

Connecting the Dots

Sozialwissenschaftliche Forschung in sozialen Online-Medien im Lichte von DS-GVO und BDSG-neu¹

Sebastian J. Golla, Henning Hofmann und Matthias Bäcker

1. Einleitung

Am 10. April 2018 wurde der Facebook Gründer und CEO Mark Zuckerberg in einer gemeinsamen Sitzung der Ausschüsse für Justiz und Handel des US-Senats angehört. Denkwürdig war hierbei insbesondere eine Frage des 84-jährigen Senators Orrin Hatch aus Utah. Dieser wollte wissen: »If Facebook is and always will be free, how do you sustain a business model in which users don't pay for your service?« Hieraufhin antwortete Zuckerberg mit gleichzeitigem Erstaunen und Amusement: »Senator, we run ads«. Es war einer der wenigen Momente der Anhörung, in denen Zuckerberg sich zu einer emotionalen Regung verleiten ließ. Und nicht nur im Plenarsaal, auch im Internet wurde auf den Austausch des betagten Senators mit dem jungen Technik-Chef mit Håme reagiert. Denn für die meisten Internetnutzer/innen war die Frage offensichtlich und Zuckerberg sprach nur eine Wahrheit aus, die für sie längst völlig klar war: Facebook, aber auch andere Plattformen aggregierten die Daten ihrer Nutzer/innen in groben Massen, filterten diese mittels ausgefeilter Algorithmen, um schlussendlich ihren Kund/en/innen passgenau Werbemöglichkeiten für Produkte und Dienstleistungen zu bieten.

Anlass der Anhörung war aber tatsächlich ein anderer. Knapp einen Monat zuvor hatte der britische Guardian die Meldung veröffentlicht, dass die Firma Cambridge Analytica mittels einer Schnittstelle in der Facebook-API² unbefugt

1 Der Beitrag entstand im Rahmen des vom Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF) geförderten Verbundvorhabens »Aspekte und Maßnahmen der Terrorismusbekämpfung« im Projekt »Propaganda, Mobilisierung und Radikalisierung zur Gewalt in der virtuellen und realen Welt« (PANDORA). Ein Abdruck erfolgte erstmalig in der Zeitschrift *Datenschutz und Datensicherheit* (DuD), 2018, S. 89-100. Die Zweitverwertung wurde in Übereinkunft mit dem Gabler Verlag – Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH vorgenommen. Dieser Beitrag fällt nicht unter die Creative-Commons-Lizenz. Die Wiederverwendung erfordert weitere Nutzungsgenehmigungen durch den Rechteinhaber.

2 *Application programming interface* oder Programmierschnittstelle.

Zugriff auf die Daten von über 50 Millionen Nutzer/innenkonten hatte.³ Dies erfolgte über eine App, die bezahlte Proband/en/innen auf ihren Mobiltelefonen installiert hatten, welche aber im Hintergrund auch Informationen über die sozialen Kontakte auf Facebook auswertete. Cambridge Analytica gab an, dass mit diesem Datenschatz eine gezielte Einflussnahme auf politische Entscheidungsprozesse möglich war, unter anderem auch auf den US-Präsidentenwahlkampf.

Ob und inwiefern die Firma hierzu tatsächlich in der Lage war, wird von vielen Expert/en/innen in Zweifel gezogen. Mittlerweile hat Cambridge Analytica Insolvenz angemeldet.⁴ Von dem öffentlichen Datenskandal konnte sich die Firma offenkundig nicht erholen. Aber auch Facebook sah sich einem beispiellosen Gegenwind der Öffentlichkeit ausgesetzt. Die Folge waren Boykottaufrufe sowie die besagten Anhörungen vor dem US-Kongress, aber auch vor dem EU-Parlament. Ob es zu strengeren Regulierungen für den IT-Konzern kommen wird, steht noch nicht fest.

Fest steht allerdings, dass der Datenskandal eine ganz neue Facette in der Debatte über die Gewährleistung der informationellen Selbstbestimmung im digitalen Zeitalter eröffnet hat. War vorher noch verstärkt über die Implikationen von Nutzer/innen-Tracking durch Facebook und andere Dienstleister diskutiert worden, traten nun auch die Ausbeutung der Datenquellen durch Dritte in den Vordergrund.

Wenngleich Cambridge Analytica schlussendlich einen durchaus zweifelhaften Ruf genossen hat, existieren zahllose fundierte Forschungsprojekte, die auf Daten aus sozialen Netzwerken angewiesen sind. Der Beitrag untersucht die datenschutzrechtlichen Rahmenbedingungen der beobachtenden empirischen Sozialforschung in sozialen Medien auf der Grundlage von DS-GVO und BDSG-neu. Diese in der Praxis wichtige wissenschaftliche Vorgehensweise geht mit erheblichen Rechtsproblemen einher, welche sich durch die Novellierung des Datenschutzrechts noch verschärft haben. Die Rechtmäßigkeit von Datenverarbeitungen zu Forschungszwecken beurteilt sich oftmals anhand einer Interessenabwägung im Einzelfall. Der Beitrag entwickelt Leitlinien für diese Abwägung.

2. Soziale Medien als Datenquellen für die Forschung

Die sozialwissenschaftliche Forschung benötigt ein breites Fundament an Daten, um Schlüsse über menschliche Verhaltensweisen, Präferenzen und Interaktionen ziehen zu können. Soziale Medien im Internet werden dabei als Datenquellen immer wichtiger. Dies zeigt sich unter anderem an der Vielzahl jüngst erschienener

3 Vgl. Cadwalladr/Graham-Harrison 2018.

4 Vgl. SZ.de 2018.

wissenschaftlicher Publikationen, denen Daten aus sozialen Medien zugrunde liegen.⁵ Unter sozialen Medien werden im Folgenden »Plattformen, die die Nutzer über digitale Kanäle in der gegenseitigen Kommunikation und im interaktiven Austausch von Informationen und Medieninhalten zwischen Einzelnen und Gruppen unterstützen; insbesondere Blogs, Foren, Communities und soziale Netzwerke«⁶ verstanden. Diese Definition aus der *Richtlinie für Untersuchungen in den und mittels der Sozialen Medien* der Verbände der Markt- und Sozialforschung⁷ ist breit angelegt und umfasst nahezu alle Plattformen, die im Zusammenhang mit der empirischen Sozialforschung relevant sein können.⁸

Die steigende Bedeutung sozialer Medien als Datenquellen in der sozialwissenschaftlichen Forschung hat vornehmlich drei Gründe. Erstens sind immer mehr Menschen im Internet aktiv und verlagern Teile ihrer Lebensentfaltung in soziale Medien.⁹ Dies schafft mitunter die Möglichkeit, sowohl repräsentative als auch spezifische Milieustudien zu erstellen. Zweitens zeichnen sich in sozialen Netzwerken neuartige Formen von Interaktionen und Diskursen ab, die innovative Forschungsfragen und Forschungsvorhaben provozieren. Drittens kann mittels automatischer Auswertungssysteme ein weitaus größerer Pool an Daten zur Erarbeitung und Erprobung von Thesen herangezogen werden als bisher. Dies gilt insbesondere bei thematisch spezifischen Diskursen, zu denen vormals allein qualitative Interviews einen Milieuzugang eröffnen konnten. So heißt es hierzu in der *Richtlinie für Untersuchungen in den und mittels der Sozialen Medien*, dass »online« Beobachtungsverfahren gegenüber den »klassischen« Beobachtungsverfahren eine deutlich höhere Dichte, Geschwindigkeit und Komplexität der zu beobachtenden Äußerungen, Kommunikationen und Reaktionen«¹⁰ böten.

Als technische Hilfsmittel nutzt die beobachtende Feldforschung in sozialen Medien unter anderem Web Crawler¹¹. Diese indexieren Schlagwörter, interper-

5 Vgl. exemplarisch Ordenes u.a. 2017. Auch die mediale Berichterstattung über Forschungsprojekte, die sich auf Daten aus sozialen Medien stützen, wächst; beispielhaft Pinker 2017. In diesem Band siehe beispielsweise den Beitrag von Lea Raabe.

