

Das Ende der Markt- und Sozialforschung durch Datenschutz?

Auszüge aus dem von Rechtsanwalt Dr. Robert Schweizer am 21.11.1979 auf der VSMF-Veranstaltung in Zürich gehaltenen Referats*

SINN UND ZWECK DES REFERATS

Aus den in der Bundesrepublik Deutschland und in den anderen Ländern gewonnenen Erfahrungen sollen Konsequenzen zum Schweizerischen Gesetzgebungsverfahren gezogen werden.

BEISPIELE AUS DER BRD

Die Diskussionen um das Datenschutzrecht haben dazu geführt, dass Interviews mit der Begründung verweigert werden, Befragungen seien "doch jetzt verboten". Es ist bereits vorgekommen, dass die Polizei gerufen worden ist. Insgesamt besteht die Gefahr, dass – wenn keine geeigneten Gegenmassnahmen ergriffen werden – ein ungerechtfertigtes Misstrauen gegen die Durchführung von Interviews geschaffen oder verstärkt wird.

Schon während des Gesetzgebungsverfahrens sind, vor allem in der Presse, schwerwiegende Missverständnisse bei der Interpretation des Gesetzes aufgetreten. Ihren Grund hatten sie meist darin, dass der Wortlaut und die Systematik des Gesetzes missverstanden worden sind. Das Gesetz weicht in seinen Begriffsbestimmungen (bewusst) vom allgemeinen Sprachgebrauch ab und hält dann nicht einmal immer an dieser Abweichung fest. Die Praxis zeigt ferner, dass das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) keine adressaten-adäquate Systematik gewählt hat.

Beispiel zu Missverständnissen aufgrund des Wortlauts:

Nach dem Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) ist "Dritter jede Person oder Stelle ausserhalb der speichernden Stelle, ausgenommen ... Personen und Stellen, die ... im Auftrag tätig werden." In der Praxis ist es jedoch bekanntlich üblich, davon zu sprechen, dass die Institute Aufträge von Auftraggebern erhalten, also "im Auftrag

tätig werden". Dementsprechend müsste man nach der gesetzlichen Begriffsbestimmung annehmen, dass die Auftraggeber keine Dritte im Sinne des Gesetzes sind. So wollte sich das Gesetz aber gerade nicht verstanden wissen.

Beispiel zu Missverständnissen aufgrund der Systematik des Gesetzes:

Abschnitt 3 des Gesetzes gilt für die "Datenverarbeitung nichtöffentlicher Stellen für eigene Zwecke", Abschnitt 4 dagegen für die "geschäftsmässige Datenverarbeitung nichtöffentlicher Stellen für fremde Zwecke". In beiden Abschnitten werden die gleichen Themen abgehandelt. Die Überschriften der Paragraphen lauten weitgehend gleich, z.B. "Datenspeicherung", "Auskunft an den Betroffenen", "Bestellung eines Beauftragten für den Datenschutz", "Aufsichtsbehörde". In der Praxis hat sich nun herausgestellt, dass der wenig erfahrene Leser immer wieder "in den falschen Abschnitt greift". Er wendet den 3. Abschnitt für die Institute an, obwohl dieser Abschnitt für die betriebliche Marktforschung gilt; und die Lösung der sich für die betriebliche Marktforschung stellenden Fragen wird immer wieder im 4. Abschnitt gesucht, der für die Institute gilt, aber wiederum nur für die Institute des privaten Rechts.

Öffentliche Stellen verweigern die Herausgabe dringend benötigter Daten unter Berufung auf das neue Datenschutzrecht. Es muss immer wieder der Eindruck entstehen, dass das Datenschutzrecht nur als Vorwand vorgeschoben wird. Es bietet sich auch geradezu als Vorwand an. Die gesetzliche Regelung enthält allgemeine Formulierungen wie "berechtigtes Interesse an der Kenntnis der zu übermittelnden Daten", "schutzwürdige Belange des Betroffenen nicht beeinträchtigt". In der Praxis ist es schwierig nachzuweisen, dass im Einzelfall diese Voraussetzungen erfüllt sind. Ausserdem neigt der Beamte verständlicherweise dazu, im Zweifel "datenschutzfreundlich" zu entscheiden. Da es jedoch bei diesen unbestimmten Rechtsbegriffen in aller Regel Zweifel gibt, besteht die Gefahr, dass eben regelmässig die Herausgabe verweigert wird. Bei Sachverhalten, die dem Beamten weniger geläufig sind, besteht diese Gefahr verstärkt. Zu diesen weniger geläufigen Sachverhalten gehört nun gerade die Markt- und Sozialforschung. Wenn dann auch noch ein Stück Misstrauen gegenüber der Markt- und Sozialforschung hinzukommt, kann man sich vorstellen, dass zu viele zweckfremde Entscheidungen getroffen werden und die Forschung dadurch ungerechtfertigt behindert wird.

