZ 2014, S. 1-11.*

*Keppeler, Lutz Martin, Was bleibt vom TMG-Datenschutz nach der DS-GVO?, Lösung und Schaffung von Abgrenzungsproblemen im Multimedia-Datenschutz, MMR 2015, S. 779-783.*

*Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Preisangabenverordnung, Unterlassungsklagengesetz, Dienstleistungs-Informationspflichten-Verordnung. 34. Aufl., München 2016.*

*Kranig, Thomas/Peintinger, Stefan, Selbstregulierung im Datenschutzrecht, Rechtslage in Deutschland, Europa und den USA unter Berücksichtigung des Vorschlags zur DS-GVO, ZD 2014, S. 3-9.*

*Kühling, Jürgen/Martini, Mario, Die Datenschutz-Grundverordnung: Revolution oder Evolution im europäischen und deutschen Datenschutzrecht?, EuZW 2016, S. 448-454.*

*Kühling, Jürgen/Martini, Mario/Heberlein, Johanna/Kühl, Benjamin/Nink, David/Weinzierl, Quirin/Wenzel, Michael, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, Erste Überlegungen zum nationalen Regelungsbedarf, Münster 2016.*

*Laue, Philip/Nink, Judith/Kremer, Sascha, Das neue Datenschutzrecht in der betrieblichen Praxis, Baden-Baden 2016.*

*Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Begr.), Grundgesetz, Kommentar. 76. EL, München 2015.*

*Meyer, Jürgen (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union. 4. Aufl., Baden-Baden 2014.*

*Monreal, Manfred, Weiterverarbeitung nach einer Zweckänderung in der DS-GVO., Chancen nicht nur für das europäische Verständnis des Zweckbindungsgrundsatzes, ZD 2016, S. 507-517.*

*Paal, Boris/Pauly, Daniel (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, München 2017.*

*Pflüger, Almut, Datenschutz in der Markt- und Meinungsforschung, RDV 2010, S. 101-106.*

*Plath, Kai-Uwe (Hrsg.), BDSG, Kommentar zum BDSG sowie den Datenschutzbestimmungen von TMG und TKG, Köln 2013.*

*Richter, Philipp, Datenschutz zwecklos? – Das Prinzip der Zweckbindung im Ratsentwurf der DS-GVO, DuD 2015, S. 735-740.*

*Roßnagel, Alexander, Schriftliche Stellungnahme zum öffentlichen Fachgespräch zur Datenschutz-Grundverordnung am 24. Februar 2016 im Ausschuss Digitale Agenda des Deutschen Bundestags, Ausschuss-Drs. 18(24)94, Berlin 2016.*

*Roßnagel, Alexander (Hrsg.), Europäische Datenschutz-Grundverordnung. Vorrang des Unionsrechts – Anwendbarkeit des nationalen Rechts, Baden-Baden 2017.*

*Schantz, Peter, Die Datenschutz-Grundverordnung – Beginn einer neuen Zeitrechnung im Datenschutzrecht, NJW 2016, S. 1841-1847.*

*Schnell, Rainer/Hill, Paul B./Esser, Elke, Methoden der empirischen Sozialforschung, 9. Aufl., München 2011.*

*Scholz, Matthias/Funk, Axel (Hrsg.), DGRI-Jahrbuch 2012, Köln 2013.*

*Schweizer, Robert, Grundsätzlich keine Anwendbarkeit des UWG auf die Medien- und insgesamt auf die Markt- und Meinungsforschung, ZUM 2010, S. 400-406.*

*Simitis, Spiros (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, Kommentar. 8. Aufl., Baden-Baden 2014.*

*Streinz, Rudolf (Hrsg.), EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union. 2. Aufl., München 2012.*

*Taeger, Jürgen, Scoring in Deutschland nach der EU-Datenschutzgrundverordnung, ZRP 2016, S. 72-75.*

*Taeger, Jürgen/Gabel, Detlev (Hrsg.), BDSG und Datenschutzvorschriften des TKG und TMG, Kommentar. 2. Aufl., Frankfurt am Main 2013.*

*Tscherwinka, Ralf, Herausforderungen und Chancen bei Zusammentreffen von Datenschutz und Umfrageforschung aus rechtlicher Sicht, in: Faulbaum, Frank/Stahl, Matthias/Wiegand, Erich (Hrsg.), Qualitätssicherung in der Umfrageforschung, Neue Herausforderungen für die Markt- und Sozialforschung, Wiesbaden 2012, S. 183-222.*

*Veil, Winfried, One continent, one data protection law?, 2016, <http://www.cr-online.de/blog/2016/02/01/one-continent-one-data-protection-law/>.*

*Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., Öffnungsklauseln ausschöpfen, nationale Spielräume nutzen, Berlin 2016, [http://www.vzbv.de/sites/default/files/vzbv\\_papier\\_datenschutzniveau\\_u\\_erhalten\\_final.pdf](http://www.vzbv.de/sites/default/files/vzbv_papier_datenschutzniveau_u_erhalten_final.pdf).*

*Wolff, Heinrich Amadeus/Brink, Stefan (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Datenschutzrecht, München 2016 (zitiert als BeckOK BDSG/Bearbeiter).*

Anke Zimmer-Helfrich | **Chefredakteurin**  
RAin Katharina Joachim | **Redakteurin**  
Karin Löscher, M.A. | **Redaktionsassistentin**

#### Herausgeber:

Prof. Dr. Thomas Hoeren, Direktor des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITM), Universität Münster – RA Prof. Dr. Jochen Schneider, Kanzlei SSW Schneider Schiffer Weihermüller, München – Prof. Dr. Martin Selmayr, Kabinettschef von Jean-Claude Juncker, Präsident der Europäischen Kommission, Brüssel/Direktor des Centrums für Europarecht, Universität Passau – RA Dr. Axel Spies, Morgan, Lewis & Bockius LLP, Washington, D.C./Frankfurt/M. – RA Tim Wybitul, FA Arbeitsrecht, Partner, Head of Compliance & Investigations Hogan Lovells, Frankfurt/M.

#### Wissenschaftsbeirat:

RAin Dr. Astrid Auer-Reinsdorff, FA IT-Recht, Berlin/Lissabon/Vorsitzende des Geschäftsführenden Ausschusses der Arbeitsgemeinschaft IT-Recht im DAV (davit) – Daniela Beaujean, Mitglied der Geschäftsleitung Recht und Regulierung/Justiziarin, Verband Privater Rundfunk und Telemedien e.V. (VPRT), Berlin – RAin Isabell Conrad, Kanzlei SSW Schneider Schiffer Weihermüller, München – RAin Susanne Dehmel, Mitglied der Geschäftsleitung Bitkom e.V., Berlin – Dr. Oliver Draf, LL.M., Leiter Datenschutz der Allianz Deutschland AG, München – RA Dr. Jens Eckhardt, FA IT-Recht, Düsseldorf/Vorstand (Recht) des Berufsverbands der Datenschutzbeauftragten Deutschlands (BvD) e.V. – RAin Dr. Sybille Gierschmann, LL.M., Partnerin Kanzlei Taylor Wessing, München/Co-Leiterin Fachausschuss Datenschutz der Deutschen Gesellschaft für Recht und Informatik e.V. (DGRI) – RA Dr. Stefan Hanloser, München – Prof. Dr. Gerrit Hornung, LL.M., Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, IT-Recht und Umweltrecht, Universität Kassel – Prof. Dr. Jacob Jousen, Lehrstuhlinhaber für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Arbeitsrecht und Sozialrecht, Ruhr-Universität Bochum – Thomas Kranig, Präsident des Bayerischen Landesamtes für Datenschutzaufsicht, Ansbach – RA Dr. Sebastian Kraska, externer Datenschutzbeauftragter, IITR GmbH, München – Prof. Dr. Thomas Petri, Der Bayerische Landesbeauftragte für den Datenschutz, München – Prof. Dr. Andreas Popp, M.A., Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, FB Rechtswissenschaft, Universität Konstanz – Prof. Dr. Alexander Roßnagel, Universitätsprofessor für Öffentliches Recht, Universität Kassel/Leiter der Projektgruppe verfassungsverträgliche Technikgestaltung (provet) – RA Dr. Christian Schröder, Partner und Leiter des Fachbereichs IP/IT & Data Protection Practice Group in der Kanzlei ORRICK, HERRINGTON & SUTCLIFFE LLP, Düsseldorf – RA Dr. Jyn Schultze-Melling, LL.M., Berlin – Prof. Paul M. Schwartz, Professor der Rechtswissenschaft an der University of California – Berkeley Law School/Direktor des Berkeley Center for Law & Technology, USA – RA Thorsten Sörup, Aderhold Rechtsanwälts-Gesellschaft mbH, Frankfurt/M. – Prof. Dr. Jürgen Taeger, Lehrstuhlinhaber für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Rechtsinformatik, Universität Oldenburg/Vorsitzender der Deutschen Stiftung für Recht und Informatik (DSRI) – RA Florian Thoma, Senior Director, Global Data Privacy, Accenture AG, stv. Leiter des AK Datenschutz des Bitkom e.V. – Prof. Dr. Marie-Theres Tinnefeld, Professorin für Datenschutz und Wirtschaftsrecht, Hochschule München

