

Rechtsanwalt Dr. Robert Schweizer, Lehrbeauftragter an der Universität München

Speicherung und Übermittlung anonymisierter Daten durch Sozial- und Marktforschungsinstitute nur bei Einwilligung der Befragten im Sinne des § 3 BDSG? (I)

Gesetzeslücke im Bundesdatenschutzgesetz

1. Problem und Ergebnis¹⁾

§ 3 BDSG erlaubt die Datenverarbeitung, soweit es hier interessiert, nur wenn

- entweder das BDSG oder eine andere Rechtsvorschrift sie erlaubt
- oder der Betroffene in die Datenverarbeitung eingewilligt hat.

Das BDSG hat nun in jedem Abschnitt Erlaubnisvorschriften normiert. Im 4. Abschnitt hat es für die Stellen, die personenbezogene Daten *in personenbezogener Form* übermitteln, in § 32 die Datenspeicherung²⁾ unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt. Nach § 32 Abs. 1 nämlich „ist das Speichern personenbezogener Daten zulässig, soweit kein Grund zur Annahme besteht, daß dadurch schutzwürdige Belange des Betroffenen beeinträchtigt werden“.

Für Stellen, die personenbezogene Daten anonymisieren³⁾ und die Daten nur in anonymisierter Form übermitteln, fehlt eine entsprechende Erlaubnisnorm. Die Frage ist nun, ob das Gesetz hier eine Lücke gelassen hat, die ausgefüllt werden muß, oder ob sich die Stellen, die die Daten in anonymisierter Form übermitteln, auf keine Erlaubnisnorm berufen können. Würde man annehmen, daß keine Gesetzeslücke besteht, also jede Erlaubnisnorm fehlt, dürften die in § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 genannten Stellen Daten nur speichern, wenn der Betroffene im Sinne des § 3 in die Datenverarbeitung eingewilligt hat.

Die Meinung, daß eine Gesetzeslücke vorliege, wurde erstmals in DB 1977, 293 publizistisch⁴⁾ vertreten. Seit dem Erscheinen dieser Veröffentlichung haben sich nahezu sämtliche Kommentatoren – dafür und dagegen –⁵⁾ geäußert, wenn auch nicht umfassend, so daß das Problem jetzt gelöst werden sollte. Diese Arbeit will dementsprechend klären, ob eine Gesetzeslücke besteht.

2. Auswirkungen in der Praxis: „Stillelegung von mehr als 50% der Sozialforschung“

Für die Praxis entscheidet dieses Problem vor allem die Frage, ob die Sozial- und Marktforschungsinstitute nur befragen dürfen, wenn der Befragte ausdrücklich im Sinne des § 3 in die Befragung und in die Verwertung des Interviews eingewilligt hat⁶⁾).

¹⁾ Dieser Aufsatz gibt weitgehend einen Vortrag wieder, den der Verfasser am 18. 4. 1979 auf dem 19. Deutschen Soziologentag in Berlin gehalten hat.

²⁾ Unter Datenspeicherung versteht das BDSG – vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 1 – „das Erfassen, Aufnehmen oder Aufbewahren von Daten auf einem Datenträger zum Zwecke ihrer weiteren Verwendung“. Gespeichert wird demnach bspw., wenn jemand von einem Sozialforschungsinstitut befragt wird und die Antworten auf einen Fragebogen eingetragen werden, der entweder selbst Teil der Datei wird oder maschinenlesbar und direkt in die Datei übertragbar ist; vgl. ORDEMANN/SCHOMERUS, Bundesdatenschutzgesetz mit Erläuterungen, 2. Aufl., München 1978, Anm. 2.1. zu § 2.

³⁾ Das Gesetz bestimmt den Begriff „anonymisieren“ in § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 2: „... soweit diese Stellen geschäftsmäßig geschützte personenbezogene Daten zum Zweck der Veränderung speichern, sie derart verändern, daß diese Daten sich weder auf eine bestimmte Person beziehen, noch eine solche erkennen lassen (anonymisieren), ...“ Die Anonymisierung ist nicht auf Fragebogen beschränkt, vgl. z. B. SCHWEIZER/ASCHENBRENNER, Die Anwendbarkeit von Gerichtsentscheidungen auf Tatbestände der Markt- und Sozialforschung – dargestellt anhand der Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Tonbandaufnahmen, in Jahrbuch der Absatz- und Verbrauchsforschung, Berlin 1977, 297 ff.

⁴⁾ Bekannt ist das Problem bereits seit September 1973, vgl. dazu DB 1977, 293 bei Fußn. 39 und unter Nr. 4.3.1.2. bei b.

⁵⁾ Literaturstellen vgl. unten 4.2. Eine ausführliche Darstellung des

Die Situation wird für diese Institute dadurch verschärft, daß § 3 grundsätzlich eine schriftliche Einwilligung verlangt und die Datenschutzreferenten der Länder dementsprechend die Ansicht vertreten, die Befragten müßten grundsätzlich schriftlich einwilligen⁷⁾. Wollte man grundsätzlich eine schriftliche Einwilligung des Befragten verlangen, würden schwerwiegende methodische, finanzielle, politische u. a. sozial- und wirtschaftspolitische Nachteile entstehen. Die Institute haben seit vielen Jahren mit guten Gründen betont, daß solide Sozial- und Marktforschung vom Befragten keine Unterschrift verlange⁸⁾. Es besteht nämlich – durch zahlreiche Wettbewerbsprozesse bestätigt – die Gefahr, daß sich Unternehmen (schriftliche) Bestellungen dadurch verschaffen, daß sie vorgeben, sie würden eine seriöse Sozial- oder Marktforschungsuntersuchung durchführen⁹⁾.

Noch viel gewichtiger, für die Sozial- und Marktforschung existentiell ist folgendes¹⁰⁾: Methodische und finanzielle Probleme würden, wollte man eine schriftliche Einwilligung des Betroffenen verlangen, vor allem

Meinungsstandes gibt BARTL, Die Bedeutung des Datenschutzes für die Marktforschung, Saarbrücken 1979.

⁶⁾ Vgl. die oben wiedergegebene Systematik des BDSG: § 3 verbietet grundsätzlich die Arbeit mit personenbezogenen Daten. Die hier interessierenden Daten werden zunächst personenbezogen erhoben; z. B.: ein Institut befragt einen Bürger. Der Name des Befragten erscheint zwar nicht im Fragebogen. Der Interviewer hält ihn jedoch auf einer Adressenliste fest, die das Institut zur Interviewerkontrolle und -belehrung benötigt. Die Institute stellen nämlich an einen bestimmten Prozentsatz der Befragten Kontrollfragen wie: „Sind Sie befragt worden?“, „Zu welchem Thema?“, „Wie lange hat das Interview gedauert?“, „Sind Ihnen Kärtchen vorgelegt worden?“, „Was haben sie auf die Frage, ...? geantwortet?“. Anhand solcher Fragen kann das Institut kontrollieren, ob das Interview ordnungsgemäß stattgefunden hat. Folglich gilt – zurück zur Systematik des BDSG – das grundsätzliche Datenverarbeitungsverbot des § 3. Die Institute dürfen demnach nur tätig werden, wenn – vgl. § 3 und oben – entweder das BDSG die Tätigkeit erlaubt, oder der Betroffene in die Verarbeitung eingewilligt hat. Wollte man eine Gesetzeslücke verneinen, würde die Erlaubnis fehlen. Es bliebe dann nach der Systematik des Gesetzes nur noch, daß der Betroffene einwilligt. Das aber hätte, vgl. dazu gleich anschließend, schwerwiegende Folgen für die Markt- und Sozialforschung.

⁷⁾ Etwas anderes gilt, wenn man annimmt, die Daten stellten bis zu ihrer Anonymisierung interne Daten im Sinne des § 1 Abs. 2 letzter Satz dar, die vom BDSG nicht geschützt werden. In einem solchen Falle würde das Verbot des § 3 schon seinem Wortlaut nach keine Anwendung finden. Von dieser Ansicht (nämlich: interne Daten, die vom BDSG nicht geschützt werden) ist der Gesetzgeber allem Anschein nach ausgegangen, vgl. dazu den unter 4.3.1.2. zitierten Brief des Bundesinnenministeriums vom 13. 11. 1973 und Fußn. 39.

⁸⁾ Bekanntgegeben erstmals in einem Schreiben des Innenministers des Landes Nordrhein-Westfalen vom 30. 11. 1978. In diesem Schreiben wird u. a. erklärt: „Gemäß § 3 BDSG ist die Speicherung und Übermittlung nur zulässig, wenn sie das Gesetz erlaubt, oder wenn der Betroffene eingewilligt hat. Eine derartige Einwilligung des Betroffenen muß grundsätzlich schriftlich erfolgen. Eine mündliche Einwilligungserklärung dürfte nur ausnahmsweise ausreichen, um die Speicherung zu legalisieren.“

⁹⁾ Vgl. dazu meinen Aufsatz DB 1977, 337.

¹⁰⁾ Der Arbeitskreis Deutscher Marktforschungsinstitute e. V. (ADM) mahnt monatlich mindestens einmal einen Wettbewerbsverstoß ab. Es gibt kein Land, in dem diese Landesregeln strenger wären als in der Bundesrepublik Deutschland, vgl. meinen Aufsatz „Gesetzestechische Regelung der Arbeit mit Markt- und Sozialforschungsdaten im deutschen und amerikanischen Datenschutzrecht“, in Konflikt und Ordnung, Festschrift für Murad Ferid vom 70. Geburtstag, München 1978, S. 703 ff. (711 ff.).