Die Institute müssen zur Zeit immer noch befürchten, dass die Aufsichtsbehörden oder die Gerichte grundsätz-

*Rechtsanwalt Dr. Schweizer hat die meisten in diesem Referat angesprochen Themen eingehend in juristischen Fachzeitschriften abgehandelt. Das gilt vor allem auch für die Fragen zur Gesetzgebungslehre, die der ihm von der Universität München erteilte Lehrauftrag zur empirischen Sozialforschung auf dem Gebiet des Rechts mitumfasst. Seine Anschrift:

Widenmayerstrasse 28, D-8000 München 22.

lich eine schriftliche Einwilligung des Befragten in die Verwertung des Interviews verlangen. Sie müssen weiter befürchten, daß sie dem Interviewer und dem Befragten die Zieldimension nennen müssen. Diese Befürchtung besteht deshalb, weil die Ansicht vertreten wird, eine rechtswirksame Einwilligung könne nur erteilt werden, wenn man auch alle Einzelheiten zum Ziel der Untersuchung kenne. Ein Gerichtsurteil liegt noch nicht vor. Würde sich diese Ansicht durchsetzen, müsste voraussichtlich die Umfrageforschung in weiten Teilen aufgegeben werden. Die Verweigerungsquoten würden sprunghaft steigen. Da sich die zusätzlichen Verweigerungen nicht repräsentativ verteilen, würde die Repräsentanz erheblich verschlechtert. Und vor allem, die meisten Studien können bekanntlich nicht durchgeführt werden, wenn – wie es möglicherweise verlangt werden soll – die Zieldimension genannt wird. Ein Beispiel:

Eine politische Partei führt eine Studie zur Vorbereitung der nächsten Wahl durch. Nennung der Zieldimension bedeutet, daß dem Befragten und damit auch dem Interviewer u.a. angegeben werden muss, welche Partei die Untersuchung durchführt und dass mit dieser Studie bezweckt wird, das Wahlergebnis für diese Partei zu verbessern. Man braucht kein Sozialforscher zu sein, um zu wissen, dass die Nennung der Zieldimension bewirkt: Die Verweigerungen werden ungekannte Ausmasse annehmen und viele Befragte werden voreingenommen antworten. Zuverlässige Ergebnisse können nicht mehr gewonnen werden.

Ein weiteres Beispiel: Die Gerichte benötigen häufig Umfragen bspw. zur Verwechslungsgefahr. Die Umfragen ermitteln dazu repräsentativ die Einstellung und das Verhalten des flüchtigen Betrachters. Es kommt somit ("flüchtiger Betrachter") auf die unreflektierten Vorstellungen und Einstellungen an. Deshalb hat man so etwas wie den Blickfeldtest und die Neutralisierung entwickelt. Bei Nennung der Zieldimension können das unreflektierte Verhalten und die unreflektierten Einstellungen dagegen nicht mehr ermittelt werden. Man kann bspw. nicht mehr feststellen, ob der flüchtige Betrachter zwei Packungen miteinander verwechselt, wenn der Befragte oder auch nur der Interviewer weiss, dass die Verwechslungsgefahr zu diesen beiden Packungen untersucht werden soll. Was für die Verwechslungsgefahr gilt, gilt ebenso für die andern wettbewerbsrechtlichen Themen, die die Umfrageforschung für die Rechtspraxis behandelt. Die Gerichte sind auf diese Umfrageforschung angewiesen. Wettbewerbsrecht ohne Umfrageforschung würde einen Rückfall um Jahrzehnte darstellen. Eine Abschaffung müsste zu einer erheblichen Verschlechterung der Rechtspraxis führen, und zwar ohne dass der richtig verstandene Datenschutz das verlangen würde.

Die Markt- und Sozialforscher dürfen natürlich immer noch hoffen, daß es die Verwaltung und die Gerichte

nicht zu diesen Konsequenzen kommen lassen. Aber selbst wenn sich zum Problem der Einwilligung des Befragten noch alles zum Guten wendet, bleibt: die Forschung muss mehrere Jahre lang diskutieren und das Schlimmste befürchten. Vermeidbare Narben werden auf jeden Fall bleiben.

Insgesamt werden diese Beispiele schon ausreichen, um offenkundig zu machen, wie schwierig es gesetzestech-nisch sein kann, einerseits den notwendigen Datenschutz zu gewährleisten und andererseits nicht – versehentlich – die Markt- und Sozialforschung zu ruinieren. Ironie dabei ist, dass ausgerechnet die Markt- und Sozialfor-schung so hart getroffen wird. Sie war es nämlich bekannt-lich, die vor vielen Jahren den Datenschutz eingeführt hat; zu einer Zeit, in der man sonst noch nicht gewusst hat, dass Datenschutz benötigt wird. Noch heute sorgen die Berufsgrundsätze der Markt- und Sozialforscher für weitergehenden Datenschutz als das Gesetz; nur eben mit einer andern gesetzestech-nischen Regelung.

Natürlich gibt es hier noch viel dagegen und dafür zu sa-gen. Es kommt an dieser Stelle aber nur darauf an, Ge-fahren aufzuzeigen – als Voraussetzung für eine best-mögliche gesetzestech-nische und materielle Regelung im schweizerischen Recht.

Übersicht über das deutsche BDSG zur Aufdeckung der Probleme

Grundsatz

Vor Inkrafttreten des BDSG durfte grundsätzlich mit per-sonenbezogenen Daten gearbeitet werden. Es gab nur zahlreiche Bestimmungen, die diesen Grundsatz ein-schränkten.