6 Verbände der Markt- und Sozialforschung 2014: 2 Definition Sozialer Medien.

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

8 Dieser begriffliche Ansatz beansprucht zwar keine interdisziplinäre Allgemeingültigkeit, allerdings bedarf es für den zugrundeliegenden Beitrag keiner abschließenden terminologischen Ergründung.

9 Allein Facebook verzeichnet mehr als zwei Milliarden aktive Nutzer/innen, wovon 30 Millionen aus Deutschland stammen (vgl. FAZ.net 2017).

10 Verbände der Markt- und Sozialforschung 2014: 3 Wissenschaftlichkeit der Vorgehensweise.

11 Hierbei handelt es sich um ein zur Durchsuchung bzw. Analyse von Webseiten geschriebenes Programm. Teils kommen auch selbstlernende autonome Algorithmen zum Einsatz.

sonelle Interaktionen und weitere, gerade onlinespezifische, Handlungen. In vielen Fällen werden auch personenbezogene Informationen abgebildet und ausgewertet. Diese Verfahren bringen neue Risiken für die Persönlichkeitsrechte der Nutzer/innen sozialer Medien mit sich. Soweit Daten mit Personenbezug erhoben werden, sind die Vorgaben des Datenschutzrechts zu beachten. Diese Vorgaben gelten grundsätzlich auch für Daten aus offenen Quellen, wenngleich diese allgemein als weniger schutzbedürftig erachtet werden als nicht öffentlich zugängliche Daten. Außerdem sieht das Datenschutzrecht gewisse Privilegierungen für die Datenverarbeitung zu Forschungszwecken vor. Diese sind im Lichte der grundrechtlich gewährleisteten Forschungs- und Wissenschaftsfreiheit (Art. 13 GRCh) zu sehen, die ein besonderes (auch öffentliches) Interesse an der Verarbeitung personenbezogener Daten begründet.

3. Wissenschaftliche Forschung in der DS-GVO und dem BDSG-neu

Die DS-GVO und das BDSG-neu enthalten diverse Sonderregelungen zugunsten der Datenverarbeitung zum Zwecke wissenschaftlicher Forschung. Im Folgenden wird zunächst der in der DS-GVO verwendete Begriff der Forschung erörtert, um anschließend im Einzelnen auf die einschlägigen Regelungen in der DS-GVO und dem BDSG-neu einzugehen. Die DS-GVO orientiert sich dabei an den bereits durch die DS-RL errichteten Prinzipien für die Datenverarbeitung zu Forschungszwecken und ergänzt diese.

3.1 Begriff der Forschung

Die DS-GVO enthält wie bereits die DS-RL keine Definition des Begriffs »wissenschaftliche Forschung«. Eine Interpretationshilfe bietet allerdings Erwägungsgrund 159 S. 2 DS-GVO. Hiernach sind wissenschaftliche Forschungszwecke im Sinne der DS-GVO weit auszulegen und umschließen »die Verarbeitung für beispielsweise die technologische Entwicklung und die Demonstration, die Grundlagenforschung, die angewandte Forschung und die privat finanzierte Forschung«. Damit stimmt der Begriff der Forschung in der DS-GVO weitgehend mit dem gleichlautenden Begriff in Art. 179 Abs. 1 AEUV und Art. 13 S. 1 GRCh überein.¹² Für die Sozialwissenschaften heben Erwägungsgrund 157 S. 3 und 4 DS-GVO die Wichtigkeit der Forschung anhand von Registern hervor, die es Forscher/n/innen ermöglicht, »entscheidende Erkenntnisse über den langfristigen Zusammenhang einer Reihe sozialer Umstände zu erlangen«. Im Gesetzgebungsverfahren wirkte das Europäische Parlament darauf hin, nicht »wissenschaftliche Zwecke«

12 Vgl. Hornung/Hofmann 2017: S. 4.

im Allgemeinen, sondern nur die wissenschaftliche Forschung zu privilegieren.¹³ Doch auch der Begriff »wissenschaftliche Forschung« ist für eine weite Auslegung offen, die unter anderem privatwirtschaftliche Tätigkeiten mit umfasst.¹⁴ Er erfasst allerdings, anders als möglicherweise die Formulierung »wissenschaftliche Zwecke«, nicht jegliche Datenverarbeitung, die nach wissenschaftlicher Methode erfolgt.¹⁵ Die wissenschaftliche Forschung erfasst ein weites Feld von Tätigkeiten mit dem Ziel der Gewinnung neuer Erkenntnisse, von der Unterrichtung über den aktuellen Stand der Wissenschaft über die experimentelle Verarbeitung von Daten bis hin zur Anwendung der Forschung.

Die wissenschaftliche Lehre ist hingegen von der wissenschaftlichen Forschung begrifflich zu unterscheiden und erfährt keine ausdrückliche Privilegierung in der DS-GVO.¹⁶ Dies wird vor allem aus Erwägungsgrund 159 DS-GVO deutlich, der zwar die Demonstration wissenschaftlicher Forschung in den Forschungsbegriff einbezieht, aber nicht deren Vermittlung durch die Lehre. Der Forschungsbegriff der DS-GVO erfährt weder eine institutionelle (etwa auf Hochschulen und Institute) noch eine handlungsspezifische (etwa auf bestimmte Forschungszwecke) Beschränkung.¹⁷

3.2 Erlaubnistatbestände

Die DS-GVO enthält keinen besonderen Erlaubnistatbestand für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung. Ob eine solche Datenverarbeitung zulässig ist, richtet sich somit zunächst nach den allgemeinen Regelungen, also insbesondere Art. 5, 6 und 9 DS-GVO.¹⁸ Hierbei kommt zunächst eine Einwilligung als Grundlage für die Verarbeitung in Betracht. Im BDSG-neu findet sich mit § 27 BDSG-neu auf Grundlage von Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO ein spezifischer Erlaubnistatbestand für die wissenschaftliche Forschung.

13 Wohl um eine zu weitgehende Privilegierung von Big Data-Anwendungen zu vermeiden; vgl. Albrecht/Jotzo 2017: S. 81.

14 Vgl. Spindler 2016: S. 939; vgl. auch Kühling/Buchner/Buchner/Tinnefeld 2018: DS-GVO, Art. 89, Rn. 9.

15 Vgl. Auernhammer/Eßer/Kramer/Lewinski/Creve 2018: DS-GVO, Art. 89, Rn. 4.

16 Vgl. Roßnagel/Johannes 2017: *Europäische Datenschutz-Grundverordnung*, § 4, Rn. 59.

17 Vgl. Hornung/Hofmann 2017: S. 4.

18 Von der Regelung einer eigenständigen Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung zu Forschungszwecken wurde im Gesetzgebungsverfahren bewusst abgesehen; vgl. dazu Albrecht/Jotzo 2017: S. 81.

3.2.1 Besondere Kategorien personenbezogener Daten

Wissenschaftliche Forschung betrifft oftmals besondere Kategorien personenbezogener Daten im Sinne von Art. 9 Abs. 1 DS-GVO. Hierzu gehören Daten, aus denen rassische und ethnische Herkunft, politische Meinung, religiöse und weltanschauliche Überzeugung und Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen, ebenso wie Gesundheitsdaten¹⁹ oder Daten zum Sexualleben oder der sexuellen Orientierung.²⁰ Für die sozialwissenschaftliche Online-Forschung können beispielsweise Informationen über politische Einstellungen oder Religionszugehörigkeit für Milieustudien als besondere personenbezogene Daten relevant sein. Für die Verarbeitung der Daten dieser Kategorie schreibt die DS-GVO spezielle restriktive Zulässigkeitsvoraussetzungen vor. Art. 9 Abs. 1 DS-GVO normiert ein Verarbeitungsverbot, zu dem Art. 9 Abs. 2 DS-GVO allerdings Ausnahmen vorsieht. Für die Online-Forschung sind neben der Einwilligung (Art. 9 Abs. 2 lit. a DS-GVO) insbesondere die Ausnahmetatbestände in Art. 9 Abs. 2 lit. e und lit. j DS-GVO relevant.