**Redaktion:** Anke Zimmer-Helfrich, Chefredakteurin (verantwortlich für den Textteil); RAin Katharina Joachim, Redakteurin; Karin Löscher, M.A., Redaktionsassistentin, Wilhelmstr. 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 40 03 40, 80703 München, Telefon: 089/381 89-226, Telefax: 089/381 89-197, E-Mail: zd@beck.de

**Manuskripte:** Manuskripte sind an die Redaktion zu senden. Der Verlag haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Sie können nur zurückgegeben werden, wenn Rückporto beigefügt ist. Die Annahme zur Veröffentlichung muss schriftlich erfolgen. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag C.H.BECK an seinem Beitrag für die Dauer des gesetzlichen Urheberrechts das exklusive, räumlich und zeitlich unbeschränkte Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung in körperlicher Form, das Recht zur öffentlichen Wiedergabe und Zugänglichmachung, das Recht zur Aufnahme in Datenbanken, das Recht zur Speicherung auf elektronischen Datenträgern und das Recht zu deren Verbreitung und Vervielfältigung sowie das Recht zur sonstigen Verwertung in elektronischer Form. Hierzu zählen auch heute noch nicht bekannte Nutzungsformen. Das in § 38 Abs. 4 UrhG niedergelegte zwingende Zweitverwertungsrecht des Autors nach Ablauf von 12 Monaten nach der Veröffentlichung bleibt hiervon unberührt.

**Urheber- und Verlagsrechte:** Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, denn diese sind geschützt, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung erarbeitet oder redigiert worden sind. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form vervielfältigt, verbreitet oder öffentlich wiedergegeben oder zugänglich gemacht, in Datenbanken aufgenommen, auf elektronischen Datenträgern gespeichert oder in sonstiger Weise elektronisch vervielfältigt, verbreitet oder verwertet werden.

**Anzeigenabteilung:** Verlag C.H.BECK, Anzeigenabteilung, Wilhelmstraße 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 40 03 40, 80703 München. Media-Beratung: Telefon 089/3 81 89-687, Telefax 089/3 81 89-589. Disposition, Herstellung Anzeigen, technische Daten: Telefon (0 89) 3 81 89-603, Telefax 089/3 81 89-589, E-Mail anzeigen@beck.de  
Verantwortlich für den Anzeigenteil: *Bertram Götz*

**Verlag:** Verlag C.H.BECK oHG, Wilhelmstraße 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 40 03 40, 80703 München, Tel.: 089/381 89-0, Telefax: 089/38 18 93 98, Postbank München IBAN: DE82 7001 0080 0006 2298 02, BIC: PBNKDEFFXXX.

**Erscheinungsweise:** Monatlich.

**Bezugspreise 2017:** Jährlich (inkl. Datenbank ZDDirekt und Newsdienst ZD-Aktuell für einen Nutzer) € 235,- (inkl. MwSt.). Vorzugspreis für Studenten und Rechtsreferendare € 109,- (inkl. MwSt.). Vorzugspreis für Mitglieder von Kooperationspartnern und Abonnenten der MMR und des Online-Moduls Multimediarecht plus € 175,- (inkl. MwSt.). Einzelheft: € 22,- (inkl. MwSt.); Versandkosten jeweils zuzüglich. Die Rechnungsstellung erfolgt zu Beginn eines Bezugszeitraumes. Der Abonnementpreis wird im Voraus in Rechnung gestellt. Abonnement und Bezugspreis beinhalten die Printausgabe sowie eine Lizenz für die Online-Ausgabe. Die Bestandteile des Abonnements sind nicht einzeln kündbar. Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert werden. Jahrestitel und -register sind nur noch mit dem jeweiligen Heft lieferbar.

**Bestellungen** über jede Buchhandlung und beim Verlag.

**KundenserviceCenter:** Tel.: 089/3 81 89-750, Fax: 089/3 81 89-358, E-Mail: kundenservice@beck.de

**Abbestellungen** müssen 6 Wochen vor Jahresschluss erfolgen.

**Adressänderungen:** Teilen Sie uns rechtzeitig Ihre Adressänderungen mit. Dabei geben Sie bitte neben dem Titel der Zeitschrift die neue und die alte Adresse an. Hinweis gemäß § 4 Abs. 3 der Postdienst-Datenschutzverordnung: Bei Anschriftsänderungen des Beziehers kann die Deutsche Post AG dem Verlag die neue Anschrift auch dann mitteilen, wenn kein Nachsendeantrag gestellt ist. Hiergegen kann der Bezieher innerhalb von 14 Tagen nach Erscheinen des Heftes beim Verlag widersprechen.

**Satz:** FotoSatz Pfeifer GmbH, 82152 Krailing.

**Druck:** Druckhaus NOMOS, In den Lissen 12, 76547 Sinzheim

ISSN 2192-5593