Das im wesentlichen am 1.1.1978 in Kraft getretene BDSG verbietet dagegen grundsätzlich die Datenver-arbeitung (vgl. Schaubild 1) Nur ausnahmsweise dürfen

Grundlegender Unterschied der Rechtslage

V o r	N a c h
zulässig	verboten
mit Ausnahmen in 130 Gesetzen, z.B.	mit Erlaubnis- vorbehalt
– § 823 BGB	(§ 3 BDSG)
– § 824 BGB	
– § 203 StGB	

(Schaubild 1)

personenbezogene Daten verarbeitet werden. Diese Ausnahmen führt das Gesetz zusammen mit dem Grundsatz in § 3 auf. Allerdings nur im Überblick (vgl. *Schaubild 2*). Von § 3 ausgehend muss jeweils im Einzelfall festgestellt werden, ob eine Ausnahme vorliegt. Viele Verständnisschwierigkeiten sind darauf zurückzuführen, dass sich die Gesetzesinterpreten nicht streng an diese Systematik halten.

Systematik des Deutschen Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG)

§ 3

Verbot, es sei denn

- 1 keine "personenbezogene Daten die von diesem Gesetz geschützt werden",
- 2 Erlaubnisnorm in BDSG oder an anderer Stelle
- 3 Einwilligung des Betroffenen

(*Schaubild 2*)

Die einzelnen Ausnahmen

"Personenbezogene Daten, die nicht von diesem Gesetz geschützt werden"

Das BDSG kennt keine systematische Zusammenstellung der personenbezogenen Daten, die von ihm nicht geschützt werden. Welche personenbezogenen Daten vom BDSG nicht geschützt werden, ergibt sich mittelbar aus einzelnen Bestimmungen des Gesetzes, vor allem aus § 1 (Aufgabe und Gegenstand des Datenschutzes) und § 2 (Begriffsbestimmungen). Für die Markt- und Sozialforschung sind insoweit – vgl. im übrigen *Schaubild 3* – von besonderer Bedeutung § 1 Abs. 2 Satz 2 und § 2 Abs. 1. § 1 Abs. 2 Satz 2 lautet:

"Für personenbezogene Daten, die nicht zur Übermittlung an Dritte bestimmt sind und in nicht automatisierten Verfahren verarbeitet werden, gilt von den Vorschriften dieses Gesetzes nur § 6".

Bis heute ist umstritten, ob diese Bestimmung für die Markt- und Sozialforschung gilt, wenn die Adressenlisten vernichtet werden, ehe mit der Verarbeitung der Fragebogen in automatisierten Verfahren begonnen wird. Mit diesem Problem müsste sich der schweizerische Gesetzgeber auf jeden Fall auseinandersetzen, wenn er ähnlich vorgeht wie der deutsche Gesetzgeber. Die hier auftretende Problematik ist natürlich so vielschichtig, dass hier nicht alle Einzelheiten interessieren. Wichtig ist hier, und immer wieder auch in anderem Zusammenhang:

Dass die Markt- und Sozialforscher personenbezogene Daten besitzen, ist nicht Selbstzweck. Den Markt- und Sozialforschern kommt es bekanntlich nur auf Gruppendaten an. Vom Prinzip her müssen und wollen sie nicht mit personenbezogenen Daten, sondern mit Gruppendaten arbeiten. Gruppendaten sollen im Datenschutzrecht jedoch nicht geschützt werden. Geschützt werden soll das Persönlichkeitsrecht des einzelnen. Dieses Persönlichkeitsrecht wird aber nicht verletzt, wenn die Interviewdaten nur als Gruppendaten erscheinen. Dass dennoch personenbezogene Daten anfallen, ist – vom Datenschutz her gesehen – nur ein "Missgeschick". Die Gruppendaten können in der Regel nur zuverlässig beschafft werden, wenn die Adressen der Befragten festgehalten werden und mit den Fragebogen zusammengeführt werden können. Das ist bekanntlich alles vereinfacht ausgedrückt. Hier interessiert jedoch im wesentlichen nur:

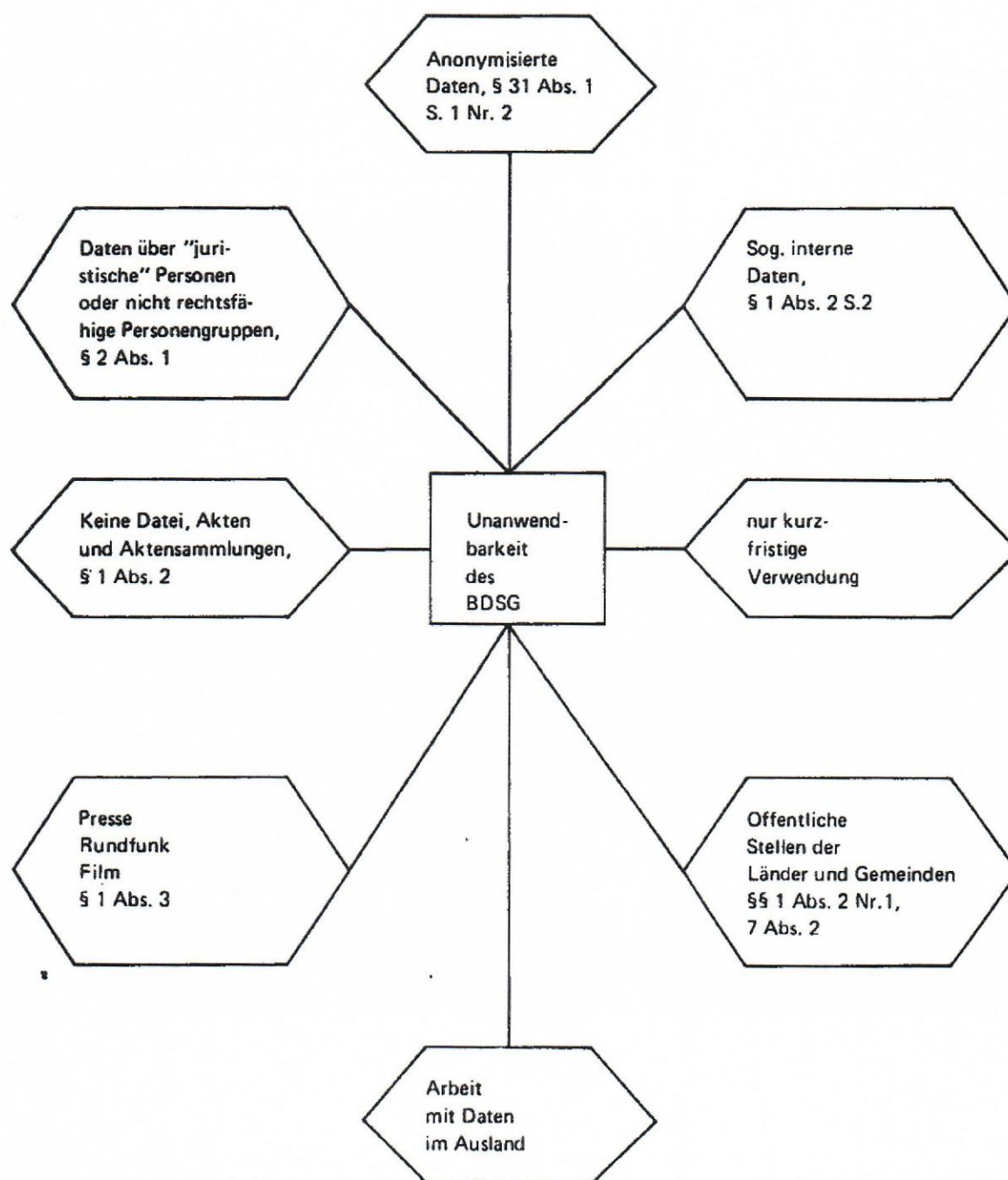
Die Markt- und Sozialforscher müssen verständlich machen, dass sie nur mit Gruppendaten arbeiten und deshalb vom Prinzip her nur "am Rande erfasst" werden müssen. Wenn es nicht gelingt, diese Besonderheit der Markt- und Sozialforschung verständlich zu machen, entsteht immer wieder die Gefahr, dass die Markt- und Sozialforschung mit dem Auskunftswesen gleichgesetzt wird. Natürlich will kein Gesetzgeber den grundsätzlichen Unterschied zwischen dem Auskunftswesen einerseits und der Markt- und Sozialforschung andererseits verkennen. Nur, gesetzestechisch hat sich gezeigt, dass die Gefahr einer Gleichsetzung besteht. In der Bundesrepublik Deutschland ist es nicht gelungen, das Gesetz so zu fassen, dass der Unterschied klar zum Ausdruck kommt; so klar, dass bei der Gesetzesanwendung wenigstens im Grundsatz keine schwerwiegenden Probleme entstehen.

Wie soll man diesem Unterschied nun gesetzestechisch gerecht werden? Kurz und vereinfacht ausgedrückt: Es muss sichergestellt werden, dass aus der Arbeit mit Gruppendaten nicht von einem gedachten schwarzen Schaf, missbräuchlich eine Arbeit mit personenbezogenen Daten werden kann. Das bedeutet, dass die berechtigten Interessen der Befragten über die Datensicherung gewahrt werden müssen. Es muss gesichert sein, dass die Adressen nicht dazu missbraucht werden können, die Interviewdaten eines einzelnen individuell und nicht nur als Gruppendaten zu verwerten. Je besser die Datensicherung geregelt ist, desto eher kann im übrigen auf eine Erschwerung der Forschung verzichtet werden.

Zu Beginn habe ich erwähnt, dass sich auch aus § 2 Abs. 1 für die Markt- und Sozialforschung ein wichtiges personenbezogenes Datum, das nicht von diesem Gesetz geschützt wird, ergibt. § 2 Abs. 1 legt fest:

"Im Sinne dieses Gesetzes sind personenbezogene Daten Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlichen Person (Betroffener)."

