

## Stellungnahme zu Paragraph 3a des Referentenentwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes (Stand: 23. Juni 1983)

Müller, Paul J.; Scheuch, Erwin K.

Veröffentlichungsversion / Published Version

Zeitschriftenartikel / journal article

Zur Verfügung gestellt in Kooperation mit / provided in cooperation with:

GESIS - Leibniz-Institut für Sozialwissenschaften

### Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Müller, P. J., & Scheuch, E. K. (1983). Stellungnahme zu Paragraph 3a des Referentenentwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes (Stand: 23. Juni 1983). *ZA-Information / Zentralarchiv für Empirische Sozialforschung*, 13, 12-23. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-206325>

### Nutzungsbedingungen:

*Dieser Text wird unter einer Deposit-Lizenz (Keine Weiterverbreitung - keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Gewährt wird ein nicht exklusives, nicht übertragbares, persönliches und beschränktes Recht auf Nutzung dieses Dokuments. Dieses Dokument ist ausschließlich für den persönlichen, nicht-kommerziellen Gebrauch bestimmt. Auf sämtlichen Kopien dieses Dokuments müssen alle Urheberrechtshinweise und sonstigen Hinweise auf gesetzlichen Schutz beibehalten werden. Sie dürfen dieses Dokument nicht in irgendeiner Weise abändern, noch dürfen Sie dieses Dokument für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, aufführen, vertreiben oder anderweitig nutzen.*

*Mit der Verwendung dieses Dokuments erkennen Sie die Nutzungsbedingungen an.*

### Terms of use:

*This document is made available under Deposit Licence (No Redistribution - no modifications). We grant a non-exclusive, non-transferable, individual and limited right to using this document. This document is solely intended for your personal, non-commercial use. All of the copies of this documents must retain all copyright information and other information regarding legal protection. You are not allowed to alter this document in any way, to copy it for public or commercial purposes, to exhibit the document in public, to perform, distribute or otherwise use the document in public.*

*By using this particular document, you accept the above-stated conditions of use.*

**STELLUNGNAHME ZU § 3a DES REFERENTENENTWURFS EINES GESETZES  
ZUR ÄNDERUNG DES RUNDESDATENSCHUTZGESETZES (Stand: 23. Juni 1983)**

Paul J. MÜLLER und Erwin K. SCHEUCH

Köln: Oktober 1983

**Vorbemerkungen**

Diese Stellungnahme basiert auf den Ergebnissen einer vor kurzem abgeschlossenen Untersuchung der Auswirkungen des Datenschutzes auf die Sozialwissenschaften im internationalen Vergleich. (1) Darüber hinaus ist das Zentralarchiv aufgrund seiner frühen Beschäftigung mit dem Datenschutz (ab 1971) seit langem ein Ansprechpartner für Auskunft und Beratung in Fragen des Datenschutzes in der Sozialforschung.

Hieraus ergibt sich ein sehr differenziertes Bild der bisherigen Erfahrungen mit der Anwendung des Datenschutzes in den Sozialwissenschaften. Viele Probleme konnten in der Vergangenheit durch die Absprachen der Verbände der Meinungs- und Sozialforschungsinstitute mit den Obersten Aufsichtsbehörden nach §§ 30,40 (insbesondere die internen manuellen Dateien betreffend) einvernehmlich und praxisnah geregelt werden. Nach dem Referentenentwurf bleiben die rechtlichen Grundlagen für diese Vereinbarungen unberührt. Wiederum andere Probleme der Forschung mit dem Datenschutz sind nicht primär Folge der gesetzlichen Normen an sich, sondern Probleme, die durch die Anwendungspraxis bedingt wurden.(2). Allerdings zeigen die bisherigen Erfahrungen und Forschungen über die Implementation der gesetzlichen Regelungen auch die Notwendigkeit auf, "Forschungsparagraphen" möglichst konkret und verfahrensorientiert auszugestalten und auf die Einführung neuer unbestimmter Rechtsbegriffe weitestgehend zu verzichten. Nur so lassen sich in Zukunft Einbruchsstellen für unsachgemäße Motive vermeiden.

Wortlaut des Referentenentwurfs (Stand: 23.6.1983)

**"§ 3 a Datenverarbeitung für wissenschaftliche Zwecke**

- (1) Die Verarbeitung personenbezogener Daten durch öffentliche und nicht-öffentliche Stellen (§ 1 Abs. 2 Satz 1), soweit sie wissenschaftliche Forschung betreiben, für einen bestimmten Forschungszweck ist nach diesem Gesetz ohne Einwilligung nur zulässig, wenn kein Grund zu der Annahme besteht, daß schutzwürdige Belange des Betroffenen durch die
- (1) Paul J. Müller, Alice Robbin, Guido Martinotti et al., Forschungsfreiheit und Datenschutz im internationalen Vergleich, Endbericht an die Stiftung Volkswagenwerk, Köln: Zentralarchiv für empirische Sozialforschung, Juni 1983.
- (2) Zum gleichen Ergebnis kommt der Hessische Datenschutzbeauftragte: "... die Forschungsnormen haben offensichtlich nicht überall die erwünschte Wirkung im Sinne der Erleichterung des Datenzugangs gehabt. Die Ursachen hierfür liegen weniger in den Regelungen selbst als vielmehr in den Vorstellungen derer, die Datenschutz anwenden." 11. Tätigkeitsbericht, Hessischer Landtag, 10. Wahlperiode, Drucksache 10/166 v. 12.1.1983, S. n, wie auch der Wissenschaftsrat in seiner "Stellungnahme zu Forschung und Datenschutz" vom 5.11.1982.