3.2.1.1 Offensichtlich von dem/der Betroffenen selber veröffentlichte Daten (Art. 9 Abs. 2 lit. e DS-GVO)

Art. 9 Abs. 2 lit. e DS-GVO hebt das Verarbeitungsverbot nach Abs. 1 auf, wenn und soweit der/die Betroffene sensible Daten offensichtlich selber öffentlich gemacht hat.²¹ In diesen Fällen fehlt es an einer besonderen Schutzbedürftigkeit des/der Betroffenen.²² Daten sind im Sinne der Norm öffentlich gemacht, wenn »diese dem Zugriff einer unbestimmten Anzahl von Personen ohne wesentliche Zulassungsschranke offenstehen«²³. Die »Offensichtlichkeit« setzt einen bewussten Willensakt zur Entäußerung der Informationen voraus.²⁴

Man kann in der Veröffentlichung durch den/die Betroffene/n eine Art von »Verzicht« auf den besonderen Schutz des Art. 9 DS-GVO sehen.²⁵ Allerdings dürften auch im Fall der Veröffentlichung durch den/die Betroffene/n die Daten nicht vollständig dem Schutz der DS-GVO entzogen sein. Zwar legt Art. 9 Abs. 2 lit. e DS-GVO nahe, dass bei selbst veröffentlichten Daten das Interesse an der

19 Art. 4 Nr. 15 DS-GVO.

20 Vom Anwendungsbereich ebenfalls umfasst sind genetische Daten (Art. 4 Nr. 13 DS-GVO) bzw. biometrische Daten (Art. 4 Nr. 14 DS-GVO) zur eindeutigen Identifizierung einer natürlichen Person. Diese spielen im Kontext dieser Untersuchung eine untergeordnete Rolle.

21 Die Regelung ist wortgleich mit Art. 8 Abs. 2 lit. e DS-RL.

22 Vgl. Golla/Schulz 2017: DS-GVO, Art. 9, Rn. 23.

23 Golla/Schulz 2017: DS-GVO, Art. 9, Rn. 24.

24 Siehe auch Ehmann/Selmayr/Schiff 2017: DS-GVO, Art. 9, Rn. 40. Für Kriterien zur Abgrenzung siehe Abschnitt 4.

25 Vgl. Kühling/Buchner/Weichert 2018: DS-GVO, Art. 9, Rn. 77.

Verarbeitung dem Interesse des/der Betroffenen an deren Ausschluss regelmäßig überwiegt.²⁶ Es gelten jedoch weiterhin die allgemeinen Anforderungen an die rechtmäßige Verarbeitung personenbezogener Daten aus Art. 5 und 6 DS-GVO.²⁷ Die Anwendbarkeit von Art. 6 DS-GVO bei Einschlägigkeit von Art. 9 Abs. 2 DS-GVO wird zwar von weiten Teilen der Literatur verneint.²⁸ Dies überzeugt allerdings nicht. Zunächst ergibt sich der Ausschluss der Anwendbarkeit von Art. 6 DS-GVO nicht aus dem Wortlaut der Vorschriften. Art. 9 Abs. 2 DS-GVO schließt lediglich die Geltung von Art. 9 Abs. 1 DS-GVO, nicht aber von Art. 6 DS-GVO aus. Einige Ausnahmetatbestände nach Art. 6 Abs. 1 DS-GVO sind zwar bei Erfüllung entsprechender Tatbestände in Art. 9 Abs. 2 DS-GVO automatisch mit erfüllt.²⁹ Dies gilt aber nicht für sämtliche Ausnahmetatbestände. Dass die Voraussetzungen von Art. 9 Abs. 2 lit. e DS-GVO erfüllt sind, bedeutet nicht automatisch, dass auch ein Tatbestand nach Art. 6 Abs. 1 DS-GVO erfüllt ist. Es würde insoweit der gesetzlichen Wertung von Art. 9 Abs. 1 DS-GVO widersprechen, die Daten als grundsätzlich frei für jede Verarbeitungsweise zu betrachten. Ansonsten wären die besonders sensiblen Daten, die in Art. 9 Abs. 1 DS-GVO aufgezählt sind, teils schwächer geschützt als andere personenbezogene Daten, deren Veröffentlichung durch die betroffene Person nicht automatisch jede Verarbeitung zulässig macht. Daher ist es notwendig, dass die Verarbeitung zumindest zur Wahrung überwiegender berechtigter Interessen der Verantwortlichen erforderlich ist (Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO).

3.2.1.2 Zulässigkeit nach Interessenabwägung (Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO in Verbindung mit § 27 Abs. 1 S. 1 BDSG-neu)

Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO ermöglicht den Mitgliedsstaaten darüber hinaus die Schaffung von Erlaubnistatbeständen für die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten zu Forschungszwecken. Von dieser Öffnungsklausel hat der deutsche Gesetzgeber in § 27 BDSG-neu Gebrauch gemacht. Aus § 27 Abs. 1 S. 1 BDSG-neu ergeben sich drei Voraussetzungen für den Erlaubnistatbestand: Erstens muss für einen Zweck wissenschaftlicher Forschung ein eigenes »konkretes Forschungsvorhaben, das seinem ganzen Aufbau und Inhalt nach wissenschaftlichen Ansprüchen genügt«³⁰ vorliegen. Zweitens muss, damit die Datenverarbeitung erforderlich ist, das Vorhaben ohne die konkreten personen-

26 Vgl. Härtling 2016: Rn. 454.

27 Vgl. Kühling/Buchner/Weichert 2018: DS-GVO, Art. 9, Rn. 77.

28 Vgl. Albrecht/Jotzo 2017: S. 78; Auernhammer/Eßer/Kramer/Lewinski/Greve 2018: DSGVO, Art. 9, Rn. 7; Piltz 2016: S. 567.

29 So ist bei einer Einwilligung, die den Anforderungen von Art. 9 Abs. 2 lit. a DS-GVO genügt, auch Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO erfüllt.

30 So zu § 28 Abs. 6 Nr. 4 BDSG a.F. Simitis/Simitis 2014: BDSG, § 28, Rn. 310.

bezogenen Daten undurchführbar sein.³¹ Drittens ist eine Interessenabwägung im Einzelfall vorzunehmen, bei der das wissenschaftliche Interesse das Interesse des/der Betroffenen im Ergebnis erheblich überwiegen muss. Da § 27 Abs. 1 S. 1 BDSG-neu strengere Anforderungen an die Datenverarbeitung aufstellt als die allgemeine Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO, liegt bei Erfüllung der Voraussetzungen von § 27 Abs. 1 S. 1 BDSG-neu stets auch ein Verarbeitungsgrund nach der DS-GVO vor. Überdies hat der Verantwortliche gemäß § 27 Abs. 1 S. 2 BDSG-neu angemessene und spezifische Maßnahmen zur Wahrung der Interessen der betroffenen Person gemäß § 22 Abs. 2 S. 2 BDSG-neu vorzunehmen. Dieses Erfordernis beruht auf der Voraussetzung von Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO, dass das Recht »angemessene und spezifische Maßnahmen zur Wahrung der Grundrechte und Interessen der betroffenen Person vorsieht«. Letztlich ist es nach § 27 Abs. 1 S. 2 BDSG-neu allerdings allein Sache der Forscher/innen als Verantwortliche, diese Maßnahmen zu wählen und zu ergreifen. Diese pauschale Regelung, mit der der Gesetzgeber seine Regelungsverantwortung auf die Adressat/en/innen des Gesetzes abschiebt, genügt den Anforderungen von Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO nicht.