Personenbezogene Daten, die vom BDSG nicht geschützt werden



(Schaubild 3)

Die Abschnitte des BDSG

1. Abschnitt	
Allgemeine Vorschriften §§ 1 – 6	
2. Abschnitt	
Behörden und sonstige öffentliche Stellen §§ 7 – 21	
3. Abschnitt	
Nicht öffentl. Stellen für eigene Zwecke §§ 20 – 30	
4. Abschnitt	speichern u. übermitteln
Nicht öffentliche Stellen für fremde Zwecke §§ 30 – 41	§ 31 (1) 1 anonymsten übermitteln § 31 (1) 2 I.A. als Dienstleistungsunternehmen § 31 (1) 3
5. Abschnitt	
Straf- und Bussgeldvorschriften §§ 41 – 42	
6. Abschnitt	
Übergangs und Schlussvorschriften §§ 43 – 47	
Anlage zu § 6	

(Schaubild 4)

Es muss sich somit um persönliche oder sachliche Verhältnisse (dazu gehört bspw. auch die Meinung) einer natürlichen Person handeln; Verhältnisse einer juristischen Person, also z.B. einer Aktiengesellschaft, werden von BDSG nicht geschützt.

Die zweite Ausnahme: "Die Verarbeitung personenbezogener Daten ist zulässig, wenn dieses Gesetz (das BDSG) oder eine andere Rechtsvorschrift sie erlaubt".

Die nächste der drei Ausnahmen (vgl. *Schaubild 2*) dokumentiert eine weitere gesetzgebungstechnische Schwierigkeit. Das BDSG normiert in Abschnitt 2 Erlaubnisvorschriften für öffentliche Stellen, in Abschnitt 3 für nicht-öffentliche Stellen, die für eigene Zwecke Datenverarbeitung betreiben und im 4. Abschnitt für nichtöffentliche Stellen, die geschäftsmässige Datenverarbeitung für fremde Zwecke betreiben, (vgl. *Schaubild 4*).

Man muss demnach jeweils zunächst darauf achten, welcher Abschnitt gilt. Für die betriebliche Marktforschung gilt der 3. Abschnitt, für die Markt- und Sozialforschungsinstitute der 4. Abschnitt. Der 3. Abschnitt beachtet die Marktforschung überhaupt nicht gesondert. Die betriebliche Marktforschung darf nach § 23 Daten nur in beschränktem Umfang speichern. In der Regel kommt es darauf an, ob die Datenspeicherung "zur Wahrung berechtigter Interessen erforderlich ist und kein Grund zur Annahme besteht, dass dadurch schutzwürdige Belange des Betroffenen beeinträchtigt werden". (vgl. *Schaubild 5*)

Betriebliche Marktforschung

§ 23

Speicherung zulässig, wenn

- 1) im Rahmen der Zweckbestimmung eines Vertragsverhältnisses oder vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses mit dem Betroffenen

oder

- 2) soweit es zur Wahrung berechtigter Interessen der speichernden Stelle erforderlich ist

und

kein Grund zur Annahme besteht, dass dadurch schutzwürdige Belange des Betroffenen beeinträchtigt werden.

(Schaubild 5)

Und nun das in der Bundesrepublik Deutschland meist diskutierte Problem:

Für die Institute gilt, wie soeben erwähnt, der 4. Abschnitt. Im 4. Abschnitt unterscheidet das Gesetz, soweit es hier interessiert, zwischen Auskunftsteilen einerseits und Markt- und Sozialforschungsinstituten andererseits, vgl. § 31 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2. In § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 verweist das BDSG für die Auskunftsteile auf § 32 als Erlaubnisnorm. Diese für die Auskunftsteile geltende Erlaubnisnorm ist eng gefasst. Demgegenüber wollte der Gesetzgeber die Markt- und Sozialforschungsinstitute privilegieren. Er hat deshalb in § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 nicht auf die im § 32 enthaltene – enge – Erlaubnisnorm verwiesen. Er hat aber – dadurch ist das Kernproblem entstanden – keine großzügigere Erlaubnisnorm festgelegt. Nach allem, was wir wissen, ist der Gesetzgeber einem Denkfehler unterlegen. Er war der Ansicht, wenn er die enge Erlaubnisnorm (§ 32) nicht für anwendbar erkläre, also ihre Anwendbarkeit ausschliesse, dann ergäbe sich daraus, dass eben für die Markt- und Sozialforschung die Datenverarbeitung generell erlaubt ist. Nach dem oben dargestellten System (vgl. *Schaubild 2*) ist jedoch die Datenverarbeitung generell untersagt, wenn – soweit es hier interessiert – keine Erlaubnisnorm normiert worden ist. Dadurch nun, dass das Gesetz im 4. Abschnitt nur für die Auskunftsteile eine Erlaubnisnorm normiert hat, bleibt es – vom Wortlaut her – beim Grundsatz, also beim Verbot.

Dementsprechend wird heute heftig gestritten. Es handelt sich m. E. um die schwerwiegendste Streitfrage überhaupt. Eine Meinung beruft sich auf die geschilderte Systematik und weigert sich, die in der Rechtsmethodik entwickelten Grundsätze zur Feststellung und Ausfüllung von Gesetzeslücken anzuwenden. Die andere Meinung muss in komplizierten Begründungen darlegen, dass eine Gesetzeslücke vorliegt und – das ist noch schwieriger – wie die Gesetzeslücke ausgefüllt werden muss.