Datenverarbeitung beeinträchtigt werden. Die Datenverarbeitung nach Satz 1 ist nicht zulässig, soweit es zumutbar ist,

- i. die Einwilligung des Betroffenen einzuholen oder
  2. die zu verarbeitenden personenbezogenen Daten derart zu verändern, daß sie keine Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person mehr sind (anonymisieren).
- (2) Absatz 1 gilt für die Zulässigkeit der Übermittlung personenbezogener Daten an die dort genannten Stellen für einen bestimmten Forschungszweck entsprechend."

Begründung:

"Die neue Vorschrift bringt eine in der politischen und wissenschaftlichen Diskussion seit langem geforderte Spezialregelung für die Zulässigkeit der Datenverarbeitung öffentlicher und nicht-öffentlicher wissenschaftlicher Forschungsstellen für einen bestimmten Forschungszweck - in Weiterentwicklung entsprechender Regelungen in Landesdatenschutzgesetzen - in das BDSG ein. Sie geht den Zulässigkeitsregelungen in dem zweiten bis vierten Abschnitt vor; § 45 bleibt unberührt.

Nach Absatz 1 Satz 1 ist die Verarbeitung personenbezogener Daten durch diese Stellen ohne Einwilligung nur zulässig, wenn kein Grund zu der Annahme besteht, daß dadurch schutzwürdige Belange des Betroffenen beeinträchtigt werden. Diese Regelung gilt nach Absatz 1 Satz 2 nicht, soweit es für die Forschungsstelle zumutbar ist, die Einwilligung des Betroffenen einzuholen oder die Daten zu anonymisieren.

Dabei wird die Legaldefinition des Begriffs "Anonymisieren" aus systematischen Gründen von § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 hierher übertragen und Forderungen aus dem wissenschaftlichen Bereich entsprechend zur Klarstellung sprachlich an die Legaldefinition des Begriffs "personenbezogene Daten" angepaßt, ohne inhaltlich geändert zu werden (die Änderung von § 36 Abs. 1 Satz 2 ist eine Folge dieser Anpassung). Bestimmbar im Sinne dieser Definition ist eine Person, wenn sie - bei Fehlen von Identifikationsmerkmalen - aus dem Zusammenhang, in dem die Angaben über sie stehen, allenfalls auch unter Zuhilfenahme des insbesondere bei der speichernden Stelle verfügbaren Zusatzwissens festgestellt werden kann; für die Bestimmbarkeit genügt aber nicht schon jede theoretische Möglichkeit, der Bezug muß mit den der speichernden Stelle normalerweise zur Verfügung stehenden Hilfsmitteln und ohne unverhältnismäßigen Aufwand hergestellt werden können.

Absatz 2 wendet sich hingegen an alle datenverarbeitenden Stellen, ob Forschungseinrichtungen oder nicht, und bringt eine - den einschlägigen Vorschriften des zweiten bis vierten Abschnittes vorgehende - Sonderregelung der Zulässigkeit der Datenübermittlung an Forschungseinrichtungen. Inhaltlich gilt dafür Absatz 1 entsprechend."

Stellungnahme zu § 3a des Entwurfs

#### 1. Subsidiarität des BDSG

Wir gehen davon aus, daß wegen § 45 (geltende Fassung und Entwurf) spezialgesetzliche Regelungen dem § 3a vorgehen. Dies bedeutet, daß für geheimnisgeschützte Daten (z.B. Sozialgeheimnis, Statistikgeheimnis) die entsprechenden Regelungen in den Spezialgesetzen (wie z.B. § 75 SGB X, § 11 BStatG) vorrangig anzuwenden sind, der § 3a keine Anwendung findet.

Da die Verpflichtung zur Wahrung der in § 203 StGB genannten Berufsgeheimnisse nach § 45 lediglich "unberührt" bleibt, folgt jedoch aus der sog. "Zwei-Schranken-Theorie", daß für die medizinische Forschung der § 3a des Entwurfs

als eine zusätzliche Zulässigkeitsvoraussetzung wirksam werden würde. In allen anderen Fällen regelt der Entwurf eines § 3a nur die Verarbeitung von nicht-heimnisgeschützten Daten für Forschungszwecke. Hieraus folgt die Unangemessenheit eines Regelungsvorschlages, der durchgängig nach den Offenbarungsregelungen für heimnisgeschützte Daten modelliert ist.

## 2. Zur Abgrenzung der Normadressaten

Die wesentlichsten Kritikpunkte an der bisherigen Abgrenzung der Normadressaten im BDSG und ihrer Anwendung aus der Sicht der Forschung waren die Ungleichbehandlung

1. von öffentlich-rechtlich und privatrechtlich organisierter Forschung und
  2. von Eigenforschung und externer Forschung,
- obwohl die Risiken für die Betroffenen als Teilnehmer von Forschungsvorhaben objektiv nicht nach der Rechtsform der Trägereinrichtungen oder der primären Verfügbarkeit variieren.

Die bisherige Ungleichbehandlung der Eigenforschung und der externen Forschung in der Rechtsanwendung des BDSG war ursächlich für viele Umgestaltungen von Plänen externer Forschungen zur Realisierung als Eigenforschung. Die bisherige Ungleichbehandlung der Forschung je nach Rechtsform der Trägereinrichtung auch in den speziellen Forschungsparagrafen einiger Bundesländer war schlichte Folge der realen oder perzipierten Kompetenzgrenzen der Länderparlamente.