3.2.2 Sonstige personenbezogene Daten

Sofern die Forschung Daten nutzt, die nicht den besonderen Kategorien des Art. 9 Abs. 1 DS-GVO zuzuordnen sind, richtet sich die Rechtmäßigkeit ihrer Verarbeitung allein nach Art. 6 DS-GVO. Neben der Einwilligung der betroffenen Person (Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO) sind hier vor allem Art. 6 Abs. 1 lit. e und lit. f DS-GVO als Grundlagen der Verarbeitung relevant. Art. 6 Abs. 1 lit. e DS-GVO eröffnet in Verbindung mit den Abs. 2 und 3 einen Spielraum für Ausnahmeregelungen für die Datenverarbeitung zu Forschungszwecken, die für die Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich ist, die im öffentlichen Interesse liegt.³² Hierunter fallen klassische Staatsaufgaben,³³ die allerdings auch von Privaten ausgeführt werden können, wenn sie diesen übertragen wurden.³⁴ Private können sich also nicht schon dann auf Art. 6 Abs. 1 lit. e DS-GVO berufen, wenn sie für die Allgemeinheit relevante Forschung betreiben, da es an der Erfüllung einer hoheitlichen Aufgabe und der Übertragung öffentlicher Gewalt fehlt. Art. 6 Abs. 1 lit. e DS-GVO begründet für sich selbst noch keinen Erlaubnistatbestand.³⁵ Im BDSG-neu hat der Gesetzgeber von der Öffnungsklausel nur in allgemeiner Weise durch § 3 BDSG-neu Gebrauch gemacht, wonach die Verarbeitung personenbezogener

31 So zu § 28 Abs. 6 Nr. 4 BDSG a.F. Simitis/Simitis 2014: *BDSG*, § 28, Rn. 310.

32 Vgl. Kühling/Buchner/Buchner/Tinnefeld 2018: *DS-GVO*, Art. 89, Rn. 29.

33 Vgl. Kühling/Buchner/Buchner/Petri 2018: *DS-GVO*, Art. 6, Rn. 111.

34 Vgl. Gola/Schulz 2017: *DS-GVO*, Art. 6, Rn. 49.

35 Vgl. Erwägungsgrund 45 DS-GVO; Gola/Schulz 2017: *DS-GVO*, Art. 6, Rn. 46.

Daten durch eine öffentliche Stelle zulässig ist, wenn sie zur Erfüllung der in der Zuständigkeit des Verantwortlichen liegenden Aufgabe oder in Ausübung öffentlicher Gewalt, die dem Verantwortlichen übertragen wurde, erforderlich ist. Die Datenverarbeitung zu Forschungszwecken im Allgemeinen kann, muss aber nicht in jedem Fall, im öffentlichen Interesse liegen.³⁶ Sofern wissenschaftliche Forschung und wissenschaftlicher Fortschritt nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 S. 3 EUV und Art. 179 Abs. 1 AEUV als Allgemeinwohlziele anerkannt werden, sind sie allerdings auch als Gegenstände öffentlichen Interesses zu betrachten.³⁷ Damit erfasst Art. 6 Abs. 1 lit. e DS-GVO in Verbindung mit § 3 BDSG-neu regelmäßig die Datenverarbeitung zu Forschungszwecken durch öffentlich-rechtliche Forschungseinrichtungen wie Universitäten.³⁸

Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO ermöglicht die Verarbeitung personenbezogener Daten, wenn sie zur Wahrung der berechtigten Interessen der Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich ist, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen. Die wissenschaftliche Forschung ist hierbei ein berechtigtes Interesse, das gegen die Interessen der Betroffenen abzuwägen ist. Die Abgrenzung der beiden Erlaubnistatbestände erfolgt in erster Linie nach der Organisation der jeweiligen Forschungseinrichtung. Behörden im Sinne der DS-GVO können sich für die von ihnen in Erfüllung ihrer Aufgaben vorgenommene Verarbeitung gemäß Art. 6 Abs. 1 UAbs. 2 nicht auf Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO berufen. Damit bleibt öffentlich-rechtlich organisierten Hochschulen und anderen Forschungseinrichtungen für ihre Datenverarbeitung zu Forschungszwecken Art. 6 Abs. 1 lit. e DS-GVO in Verbindung mit § 3 BDSG-neu (oder einer anderen Rechtsgrundlage im Sinne von Art. 6 Abs. 3 S. 1 DS-GVO) als möglicher Verarbeitungsgrund.³⁹ Private Forscher/innen und Forschungseinrichtungen können sich uneingeschränkt auf Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO stützen.

Sofern sie staatliche Aufgaben im öffentlichen Interesse wahrnehmen, die ihnen durch einen Hoheitsakt übertragen wurden, und wenn hierfür eine konkrete Rechtsgrundlage im Sinne von Art. 6 Abs. 3 S. 1 DS-GVO besteht, können Private darüber hinaus auch nach Art. 6 Abs. 1 lit. e DS-GVO Daten verarbeiten.⁴⁰

36 Vgl. Beyvers u.a. 2015: S. 244.

37 Vgl. Sydow/Reimer 2017: DS-GVO, Art. 6, Rn. 40.

38 Vgl. Sydow/Reimer 2017: DS-GVO, Art. 6, Rn. 40.

39 Vgl. Sydow/Reimer 2017: DS-GVO, Art. 6, Rn. 40.

40 Vgl. Kühling/Buchner/Buchner/Petri 2017: DS-GVO, Art. 6, Rn. 111; Sydow/Reimer 2017: DS-GVO, Art. 6, Rn. 41; Gola/Schulz 2017: DS-GVO, Art. 6, Rn. 49.

3.3 Notwendigkeit geeigneter Garantien

Nach Art. 89 Abs. 1 S. 1 DS-GVO bedarf die Verarbeitung personenbezogener Daten zu Forschungszwecken geeigneter Garantien für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Person gemäß der DS-GVO. Die Vorschrift regelt damit für die Datenverarbeitung zu Forschungszwecken einen erhöhten Mindeststandard gegenüber anderen Datenverarbeitungen.⁴¹ Dies lässt sich als eine Art Ausgleich zu den Erleichterungen verstehen, die die DS-GVO im Übrigen für wissenschaftliche Forschungszwecke vorsieht.⁴² Nach Art. 89 Abs. 1 S. 2 DS-GVO müssen die Garantien technische und organisatorische Maßnahmen enthalten, mit denen insbesondere die Achtung des Grundsatzes der Datenminimierung gewährleistet wird.⁴³

3.4 Sonderregelungen zu den Verarbeitungsgrundsätzen (Art. 5 DS-GVO)

Aus Art. 5 Abs. 1 lit. b und lit. e DS-GVO ergeben sich zur Privilegierung der wissenschaftlichen Forschung Einschränkungen der Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten. Art. 5 Abs. 1 lit. b Hs. 2 DS-GVO schränkt den Grundsatz der Zweckvereinbarkeit ein und erklärt eine Weiterverarbeitung von Daten für wissenschaftliche oder historische Forschungszwecke nicht als unvereinbar mit den ursprünglichen Zwecken.⁴⁴ Diese Regelung entspricht in ihren Grundzügen Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-RL.⁴⁵ Art. 5 Abs. 1 lit. e Hs. 2 DS-GVO enthält eine ähnlich geartete Ausnahme vom Grundsatz der Speicherbegrenzung als zeitliche Grenze für die Verarbeitung personenbezogener Daten.⁴⁶

3.5 Sonderregelungen zu den Betroffenenrechten

Auch für die Betroffenenrechte nach Kapitel III DS-GVO gelten besondere Privilegierungen zugunsten der wissenschaftlichen Forschung.

41 Vgl. Paal/Pauly/Pauly 2018: DS-GVO, Art. 89, Rn. 1.

42 Vgl. Paal/Pauly/Pauly 2018: DS-GVO, Art. 89, Rn. 10.

43 Vgl. Erwägungsgrund 156 DS-GVO; hierzu zählen unter anderem Aspekte wie die Festlegung von Speicherfristen, Zugangsmöglichkeiten sowie auch das Gebot der Anonymisierung bzw. Pseudonymisierung.

44 Vgl. auch Erwägungsgrund 50 DS-GVO. Vgl. Auernhammer/Eßer/Kramer/Lewinski/Kramer 2018: DS-GVO, Art. 5, Rn. 16; Kühling/Buchner/Herbst 2018: DS-GVO, Art. 5, Rn. 50 sprechen von einer »Fiktion« der Vereinbarkeit.