¹¹⁾ Vgl. dazu und zu weiteren Einzelheiten auch schon meinen Aufsatz DB 1977, 337 in und bei Fußn. 39.

dadurch entstehen, daß ein guter Teil der Bevölkerung keine Unterschrift erteilen will, wenn es nicht sein muß. Diese Abneigung zu unterschreiben besteht unabhängig davon, ob gegen eine Unterschrifts-erteilung Bedenken bestehen oder nicht. Die Verweigerungsrate würde somit erheblich größer und die Kosten würden stark steigen. Hinzu kommt, daß sich die Verweigerer nicht repräsentativ verteilen und kein unreflektiertes Verhalten sowie keine unreflektierten Einstellungen ermittelt werden könnten. Damit würden die Befragungsergebnisse erheblich unzuverlässiger. Befragungen würden so teuer und in einem so hohen Maße unzuverlässig, daß – das ist des Pudels Kern – „mehr als 50% der Sozialforschung stillgelegt“ werden würde. Dieses Zitat stammt aus einer von Scheuch verfaßten Stellungnahme des Zentralarchivs für Empirische Sozialforschung der Universität zu Köln vom 30. 4. 1979, also von einer Stelle, die unbestritten die Problematik mit am besten beurteilen kann. Sie wurde in einem an den Innenminister des Landes Nordrhein-Westfalen gerichteten Brief abgegeben, den Scheuch, auch als Beauftragter für Fragen des Datenschutzes der Deutschen Gesellschaft für Soziologie und der Arbeitsgemeinschaft Sozialwissenschaftlicher Institute e. V., verfaßt hat. Er bringt die drohenden Konsequenzen besonders klar zum Ausdruck:

„Verfassungsrechtlich bedenklich erscheint mir die Behauptung Ihres Briefes, die hohe Zahl von Verweigerungen nach einer Forderung, die Einwilligung sei schriftlich zu geben, sei kein Argument. Das ist bisher nichts anderes als eine bloße Behauptung, bei der die Beweislast auf Seiten des Behauptenden liegen muß. Dennoch erlaube ich mir, schon jetzt auf zwei Gegenargumente hinzuweisen: 1) Es ist nachweisbar, daß bei einer schriftlichen Zustimmung diese sehr häufig verweigert wird – aber nicht wegen der Sorge über den Schutz der Privatsphäre, sondern auf Grund der Ängstlichkeit gegenüber Verkäufern von ‚Tür zu Tür‘. Es ist empirisch belegbar, daß Sie also mit dieser Forderung etwas stimulieren, was mit Datenschutz nichts zu tun hat. 2) Forschung darf nur bei ganz schwerwiegenden Gründen verhindert werden. Auch der Datenschutz muß mithin in Abwägung zum Artikel 5 Grundgesetz ausgebildet werden. Wenn wir empirisch nachweisen können, daß durch die abwegige Interpretation von Prof. Simitsis nun auch die Verweigerung so ansteigt, daß das Mittel der Umfrage als Instrument wissenschaftlicher Information entfällt, dann würde dies einen Konflikt zwischen Datenschutz und Artikel 5 GG zur Folge haben. Ich darf darauf hinweisen, daß in der nichtkommerziellen Sozialforschung mehr als die Hälfte aller Forschungen auf Umfragen beruht. Es ist mithin empirisch nachweisbar, daß diese gegriffene Interpretation und Pauschalbehauptung, die Höhe der Verweigerung sei kein Argument, mehr als 50% der Sozialforschung unmöglich macht. In ganzen Forschungszweigen ist dann dieser Zweig stillgelegt.“

3. Beispiele zur Veranschaulichung der Problematik

Es wird zweckmäßig sein, die Problematik mit Beispielen zu veranschaulichen. Diese Beispiele können nicht nur dem besseren Verständnis dienen; sie gewinnen – vgl. dazu unten 4. – auch unmittelbar rechtsmethodische Bedeutung.

3.1. Angenommen, ein Institut oder eine andere Stelle, die unter den 4. Abschnitt fällt, führt aus irgendwelchen Gründen eine Untersuchung zur Qualität von Bleistiften durch. Denkbar ist ebenso jedes andere Thema, z. B. die Eignung von Kinderspielzeug. Um die Befragung zu finanzieren, spricht das Institut mit allen interessierten Herstellern ab, daß diese die Untersuchung finanzieren und dafür die Befragungsergebnisse erhalten. Befragt werden 100 Kunden. Das Institut stellt lediglich Fragen zur Qualität, z. B. der Bleistifte. Es unterscheidet nicht einmal nach einzelnen Marken.

Für das hier zu besprechende Beispiel kommt es nicht darauf an, wie intelligent und wie nützlich die Befragung eingeschätzt wird. Es kommt hier darauf an, daß es sich um eine Befragung handelt, bei der – so der Wortlaut des § 32 BDSG – „kein Grund zur Annahme besteht, daß schutzwürdige Belange des Betroffenen durch das Speichern beeinträchtigt werden“ und der Empfänger der Daten „ein berechtigtes Interesse an ihrer Kenntnis glaubhaft dargelegt hat“ (§ 32 Abs. 2). Hier interessiert also jedes beliebige Beispiel, für das feststeht, daß durch die Befragung schutzwürdige Belange des Betroffenen nicht beeinträchtigt werden und für die Übermittlung der Daten ein berechtigtes Interesse an ihrer Kenntnis glaubhaft dargelegt wird. Gleichgültig ist, wie bereits erwähnt, ob nach Bleistiften oder irgendetwas anderem gefragt wird. Es reicht aus, daß jeweils diese in § 32 genannten Voraussetzungen erfüllt sind.

¹²⁾ Was jedoch selbstverständlich das Berufsrecht der Sozial- und Marktforscher (nicht aber das BDSG) untersagt. Es könnte so aber bspw. eine Stelle handeln, die diesen Berufsgrundsätzen nicht unterliegt.

Und nun zum Kern: Würde die datenerhebende Stelle die Daten nicht anonymisieren und sogar in personenbezogener Form weitergeben¹²⁾, wäre die Befragung und die Weitergabe der Befragungsergebnisse nach § 32 erlaubt. Der Befragte müßte dann nicht in die Datenverarbeitung nach § 3 BDSG einwilligen. Würde dagegen diese Stelle die Daten im Institut anonymisieren und nur in anonymisierter Form weitergeben, dann müßten die Befragten in die Sammlung der Daten, in die Speicherung, einwilligen, wenn man die Gegenansicht vertreten wollte, es liege keine Gesetzeslücke vor. Der Betroffene müßte demnach gerade in dem Fall einwilligen, in dem seine personenbezogene Daten weniger mißbraucht werden können. Aufgabe des BDSG ist jedoch „nur“, personenbezogene Daten vor einem Mißbrauch bei der Datenverarbeitung zu schützen¹³⁾.

3.2. Ein weiteres Beispiel:

Angenommen, ein Bleistifthersteller führt die Befragung selbst und nur für eigene Zwecke durch. Es handelt sich somit um einen Fall, für den der dritte Abschnitt des BDSG gilt. Der Hersteller stellt nur Fragen, die – wie es § 23 ausdrückt – „zur Wahrung seiner berechtigten Interessen erforderlich sind“ und bei denen „kein Grund zur Annahme besteht, daß dadurch schutzwürdige Belange des Betroffenen beeinträchtigt werden“.

In diesem Beispiel bedarf der Bleistifthersteller zur Befragung nicht der Einwilligung des Befragten im Sinne des § 3; eben deshalb nicht, weil das BDSG in § 23 die Datenspeicherungen für diesen Fall ausdrücklich erlaubt. Mit anderen Worten: Wenn der Hersteller selbst befragt und die Daten personenbezogen verarbeitet, dann muß der Befragte nicht einwilligen. Es reicht aus, daß er das Interview gibt. Wenn der Hersteller dagegen die gleiche Untersuchung durch ein Institut durchführen ließe und die Befragungsergebnisse vom Institut nur in anonymisierter Form erhielte, dann müßte der Befragte – wenn keine Gesetzeslücke vorliegen würde – nach § 3 einwilligen.

§ 23 erlaubt in dem hier beschriebenen Fall die Befragung. Für das Institut fehlt dagegen eine entsprechende ausdrückliche Erlaubnis, obwohl das Institut Persönlichkeitsschutzgeübt und -bewußt ist und die Daten nur in anonymisierter Form weitergibt. Das Persönlichkeitsrecht würde danach eher verlangen, daß der Hersteller, der die Untersuchung selbst durchführt und die nichtanonymisierten Fragebogen selbst auswertet, der Einwilligung bedarf. Das BDSG verlangt jedoch – nach der von ihm in den §§ 3, 23 vorgenommenen Wertung – keine Einwilligung. Erst recht müßte das BDSG dann auf eine Einwilligung des Befragten verzichten, wenn die Stelle die Daten erhebt, anonymisiert und nur in anonymisierter Form übermittelt. Wollte man annehmen, es läge keine Gesetzeslücke vor, wäre das Ergebnis umgekehrt. Ein solches Ergebnis rechtfertigt jedoch der Sinn und Zweck des BDSG gerade nicht.