Wir begrüßen deshalb den vorgeschlagenen funktionalen Forschungsbegriff, der die o.b. Ungleichbehandlungen aufheben würde. Uns scheint jedoch die Abgrenzung "wissenschaftliche Forschung" wenig geglückt, weil auf diese Weise sowohl die Forschung auf der Basis wissenschaftlicher Methoden ausgeschlossen werden könnte, als auch ein Ausweichen der Eigenforschung mit der Begründung, hier handele es sich nur um Forschung bzw. Statistik auf der Basis personenbezogener Daten, evtl. nicht zureichend verhindert werden kann.

Wir schlagen deshalb vor, den Kreis der Normadressaten durch den Begriff der "Forschung" zu definieren. Dies entspricht nicht nur den ausländischen gesetzlichen Regelungen und dem Diskussionsstand innerhalb des Europarates, sondern auch dem Ziel des Datenschutzes, gleiche Verwendungsformen gleich zu regeln. Wir sind allerdings auch der Auffassung, daß aus der unvermeidlichen Vielfalt der zu regelnden Sachverhalte Konsequenzen sowohl für die Differenziertheit der Zulässigkeitsnormen als auch für die Folgeregelungen gezogen werden müssen, es also nicht angeht, die Zulässigkeitsnormen der Verarbeitung für Forschungszwecke nach einem Regelungsmodell zu gestalten, das primär für die medizinische Forschung mit heimnisgeschützten Daten ausgelegt ist.

## 3. Zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen

### 3.1 Zur allgemeinen Struktur

Es wird an keiner Stelle in der Begründung auch nur annäherungsweise dargelegt, warum für die Datenverarbeitung für Forschungszwecke ein Systembruch der bisherigen Struktur der Zulässigkeitsregelungen im BDSG notwendig erscheint. Das BDSG geht durchweg von der Gleichrangigkeit der Einwilligung und gesetzlicher Erlaubnisnormen aus (§ 3 BDSG). Im vorgeschlagenen § 3a wird hingegen eine eindeutige Hierarchie in den Zulässigkeitsvoraussetzungen konstruiert.

Der Entwurf versteht sich als Weiterentwicklung spezieller Regelungen in einigen Landesdatenschutzgesetzen (Hessen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Baden-Württemberg). In diesen wurde jedoch durchgängig die Gleichrangigkeit der Einwilligung und der Nicht-Beeinträchtigung schutzwürdiger Belange der Betroffenen kodifiziert. Die Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der



Länder hat sich für die Beibehaltung dieser Grundstruktur ausgesprochen(i), ein Votum, welches nicht ignoriert werden sollte, wenn es wie angekündigt, nicht um die "grundlegende strukturelle Umgestaltung" sondern um die Nutzung und Umsetzung der "bei der Rechtsanwendung gewonnenen Erfahrungen" gehen soll.

Die im Entwurf vorgeschlagene neue Grundstruktur der Zulässigkeitsvoraussetzungen stößt zudem auf schwerwiegende verfassungsrechtliche Bedenken. Er diskriminiert die Forschung gegenüber anderen Normadressaten des BDSG, bei deren Datenverarbeitung die schutzwürdigen Belange die Grenzen zulässiger Datenverarbeitung ziehen. Dies ergibt sich aus der Begründung zu § 3a, daß Abs. 1 und 2 den jeweiligen Zulässigkeitsregelungen des 2. bis 4. Abschnitts des BDSG vorgehende Sonderregelungen beinhalten sollen.

Im Gegensatz zu den Normadressaten der §§ 7,22 und 31 soll es bei der Datenverarbeitung für Forschungszwecke primär darauf ankommen, daß die Betroffenen ihre Einwilligung erteilen und erst sekundär, ob schutzwürdige Belange beeinträchtigt werden.

Besonders augenfällig wird die verfassungsrechtlich inakzeptable Diskriminierung der Forschung in den §§ 11,24 und 32: Regelungen der Zulässigkeit der Datenübermittlung. Nur im Falle der Übermittlung von personenbezogenen Daten für Forschungszwecke soll vorab geprüft werden, ob evtl. die Einholung der Einwilligung der Betroffenen zumutbar ist, erst dann gefragt werden, ob überhaupt schutzwürdige Belange der Betroffenen beeinträchtigt werden.

Im Referentenentwurf werden schließlich in den §§ 24(3) und 32(3) für die Werbung und einen Teil der Forschung berechnete Zugangsmöglichkeiten eröffnet, die nach § 3a des Entwurfs für die "wissenschaftliche Forschung" (in der Formulierung des Entwurfs) versperrt bleiben. Kommt es in den Regelungen der §§ 11, 24 und 32 letztlich auf die Nicht-Beeinträchtigung schutzwürdiger Belange der Betroffenen an, so kommt es für die Normadressaten des § 3a E wegen des Zumutbarkeitsvorbehalts der Einwilligung evtl. gar nicht zu dieser Zugangsmöglichkeit.

Diese Diskriminierung verstößt gegen Art. 5 GG. Daraus folgt, daß die bisherige Gleichrangigkeit von Einwilligung und der Nicht-Beeinträchtigung schutzwürdiger Belange auch bei den Normadressaten des § 3a E beizubehalten ist.

### 3.2 Zu den einzelnen Zulässigkeitsvoraussetzungen

#### 3.2.1 Die Zumutbarkeitsvorbehalte

Der Begriff der Zumutbarkeit ist so unklar, daß seine Einführung in das BDSG eine für die Forschung unerträgliche - weitere - Rechtsunsicherheit und die Gefahr der Zensurierung der Forschung mit sich bringen würde.