45 Zu den Unterschieden im Einzelnen Kühling/Buchner/Herbst 2018: DS-GVO, Art. 5, Rn. 50.

46 Vgl. ähnlich Art. 6 Abs. 1 lit. e DS-RL.

3.5.1 Einschränkungen nach Art. 89 Abs. 2 DS-GVO in Verbindung mit § 27 Abs. 2 BDSG-neu

Die weitgehendsten Einschränkungen für die Betroffenenrechte ergeben sich aus Art. 89 Abs. 2 DS-GVO in Verbindung mit § 27 Abs. 2 BDSG-neu. § 27 Abs. 2 BDSG-neu macht von der Öffnungsklausel des Art. 89 Abs. 2 DS-GVO Gebrauch und schränkt die Betroffenenrechte nach Art. 15, 16, 18 und 21 der DS-GVO ein, wenn und soweit mit der Wahrnehmung der Rechte voraussichtlich der Forschungszweck unmöglich gemacht oder ernsthaft beeinträchtigt wird und eine Beschränkung des jeweiligen Rechts notwendig ist. Die Beschränkung gilt für alle Kategorien personenbezogener Daten.⁴⁷ Überdies wird das Auskunftsrecht nach Art. 15 DS-GVO für die Fälle eingeschränkt, dass die Daten für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung erforderlich sind und die Auskunftserteilung einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde (§ 27 Abs. 2 S. 2 BDSG-neu). Hierbei wird ausweislich der Gesetzesbegründung von der Öffnungsklausel des Art. 23 Abs. 1 lit. i DS-GVO Gebrauch gemacht.⁴⁸ Indes ist die Zugrundlegung des Art. 23 Abs. 1 lit. i DS-GVO mit Blick auf die speziellere Regelung in Art. 89 Abs. 2 DS-GVO unzutreffend. Es ist auch zweifelhaft, ob sich eine Ausnahme wegen eines unverhältnismäßigen Aufwandes auf Art. 23 Abs. 1 lit. i DS-GVO stützen ließe.⁴⁹ Der Gesetzesbegründung zufolge kann ein unverhältnismäßiger Aufwand gerade dann vorliegen, wenn ein Forschungsvorhaben mit einem überaus großen Datenstamm arbeitet.⁵⁰ Der unmittelbare Zusammenhang zur empirischen Forschung in sozialen Netzwerken drängt sich auf und macht eine nähere Untersuchung erforderlich. Eine solche Einschränkung des Auskunftsrechts ist kein datenschutzrechtliches Novum: Eine entsprechende Grundlage fand sich bereits in Art. 11 Abs. 2 DS-RL und ein terminologischer Gleichklang zum BDSG-neu in § 33 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 BDSG a.F. Indes sind sowohl die Literatur als auch die Rechtsprechung eine weitergehende Konkretisierung schuldig geblieben. Dies ist unbefriedigend, da das datenschutzspezifische Auskunftsrecht eines der wenigen autarken Betroffenenrechte ist. Auch das BDSG-neu schafft hier keine Abhilfe. Insbesondere die Gesetzesbegründung ist missverständlich. So weist sie darauf hin, dass die gesetzliche Privilegierung gerade dann zur Anwendung kommen soll, wenn ein Forschungsvorhaben mit besonders großen Datenmengen arbeitet.⁵¹ Allerdings impliziert ein großer Datenstamm nicht zwangsläufig einen erhöhten Grad an Komplexität, aufgrund dessen die Betroffenenrechte zurücktreten. Denn der Aufwand der verarbeitenden Stelle bemisst sich nicht anhand der Komplexität der

47 Vgl. BT-Drs. 18/11325: S. 100.

48 Vgl. BT-Drs. 18/11325: S. 99.

49 Vgl. Kühling/Buchner/Bäcker 2018: DS-GVO, Art. 23, Rn. 12.

50 Vgl. BT-Drs. 18/11325: S. 99.

51 Vgl. BT-Drs. 18/11325: S. 99f.

Datenverarbeitung im Allgemeinen, sondern eben an der spezifischen Auskunftshandlung gegenüber der betroffenen Person.⁵² Überdies ermöglichen automatisierte Systeme es, eine Vielzahl von Betroffenen mit geringem Aufwand an Arbeit und Kosten zu informieren.⁵³ Angesichts dieser Möglichkeiten sind die Voraussetzungen des § 27 Abs. 2 S. 2 BDSG-neu besonders kritisch zu prüfen. Eine pauschale Versagung des Auskunftsrechts würde dem Anliegen eines effektiven individuellen Datenschutzes zuwiderlaufen. Die gesetzliche Privilegierung ist kein ›Freifahrtschein‹. Schwierige Abwägungsfragen im Einzelfall können vermieden werden, wenn technische Strukturen für die Wahrung des Auskunftsrechts bereits vorab geschaffen werden.

3.5.2 Informationspflichten

Auch für die Informationspflichten nach der DS-GVO gilt gemäß Art. 14 Abs. 5 lit. b Hs. 2 DS-GVO für wissenschaftliche Forschungszwecke eine Ausnahme.⁵⁴ Wird bei der Verarbeitung ein wissenschaftlicher Forschungszweck verfolgt, ist für die Ausnahme von der Informationspflicht nicht als zusätzliche Voraussetzung erforderlich, dass sich die Erteilung der Informationen als unmöglich erweist oder einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde.⁵⁵ Die Ausnahme greift allerdings nur dann, wenn Daten nicht direkt bei dem/der Betroffenen erhoben werden. Art. 13 DS-GVO, der für die Erhebung von personenbezogenen Daten bei der betroffenen Person gilt, sieht keine entsprechende Ausnahme vor. Für die Datenerhebung in sozialen Medien dürfte hierbei Art. 14 DS-GVO einschlägig sein, insbesondere soweit öffentlich zugängliche Bereiche betroffen sind.⁵⁶ Solange die Verantwortlichen bei der Forschung nicht mit den Betroffenen in Kontakt treten und diese weder körperlich noch mental in die Erhebung mit einbeziehen, sodass die Datenerhebung nicht von einer Mitwirkung der Betroffenen abhängt, liegt keine Datenerhebung bei dem/der Betroffenen im Sinne von Art. 13 DS-GVO vor.⁵⁷ Auch in einem geschlossenen Bereich sozialer Medien dürfte

52 Vgl. Simitis/Simitis 2014: *BDSG*, § 33, Rn. 71.

53 So können sich Betroffene bei der Plattform Identity Leak Checker des Hasso-Plattner-Instituts, abrufbar unter: <https://sec.hpi.de/ilc/search> (zuletzt abgerufen am: 11.09.2018), beispielsweise durch Eingabe ihrer E-Mail-Adresse automatisch informieren, ob bestimmte personenbezogene Daten im Internet durch Datenpannen, kriminelle Machenschaften oder sonstiges zugänglich sind. Die Auskunft erfolgt in Sekundenbruchteilen und ist frei zugänglich.

54 Vgl. ähnlich Art. 11 Abs. 2 DS-RL.

55 Art. 14 Abs. 5 lit. b Hs. 2 DS-GVO ist insofern nur scheinbar ein Regelbeispiel zu Hs. 1 der Vorschrift (vgl. Kühling/Buchner/Bäcker 2018: *DS-GVO*, Art. 14, Rn. 53).

56 So für öffentliche Daten in sozialen Netzwerken auch Kühling/Buchner/Bäcker 2018: *DS-GVO*, Art. 13, Rn. 16; vgl. auch Gola/Franck 2017: *DS-GVO*, Art. 14, Rn. 13f.

57 Vgl. Sydow/Ingold 2017: *DS-GVO*, Art. 13, Rn. 8; Wolff/Brink/Schmidt-Wudy 24. Edition: *DS-GVO*, Art. 14, Rn. 31.

jedenfalls dann noch keine Datenerhebung bei der betroffenen Person vorliegen, wenn es sich etwa um eine Gruppe handelt, die zwar formell nicht jede/m/r Nutzer/in zugänglich ist, aber nach der Bitte um Aufnahme faktisch doch jede/m/r Interessent/en/in offensteht.⁵⁸ Spätestens aber wenn Forscher/innen aktiv in den geschlossenen Netzwerkbereichen partizipieren oder interagieren, wird Art. 14 DS-GVO nicht mehr einschlägig und eine Information nach Maßgabe von Art. 13 DS-GVO erforderlich sein. Um zu beurteilen, wann der Aufwand für die Erteilung von Informationen als unverhältnismäßig anzusehen ist, lassen sich die gleichen Kriterien heranziehen wie bei § 27 Abs. 2 S. 2 BDSG-neu.⁵⁹

3.5.3 Recht auf Vergessenwerden (Art. 17 Abs. 3 lit. d DS-GVO)

Für das Recht auf Vergessenwerden nach Art. 17 Abs. 1 und Abs. 2 DS-GVO regelt Abs. 3 lit. d der Vorschrift eine Ausnahme, wenn die Datenverarbeitung für wissenschaftliche Forschungszwecke erforderlich ist, soweit das Recht voraussichtlich die Verwirklichung der Ziele dieser Verarbeitung unmöglich macht oder beeinträchtigt.⁶⁰