3.3. Man kann dieses Beispiel noch weiter ausbauen:

Der Hersteller gibt die Befragungsergebnisse an befreundete Unternehmen gegen Entgelt weiter. Auch wenn er die Ergebnisse in personenbezogener Form weitergibt, bedarf er dazu keiner Erlaubnis des Befragten im Sinne des § 3, weil das BDSG die Übermittlung erlaubt. Dabei kann dahinstehen, ob – in den Kommentaren eingehend erörtert – für den Hersteller hier der dritte oder der vierte Abschnitt gilt. Beide Abschnitte erlauben die Übermittlung – der dritte Abschnitt in § 24, der vierte Abschnitt in § 32. Mit anderen Worten: wenn ein Hersteller die Daten erhebt und sie in nichtanonymisierter, also personenbezogener Form an einen Dritten, z. B. an einen anderen Hersteller, weitergibt, dann erlaubt das BDSG die Befragung und die weitere Verarbeitung. Wenn die Daten anonymisiert und nur in anonymisierter Form weitergegeben werden, dann soll die Datenverarbeitung nach der Gegenmeinung nicht erlaubt sein. Der Sinn und Zweck des Gesetzes, der Persönlichkeitsschutz, rechtfertigt dieses Ergebnis nicht.

3.4. Ein weiteres Beispiel:

Die politischen Parteien und die Gewerkschaften dürfen nach § 23 Umfragen durchführen, auch ohne Einwilligung des Betroffenen, „wenn es zur Wahrung berechtigter Interessen erforderlich ist und kein Grund zur Annahme besteht, daß dadurch schutzwürdige Belange des Betroffenen beeinträchtigt werden“. In diesem Zusammenhang kann darauf verzichtet werden darzustellen, in welchen Fällen diese Voraussetzungen erfüllt sind. Niemand wird bestreiten, daß es Fälle geben muß, in denen diese Voraussetzungen erfüllt sind. Zulässig wird beispielsweise sein, daß eine Partei oder eine Gewerkschaft unter ihren Mitgliedern ermittelt, ob diese die gegenwärtig betriebene Politik zu bestimmten Fragen befürworten oder nicht.

Wenn dagegen die Parteien oder die Gewerkschaften mit eben dieser Studie, denselben Fragen, ein Institut beauftragen und die Daten nur

¹³⁾ Vgl. unten bei Fußn. 19.

in anonymisierter Form erhalten, dann würde das Gesetz dies – wollte man eine Gesetzeslücke verneinen – nicht erlauben; eben deshalb, weil der vierte Abschnitt nur eine ausdrückliche Erlaubnis für die Stellen enthält, die die Daten in personenbezogener Form übermitteln. Würde dagegen die erhebende Stelle der Partei die Daten personenbezogen übermitteln¹⁴⁾, dann wäre die Durchführung der Umfrage wiederum – unter den im § 32 genannten Voraussetzungen – erlaubt. Anonymisierung würde demnach quasi bestraft. Die dem Persönlichkeitsschutz dienende Anonymisierung würde durch ein Gesetz benachteiligt, das gerade dem Persönlichkeitsschutz dienen soll. Das kann nicht richtig sein.

3.5. Ein letztes Beispiel, aus dem zweiten Abschnitt:

§ 9, die Erlaubnisnorm zur Speicherung für die unter den zweiten Abschnitt fallenden Stellen, führt zu den gleichen, überraschenden Ergebnissen. Die Regierung darf beispielsweise nach § 9 erlauben, „wenn es zur rechtmäßigen Erfüllung der in ihrer Zuständigkeit liegenden Aufgaben erforderlich ist“. Sie darf also beispielsweise bestimmte Umfragen durchführen. Auch hier kann wieder dahinstehen, wann im Einzelfall die Voraussetzungen der Erlaubnisnorm erfüllt sind. Entscheidend ist, daß es Fälle geben wird, in denen diese Voraussetzungen erfüllt sind. Für diese Fälle zeigt sich wieder das bekannte Bild: Die Regierung selbst dürfte die Umfrage ohne Rücksicht auf eine ausdrückliche Einwilligung des Betroffenen durchführen. Dagegen würde – wollte man keine Gesetzeslücke annehmen – das BDSG generell nicht erlauben, daß ein Institut die Umfrage durchführt (um dann die anonymisierten Daten der Regierung zu übermitteln). Würde dagegen die erhebende Stelle die Daten in personenbezogener Form weitergeben¹⁵⁾, dann würde das BDSG die Umfrage erlauben. Also wieder das gleiche überraschende Ergebnis.

3.6. Zu einem weiteren Beispiel vgl. unten am Schluß dieser Arbeit.

4. Die Lückenfeststellung nach den anerkannten rechtsmethodischen Grundsätzen

4.1. Die theoretischen Grundlagen

Handelt es sich nun um eine ausfüllungsbedürftige Gesetzeslücke oder um einen Fehler des Gesetzes, der zwar kritisiert, aber nur vom Gesetzgeber selbst korrigiert werden darf? Die Antwort geben bekanntlich die von der Rechtsmethodik entwickelten Grundsätze zur Feststellung von Gesetzeslücken und – was möglicherweise von denen, die keine Gesetzeslücke anerkennen wollen, übersehen wird – unbestritten nur diese. Die Schriftsteller, die bis jetzt erklärt haben, es liege keine Gesetzeslücke vor, haben sich mit diesen rechtsmethodischen Grundsätzen noch nicht im einzelnen auseinandergesetzt. Es wird deshalb zweckmäßig sein, wenn die hier interessierenden Grundsätze zitiert werden¹⁶⁾: „Die Grenze zwischen einer Gesetzeslücke und einem Fehler des Gesetzes in rechtspolitischer Sicht kann nur so gezogen werden, daß man sich fragt, ob das Gesetz, gemessen an seiner eigenen Regelungsabsicht, unvollständig ist, oder ob nur die in ihm getroffene Entscheidung einer rechtspolitischen Kritik nicht standhält... Nicht nur die Absichten und bewußt getroffenen Entscheidungen des Gesetzgebers sind zu berücksichtigen, sondern auch solche objektiven Rechtszwecke und allgemeinen Rechtsprinzipien, die in das Gesetz Eingang gefunden haben. Ein Prinzip, das jedem Gesetz innewohnt, weil und soweit es beansprucht, ‚Recht‘ zu sein, ist das der Gleichbehandlung des Gleichartigen.“

Regelt ein Gesetz einen bestimmten Sachverhalt A in bestimmter Weise, enthält es aber keine Regeln für den im Sinne der getroffenen Wertung gleichliegenden Fall B, so ist das Fehlen einer solchen Regelung als eine Lücke des Gesetzes anzusehen...“

Der Analogie nahe verwandt ist das sogenannte *argumentum a maiore ad minus*. Es besagt: Wenn nach einer gesetzlichen Bestimmung für den Tatbestand A die Rechtsfolge R gilt, dann muß sie „erst recht“ für den ihm ähnlichen Tatbestand B gelten, da die *ratio legis* der gesetzlichen Regel auf den Tatbestand B sogar in einem noch höheren Maße zutrifft¹⁷⁾.

Bedeutung gewinnt in diesem Zusammenhang auch noch das argumen-

tum *ad absurdum*, nämlich „der Nachweis, daß eine bestimmte Auslegung richtig sei, weil die sonst noch möglichen töricht sein würden“¹⁸⁾.

4.2. Anwendung dieser Grundsätze

Sowohl der Grundsatz der Gleichbehandlung des Gleichartigen als auch das *argumentum a maiore ad minus* und das *argumentum ad absurdum* verlangen, daß die Stellen, die die Daten anonymisieren, nicht schlechter gestellt werden, als die Stellen, die die Daten in personenbezogener Form weitergeben. Maßgeblich ist die Regelungsabsicht, also hier die Aufgabe des Gesetzes. Die Aufgabe des BDSG besteht, wie erwähnt, darin, personenbezogene Daten vor Mißbrauch bei ihrer Speicherung, Übermittlung, Veränderung und Löschung zu schützen¹⁹⁾. Daraus folgt für die Lückenfeststellung im einzelnen:

4.2.1. Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung des Gleichartigen

„Gemessen an seiner Regelungsabsicht“ (*Larenz a.a.O.*) ist das Gesetz unvollständig, enthält also nicht nur einen „Fehler in rechtspolitischer Sicht“ (ebenfalls *Larenz a.a.O.*). Das Gesetz hat die Zulässigkeit einer Speicherung von Daten durch die in § 31 Abs. 1 Nr. 1 erfaßten Stellen in bestimmter Weise geregelt (Sachverhalt A), nämlich in diesem Sinne: Für diese Stellen „ist das Speichern personenbezogener Daten zulässig, soweit kein Grund zur Annahme besteht, daß dadurch schutzwürdige Belange des Betroffenen beeinträchtigt werden“ (§ 32 Abs. 1 Satz 1). Dieser Regelung des § 32 liegt demnach als Wertung zugrunde, daß die Aufgabe des BDSG darin besteht, personenbezogene Daten vor Mißbrauch bei ihrer Speicherung zu schützen²⁰⁾ und in diesen Fällen diese Aufgabe keinen gesetzgeberischen Eingriff verlangt. Es gibt bis jetzt keine Stimme, die die Richtigkeit dieses Satzes bezweifelt hätte.