Man kann sich vorstellen, was das für die Praxis bedeutet. Eine Verunsicherung, die sich ein Aussenstehender kaum noch vorstellen kann. Alles ist umstritten. Die Anwendbarkeit des § 1 Abs. 2 Satz 2 (vgl. 321 a) und darüber hinaus, ob es für die Markt- und Sozialforschung überhaupt eine Erlaubnisnorm gibt.

Wenn beide Streitfragen zu Ungunsten der Institute entschieden werden würden, würde das tatsächlich weitgehend das Ende der Umfrageforschung bedeuten müssen. Es bliebe dann nämlich nur noch die dritte Ausnahme.

Die dritte Ausnahme: "Die Verarbeitung personenbezogener Daten ist zulässig, wenn der Betroffene eingewilligt hat."

Wenn die beiden ersten Ausnahmen nicht erfüllt sind, ist eine Datenverarbeitung nur noch zulässig, wenn der Be-

troffene eingewilligt hat. § 3 bestimmt dazu noch ergänzend, dass die Einwilligung grundsätzlich der Schriftform bedarf. Wörtlich legt § 3 fest:

"Die Einwilligung bedarf der Schriftform, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist."

Diejenigen, die die beiden oben erwähnten Streitfragen zu Ungunsten der Markt- und Sozialforschungsinstitute beantworten, bezweifeln auch, ob auf diese Schriftform der Einwilligung verzichtet werden kann. Vor allem auch die Aufsichtsbehörden haben in mehreren Stellungnahmen erklärt, sie würden das Gesetz in dem Sinne auslegen, dass der Betroffene, der Befragte also, schriftlich einwilligen müsse. Was es bedeuten würde, wenn der Befragte jeweils schriftlich einwilligen müsste, weiss jeder Markt- und Sozialforscher (sprunghaftes Ansteigen der Verweigerungen, nicht-repräsentative Verteilung der Verweigerungen).

Aber selbst wenn man eine mündliche Einwilligung genügen liesse, wäre nicht viel gewonnen. Man ist sich nämlich darin einig, dass der Betroffene rechtswirksam nur einwilligen kann, wenn er genau informiert worden ist. Wenn man von den Auslegungen ausgeht, die generell zum notwendigen Inhalt dieser Information im Schrifttum vertreten worden sind, dann bedeutet das für Markt- und Sozialforschungsinstitute, dass eben auch die Zieldimension genannt werden muss. Die Zieldimension darf in der Markt- und Sozialforschung in aller Regel aber bekanntlich nicht bekannt sein. Auch der Interviewer darf sie nicht kennen (so dass auch eine Nennung der Zieldimension nach Beendigung des Interviews keinen Ausweg schafft).

Worauf es in diesem Zusammenhang ankommt:

Die Markt- und Sozialforscher tun gut daran, sofort gemeinsam mit dem Gesetzgeber nach Lösungen zu suchen, die solche grundsätzlichen Probleme gar nicht erst aufkommen lassen. Eine Lösungsmöglichkeit bietet die bereits geschilderte Absicherung des Persönlichkeits-schutzes über die Datensicherung. Jedenfalls zeigt die Entwicklung in der Bundesrepublik Deutschland, dass die datenschutzrechtliche Klärung für die Markt- und Sozialforschung weit schwieriger ist, als man sich das vorstellen möchte. Letztlich sind sie auf die geschilderten Besonderheiten der Markt- und Sozialforschung zurückzuführen (einerseits zwar nur Arbeit mit Gruppendaten, die das Persönlichkeitsrecht des einzelnen im Prinzip nicht verletzen können, so dass demnach kein Datenschutz erforderlich wäre; andererseits ist aus technischen Gründen Personenbezogenheit grundsätzlich möglich, so dass theoretische Persönlichkeitsrechte verletzt werden können). Das zuerst in Schweden eingeführte Lizenzierungssystem löst dieses Problem auch nicht. Das schwedische Datengesetz vom 11.5.1973 ist ein Organisationsgesetz. Ein Kontrollausschuss lizenziert Datenbanken,

die personenbezogene Daten automatisiert verarbeiten. Die Lizenz kann unter Auflagen erteilt werden. Im schwedischen Gesetz fehlen materielle Kriterien, nach denen die Zulassung erteilt oder versagt werden muss. Das schwedische Gesetz klammert die Problematik damit zunächst nur aus. Sie muss jedoch im Rahmen der Lizenzierung geklärt werden. Eine generelle Klärung ist aber auch in Schweden und in den Ländern, die das schwedische System ganz oder teilweise übernommen haben, noch nicht gefunden worden.