3.5.4 Widerspruchsrecht (Art. 21 Abs. 6 DS-GVO)

Nach Art. 21 Abs. 6 DS-GVO steht Betroffenen das Recht zu, aus Gründen, die sich aus ihrer besonderen Situation ergeben⁶¹, der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten zu wissenschaftlichen Forschungszwecken zu widersprechen, wenn nicht die Verarbeitung zur Erfüllung einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe erforderlich ist. Durch diese Ausnahme wird der Verantwortliche für die Datenverarbeitung zu Forschungszwecken gegenüber dem allgemeinen Widerspruchsrecht in Art. 21 Abs. 1 DS-GVO privilegiert, bei dem zwingende schutzwürdige Gründe für die Verarbeitung nachzuweisen sind, um diese trotz Widerspruchs fortzusetzen.⁶²

58 Vgl. dazu auch unten 4.2.

59 Vgl. dazu oben 3.5.1.

60 Vgl. hierzu im Einzelnen Kühling/Buchner/Herbst 2018: DS-GVO, Art. 17, Rn. 82.

61 Vgl. zu diesem Kriterium Gola/Schulz 2017: DS-GVO, Art. 21, Rn. 8-10.

62 Vgl. Auernhammer/Eßer/Kramer/Lewinski/Kramer 2018: DS-GVO, Art. 21, Rn. 23.

3.6 Datenverarbeitung und Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit

Schließlich enthält Art. 85 DS-GVO spezifische Vorgaben für die Mitgliedstaaten, den persönlichen Datenschutz auf der einen und die freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit auf der anderen Seite in Einklang zu bringen.⁶³ Hierzu zählt der Verordnungsgeber explizit die wissenschaftliche Forschung. Eine Präzisierung und die eigentliche Öffnungsklausel findet sich in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO, wonach die Mitgliedstaaten Abweichungen oder Ausnahmen zu den Kapiteln 2 bis 7 und 9 der Verordnung vorsehen. Die Mitgliedstaaten sind somit zum Tätigwerden verpflichtet und haben aufgrund der weitreichenden Ausnahmen einen ebenso weitläufigen Handlungsspielraum.⁶⁴ Das Verhältnis zwischen Art. 85 Abs. 2 DS-GVO und Art. 89 Abs. 2 DS-GVO ist indes unklar. Wenn man Art. 85 Abs. 2 DS-GVO streng nach seinem Wortlaut auslegt, wäre Art. 89 Abs. 2 DS-GVO überflüssig, da Art. 85 Abs. 2 DS-GVO in nahezu allen Bereichen den Verordnungstext einer Öffnung zugänglich macht.⁶⁵ Genauer betrachtet unterscheidet sich der Regelungsbereich der Normen aber doch. Art. 85 DS-GVO spricht von »wissenschaftlichen Zwecken«, während in Art. 89 DS-GVO von »wissenschaftlichen Forschungszwecken« die Rede ist.⁶⁶ Der Verordnungstext in englischer Sprache macht diesen Unterschied noch einmal klarer: Hierin ist die Rede von »academic expression« (Art. 85 DS-GVO) und »scientific research« (Art. 89 DS-GVO). Im Ergebnis normiert Art. 85 DS-GVO somit allein die Verwendung personenbezogener Daten in der Kommunikation von Forschungsergebnissen.⁶⁷

4. Die beobachtende sozialwissenschaftliche Forschung in Sozialen Medien

Auf Grundlage der gewonnenen Erkenntnisse untersucht der Beitrag im Folgenden die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung im Rahmen beobachtender sozialwissenschaftlicher Forschung in sozialen Medien. Oftmals ist hier nur schwer zu beurteilen, ob eine Datenverarbeitung rechtmäßig ist. Diese Unklarheiten sind auch im Zuge der Implementierung der DS-GVO nicht weniger geworden. Für die Forschung ist es daher wichtig, sich an gewissen Leitlinien orientieren zu können,

63 Vgl. hierzu auch den Beitrag von Louisa Specht-Riemenschneider und Dennis Jennessen in diesem Band.

64 Vgl. Golla/Pötters 2017: DS-GVO, Art. 85, Rn. 14.

65 Vgl. Golla/Pötters 2017: DS-GVO, Art. 89, Rn. 12f.

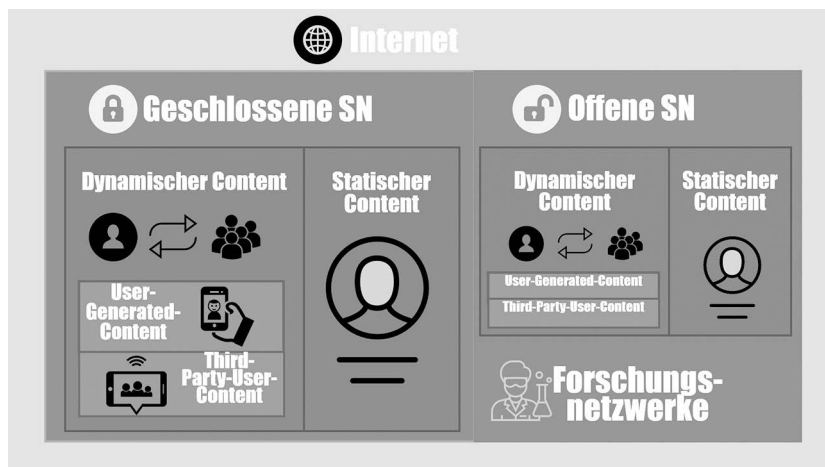
66 Vgl. Hornung/Hofmann 2017: S. 12.

67 Vgl. Hornung/Hofmann 2017: S. 12.

um nicht permanent in rechtlichen Grauzonen zu agieren oder von Forschungsvorhaben ganz absehen zu müssen.

Im Folgenden wird als Leitlinie zwischen drei Grundtypen sozialer Medien und zwei Grundtypen personenbezogener Inhalte innerhalb dieser Medien unterschieden (vgl. Abbildung 1):

Abbildung 1: Übersicht über die unterschiedlichen Datenquellen.⁶⁸



Als Typen sozialer Medien lässt sich zwischen offenen sozialen Medien (dazu näher 4.1), geschlossenen sozialen Medien (dazu näher 4.2) und eigens zu Forschungszwecken eingerichteten sozialen Medien unterscheiden.⁶⁹ Viele soziale Medien enthalten sowohl offene als auch geschlossene Bereiche; ein bekanntes Beispiel hierfür ist Facebook. Es erfordert eine Einzelfallbetrachtung der jeweiligen Inhalte, um diese als öffentlich oder geschlossen einzuordnen.⁷⁰ Primäres Abgrenzungskriterium wird die Zugangshürde durch Registrierung und Anmeldung sein. Der Fokus dieses Beitrages liegt auf offenen und geschlossenen sozialen Medien. Während sich bei eigens zu Forschungszwecken eingerichteten sozialen Medien eine Einwilligung der Nutzer/innen zur Verarbeitung personenbezogener Daten als praktikable Lösung erweist, ist dies bei den übrigen sozialen

68 Die Icons des Diagramms wurden von folgenden Künstlern erstellt: Chanut is Industries/Free-pik/Smashicons/Gregor Cresnar/Eucalypt und allesamt der Webseite www.flaticon.com entnommen (zuletzt abgerufen am: 07.07.2018).

69 Unterscheidung nach Verbände der Markt- und Sozialforschung 2014; vgl. auch Pflüger/Dobel 2014: S. 488.

70 So auch Verbände der Markt- und Sozialforschung 2014: 2 Definition Sozialer Medien.

Medien nicht der Fall. Daher werden hier die gesetzlichen Erlaubnistatbestände zur Verarbeitung personenbezogener Daten relevant.