Sachverhalt B unterscheidet sich, was die vom Gesetz getroffene Wertung anbetrifft, dadurch, daß die in § 31 Abs. 1 Nr. 2 erfaßten Stellen die Daten anonymisieren, also ihnen die Personenbezogenheit nehmen.

Sachverhalt A und Sachverhalt B unterscheiden sich demnach, soweit es hier interessiert, dadurch, daß im Sachverhalt B Maßnahmen ergriffen werden, die von vornherein einen Datenmißbrauch verhindern. Die in Nr. 2 genannten Stellen kommen demnach der vom Gesetz verfolgten Regelungsabsicht entgegen. Die Aufgabe des BDSG, personenbezogene Daten vor Mißbrauch zu schützen, wird von diesen Stellen voll erfüllt. Auch diese Feststellung wird, soweit ersichtlich, allgemein anerkannt. Die vom Gesetz getroffene Wertung rechtfertigt somit – wie die oben unter 3.1. bis 3.6. aufgeführten Beispiele verdeutlichen – für Sachverhalt B jedenfalls keine strengere Regelung.

Mit anderen Worten: Der Grundsatz der Gleichbehandlung des Gleichartigen verlangt:

– „Regelt ein Gesetz einen bestimmten Sachverhalt A in bestimmter Weise“ (*Larenz a.a.O.*);

auf die hier zu beurteilende Frage übertragen: Sachverhalt A, also die Zulässigkeit der Speicherung für die Tätigkeit der in Nr. 1 erfaßten Stellen, wurde vom Gesetz in einer bestimmten Weise geregelt; nämlich in der Weise, daß kein Grund zur Annahme besteht, daß dadurch schutzwürdige Belange des Betroffenen beeinträchtigt werden“ (§ 32 Abs. 1); das ist unbestritten;

– „enthält es aber keine Regeln für den im Sinne der getroffenen Wertung gleichliegenden Fall B“;

auf die hier zu beurteilende Problematik übertragen: im Sinne der vom BDSG getroffenen Wertung liegt Fall B – nämlich die Speicherung von Daten durch Stellen, die die Daten anonymisieren – mindestens gleich; für diesen Fall B enthält das Gesetz jedoch keine

¹⁴⁾ ENNECCERUS-NIPPERDEY, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, Bd. I, 15. Aufl., S. 334.

¹⁵⁾ Vgl. z. B. AUERNHAMMER, Das Bundesdatenschutzgesetz, DB 1977, 205/207; ORDEMANN/SCHOMERUS a.a.O., Anm. 1 zu § 1 (S. 54); REH, in SIMITIS/DAMMANN/MALLMANN/REH, Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, Baden-Baden 1978 Rd. Nr. 5 ff. zu § 1.

¹⁶⁾ Vgl. Fußn. 19.

¹⁴⁾ Wie Fußn. 12.

¹⁵⁾ Wie Fußn. 12.

¹⁶⁾ LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. Heidelberg/Berlin/New York (1975), S. 359.

¹⁷⁾ LARENZ a.a.O. S. 375 f.

Regeln zur Zulässigkeit der Speicherung; auch diese Feststellung ist, wie erwähnt, soweit ersichtlich unbestritten.

— „so ist das Fehlen einer solchen Regelung als eine Lücke des Gesetzes anzusehen“.

Folglich liegt eine Gesetzeslücke vor. Es handelt sich dabei nur um eine Schlußfolgerung aus unbestrittenen Umständen nach den anerkannten und verbindlich rechtsmethodischen Grundsätzen²¹⁾.

In diesem Sinne sprechen bspw. Ordemann/Schomerus das Problem an. Sie führen in der Kommentierung zu § 36 aus²²⁾: „Das Gesetz enthält keine spezielle Regelung, unter welchen Voraussetzungen diese personenbezogenen Daten bis zu ihrer Anonymisierung gespeichert und verarbeitet werden dürfen. Außerhalb des BDSG ist ebenfalls keine ermächtigende Rechtsnorm ersichtlich. Demnach wäre die Speicherung und sonstige Verarbeitung dieser Daten nur mit Einwilligung des Betroffenen zulässig ... Berücksichtigt man, daß personenbezogene Daten, die von unter § 31 Abs. 1 Nr. 1 fallenden Unternehmen nach § 32 gespeichert und verarbeitet werden, einer potentiell weitaus höheren Mißbrauchsgefahr ausgesetzt sind, dann scheint es vertretbar, die Speicherung dieser Daten in entsprechender Anwendung des § 32 Abs. 1 zuzulassen“.

Rechtsmethodisch erklären Ordemann/Schomerus nichts anderes als: Es liegt eine Gesetzeslücke vor. Ausgefüllt wird diese Gesetzeslücke im Wege der Analogie zu § 32. Dementsprechend bejahen auch Gola/Hümmerich/Kerstan eine Gesetzeslücke²³⁾: „Für die im § 31 Abs. 1 Satz 2 Ziffer 2 genannten datenverarbeitenden Stellen, die die geschäftsmäßige Datenverarbeitung zum Zwecke der Auswertung der Daten in anonymisierter Form betreiben, hat das Gesetz von einer ausdrücklichen Regelung der Zulässigkeit der Speicherung abgesehen. Gleichwohl muß die Speicherung als zulässig angesehen werden.“

Bezeichnend ist, daß das Schrifttum an den Stellen, an denen es nicht auf das Problem fixiert ist, sich aber doch in der Sache mit dem Problem auseinandersetzt, davon ausgeht, daß die Nichterwähnung des § 32 in § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 die Stellen der Nr. 2 privilegieren soll. Das gilt vor allem auch für Schriftsteller, die an anderer Stelle die Ansicht vertreten, es liege keine Gesetzeslücke vor. Sie erkennen somit an, daß die Stellen, die die Daten anonymisieren, privilegiert werden sollen, und sie ziehen nur noch nicht die sich nach den rechtsmethodischen Grundsätzen daraus ergebende Konsequenz.

So erklärt bspw. Mallmann a.a.O.²⁴⁾ mit kaum zu übertreffender Klarheit: „Nr. 2 privilegiert die auf diese Weise arbeitenden Stellen, d. h. vor allem die Markt- und Meinungsforschungsinstitute: Die §§ 32 bis 35 gelten nicht ... Bleibt es dabei, so braucht der Betroffene nichts zu befürchten. Deshalb und um eine unnötige Behinderung der für Politik, Wirtschaft und Wissenschaft zunehmend wichtigen empirischen Untersuchungen zu vermeiden, hat sich der Gesetzgeber für eine Regelung entschieden, die sich darauf beschränkt, Vorkehrungen gegen eine Identifizierung Betroffener vorzusehen.“ Mallmann betont damit richtig, daß um eine unnötige Behinderung der für Politik, Wirtschaft und Wissenschaft unentbehrlichen empirischen Untersuchungen zu verhindern, die Markt- und Meinungsforschungsinstitute privilegiert werden sollen, deshalb die Erlaubnisnorm des § 32 zu eng ist und deshalb in Nr. 2 nicht als Erlaubnisnorm erwähnt wird. Die Konsequenz daraus kann nur sein, daß eine Gesetzeslücke bejaht wird, weil sonst das Gegenteil von dem erreicht würde, was beabsichtigt gewesen ist. Aus der Privilegierung würde sonst die in dieser Arbeit vielfach beschriebene Benachteiligung.

²¹⁾ Eine andere Frage ist, was der Grundsatz der Gleichbehandlung des Gleichartigen zur Ausfüllung der Gesetzeslücke besagt. In diesem Zusammenhang reicht es aus festzustellen: Nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung des Gleichartigen dürfen die in Nr. 2 erfaßten Stellen jedenfalls nicht schlechter gestellt werden als die in Nr. 1 erfaßten. Eine Gleichbehandlung setzt jedoch voraus, daß eine Gesetzeslücke vorliegt; nur dann kann durch Analogie eine Gleichbehandlung erfolgen, vgl. LARENZ an dem in Fußn. 16 a.O. Wenn andere Überlegungen ergeben, daß eine Analogie die in Nr. 2 erfaßten Stellen noch zu schlecht stellt, ändert sich an der Feststellung, daß eine Gesetzeslücke vorliegt, nichts: In einem solchen Falle muß erst recht bejaht werden, daß eine Gesetzeslücke besteht.

²²⁾ A.a.O.

²³⁾ Datenschutzrecht, Teil I — Das Bundesdatenschutzgesetz, Verfassungsrechtlicher Datenschutz, Internationaler Datenschutz, Berlin 1977, S. 75.

²⁴⁾ RdNr. 23 zu § 31.