So ist zunächst völlig unklar, ob Zumutbarkeit aufwandsbezogen (Kosten) oder ergebnisbezogen (Folgen für die Forschung) verstanden werden soll. Zudem besteht die Gefahr einer unterschiedlichen Anwendung je nachdem, wer Normadressat der Regelung ist (Abs. 1 oder Abs. 2 § 3a E)

---

(1) Entschließung der Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder am 21. Juni 1982.

Aufgrund der Ergebnisse einer speziellen Untersuchung der insgesamt 24 Genehmigungsverfahren(i) nach § 75(2) SGB X bei 36 zuständigen Obersten Bundes- bzw. Landesbehörden, die bis zum Frühjahr 1983 eingeleitet worden waren(2), läßt sich jedoch die wahrscheinliche Bandbreite der Implementation der Zumutbarkeitsvorbehalte abschätzen.

In diesen Genehmigungsverfahren ist wie bei den Zumutbarkeitsvorbehalten nach § 3a (2) von den Normadressaten, die personenbezogene Sozialdaten für Forschungszwecke übermitteln sollen, zu prüfen, ob es

1. für sie zumutbar ist, die Einwilligung der Betroffenen einzuholen oder
2. aus ihrer Sicht zumutbar ist, den Zweck der Forschung auf andere Weise (gemeint ist hier: durch Verwendung von anonymisierten bzw. aggregierten Daten) zu erreichen.

Zwei Interpretationen der Zumutbarkeit koexistieren in der bisherigen Praxis:

1. Zumutbarkeit wird aufwandsbezogen verstanden. Die Normadressaten sind in der Regel jedoch nicht in der personellen bzw. finanziellen Lage, die Einwilligung der Betroffenen einzuholen. Sie empfinden diese Belastung als unzumutbar. Diese Interpretation spielte insbesondere bei Forschungsprojekten eine Rolle, die nicht von den Normadressaten oder den Genehmigungsbehörden selbst in Auftrag gegeben worden waren. Dementsprechend wurde die Frage umformuliert zu: Ist es der forschenden Einrichtung zuzumuten, die Einwilligung einzuholen? Diese Interpretation führte zur Bejahung der Zumutbarkeit.
2. Quantitativ bedeutsamer ist die Interpretation der Zumutbarkeit als ergebnisbezogen. Dieser Interpretation wurde jedoch nur (d.h. zu 80 %) gefolgt, wenn es Auftragsforschungen der Genehmigungsbehörden bzw. anderer Ministerien waren. Sie führte zur Verneinung der Zumutbarkeit.

In beiden Fällen ist die Gefahr des Einbruchs unsachgemäßer Motive offensichtlich. Die Zumutbarkeitsvorbehalte in § 75 SGB X haben sich in der Praxis zu Instrumenten der positiven Forschungssteuerung entwickelt.(3) Es sollte deshalb von der Vorschaltung von Zumutbarkeitsvorbehalten in § 3a abgesehen werden und die Gleichrangigkeit der Einwilligung und der gesetzlichen Erlaubnisnormen nach dem Modell der Forschungsparagrafen einiger Bundesländer beibehalten werden.

- 
- (1) Paul J. Müller, Die Implementation des Datenschutzes im Bereich der wissenschaftlichen Forschung, Kap. 5: Eine empirische Untersuchung der Implementation von § 75 SGB X, in: Paul J. Müller et al., Forschungsfreiheit und Datenschutz im internationalen Vergleich, a.a.O., S. 160-173.
  - (2) über 20 hiervon liegen ausreichende Informationen vor, die restlichen Informationen konnten aus "Datenschutzgründen" nicht erlangt werden. Daß diese Zahl dennoch relativ klein ist - berücksichtigt man den Zeitraum ab der Gültigkeit des SGB X : 2,5 Jahre -, liegt auch daran, daß unabhängige externe Forschung in großem Maße in Eigenforschung umgewandelt wurde.
  - (3) Der Einschätzung des früheren Bundesbeauftragten für den Datenschutz, der auf der Basis seiner Mitwirkung an einem(!) Genehmigungsverfahren feststellte, das nach § 75(2) SGB X geregelte Verfahren für Offenbarungen habe "erheblich zur Rechtssicherheit beigetragen" (5. Tätigkeitsbericht, 1983, S. 57), kann deshalb nicht gefolgt werden.

### 3.2.2 Der Zumutbarkeitsvorbehalt der Anonymisierung

Der Zumutbarkeitsvorbehalt der Anonymisierung hält zudem einer sorgfältigen Abwägung der kollidierenden Rechtsgüter und dem Ziel einer praktischen Konkordanz nicht stand. Handelte es sich inhaltlich um die Aussage, daß die Datenverarbeitung für Forschungszwecke zulässig sei, insoweit sie in jeder der vom BDSG geschützten Phasen nur anonymisierte Daten verarbeite, ist diese Norm überflüssig, weil die Verarbeitung nicht personenbeziehbarer Daten ohnehin nicht unter das BDSG fällt. Als Zumutbarkeitsvorbehalt formuliert, verleitet diese Regelung zudem zu einer höchst bedenklichen Zensur der Forschung.