Auf inhaltlicher Ebene kann zwischen statischen und dynamischen Inhalten unterschieden werden. Statische Inhalte sind Informationen, die der/die User/ in regelmäßig in vorgefertigte Masken einträgt, also etwa die Profilseite eine/s/r Nutzer/s/in bei Facebook mit Namen, Geburtsdatum, Geschlecht und Wohnort. Sie werden in den meisten Fällen über einen längeren Zeitraum nicht oder nur geringfügig geändert. Dynamische Inhalte bilden sich in der Kommunikation und Interaktion in sozialen Medien ab, etwa das Einstellen von eigenem Content oder das Liken bzw. Kommentieren von nutzerfremden Inhalten. Hierin lässt sich weiter zwischen User-Generated-Content (UGC) und Third-Party-User-Content (TPUC) unterscheiden.⁷¹ UGC sind Inhalte, die der/die Nutzer/in willentlich in dem sozialen Netzwerk platziert – beispielsweise durch das Hochladen von Bildern oder Videos sowie das Teilen, Kommentieren oder Bewerten von Beiträgen anderer Nutzer/innen. TPUC stammen nicht von dem/der betroffenen Nutzer/in selbst, der Bezug zu ihm/ihr wird aber hergestellt – beispielsweise durch das Verlinken auf Bildern oder das Taggen in Beiträgen. Die Facettenhaftigkeit von Kommunikation und Interaktion in sozialen Netzwerken verbietet zwar eine starre Zuordnung von Inhalten. Eine grobe Zuordnung kann aber helfen, um das Schutzinteresse des/der einzelnen Nutzer/s/in festzustellen, was für die Abwägung im Rahmen der Erlaubnistatbestände der DS-GVO notwendig ist.⁷²

4.1 Offene soziale Medien

Bei offenen sozialen Medien bestehen für die Wahrnehmung bestimmter Inhalte, einschließlich personenbezogener Daten, keine oder nur unerhebliche faktische Beschränkungen. Zu diesen Medien können Foren, Blogs oder Empfehlungsseiten zählen.⁷³ Auch Plattformen wie YouTube oder Twitter enthalten viele offen zugängliche Inhalte. Sie nehmen zwar eine gewisse Hybridstellung ein, da sie den Nutzer/n/innen ebenso nicht öffentliche Kommunikationskanäle bieten, dennoch ist die Hauptausrichtung die Darbietung öffentlicher Informationen. Besonders bei Twitter offen zugängliche Daten wurden schon vielfach in Studien verwendet,

71 Im Rahmen dieses Beitrages sollen Inhalte, welche erkennbar nicht einer natürlichen Person zuzuordnen sind, sondern einem virtuellen Avatar (Avatar-Content) oder einem Fake-Profil, nicht weiter berücksichtigt werden. Ferner ist nicht auszuschließen, dass es andere Methoden und Kommunikationskanäle für die Verbreitung von Nutzer/inneninhalten geben kann. Beispielfhaft seien hier nur Online-Gaming-Plattformen genannt, die einer statischen Zuordnung unzugänglich sind. Im Zusammenhang mit Social Bots vgl. den Beitrag von Benjamin Heurich in diesem Sammelband.

72 Vgl. oben 3.2.1.

73 Hierzu exemplarisch auch BVerfGE 120, 274, 345.

um Prognosen zu tätigen. Hierzu zählen die Einspielergebnisse von Kinofilmen⁷⁴, Entwicklungen auf den Finanzmärkten⁷⁵, Wahlergebnisse⁷⁶ oder Erdbeben^{77, 78}. Eine Vielzahl der in offenen sozialen Medien verfügbaren Daten weisen einen Personenbezug auf. Dies gilt besonders für inhaltliche Beiträge oder Bewertungen (wie zum Beispiel Likes), die Benutzer/innenprofilen zugeordnet sind. Auch wenn diese Informationen ohne nennenswerte Zugangsbarrieren online abrufbar sind und teilweise willentlich von den Betroffenen dort eingestellt wurden, sind sie als personenbezogene Daten grundsätzlich umfänglich von DS-GVO und BDSG-neu geschützt. Für die Verarbeitung offen zugänglicher personenbezogener Daten bestehen allerdings Erleichterungen.

4.1.1 Verarbeitung nach Art. 9 Abs. 2 lit. e, Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO

Davon ausgehend, dass die Verarbeitung zumindest auch besondere Kategorien personenbezogener Daten im Sinne von Art. 9 DS-GVO betrifft, kann zunächst Art. 9 Abs. 2 lit. e DS-GVO als Verarbeitungsgrund einschlägig sein.⁷⁹ Zwar sind nicht alle, aber doch viele personenbezogene Daten in sozialen Medien von den Betroffenen selbst offensichtlich öffentlich gemacht. Von dem/der Betroffenen selbst stammen in der Regel die Inhalte auf seiner/ihrer Profilseite (statischer Content) sowie Beiträge, die mit dem eigenen Profil verfasst wurden (User-Generated-Content). Es spricht ein starker objektiver Anschein dafür, dass diese Inhalte von dem/der Betroffenen selbst stammen (oder er/sie sie sich zumindest zu eigen gemacht hat) und diese/r auch die Öffentlichkeit herbeigeführt hat. Maßgeblich zur Bestimmung der Öffentlichkeit ist, ob die Daten »der Allgemeinheit oder nur innerhalb abgeschlossener Gruppen/Kreise zur Verfügung gestellt wurden«⁸⁰. Im Detail wirft dies auch bei offenen sozialen Medien schwierige Abgrenzungsprobleme auf.

Es stellt sich die Frage, ab welcher Zugangsbarriere sich Informationen in sozialen Netzwerken nicht mehr als öffentlich ansehen lassen. Klar ist die Lage, wenn Profile, Gruppen oder andere Bereiche von sozialen Medien ohne Anmeldung im Internet frei abrufbar sind und somit geeignet sind, einem individuell

74 Vgl. Asur/Huberman 2010: S. 499.

75 Vgl. Bollen u.a. 2011: S. 6f.

76 Vgl. Bermingham/Smeaton 2011: S. 9.

77 Vgl. Earle u.a. 2011: S. 714.

78 Vgl. Gerber 2014: S. 115f. mit weiteren Nachweisen; Bermingham/Smeaton 2011: S. 9. Während die Validität dieser Untersuchungen im Einzelnen umstritten sein mag, dürfte die Analyse jener Daten zumindest von potenziellem Mehrwert sein.

79 Dazu näher oben 3.2.1.

80 Vgl. Gola/Schulz 2017: DS-GVO, Art. 9, Rn. 24.

nicht bestimmbar Personenkreis Informationen zu vermitteln.⁸¹ Sie sind dann als öffentlich anzusehen.⁸² Hierbei macht es keinen Unterschied, ob es sich um dynamische oder statische Inhalte handelt. Auf der anderen Seite des zu beurteilenden Spektrums stehen Profile und weitere Inhalte, die den Einstellungen des/der Nutzer/s/in entsprechend nur für einen beschränkten Kreis von Personen (zum Beispiel »Freunde«) sichtbar sind.⁸³ Diese sind als nicht-öffentlich anzusehen, da sowohl technisch als auch nach dem Willen des/der Betroffenen eine klare Einschränkung des Adressat/en/innenkreises zu erkennen ist.⁸⁴ Schwierig zu beurteilen ist, ob Profile und andere offenbar von den Betroffenen bereitgestellte Daten als veröffentlicht gelten können, wenn diese nur nach Registrierung und Anmeldung in dem sozialen Medium eingesehen werden können. Zum Teil wird die öffentliche Zugänglichkeit aufgrund des Erfordernisses einer Anmeldung generell abgelehnt.⁸⁵ Sachgerechter erscheint aber eine differenzierte Betrachtung: Soziale Medien sehen unterschiedliche Schwellen für die Anmeldung vor. Wenn eine Registrierung und Anmeldung für jedermann/jedefrau ohne besonderen Aufwand möglich ist, spricht dies dafür, Daten, die nach der Anmeldung eingesehen werden können, als öffentlich zu qualifizieren. Dies gilt stets dann, wenn Registrierung und Anmeldung ausschließlich dazu dienen sollen, Bots und Crawlern⁸⁶ den Zugang zu den Medien zu erschweren (technische Zugangsbarriere). Der Anschein der Öffentlichkeit wird auch nicht dadurch beseitigt, dass der/die Nutzer/in etwa eine E-Mail-Adresse hinterlegen muss, damit im sozialen Netzwerk eine adäquate Zuordnung möglich ist, wenn sonst keine individuellen Anforderungen an den Zugang gestellt werden (technisch-individuelle Zugangsbarriere). Ein soziales Netzwerk ist aber dann als nicht öffentlich anzusehen, wenn die Anmeldung spezifisch zur Überprüfung der Zugehörigkeit zum Adressat/en/innenkreis des Contents dient (individuelle Zugangsbarriere). Weder bei Facebook noch bei Twitter sind derzeit besondere (technische) Hürden für eine Anmeldung installiert. Somit ist diese für jedermann/jedefrau ohne besondere Zugangsschwelle möglich.⁸⁷ Daher sind die dort netzwerkweit geteilten Inhalte als öffentlich anzusehen. Im Ergebnis fällt damit die Verarbeitung personenbezogener Daten aus für sämtliche Nutzer/innen zugänglichen Bereichen von Face-