Ähnlich äußert sich Schwappach²⁵⁾: „Werden personenbezogene Daten gespeichert, dann aber so verändert, daß sie anonymisiert sind und in dieser Form übermittelt, so ergeben sich grundsätzlich daraus keine Gefahren für die Persönlichkeit des einzelnen, da er in seiner Individualität nicht mehr erkennbar ist. Der Gesetzgeber konnte sich daher auf Regelungen beschränken, die eine De-Anonymisierung verhindern (vgl. § 36 und die dortige Kommentierung).“ Zum Problem selbst — Gesetzeslücke ja oder nein? — äußert sich Schwappach nicht. Er bringt jedoch nach Ansicht des Verfassers klar den Eindruck des unbefangenen Betrachters zum Ausdruck: Die für Auskunftseien geltende Erlaubnisnorm ist für die in Nr. 2 erfaßten Stellen zu schwach. Diese Stellen müssen gegenüber den Auskunftseien privilegiert werden. Folglich paßt § 32 nicht und dementsprechend soll auf ihn nicht verwiesen werden. Nur fügt Schwappach, wie der Gesetzgeber, nicht ausdrücklich hinzu: Diese Stellen dürfen grundsätzlich die Daten speichern. Er fügte es offensichtlich deshalb nicht hinzu, weil sich für ihn diese Feststellung von selbst versteht. Wozu dieses Weglassen durch den Gesetzgeber jedoch führt, ist bekannt. Weil die Konsequenz nicht ausgedrückt wird, muß umfangreich erörtert werden, daß sie gezogen werden muß. Gerade der Kommentar von Gallwas/Schneider/Schwappach/Schweinach/Steinbrinck müßte demnach mit am besten nachvollziehen können, daß eine Gesetzeslücke vorliegt.

4.2.2. Anwendung des argumentum a maiore ad minus

Dieses Ergebnis — daß nach den maßgeblichen, rechtsmethodischen Grundsätzen eine Gesetzeslücke besteht — wird durch das bereits oben erwähnte argumentum a maiore ad minus bekräftigt. Für die hier zu beurteilende Problematik besagt dieses Argument:

— „Wenn nach einer gesetzlichen Bestimmung für den Tatbestand A die Rechtsfolge R gilt“, vgl. Larenz a.a.O.;

hier: Tatbestand A ist die Speicherung personenbezogener Daten durch Stellen, die die Daten nicht anonymisieren; nach der gesetzlichen Bestimmung des § 32 Abs. 1 gilt für diesen Tatbestand A die Rechtsfolge R, nämlich: Die Speicherung ist in bestimmten Fällen erlaubt;

— „dann muß diese Rechtsfolge erst recht für den ähnlichen Tatbestand B gelten, da die ratio legis auf den Tatbestand B sogar in einem noch höheren Maße zutrifft“;

hier: Tatbestand B ist der Fall, daß Stellen die gespeicherten Daten anonymisieren. Auf den Tatbestand B trifft die ratio legis — wie die oben unter 31–36 angesprochenen Beispiele zusätzlich zeigen — in einem noch höheren Maße zu. Folglich muß die Speicherung bei Tatbestand B, der hier interessiert, erst recht zulässig sein.

— Demnach liegt eine Gesetzeslücke vor.

4.2.3. Das argumentum ad absurdum

§ 36 Abs. 1 legt Verpflichtungen fest, die nur dann sinnvoll sind, wenn die Stellen, die die Daten in anonymisierter Form übermitteln, privilegiert sind gegenüber den Stellen, die die Daten in personenbezogener Form übermitteln. § 36 Abs. 1 legt bekanntlich unter anderem fest, daß die Stellen, die die Daten in anonymisierter Form übermitteln „die Merkmale, mit deren Hilfe anonymisierte Daten derart verändert werden können, daß sie sich auf eine bestimmte Person beziehen oder eine solche erkennen lassen, gesondert „gespeichert“ werden müssen. § 36 Abs. 1 bestimmt ferner, daß „diese Merkmale mit den anonymisierten Merkmalen nicht mehr zusammengeführt werden dürfen, es sei denn, daß die dadurch ermöglichte Nutzung der Daten noch für die Erfüllung des Zweckes der Speicherung oder zu wissenschaftlichen Zwecken erforderlich ist.“ Wozu diese Erschwernisse? Doch deshalb, weil die Stellen, die Daten anonymisiert übermitteln, bevorzugt behandelt werden gegenüber den Stellen, die die Daten in personenbezogener Form übermitteln. Wollte man annehmen, es bestehe keine Gesetzeslücke, würden die Stellen, die die Daten anonymisiert übermitteln, gerade nicht bevorzugt behandelt, sondern benachteiligt. Sie dürften sich, anders als alle anderen Stellen, auf keine Erlaubnisnorm berufen. Das kann nicht richtig, vom Gesetz somit nach dem argumentum ad absurdum nicht gewollt sein.

²⁵⁾ In GALLWAS / SCHNEIDER / SCHWAPPACH / SCHWEINACH / STEINBRINCK, Datenschutzrecht und Vorschriftensammlung, RdNr. 20 zu § 31 (nach Druckvorlage zitiert).

Verständlich wird § 36 dagegen, wenn man berücksichtigt, daß der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, daß die Institute dadurch privilegiert werden sollten, daß sie keine Einwilligung des Betroffenen einholen müssen (vgl. dazu unten Nr. 4.3.1.2. bei b). Bei einer Privilegierung ist es verständlich, daß Sicherheitsvorkehrungen vorgeschrieben werden müssen (vgl. Schwappach an dem in Fußn. 25 a. O.).

Es kommt hinzu, wenn auch nicht mehr darauf an: Zum argumentum ad absurdum gehört vor allem auch der bereits oben wiedergegebene grundsätzliche Einwand, daß 50% der Sozialforschung unmöglich gemacht werden würde, wenn man verlangen wollte, daß der Befragte schriftlich einwilligt²⁴⁾. Es kann nicht Sinn und Zweck des BDSG sein, ohne zwingenden Grund 50% der Sozialforschung stillzulegen. Etwas anderes könnte nur gelten, wenn der Schutz des Befragten höherwertig wäre und der Schutz des Befragten eine schriftliche Einwilligung erforderte. Dieses Schutzes bedarf der Befragte aber nicht. Scheuch führt dazu in der bereits erwähnten Stellungnahme des Zentralarchivs

²⁴⁾ Dieses argumentum ad absurdum betrifft also nur die Meinung, der Befragte müsse auch bei mündlichen Befragungen schriftlich einwilligen. Es trifft somit diejenigen nicht, die annehmen, daß die Befragten deshalb nicht schriftlich einwilligen müssen, weil im Sinne des § 3 Abs. 2 „wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist“. Diese Meinung (mündliche Einwilligung reicht aus) vertreten z. B. BERGMANN/MÖHRLE, Handkommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, Stuttgart/München/Hannover 1977, RdNr. 2 zu § 3; HÖRLE/WRONKA, BDSG-Auswirkungen auf Werbung und Presse, Bonn 1977, Anm. 13 zu § 3; SIMITIS/DAMMANN/MALLMANN/REH a.a.O., RdNr. 81 zu § 3.

für Empirische Sozialforschung der Universität Köln vom 30. 4. 1979 aus:

Die Ansicht, der Persönlichkeitsschutz verlange, daß der Befragte schriftlich einwilligen müsse, „beruht auf einem irrigen Verständnis dessen, was sich in den Vereinigten Staaten als Anforderungen an ‚informed consent‘ herausgebildet hat. Auslösend waren medizinische Versuche, zu denen die Subjekte ihre Einwilligung gegeben hatten, ohne nach Ansicht von Gerichten die Schwere der Folgen von mißglückten Versuchen beurteilen zu können. Je schwerer die Folgen, um so höher müßten nach Ansicht der Gerichte die Anforderungen an ‚informed consent‘ sein. Bei der Möglichkeit von Gesundheitsschäden ist hier in der Regel für medizinische Experimente dann die Schriftform gefordert worden, da nur so wahrscheinlich wird, daß den Befragten die fremde medizinische Materie auch verständlich wird. Die Übertragung dieser Schutzregel auf die Interviewsituation erscheint mir völlig abwegig. Der Befragte weiß, daß er das Interview zu einem entsprechenden Moment abbrechen kann und gibt somit seine Einwilligung zu jeder weiteren Frage als konkludentes Verhalten, nachdem er zu Beginn generell zustimmte. Von seinem Verweigerungsrecht macht ja auch ein nennenwerter Prozentsatz Gebrauch. Bei ‚heiklen‘ Fragen verweigern 30% und mehr der Befragten eine Antwort. Angesichts dieser Praxiserfahrungen ist mir die Vorstellung vom hilflosen und deshalb zu schützenden Befragten nicht verständlich. Es ist demgegenüber beweisbar, daß den Unterschieden in den Werten entsprechend die Menschen sich selbst als ihre ‚Datenschützer‘ beweisen. Übrigens würde ein Argument, die weniger Gebildeten seien besonders zu schützen, ebenfalls nicht greifen. Bei vielen Fragen verweigern nämlich wenig Gebildete häufiger die Antwort.“

(Fortsetzung im nächsten Heft)

Rechtsanwalt Dr. Robert Schweizer, Lehrbeauftragter an der Universität München

Speicherung und Übermittlung anonymisierter Daten durch Sozial- und Marktforschungsinstitute nur bei Einwilligung der Befragten im Sinne des § 3 BDSG? (II)

Gesetzeslücke im Bundesdatenschutzgesetz

(Fortsetzung aus Heft 36 · Seite 1737)

4.3. Auseinandersetzung mit der Gegenmeinung

Soweit das Schrifttum dennoch annimmt, es liege keine Gesetzeslücke vor, müßte es demnach die Gegenargumentation noch einmal überprüfen. Als Gegner werden in der Regel die Kommentare von *Auernhammer*, *Bergmann/Möhrle* und *Simitis/Dammann/Mallmann/Reh* genannt²⁷⁾. *Bergmann/Möhrle* und *Simitis/Dammann/Mallmann/Reh* verlangen bei mündlichen Befragungen eine mündliche Einwilligung des Befragten²⁸⁾. *Auernhammer* setzt sich, soweit ersichtlich, mit der Frage, ob der Befragte schriftlich oder mündlich zustimmen muß, nicht im einzelnen auseinander.