Es kann deshalb nur darum gehen, die Zeitdauer der Verarbeitung personenbezogener Daten für Forschungszwecke wo immer möglich, zu reduzieren. Dem Ausgleich der berührten Interessen entspreche deshalb vielmehr eine Vorschrift, die Verarbeitung personenbezogener Daten für Forschungszwecke dann zu erlauben, wenn unverzüglich nach der Speicherung (bzw. der Aufnahme nach einer Übermittlung) die personenbezogenen Daten durch die forschenden Stellen endgültig faktisch anonymisiert werden.(1)

Auf diese Weise würde einerseits eine klare verfahrensorientierte und nachprüfbare Regelung geschaffen, die das o.b. Ziel erreichen läßt, andererseits auch derjenigen Forschung, die personenbezogene Daten durchgängig nur anonymisiert verarbeitet, der Rückgriff auf die Regelungen über interne manuelle Dateien erspart, der längerfristig innovationshemmend wirkt.(2)

Dies genau ist auch der Kern des Erlasses des Hessischen Ministers des Innern vom 13. Juni 1981(3), der wesentlich vom Hessischen Datenschutzbeauftragten mitgestaltet wurde, und in dem Bedingungen für die Feststellung festgelegt werden, daß schutzwürdige Belange nicht beeinträchtigt werden:

"Für bestimmte Forschungsvorhaben werden personenbezogene Daten derart verändert, daß sie sich weder auf eine bestimmte Person beziehen noch eine solche erkennen lassen (Anonymisierung). Wird die Anonymisierung bereits vor der Übermittlung bei der übermittelnden Stelle durchgeführt, dann findet das Datenschutzgesetz keine Anwendung mehr. Wird die Anonymisierung erst von der Forschungseinrichtung vorgenommen, etwa weil die übermittelnde Stelle dazu nicht in der Lage ist, dann beeinträchtigt die Übermittlung der noch personenbezogenen Daten keine schutzwürdigen Belange des Betroffenen, wenn die Forschungseinrichtung sicherstellt, daß die Daten unverzüglich nach der Übermittlung anonymisiert werden und keiner anderen Verwendung zugeführt werden."

### 3.2.3 Nicht-Beeinträchtigung schutzwürdiger Belange

Der vorliegende Entwurf übernimmt hier im Grundsatz die bislang neben der Einwilligung wichtigste Erlaubnisnorm der Forschungsparagrafen einiger Bundesländer und teilweise den Sachstand der bisherigen Überlegungen zur

- 
- (1) Eine solche Regelung ist natürlich qualitativ anders als der Vorschlag im Referentenentwurf der letzten Legislaturperiode.
  - (2) Die methodisch-technische Entwicklung der computergestützten telefonischen Befragung läßt zukünftig die bisherige Phase einer internen manuellen Datenspeicherung eigentlich obsolet werden - bei unverändert geringem Gefährdungspotential für die Betroffenen! Damit fällt zukünftig ein größerer Teil der Datenerhebungen zeitgleich mit der Erfassung zusammen, was bisher nur bei maschinenlesbaren Strichmarkierungsbelegen der Fall ist.
  - (3) Staatsanzeiger für das Land Hessen, Nr. 25/1981, S. 1962.



angemessenen Prüfung, ob schutzwürdige Belange beeinträchtigt werden. Er ist jedoch ergänzungsbedürftig:

1. Im Gegensatz zu den Forschungsparagrafen der Bundesländer Hessen und Baden-Württemberg verzichtet er auf mögliche Konkretisierungen der Bedingungen, unter denen eben kein Grund zur Annahme besteht, daß schutzwürdige Belange beeinträchtigt werden. Dies widerspricht jedoch allen Forderungen nach Verminderung der bisherigen Rechtsunsicherheiten und Vermeidung irriger Rechtsanwendungen bzw. der Ausfüllung bisher unbestimmter Rechtsbegriffe wo immer möglich.  
Das Kriterium "Art der Verwendung" sollte auch explizit in der gesetzlichen Regelung der Forschungsparagrafen verbleiben. Dieses Kriterium hat sich in der bisherigen Anwendung des Datenschutzes bewährt und zu angemessenen Ergebnissen geführt. Das Fehlen dieses Kriteriums im Forschungsparagraph des LDSG Rheinland-Pfalz ist nach Aussage der dortigen Datenschutzkommission mit-ursächlich für die von den anderen Bundesländern mit Forschungsparagrafen abweichende Prüfpraxis.  
Das Kriterium "Art der Verwendung" sichert zudem die funktionale Trennung zwischen Forschung und Verwaltungsvollzug, die bei einem funktionalen Forschungsbegriff notwendiger denn je ist.
2. Das Ansprechen der Nicht-Beeinträchtigung schutzwürdiger Belange der Betroffenen aber auch ihrer Einwilligung sollte nach dem Vorbild des § 12 LDSG NW im Plural erfolgen. Dies hat Konsequenzen für die Prüfpraxis, die somit auf das unpersönliche, statistische Interesse der Forschung an personenbezogenen Daten über Kollektive stärker Rücksicht nehmen kann.
3. Als notwendige, jedoch - wegen der in § 203 StGB genannten Berufsgeheimnisse - nicht unbedingt hinreichende Bedingung für die Annahme, daß schutzwürdige Belange der Betroffenen durch die Datenverarbeitung für Forschungszwecke nicht beeinträchtigt werden, gilt in der Anwendung der existierenden Forschungsparagrafen die Verpflichtung zur frühestmöglichen getrennten Speicherung von Identifizierungsdaten und sonstigen Daten so wie in § 36(1) BDSG beschrieben. Dies sollte beibehalten werden.

#### 4. Erste Folgerungen

Es wird aufgrund der bisherigen Ausführungen über die Struktur und Inhalte der einzelnen Zulässigkeitsvoraussetzungen die folgende Grundstruktur vorgeschlagen:

##### "§ 3a Datenverarbeitung für Forschungszwecke

- (1) Die Verarbeitung personenbezogener Daten durch öffentliche und nicht-öffentliche Stellen (§ 1 Abs. 2 Satz 1), soweit sie Forschung betreiben ... ist nach diesem Gesetz zulässig, wenn
  1. die Betroffenen eingewilligt haben oder
  2. kein Grund zu der Annahme besteht, daß schutzwürdige Belange der Betroffenen insbesondere wegen der Art der Verwendung ihrer Daten beeinträchtigt werden oder
  3. die personenbezogenen Daten nach Speicherung unverzüglich und endgültig durch die forschenden Stellen derart verändert werden, daß sie keine Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlichen Person mehr sind (faktisch anonymisieren).