Weitere Regelungen

Die weiteren Regelungen des BDSG sind zum Teil zwar auch schwerwiegend. Sie sind aber doch weniger einschneidend.*

Datenübermittlung von öffentlichen Stellen

Nützlich wäre für die Markt- und Sozialforschung, wenn es gelingen könnte, vorab die Datenübermittlung von öffentlichen Stellen an Stellen, die Markt- und Sozialforschung betreiben, besser zu konkretisieren. Das BDSG arbeitet in dem hier massgeblichen § 11 nur mit Generalbegriffen. Vgl. *Schaubild 6*. Nach den bis jetzt gewonne-

Daten von öffentlichen Stellen an Private

§ 11

Übermittlung zulässig,

- 1) wenn zur rechtmässigen Erfüllung der Aufgaben erforderlich

oder

- 2) Empfänger macht berechtigtes Interesse an der Kenntnis glaubhaft

und

schutzwürdige Belange des Betroffenen werden nicht beeinträchtigt.

(*Schaubild 6*)

*Dementsprechend ist der Vortrag hier auch stärker gekürzt. Die Ausführungen zu den anderen ausländischen Rechten sind, weil sie für das schweizerische Gesetzgebungsverfahren noch weniger von Bedeutung sind, ganz weggelassen.

nen Erfahrungen wird das Gesetz unvertretbar häufig gegen seinen Sinn und Zweck angewandt, wenn – wie in § 11 BDSG – auf Generalbegriffe wie "berechtigtes Interesse" und "schutzwürdige Belange beeinträchtigt" abgestellt wird. Es ist in der Praxis unverhältnismässig schwierig, die öffentlichen Stellen davon zu überzeugen, dass die in § 11 genannten Voraussetzungen erfüllt sind, wenn die öffentlichen Stellen die erbetenen Daten für Zwecke der Markt- und Sozialforschung übermitteln.

Der betriebliche Datenschutzbeauftragte (bDSB)

Nach §§ 38, 28, 29 BDSG muss jedes Institut, wie die meisten anderen Betriebe auch, einen bDSB bestellen. Man kann monatelang über die Angemessenheit dieser Regelung diskutieren. Die Institute und die anderen Betriebe können einen angestellten Mitarbeiter oder einen Dritten, z.B. einen Rechtsanwalt oder einen Wirtschaftsprüfer, zum bDSB bestellen. Der bDSB hat – wie es § 29 ausdrückt, vgl. *Schaubild 7* – "die Ausführung dieses Gesetzes sowie andere Vorschriften über den Datenschutz sicherzustellen". Er muss dazu bspw. auch die Geschäftsleitung überwachen. In Zweifelsfällen kann er sich an die Aufsichtsbehörde, also an die staatliche Aufsichtsbehörde, wenden. Das bestimmt ausdrücklich § 29 Satz 2. Der bDSB kann sich also an die staatliche Aufsichtsbehörde wenden, wenn er der Ansicht ist, dass die Geschäftsleitung oder irgendein Mitarbeiter gegen das BDSG verstösst. Dieses Recht, sich an die staatliche Aufsichtsbehörde zu wenden, erscheint dadurch in besonderem Lichte, das sich der bDSB bei Verletzung seiner Pflichten auch nach § 41 einer Straftat und nach § 42 einer Ordnungswidrigkeit schuldig machen kann. Insofern ist er ein verlängerter Arm der staatlichen Aufsichtsbehörde.

Politisch ist diese Art der Regelung u.a. deshalb über das BDSG hinaus bedeutend, weil es gleichwichtige Gesetze gibt und dementsprechend nahe liegt, dass später auch für diese Gesetze ein entsprechender betrieblicher Beauftragter als Institution eingeführt wird. Gleichwichtige Gesetze sind bspw. m.E. das Strafgesetzbuch, zum Teil auch Wettbewerbsgesetze. Es gehört nicht viel Phantasie dazu, um vorauszusehen, dass sich hier eine neue Form von Rechtsdurchsetzung entwickeln kann.

Bemerkenswerterweise wurde jedoch über die Einrichtung als solche im wesentlichen nicht diskutiert. Diskutiert, und zwar heftig, wurden Einzelheiten. Besonders umstritten ist zur Zeit, ob der Leiter der Datenverarbeitungsabteilung oder des Bereiches Datenbeschaffung bDSB sein darf. Der schweizerische Gesetzgeber kann die Entstehung von vermeidbaren Problemen dadurch verhindern, dass er generell klarstellt, inwieweit Interessenkollisionen zu einer Inkompatibilität führen und wo die Grenze verläuft.

Zu weiteren Einzelheiten vgl. *Schaubild 7*.

Bestellung eines Beauftragten für den Datenschutz

(1) Die in § 22 Abs. 1 und 2 genannten Personen, Gesellschaften und anderen Personenvereinigungen, die personenbezogene Daten automatisch verarbeiten und hierbei in der Regel mindestens fünf Arbeitnehmer ständig beschäftigen, haben spätestens binnen eines Monats nach Aufnahme ihrer Tätigkeit einen Beauftragten für den Datenschutz schriftlich zu bestellen. Das gleiche gilt, wenn personenbezogene Daten auf andere Weise verarbeitet werden und soweit hierbei in der Regel mindestens zwanzig Arbeitnehmer ständig beschäftigt sind.

(2) Zum Beauftragten für den Datenschutz darf nur bestellt werden, wer die zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderlichen Fachkunde und Zuverlässigkeit besitzt.