Vordergründig ergibt sich zu diesen Gegenansichten: *Auernhammer* hat wesentlich im Gesetzgebungsverfahren mitgewirkt, sich ausführlich mit der Problematik befaßt und ausdrücklich – allerdings nicht als Kommentator, sondern im Auftrag des Bundesministers des Innern – schriftlich bestätigt: Wenn die Institute die Daten anonymisieren und nur in dieser Form weitergeben, brauchen die Befragten nicht einzuwilligen, weder schriftlich noch mündlich, vgl. dazu unten Nr. 4.3.1.2. Deshalb ist es möglich, daß der Kommentar von *Auernhammer* nur mißverstanden worden ist. Der Kommentar von *Bergmann/Möhrle* vertritt sachlich im wesentlichen von Anfang an die hier vertretene Ansicht. Für ihn kann es nur um die rechtsmethodische Einordnung gehen²⁹⁾. Der Kommentar von *Simitis/Dammann/Mallmann/Reh* betont, wie bereits oben erwähnt³⁰⁾, zu Recht, daß die Nichterwähnung des § 32 in § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 die Institute aus guten Gründen, insbesondere im öffentlichen Interesse, privilegieren und nicht benachteiligen solle. Folglich müßte auch für diesen Kommentar der Weg zur Gesetzeslücke geebnet sein.

4.3.1. Die einzelnen Gegenargumente

4.3.1.1. Systematik des BDSG

Am häufigsten wird gegen die hier vertretene Ansicht eingewandt, die Systematik des Gesetzes spreche gegen sie. Am ausführlichsten erklärt dies der Kommentar von *Simitis/Dammann/Mallmann/Reh*³¹⁾:

²⁷⁾ AUERNHAMMER, Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, Köln/Berlin/Bonn/München 1977, Anm. 5 zu § 36; BERGMANN/MÖHRLE a.a.O. Anm. 2.1 und 2.6 zu § 3 sowie Anm. 4 zu § 36; SIMITIS/DAMMANN/MALLMANN/REH a.a.O., RdNr. 76 ff. zu § 3 und RdNr. 30 f. zu § 36.

²⁸⁾ Vgl. Fußn. 26.

²⁹⁾ Der Kommentar von BERGMANN/MÖHRLE führt in Anm. 3.2 aus: „Die besonderen Umstände liegen darin, daß die Daten nach ihrer Speicherung sofort anonymisiert werden müssen (vgl. § 36 Abs. 1 Satz 1 und Anmerkungen 2 und 3 zu § 36). Die Zulässigkeit der Speicherung ergibt sich nach allem aus § 3 Satz 1 Nr. 2, wobei wegen der besonderen Umstände die Einwilligung des Betroffenen nicht der Schriftform bedarf. Dies erscheint auch sachgerecht, denn das Verlangen der Unterschrift des Befragten würde die Arbeit der Interviewer erheblich erschweren, da dies unbegründetes Mißtrauen auslösen könnte.“ BERGMANN/MÖHRLE berücksichtigt demnach bereits, was die oben zitierte Stellungnahme des Zentralarchivs für Empirische Sozialforschung vom 30. 4. 1979 darlegt. Somit ist es nur noch ein weiterer, konsequenter und notwendiger Schritt, eine Gesetzeslücke anzunehmen.

³⁰⁾ Vgl. oben Nr. 421 a. E.

³¹⁾ RdNr. 30 zu § 36.

„Da weder das BDSG noch eine andere Rechtsvorschrift die Speicherung erlaubt, ist diese nach § 3 nur zulässig, wenn der Betroffene eingewilligt hat. An der Anwendung des § 3 und dem sich daraus ergebenden Erfordernis einer Einwilligung kann nach der Systematik des BDSG kein Zweifel bestehen. In dem Fehlen einer Regelung über die Zulässigkeit einer Speicherung in § 36 liegt deshalb keine Gesetzeslücke.“

Solange sich die Gegenmeinung auf eine solche Argumentation beschränkt, hat sie sich, wie bereits mehrfach erwähnt, noch nicht mit den anerkannten rechtsmethodischen Grundsätzen auseinandergesetzt.

Sie müßte erst noch darlegen, warum der Grundsatz der Gleichbehandlung des Gleichwertigen sowie darüber hinaus das argumentum a maiore ad minus und das argumentum ad absurdum nicht die hier vertretene Ansicht rechtfertigen. Die hier vertretene Ansicht räumt ein, daß, soweit hier von Bedeutung, nach der Systematik des BDSG die Datenverarbeitung erlaubt sein muß³²⁾. Sie räumt auch ein, daß das Gesetz nur für die in § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 erfaßten Stellen das Speichern ausdrücklich erlaubt. Nur, aus den rechtsmethodischen Grundsätzen zur Feststellung und Ausfüllung einer Gesetzeslücke ergibt sich, daß daraus noch nicht geschlossen werden darf, eine gesetzliche Erlaubnis fehle.

Diese Grundsätze setzen vielmehr voraus, daß sich aus dem Wortlaut und der Systematik des Gesetzes das Gegenteil dessen ergibt, was richtig ist. Der Grundsatz der Gleichbehandlung des Gleichartigen, das argumentum a maiore ad minus und das argumentum ad absurdum „wohnen jedem Gesetz inne, weil und soweit es beansprucht, recht zu sein“ (Larenz a.a.O.). Diese Grundsätze müssen deshalb bei der Anwendung des Gesetzes mit berücksichtigt werden. Das ist unbestritten; nur werden Gesetzeslücken verständlicherweise nicht immer sofort erkannt. Ohne Anerkennung dieser Grundsätze ist bekanntlich Rechtsanwendung heute nicht mehr denkbar. Es gibt kein Gesetz, das keine Gesetzeslücke enthielte und das nicht als bereits heute verbindlich entgegen seinem Wortlaut und seiner Systematik ausgefüllt werden würde³³⁾.

4.3.1.2. Die beiden weiteren Gegenargumente: Rückschluß aus § 36 Abs. 2 und Entstehungsgeschichte³⁴⁾

³²⁾ Vgl. z. B. oben Fußn. 7.

³³⁾ Vgl. z. B. LARENZ a.a.O., S. 354 ff.

³⁴⁾ Zu den Gegenargumenten gehören nicht Äußerungen wie: „Auch pauschale Hinweise auf eine zu befürchtende Kostensteigerung, weil eine ganze Reihe von Personen durch das Einwilligungserfordernis skeptisch werden könnte, die Zahl der Befragten aber deshalb erhöht werden müßte, sind kein überzeugendes Argument gegen das schriftliche Einverständnis. Das Gesetz will den einzelnen davor bewahren, schlichtes Informationsobjekt zu sein. Es weigert sich deshalb, den Betroffenen von der Entscheidung über die Verwendung seiner Daten auszuschließen. Mag sein, daß eine Einbeziehung Markt- und Meinungsforschungsinstitute dazu zwingt, ihre Arbeitsmethoden zu revidieren. Doch handelt es sich dabei um eine Forderung, die das Gesetz an jeden stellt, der bislang meinte, personenbezogene Daten ohne Rücksicht auf die Reaktion des Betroffenen verarbeiten zu können“ (vgl. SIMITIS a.a.O., RdNr. 79 zu § 3). Die hier vertretene Ansicht stützt sich rechtsmethodisch im wesentlichen nicht auf die Überlegung, daß die Institute dazu gezwungen werden würden, ihre Arbeitsmethoden zu ändern. Sie geht auch davon aus, daß allein der Umstand als solcher, daß Arbeitsmethoden revidiert werden müssen, noch nicht rechtfertigt, das BDSG entgegen seinem Wortlaut und seiner Systematik aufzufassen. Rechtsmethodisch wird die hier vertretene Ansicht, wie ausgeführt, damit begründet, daß nach dem Grundsatz der Gleichbewertung des Gleichsinnigen sowie dem argumentum a maiore ad minus und dem argumentum ad absurdum eine Gesetzeslücke vorliegt. Gegenargumente gegen die hier vertretene Ansicht können somit nur Überlegungen sein, aus denen sich ergibt, daß nicht der Grundsatz der Gleichbewertung des Gleichsinnigen und das argumentum a maiore ad minus und das

In der Literatur werden, außer den Hinweisen auf den Wortlaut und die Systematik des Gesetzes, zwei darüber hinausgehende Argumente gegen das Bestehen einer Gesetzeslücke vorgetragen:

— Aus § 36 Abs. 2 folge, daß das Gesetz eine Zustimmung des Befragten verlange. § 36 Abs. 2 erkläre für den Fall der Unzulässigkeit der Speicherung den ersten Halbsatz des § 35 Abs. 3 für anwendbar. Wörtlich wird vorgetragen: „Diese Regelung würde leerlaufen, wenn die Speicherung generell zulässig wäre“³⁵⁾.

— Der Gesetzgeber habe „berücksichtigt, daß die Speicherung nur zulässig ist, wenn eine andere Rechtsvorschrift außerhalb des BDSG sie erlaubt oder der Betroffene eingewilligt hat“³⁶⁾.