Bei der Verarbeitung personenbezogener Daten gemäß Satz 1 Nr. 2 müssen die





in § 36 Abs. 1 genannten Verpflichtungen erfüllt werden, sobald der Forschungszweck dies erlaubt.

(2) Absatz 1 gilt . . . entsprechend."

Diese Regelung ist nach Aussage der Vertreter der medizinischen Forschung für ihre Belange zu restriktiv:

1. Nach vorherrschender Auffassung besteht bei der Offenbarung geheimnisgeschützter Daten (Berufs- oder besondere Amtsgeheimnisse) regelmäßig ein Grund zur Annahme, daß schutzwürdige Belange der Betroffenen beeinträchtigt werden.(1)
2. Die unverzügliche und endgültige faktische Anonymisierung ist bei retro- bzw. prospektiven Verlaufsstudien kein gangbarer Weg.
3. "Die Verarbeitung personenbezogener Daten sollte in bestimmten Ausnahmefällen ohne Einwilligung des Betroffenen möglich sein, auch wenn schutzwürdige Belange berührt sind."(2)

Auch wenn sich die Zulässigkeit der medizinischen Forschung primär nach den berufsständischen Regelungen bestimmt, die in § 203 StGB vorausgesetzt werden, so folgt aus der Zwei-Schranken-Theorie, daß, sollte das Berufsrecht die konkrete medizinische Forschung erlauben, diese auch nach dem BDSG zulässig sein muß.

Aus diesem Bedürfnis nach einer zusätzlichen Erlaubnisnorm im BDSG wird hier jedoch - im Gegensatz zum Referentenentwurf - nicht die Konsequenz gezogen, die sich bewährte Grundstruktur der Forschungsparagraphen (Gleichrangigkeit von Einwilligung und sonstigen dort festgelegten Zulässigkeitsvoraussetzungen) aufzugeben und völlig neu nach dem Vorbild einer Offenbarungsregelung für geheimnisgeschützte Daten wie § 75 SGB X (Vorrang der Einwilligung) zu modellieren. Ein solches Modell führt notwendigerweise zu einer dramatischen Verschlechterung der datenschutzrechtlichen Rahmenbedingungen aller anderen Forschungsbereiche - und dies ohne Grund!

- 
- (1) Nach der bisherigen Auslegung der Forschungsparagraphen liegt eine Beeinträchtigung schutzwürdiger Belange wegen der Art der Verwendung personenbezogener Daten in der Regel dann nicht vor, wenn die forschende Stelle diese Daten nur für bestimmte Forschungsvorhaben verarbeitet und eine getrennte Speicherung von Identifizierungsdaten und sonstigen Daten (analog zu § 36(1) BDSG) vorgenommen wird. Dies gilt jedoch nicht für Daten, die einem Berufs- oder besonderen Amtsgeheimnis unterliegen. Vgl. hierzu z.B. die Stellungnahme des Landesbeauftragten für den Datenschutz Baden-Württemberg zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Landesdatenschutzgesetzes BW (Stand: Oktober 1982), Stuttgart, 16.11.1982, AZ: D 2000; sowie früher schon die Stellungnahme der Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder zum Referentenentwurf (Stand: 31.3.1982) vom 21.6.1982: "Die Annahme, daß bei Erfüllung der Verpflichtungen nach § 36 Abs. 1 schutzwürdige Belange der Betroffenen nicht beeinträchtigt werden können, geht (wegen des Sonderproblems der in § 203 StGB genannten geheimnisgeschützten Daten, d.V.) fehl."
  - (2) Wissenschaftsrat, Stellungnahme zu Forschung und Datenschutz, a.a.O., S. 39.

#### 4.1 Sonderregelung für die medizinische Forschung

Als Alternative zum Entwurf wird deshalb vorgeschlagen, eine Spezialregelung für die medizinische Forschung im BDSG (wegen § 45 Satz 3) wie folgt vorzusehen.

Im Abs. 1 wird nach Satz 1 der folgende Satz eingefügt:

"Besteht ein Grund zu der Annahme, daß schutzwürdige Belange der Betroffenen durch die Datenverarbeitung beeinträchtigt werden, so ist diese bei einem überwiegenden öffentlichen Interesse an der Forschung ohne Einwilligung der Betroffenen nur zulässig, wenn die Einholung der Einwilligung unmöglich oder wegen der Gefährdung der Betroffenen unzumutbar oder nach Art und Aufwand unter Berücksichtigung des Forschungszwecks unverhältnismäßig ist."

Diese Erlaubnisnorm in Ausnahmefällen übernimmt die Bedingungen, nach denen auch nach Ansicht des Wissenschaftsrats eine Datenverarbeitung ohne Einwilligung der Betroffenen und Beeinträchtigung schutzwürdiger Belange möglich sein soll. Sie enthält sogar einen Zumutbarkeitsvorbehalt, der jedoch allseits anerkannt ist.