(3) Der Beauftragte für den Datenschutz ist dem Inhaber, dem Vorstand, dem Geschäftsführer oder dem sonstigen gesetzlich oder verfassungsmässige berufenen Leiter unmittelbar zu unterstellen. Er ist bei Anwendung seiner Fachkunde auf dem Gebiet des Datenschutzes weisungsfrei. Er darf wegen der Erfüllung seiner Aufgaben nicht benachteiligt werden.

(4) Der Beauftragte für den Datenschutz ist von den nach Absatz 1 zu seiner Bestellung verpflichteten Personen, Gesellschaften oder anderen Personenvereinigungen bei der Erfüllung seiner Aufgaben zu unterstützen.

Aufgaben für den Beauftragten für den Datenschutz

Der Beauftragte für den Datenschutz hat die Ausführung dieses Gesetzes sowie andere Vorschriften über den Datenschutz sicherzustellen. Zu diesem Zweck kann er sich in Zweifelsfällen an die Aufsichtsbehörde (§ 30) wenden. Er hat insbesondere

1. eine Übersicht über die Art der gespeicherten personenbezogenen Daten und über die Geschäftszwecke und Ziele, zu deren Erfüllung die Kenntnis dieser Daten erforderlich ist, über deren regelmässige Empfänger sowie über die Art der eingesetzten automatisierten Datenverarbeitungsanlagen zu führen,
2. die ordnungsgemässe Anwendung der Datenverarbeitungsprogramme, mit deren Hilfe personenbezogene Daten verarbeitet werden sollen, zu überwachen,
3. die bei der Verarbeitung personenbezogener Daten tätigen Personen durch geeignete Massnahmen mit den Vorschriften dieses Gesetzes sowie anderen Vorschriften über den Datenschutz, bezogen auf die besonderen Verhältnisse in diesem Geschäftsbereich und die sich daraus ergebenden besonderen Erfordernisse für den Datenschutz, vertraut zu machen,
4. bei der Auswahl der in der Verarbeitung personenbezogener Daten tätigen Personen beratend mitzuwirken.

(Schaubild 7)

Die Rechtsgrundlagen zur Datensicherung

§ 6 Technische und organisatorische Massnahmen

(1) Wer im Rahmen des § 1 Abs. 2 oder im Auftrag der dort genannten Personen oder Stellen personenbezogene Daten verarbeitet, hat die technischen und organisatorischen Massnahmen zu treffen, die erforderlich sind, um die Ausführung der Vorschriften dieses Gesetzes, insbesondere die in der Anlage zu diesem Gesetz genannten Anforderungen zu gewährleisten. Erforderlich sind Massnahmen nur, wenn ihr Aufwand in einem angemessenen Verhältnis zu dem angestrebten Schutzzweck steht.

ZEHN GEBOTE DER DATENSICHERHEIT

(Anhang zu § 6)

ZUGANGSKONTROLLE

ABGANGSKONTROLLE

SPEICHERKONTROLLE

BENUTZERKONTROLLE

ZUGRIFFSKONTROLLE

ÜBERMITTLUNGSKONTROLLE

EINGABEKONTROLLE

AUFTRAGSKONTROLLE

TRANSPORTKONTROLLE

ORGANISATIONSKONTROLLE (Schaubild 8)

Die Datensicherung

Gerade für die Markt- und Sozialforschung muss die Datensicherung, wie mehrfach geschildert, im Vordergrund stehen. Das BDSG regelt sie in § 6 und in einer Anlage zu § 6. *Vgl. Schaubild 8.*

Mit dieser Datensicherung beschäftigen sich die Experten zur Zeit in der Regel am meisten. Die Bestimmungen über die Datensicherung sind erst am 1.1.1979 in Kraft getreten. Für die Markt- und Sozialforschung liegen bis jetzt nur erste, geringe Erfahrungen vor. Durch die unterschiedlichen Auffassungen zum materiellen Datenschutzrecht war die Basis zur Ausarbeitung von Datensicherungssystemen zu unsicher. Als Schwerpunkt der Datensicherung kristallisieren sich heraus: Die Sicherstellung der Einhaltung des grundsätzlichen Deanonymisierungsverbots, die Wahrung des Datenschutzes durch die Interviewer.

Abschliessend: Es wird nicht ausreichen, irgendwie gut und einigermaßen frühzeitig mit dem Gesetzgeber zu sprechen. In Deutschland hat der Arbeitskreis Deutscher Marktforschungsinstitute e.V. (ADM) sofort, seit 1971, mit dem Gesetzgeber gesprochen. Der Gesetzgeber hat sich auch eingehend und wohlwollend mit der Problematik auseinandergesetzt. Es liegen sogar Briefe vor, in denen er den Markt- und Sozialforschern bestätigt, dass er ihnen voll zustimmt und das Gesetz in dem den Markt- und Sozialforschern günstigen Sinne ausgelegt werden muss. Trotzdem befinden wir uns heute, fast zwei Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes, dennoch in der geschilderten Situation. Es empfiehlt sich deshalb dringend, noch in die erste Entwurfsfassung eine Regelung zu bringen, die gar nicht erst solche Probleme aufkommen lässt.