Beide Gegenargumente sind zunächst bestechend. Tatsächlich kann aber weder aus § 36 Abs. 2 dieser Rückschluß gezogen werden, noch spricht die Entstehungsgeschichte für die Gegenansicht. Im Gegenteil; die Entstehungsgeschichte macht verständlich, daß eine Gesetzeslücke vorliegt. Der Gesetzgeber ist, wie bereits erwähnt, schriftlich nachweisbar davon ausgegangen, daß die Institute in den hier interessierenden Fällen keine Einwilligung des Befragten benötigen. Außerdem: Selbst wenn die beiden Gegenargumente als solche zuträfen, wären sie unbeachtlich und zwar deshalb, weil die oben unter Nr. 4.1. beschriebenen Grundsätze auf jeden Fall vorgehen. Im einzelnen:

a) Rückschluß aus § 36 Abs. 2

§ 36 Abs. 2 läuft nicht leer, wenn eine Gesetzeslücke bejaht wird. Das versteht sich von selbst, wenn die Gesetzeslücke — wie es Ordermann/Schomerus a.a.O. vorschlagen — so ausgefüllt wird, daß § 36 Abs. 1 entsprechend angewandt wird. Wenn die Gesetzeslücke in diesem Sinne ausgefüllt wird, dann kann es — trotz Vorliegens einer Gesetzeslücke — offensichtlich Fälle geben, in denen die „Speicherung unzulässig war“; eben deshalb, weil dann jede Speicherung unzulässig war, die nach § 32 Abs. 1 nicht erfolgen durfte. § 36 Abs. 2 kann demnach allein schon aus diesem Grunde auf keinen Fall die Frage entscheiden, ob eine Gesetzeslücke als solche vorliegt. Beeinflussen kann § 36 Abs. 2 allenfalls die Ausfüllung der Gesetzeslücke. § 36 Abs. 2 läuft im übrigen selbst dann nicht leer, wenn die Gesetzeslücke so ausgefüllt wird, daß die Speicherung generell zulässig ist³⁷⁾.

argumentum ad absurdum rechtfertigen, eine Gesetzeslücke anzunehmen. Das Argument, falls das BDSG die Abänderung von Arbeitsmethoden verlange, müßten die Arbeitsmethoden eben geändert werden, setzt sich mit diesen Grundsätzen jedoch nicht auseinander.

³⁵⁾ MALLMANN a.a.O., RdNr. 3 zu § 36 mit Hinweis auf AUERNHAMMER a.a.O., Fußn. 10 zu § 36. AUERNHAMMER führt a.a.O. wörtlich aus: „Daß dies vom Gesetzgeber nicht gewollt ist, ergibt sich auch aus der Anwendbarkeit von § 36 III 2 Halbsatz 1 für diese Normadressaten (§ 36 Abs. 2); danach sind personenbezogene Daten zu löschen, wenn ihre Speicherung unzulässig war.“

³⁶⁾ AUERNHAMMER und MALLMANN a.a.O. unter Hinweis auf die amtliche Begründung zu § 28 des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 7/1027, S. 30 f. Dort, in der amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs, heißt es: „Die Vorschrift geht davon aus, daß diese Unternehmen, die als Rohstoff für ihre Untersuchungen und Auswertungen benötigten, personenbezogenen Daten nur mit Zustimmung des Betroffenen oder auf Grund einer Rechtsvorschrift verarbeiten dürfen (§ 2 Abs. 3).“ § 2 Abs. 3 des Regierungsentwurfes entspricht, worauf auch AUERNHAMMER a.a.O. hinweist, § 3 BDSG. In Anm. 5 zu § 36 ergänzt AUERNHAMMER noch: „Der Grund dafür liegt darin, daß die in diesem Bereich gespeicherten Daten oft weit in die Privatsphäre des Bürgers reichen und deshalb grundsätzlich nur bei ihm selbst erhoben werden sollen. Außerdem sind diese hier in Betracht kommenden Unternehmen nicht an personenbezogenen Daten, sondern an aggregierten Ergebnissen interessiert, die Übermittlung personenbezogener Daten ist nach ihrer Zweckbestimmung grundsätzlich ausgeschlossen. Das alles soll hier rechtlich verankert werden.“

³⁷⁾ Im Vorgriff auf die Diskussion zur Ausfüllung dieser Gesetzeslücke: § 35 Abs. 3 Satz 2 Abs. 1, auf den § 36 Abs. 2 verweist, lautet: „Personenbezogene Daten „sind zu löschen, wenn ihre Speicherung unzulässig war“. AUERNHAMMER weist a.a.O. in RdNr. 6 zu § 36 zutreffend darauf hin, daß personenbezogene Daten auch dann im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 2 Abs. 1 unzulässig gespeichert werden sind, wenn die personenbezogenen Daten unrichtig gespeichert wurden. Eine unrichtige Speicherung will selbstverständlich die hier

b) Entstehungsgeschichte

Soweit sich die Gegenansicht auf die Entstehungsgeschichte beruft, stützt sie sich ausschließlich auf die amtliche Begründung des Regierungsentwurfs, in der es heißt (vgl. bereits Fußn. 36): „Die Vorschrift geht davon aus, daß diese Unternehmen die als Rohstoff für ihre Untersuchungen und Auswertungen benötigten personenbezogenen Daten nur mit Zustimmung des Betroffenen oder auf Grund einer Rechtsvorschrift verarbeiten dürfen (§ 2 Abs. 3).“ Federführend für die Ausarbeitung der amtlichen Begründung des Regierungsentwurfes war bekanntlich das Bundesinnenministerium. Das Bundesinnenministerium hat in einem Schreiben vom 13. 11. 1973 an den Arbeitskreis Deutscher Marktforschungsinstitute e.V. betont, daß der soeben zitierte Satz nicht bedeuten sollte, daß der Befragte regelmäßig in das Interview einwilligen muß. Auernhammer hat in diesem Brief vom 13. 11. 1973 im Auftrag des Bundesministers des Innern ganz im Gegenteil klargestellt, daß in aller Regel der zitierte Satz dann keine Anwendung finden kann, wenn die von den Instituten erhobenen „personenbezogenen Daten nicht für die Weitergabe an Dritte, sondern ausschließlich für interne Zwecke bestimmt sind“. Der Satz in der amtlichen Begründung des Regierungsentwurfes, auf den sich die Gegenansicht ausschließlich stützt, soll in diesem Brief vom 13. 11. 1973 nur gelten, „wenn die personenbezogenen Daten für die Weitergabe an Dritte bestimmt sein sollten“. Eine solche Weitergabe in personenbezogener Form kommt für die deutschen Institute aber gerade nicht in Betracht. Die oben in Fußn. 10 zitierten Grundsätze zur Anonymisierung verbieten streng die Übermittlung in personenbezogener Form. Nach Nr. 23 der zitierten Annahmeerklärung muß selbst „der Anschein vermieden werden, daß die Verpflichtungen zur Anonymisierung und zur Geheimhaltung verletzt werden könnten“. Außerdem bezieht sich diese Arbeit wie immer wieder erwähnt, nur auf den Fall, daß die Daten anonymisiert und lediglich in dieser Form übermittelt werden.

In dem Schreiben vom 13. 11. 1973 wurde folgendes ausgeführt (Hervorhebungen vom Verf.):

„Ihre Auffassung über die Anwendung von § 2 Abs. 1 Satz letzter Halbsatz trifft im Prinzip zu. Soweit Daten, die bereits anonymisiert oder aggregiert sind und deshalb nicht mehr zu den personenbezogenen Daten zählen, für die Weitergabe an Dritte bestimmt sind, ist dies im Zusammenhang mit der genannten Vorschrift unerheblich. Handelt es sich dagegen um personenbezogene Daten, also um das bei der Feldarbeit erhobene Urmaterial im Zustand vor der Anonymisierung bzw. Aggregation, so findet die allgemeine Vorschrift über die Zulässigkeit der Verarbeitung geschützter personenbezogener Daten (§ 2 Abs. 3) Anwendung. Das gilt jedoch nicht, soweit diese personenbezogenen Daten nicht für die Weitergabe an Dritte, sondern ausschließlich für interne Zwecke bestimmt sind. Wenn die personenbezogenen Daten aber für die Weitergabe an Dritte bestimmt sein sollten (im Hinblick auf die Regeln III A 1 a, b; C 19, 20 des Internationalen Codex für die Praxis der Marketingforschung dürfte das generell nicht auszuschließen sein)³⁸⁾, wäre ihre Verarbeitung, also auch die Speicherung, nach § 2 Abs. 3 nur zulässig, wenn der Betroffene zugestimmt hat oder das BDSG oder eine andere Rechtsvorschrift sie erlaubt. Sofern in diesen Fällen der Betroffene (Befragte) über die weitere Nutzung seiner Daten, insbesondere ihre Speicherung, aufgeklärt worden ist, liegt in dessen Auskunftserteilung die erforderliche Zustimmung, die nach den gegebenen Umständen in der Regel der Schriftform nicht bedarf.“

Das Innenministerium, das § 2 Abs. 3 (jetzt § 3) ausgearbeitet hat, hat das grundsätzliche Datenverarbeitungsverbot somit — auf die Institute bezogen — so aufgefaßt: man muß unterscheiden

vertretene Ansicht auch nicht zulassen. Folglich hat § 36 Abs. 2 selbst dann einen guten Sinn, wenn man die Speicherung generell für zulässig hält.