#### 5. Zweckbindung und Folgeregelungen

##### 5.1 Zweckbindung

Es dürfte inzwischen unbestritten sein, daß die bisherige Zweckbindung der Datenverarbeitung für Forschungszwecke in den Forschungsparagrafen einiger Bundesländer auf "bestimmte Forschungsvorhaben" sowohl Verbundprojekte (Projekte mehrerer Forschungsstellen) als auch Sekundärauswertungen unangemessen behindert. In den Sozialwissenschaften ist die Sekundäranalyse ein seit langem akzeptiertes und legitimes Verfahren. Etwa 16 % der empirischen sozialwissenschaftlichen Forschungsprojekte im deutschsprachigen Raum verwenden nach den jährlichen Erhebungen der sozialwissenschaftlichen Forschung diese Methode - allein oder kombiniert mit anderen Methoden. In der großen Mehrzahl der Fälle reichen hierfür faktisch anonymisierte Daten aus. Das Zentralarchiv für empirische Sozialforschung stellt seit mehr als zwanzig Jahren solche anonymisierten Daten für Sekundärforschungen zur Verfügung.

Es gibt jedoch auch personenbezogene Forschungsdaten, die für weitere Forschungszwecke in nicht-anonymisierter Form zugänglich sein müssen, ohne ihren Wert zu verlieren. Dies brauchen nicht unbedingt Daten zu sein, die aus allgemein zugänglichen Quellen entnommen wurden.

Hierfür ein Beispiel:

Eine Forschergruppe der Forschungsstelle A habe in der Vergangenheit eine Studie über die Wissenschaftsentwicklung angefertigt. Hierzu gehören auch eine personenbezogene - nach Hochschullehrern geordnete - Aufstellung aller Vorlesungen, Übungen und Seminare, die teilweise aus Verzeichnissen, teilweise durch Befragungen etc. zusammengestellt wurde. Sie wurde maschinenlesbar als Datei geführt aber nicht in gedruckter Form veröffentlicht.

Ihre weitere Bereitstellung nur für Forschungszwecke und nach Maßgabe der notwendigen Folgeregelungen stellt jedoch sicher, daß hier keine ungewissen Verwertungsmöglichkeiten entstehen.

Die bisherige Zweckbindung in den Forschungsparagrafen berücksichtigte ebenfalls nicht die Erfordernisse, die sich aus der Bereitstellung von anonymisierten Daten für weitere Forschungszwecke ergeben. So fehlt bislang eine Zulässigkeitsnorm für die Übermittlung von personenbezogenen Daten zwischen forschenden Stellen zum Zwecke ihrer Anonymisierung als Voraussetzung

für eine Intensivierung der Nutzung von anonymisierten anstelle von personenbezogenen Daten wo immer möglich und der Weiterentwicklung von Anonymisierungstechniken nach dem neuesten Stand der Forschung.

Schließlich besteht ein Bedarf an externen Datensicherungskapazitäten in der Forschung, da sie die hierfür nicht unerheblichen Aufwendungen nicht überall erbringen kann.

Im Rahmen der DFG-Senatskommission für empirische Sozialforschung(1) wurde hierfür ein Regelungsvorschlag entwickelt, der die Vorschläge zur bewußten Einbeziehung von Datentreuhänder-Einrichtungen(2) innerhalb eines § 3a konkretisiert hat. Wir verweisen nachdrücklich auf diesen Regelungsvorschlag.

Diese Vorschläge sind zwar nur ein teilweiser Ersatz für die notwendige Erweiterung der Zweckbindung auf "Forschungszwecke" im § 3a E, stellen jedoch datenschutzkonforme Ablaufmodelle zur Verfügung, die auch im Interesse des Datenschutzes nicht mit dem "Killerargument der Bürokratisierung" als Ersatz für eine inhaltliche Auseinandersetzung abgetan werden sollten. So wäre es vielmehr auch nach dem Stand der allgemeinen sozialwissenschaftlichen Implementationsforschung (der Forschung über die Bedingungen der erfolgreichen Umsetzung von gesetzlichen Regelungen auch regulativer Art in die Realität) äußerst sinnvoll, die Angebote der Normadressaten zur Selbstbeschränkung zum Bestandteil der staatlichen Regulierungsstrategie zu machen.(3)

## 5.2 Folgeregelungen

### 5.2.1 Nachteilsverbot

Zur Verstärkung der Zweckbindung allein für Forschungszwecke ist gerade bei einem funktionalen Forschungsbegriff die strikte funktionale Trennung von Forschung und Verwaltungsvollzug erforderlich. In Anlehnung an eine entsprechende Vorschrift im Bundesstatistikgesetz wird vorgeschlagen:

"(3) Aus der Verarbeitung personenbezogener Daten für Forschungszwecke gewonnene Erkenntnisse über Einzelpersonen dürfen nicht zu Maßnahmen gegenüber den Betroffenen verwendet werden, es sei denn, dieser habe in diese Verwendung vorher eingewilligt, oder die Verwendung geschieht im Rahmen von Abs. 1 Satz 2".

Die Ausnahmeregelung in diesem Vorschlag wendet sich erneut an die Behandlungsdisziplinen, die Forschung mit Intervention verbinden.

- 
- (1) Senatskommission für empirische Sozialforschung der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG), Unterkommission Datenschutz, Vorschlag zur Novellierung des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG), Bonn, 1.9.1982.
  - (2) Paul J. Müller, Datentreuhänder - ein Plädoyer für eine volle Ausschöpfung von Datenschutz-Maßnahmen, in: Kaase, M. et al. (Hrsg.), Datenzugang und Datenschutz - Konsequenzen für die Forschung, Königstein/Ts.: Athenäum, 1980, S. 225-229; ders., Datentreuhänder - Eine Zwischenbilanz, in: Müller, P.J. et al., Forschungsfreiheit und Datenschutz im internationalen Vergleich, a.a.O., S. 917-955.
  - (3) Renate Mayntz, Regulative Politik in der Krise?, in: Sozialer Wandel in Westeuropa - Verhandlungen des 19. Deutschen Soziologentages, Berlin 1979, Frankfurt: Campus, 1979, S. 55-81.

### 5.2.2 Archivierung

§ 3a E enthält keine speziellen Vorschriften über die Zulässigkeit der Löschung bzw. Archivierung personenbezogener Daten - mit Ausnahme des der Löschung äquivalenten Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 des hier vorgelegten Alternativvorschlages. Dies soll wohl nach den Vorstellungen des Referentenentwurfs durch eine dem BDSG nach § 45 Satz 2 Nr. 4 vorrangige Rechtsvorschrift über "die Beschränkung der Einsicht in Unterlagen durch Dritte" geschehen. Es ist zumindest zu vermuten, daß hierunter auch die Archivierung (vgl. den Referentenentwurf eines Bundesarchivgesetzes: Stand 1.9.1983) verstanden wird. Dieser Entwurf enthält jedoch z.Zt. keine speziellen Regelungen über die Archivierung und Bereitstellung von Daten, die für Forschungszwecke entstanden sind im Gegensatz zum Entwurf eines Landes-Archivgesetzes des Hessischen Datenschutzbeauftragten in seinem 10. Tätigkeitsbericht von 1982.

In diesem Zusammenhang kann heute schon darauf verwiesen werden, daß die Formulierung in § 45 Satz 2 Nr. 4 Entwurf wohl lauten müßte:  
"Vorschriften über die Beschränkung bzw. die Gewährleistung der Einsicht in Unterlagen durch Dritte". Archivgesetze haben ja schließlich auch die Aufgabe, u.a. der Forschung den Zugang zu archivierten Unterlagen unter bestimmten Bedingungen zu gewährleisten.

### 5.2.3 Geheimhaltungsverpflichtung

Ebenfalls sollte geprüft werden, ob die Einführung einer Geheimhaltungsbestimmung, so wie sie von der Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder für erforderlich erachtet wurde, in modifizierter Form nicht doch angebracht ist. Sie könnte auch das Vertrauen in die Forschung verstärken.

Als Formulierung käme in Betracht:  
"Soweit die weitere Verarbeitung unzulässig ist, besteht keine Auskunftspflicht, keine Zeugnispflicht und keine Pflicht zur Vorlegung oder Auslieferung."

### 6. Zusammenfassung:

Die vorgeschlagene Alternativformulierung zu § 3a Referentenentwurf lautet deshalb:

"§ 3a Datenverarbeitung für Forschungszwecke

- (1) Die Verarbeitung personenbezogener Daten durch öffentliche und nicht-öffentliche Stellen (§ 1 Abs. 2 Satz 1), soweit sie Forschung betreiben, für bestimmte Forschungszwecke, ist nach diesem Gesetz zulässig, wenn
  1. die Betroffenen eingewilligt haben oder
  2. kein Grund zu der Annahme besteht, daß schutzwürdige Belange der Betroffenen insbesondere wegen der Art der Verwendung ihrer Daten beeinträchtigt werden oder
  3. die personenbezogenen Daten nach der Speicherung unverzüglich und endgültig durch die forschenden Stellen derart verändert werden, daß sie keine Einzelangaben über die persönlichen oder sachlichen Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlichen Person mehr sind (faktisch anonymisieren).

Besteht ein Grund zu der Annahme, daß schutzwürdige Belange der Betroffenen durch die Datenverarbeitung beeinträchtigt werden, so ist diese bei einem

überwiegenden öffentlichen Interesse an der Forschung ohne Einwilligung der Betroffenen nur zulässig, wenn die Einholung der Einwilligung unmöglich oder wegen der Gefährdung der Betroffenen unzumutbar oder nach Art und Aufwand unter Berücksichtigung des Forschungszwecks unverhältnismäßig ist.

Bei der Verarbeitung personenbezogener Daten gemäß Satz i Nr. 2 müssen die in § 36 Abs. 1 genannten Verpflichtungen erfüllt werden, sobald der Forschungszweck dies erlaubt.

- (2) Absatz 1 gilt für die Zulässigkeit der Übermittlung personenbezogener Daten an die dort genannten Stellen für bestimmte Forschungszwecke entsprechend.
- (3) Aus der Verarbeitung personenbezogener Daten für Forschungszwecke gewonnene Erkenntnisse über Einzelpersonen dürfen nicht zu Maßnahmen gegenüber den Betroffenen verwendet werden, es sei denn, dieser habe in diese Verwendung vorher eingewilligt oder die Verwendung geschieht im Rahmen von Abs. 1 Satz 2.
- (4) Soweit die weitere Verarbeitung unzulässig ist, besteht keine Auskunftspflicht, keine Zeugnispflicht und keine Pflicht zur Vorlegung oder Auslieferung."

---

#### DER DATENBESTANDSKATALOG DES ZENTRALARCHIVS

Seit dem Frühjahr dieses Jahres ist der Datenbestandskatalog des ZENTRALARCHIVS erhältlich. Er enthält auf ca. 530 Seiten eine detaillierte Beschreibung aller im ZENTRALARCHIV erhältlichen Datensätze. Die gezielte Suche nach inhaltlichen Fragestellungen wird durch verschiedene Register erleichtert.

Der Datenbestandskatalog ist beim ZENTRALARCHIV für DM 35.- erhältlich. Gleichzeitig ist er als Publikation im CAMPUS-Verlag Frankfurt erschienen und über den Buchhandel zum Verlagspreis erhältlich.

Bitte benutzen Sie für Bestellungen beim ZENTRALARCHIV den Bestellzettel am Ende dieses Heftes !