³⁸⁾ Die erwähnten Regeln betreffen Bestimmungen, die entweder ausdrücklich oder möglicherweise die Übermittlung in personenbezogener Form entgegen dem Grundsatz zulassen. Deshalb schreibt das Innenministerium, es „dürfte nicht generell auszuschließen sein“, daß „die personenbezogenen Daten für die Weitergabe an Dritte bestimmt“ sind. An die Stelle des Internationalen Codex für die Praxis der Marketingforschung ist übrigens in der Zwischenzeit, im Oktober 1978, der ICC/ESOMAR-Internationaler Kodex für die Praxis der Markt- und Sozialforschung getreten. Dieser Kodex schließt für Deutschland eine Übermittlung in personenbezogener Form ausnahmslos aus. Nach ihm muß sogar der Anschein vermieden werden, daß die Verpflichtungen zur Geheimhaltung und zur Anonymisierung verletzt werden könnten.

- aa) Fälle, in denen die erhobenen personenbezogenen Daten nicht für die Übermittlung an Dritte bestimmt sind; in diesen Fällen bedarf die Speicherung nicht der Einwilligung des Betroffenen.
- bb) Fälle, in denen die erhobenen personenbezogenen Daten für die Übermittlung an Dritte bestimmt sind. In diesen Fällen muß der Betroffene einwilligen.

Für die Frage nach der Gesetzeslücke kommt ohnehin nur Fallgruppe aa) in Betracht. Die Fallgruppe bb) fällt unter § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1. Hier in dieser Abhandlung wird jedoch erörtert, ob dann, wenn eine Stelle im Sinne der Nr. 2 (nicht Nr. 1) handelt, eine Gesetzeslücke vorliegt. Folglich geht es ausschließlich um die Fallgruppe, für die der Gesetzgeber angenommen hat, die Speicherung bedürfte keiner Einwilligung.

Damit wird verständlich, warum das Gesetz für die in § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 erfaßten Stellen keine Norm aufgenommen hat, die die Speicherung ausdrücklich erlaubt und warum die Nr. 2 – Stellen nicht weiter darauf gedrängt haben, eine Erlaubnisnorm aufzunehmen³⁹⁾.

c) Vorsorglich: Vorrang der rechtmethodischen Grundsätze der Gleichbehandlung des Gleichartigen, des arg. a majore ad minus und des arg. ad absurdum.

Die Rechtmethodenlehre erkennt an⁴⁰⁾, daß jedenfalls schwerwiegende Wertungswidersprüche auch dann von der Rechtsprechung korrigiert werden müssen, wenn andere Bestimmungen des Gesetzes eine widersprüchliche Rechtslage unterstellen (vgl. oben: der angeblich notwendige Rückschluß aus § 36 Abs. 2) oder der Gesetzgeber von einer anderen Regelung ausgegangen ist. Mit anderen Worten: Selbst wenn § 36 Abs. 2 und die Entstehungsgeschichte für die Gegenansicht sprechen würden (was sie aber nicht tun), müßte eine Gesetzeslücke bejaht werden. Es liegt nämlich ein schwerwiegender Wertungswiderspruch vor:

Ihn dokumentieren bereits die oben unter 31–35 aufgeführten Beispiele. Vorsorglich noch ein weiteres Beispiel:

Auskunfteien (und Detekteln) überprüfen immer wieder, ob es nicht auch für sie zweckmäßig wäre, Markt- und Sozialforschungsabteilungen einzurichten und in diesen Abteilungen Untersuchungen nach den Methoden und Techniken der Empirischen Sozialforschung durchzuführen. Ein Sozialforscher wird solchen Überlegungen gegenüber skeptisch sein, vor allem, weil er sicher sein möchte, daß auch nicht der Anschein erweckt wird, die Verpflichtung zur Anonymisierung könne verletzt werden. Das BDSG hat nun aber nach eingehender Überprüfung ausdrücklich entschieden, daß Auskunfteien unter den in § 32 Abs. 1 genannten Voraussetzungen Daten speichern und übermitteln dürfen, und zwar in personenbezogener Form. Das Gesetz verlangt von den Auskunfteien in den genannten Fällen nicht einmal, daß sie die Daten anonymisieren. Und nun soll alles anders – für die Auskunfteien ungünstiger – sein, wenn sich die Auskunfteien entschließen wollten zum Schutz der Privatsphäre die Daten zu anonymisieren? Sie würden dann – worauf es nach der Regelungsabsicht des Gesetzes allein ankommt⁴¹⁾ – mehr zum Schutz personenbezogener Daten unterneh-

men und nicht weniger. Die personenbezogenen Daten wären also weniger gefährdet. Trotzdem sollte jetzt, wenn man der Gegenansicht folgen wollte, die Speicherung nicht erlaubt sein.

Mit anderen Worten: Unterstellt, eine Auskunftei richtet eine Sozialforschungsabteilung ein. Diese Sozialforschungsabteilung arbeitet, weiter unterstellt, nach den Methoden und Techniken der empirischen Sozialforschung, anonymisiert also zuverlässig die erhobenen Daten. Man kann auch unterstellen, daß die Sozialforschungsabteilung gesellschaftsrechtlich in ein selbständiges Unternehmen ausgegliedert wird.

Nun erhält die Auskunftei, wenn man dieses Beispiel weiter konstruiert, einen Auftrag. Für die Daten, die für diesen Auftrag gespeichert werden sollen, besteht – die Zulässigkeitsvoraussetzung des § 32 Abs. 1 – „kein Grund zur Annahme, daß schutzwürdige Belange des Betroffenen beeinträchtigt werden“. Wollte man annehmen, es bestehe keine Gesetzeslücke, müßte die Auskunftei in diesem konstruierten Beispiel überlegen: Wenn der Auftrag von der Auskunftei ausgeführt wird, bedarf es zu einer Speicherung keiner Einwilligung des Befragten. Würde dagegen der Auftrag von der Sozialforschungsabteilung oder -gesellschaft ausgeführt, müßten die Befragten einwilligen. Folglich ist es – falls keine Gesetzeslücke vorliegt – zweckmäßig, die Untersuchung von der Auskunftei durchführen zu lassen und die Daten auch personenbezogen weiterzugeben. Das Gesetz würde also, sollte keine Gesetzeslücke vorliegen, der Auskunftei nahelegen, die Untersuchung (nicht einmal) in die Sozialforschungsabteilung zu geben, die Persönlichkeitsschutzbewußter arbeiten müßte. Und dies, obwohl aus der Sicht des verantwortungsvollen und Persönlichkeitsschutzbewußten Sozialforschers ganz andere Bedenken bestehen: Für den Sozialforscher bestehen die Bedenken gerade in der Hinsicht, die von der Aufgabe des Gesetzes her entscheiden: Aufgabe des BDSG ist es, wie bereits mehrfach erwähnt, personenbezogene Daten vor Mißbrauch bei ihrer Verarbeitung zu schützen. Der Sozialforscher hat gegen die Einrichtung einer Sozialforschungsabteilung bei einer Auskunftei deshalb Bedenken, weil zumindest der Anschein entstehen könnte, daß dort die erhobenen Daten nicht ausreichend vor einem Mißbrauch geschützt sind. Ihm erscheint der Schutz besser gewährleistet, wenn ein von einer Auskunftei unabhängiges Institut die Daten erhebt und verarbeitet.

Dementsprechend würde es einen schwerwiegenden Wertungswiderspruch darstellen, wenn das Gesetz bei einer Durchführung durch ein mit Sicherheit Persönlichkeitsschutzbewußtes Institut eine Einwilligung verlangen würde.

Folglich liegt – das Ergebnis – auf jeden Fall eine ausfüllungsbedürftige Gesetzeslücke vor.

³⁹⁾ Etwas anderes könnte nur gelten, wenn man annehmen wollte, daß – so wie es sich der Gesetzgeber vorgestellt hat (vgl. dazu oben Fußn. 7) – das Datenverarbeitungsverbot schon dem Prinzip nach nicht gilt und es demnach auch keiner Erlaubnis als Ausnahme von diesem Verbot bedarf. Eine solche Ansicht wird jedoch, soweit ersichtlich, bis jetzt noch nicht im Schrifttum vertreten. Begründet werden könnte diese Ansicht folgendermaßen: § 3 leitet das Datenverarbeitungsverbot so ein: „Die Verarbeitung personenbezogener Daten, die von diesem Gesetz geschützt werden, ist in jeder ihrer in § 1 Abs. 1 genannten Phasen nur zulässig, wenn ...“ Die in Nr. 2 erfaßten Stellen übermitteln – wie sich bereits aus dem Wortlaut des § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ergibt – die von ihnen erhobenen Daten nicht in personenbezogener Form weiter. Deshalb verarbeiten diese Stellen keine Daten, die von diesem Gesetz geschützt werden. Sie verarbeiten vielmehr nur interne Daten im Sinne des § 1 Abs. 2 letzter Satz oder anonymisierte Daten. Folglich gilt das Datenverarbeitungsverbot des § 3 für diese Stellen von vornherein nicht; dementsprechend ist für diese Stellen die Speicherung der Daten grundsätzlich zulässig; die Institute bedürfen daher keiner Einwilligung des Befragten.

Vgl. dazu auch meinen Aufsatz DB 1977, 293 (Fußn. 30).

⁴⁰⁾ LARENZ a.a.O., S. 388, 361 ep. pass.

⁴¹⁾ Vgl. z. B. oben 4.1.1. und 4.2.1.