81 Vgl. Simitis/Simitis 2014: *BDSG*, § 28, Rn. 151.

82 Vgl. Spindler 2016: S. 944; vgl. auch Beyvers u.a. 2015: S. 244.

83 Vgl. Kühling/Buchner/Weichert 2018: *DS-GVO*, Art. 9, Rn. 82.

84 So auch Gola/Franck 2017: *DS-GVO*, Art. 14, Rn. 14.

85 Vgl. Wolff/Brink/Schlösser-Rost 2017: *BDSG*, § 28, Rn. 83.

86 Dies muss umso mehr bei sogenannten Captcha-Verfahren gelten, wo die Überwindung einer technischen Zugangsbarriere allein der Unterscheidung von Mensch und Computersystemen dient.

87 Dies könnte sich aber auch bald ändern, siehe Tiku 2017.

book und Twitter zu Forschungszwecken unter Art. 9 Abs. 2 lit. e DS-GVO, sofern der/die Betroffene auf sich bezogene Daten selbst öffentlich gemacht hat.⁸⁸ Für ihre Rechtmäßigkeit ist des Weiteren ein Verarbeitungsgrund nach Art. 6 Abs. 1 DS-GVO erforderlich. In Frage kommt hier lit. f der Vorschrift, der voraussetzt, dass die Verarbeitung zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich ist und die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person nicht überwiegen. Hinsichtlich der Kriterien für diese Abwägung kann auf die folgenden Ausführungen verwiesen werden.

4.1.2 Verarbeitung nach Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO in Verbindung mit § 27 Abs. 1 S. 1 BDSG-neu

Als weitere Rechtsgrundlage für die Verarbeitung besonderer personenbezogener Daten aus offenen sozialen Medien kommt § 27 Abs. 1 S. 1 BDSG-neu in Betracht. Auch dies gilt unter der Voraussetzung, dass die Verarbeitung zumindest auch besondere Kategorien personenbezogener Daten betrifft. Im Zusammenhang mit der Verarbeitung von offensichtlich von dem/der Betroffenen selbst veröffentlichten Daten gehen Art. 9 Abs. 2 lit. e, Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO als Rechtsgrundlage weiter, da sie – anders als § 27 Abs. 1 S. 1 BDSG-neu – kein erheblich überwiegendes Interesse der Verantwortlichen voraussetzen. § 27 Abs. 1 S. 1 BDSG-neu kann darüber hinaus allerdings auch die Verarbeitung von Daten legitimieren, die nicht von dem/der Betroffenen selbst, sondern einem Dritten veröffentlicht wurden. Dass sozialwissenschaftliche Forschungsvorhaben in sozialen Medien wissenschaftlichen Ansprüchen genügen, ist hier zunächst zu unterstellen und im konkreten Einzelfall in einem Forschungskonzept festzuhalten. Einen größeren Begründungsaufwand als die wissenschaftliche Methodik wird oftmals die Notwendigkeit der Verarbeitung der konkret betroffenen personenbezogenen Daten erfordern. Dass gerade diese Daten mit Personenbezug für die konkrete Forschung gebraucht werden, sollte sorgfältig dokumentiert werden. Jedenfalls bei der Forschung in offenen sozialen Medien wird sich aber zumindest der Personenbezug von Daten kaum vermeiden lassen, soweit es auf die konkreten Inhalte ankommt, die dort von Nutzer/n/innen ausgetauscht werden. Im Zweifel wird sich über Suchmaschinen und die sozialen Medien selbst auch längerfristig zurückverfolgen lassen, wem welche Inhalte zuzuordnen sind. Für die Interessenabwägung, bei der im Ergebnis die Interessen an der Verarbeitung erheblich überwiegen müssen, lässt sich eine Groborientierung anhand der betroffenen Inhalte vornehmen. Hierbei sind unter anderem die »vernünftigen

88 Die Verarbeitung nicht von dem/der Betroffenen selbst veröffentlichten Daten kann unter Umständen auf Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO in Verbindung mit § 27 Abs. 1 S. 1 BDSG-neu gestützt werden, dazu sogleich.

Erwartungen« der Nutzer/innen sozialer Medien als Betroffene heranzuziehen.⁸⁹ In einer generalisierenden Betrachtung dürfte das Interesse an der Verwendung statischer Inhalte für wissenschaftliche Forschungszwecke das Betroffeneninteresse in der Regel erheblich überwiegen. Statische Inhalte präsentieren Nutzer/innen meist zur allgemeinen Kenntnisnahme. Nutzer/innenprofile etwa enthalten Angaben wie Klarnamen, Wohnort oder Schule gerade mit dem Ziel, öffentlich gefunden zu werden. Dies gilt umso mehr, sofern soziale Medien wie Facebook die Möglichkeit bieten, die Kenntnisnahme von Profilen auf bestimmte Personenkreise zu beschränken.

Anders fällt die Bewertung bei dynamischen Inhalten aus. Hier ist die Reichweite von Nutzer/inneninteraktionen im Vorlauf nicht immer präzise zu umgrenzen. So kann ein Foto oder ein Kommentar innerhalb kürzester Zeit einen vorab nicht bestimmbar Personenkreis erreichen, womit die Betroffenen nicht in jedem Fall rechnen. Dies kann spürbare Auswirkungen haben.⁹⁰ Bei dynamischen Inhalten erscheint es damit eher als bei statischen Inhalten plausibel, dass sich Nutzer/innen mit diesen nur an einen eingeschränkten Personenkreis richten – selbst wenn die Inhalte theoretisch für alle Nutzer/innen eines sozialen Mediums sichtbar sind. Die Annahme, dass dies dem/der Nutzer/in typischerweise bewusst ist, würde wahrscheinlich die technische und soziale Realität der Informationsdarbietung in sozialen Medien verkennen. Diese erfolgt nicht zuletzt aufgrund von Algorithmen, deren genaue Funktionsweise nicht öffentlich bekannt ist. Daraus folgt nicht, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten aus dynamischen Inhalten stets unzulässig ist. Der dynamische Charakter ist aber bei der Abwägung der betroffenen Interessen zu berücksichtigen. Im Ergebnis lässt sich damit eine Verarbeitung statischer personenbezogener Inhalte offener sozialer Medien regelmäßig auf Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO in Verbindung mit § 27 Abs. 1 S. 1 BDSG-neu stützen, während eine allgemeine Aussage für dynamische Inhalte schwieriger ist. Zumindest in einzelnen Fällen, in denen Nutzer/innen augenscheinlich damit rechnen, dass dynamische Inhalte nur von einem beschränkten Personenkreis wahrgenommen werden, wird es an einem erheblich überwiegenden Forschungsinteresse fehlen.

4.2 Geschlossene soziale Medien

Bei geschlossenen sozialen Medien ist die Kommunikation erst nach individueller Freigabe des Inhalts oder durch Zugehörigkeit zu besonderen Nutzer/innengruppen (zum Beispiel »Freunde« einer bestimmten Person) möglich. Auch hier soll davon ausgegangen werden, dass eine Einwilligung als Grundlage der Verarbei-

⁸⁹ Vgl. Erwägungsgrund 47 DS-GVO.

⁹⁰ Über die Eigendynamik eines Tweets siehe Ronson 2015.

tung nicht praktikabel ist und die Verarbeitung besondere Kategorien personenbezogener Daten mit einbezieht. Zwar zielt die Datenverarbeitung nicht stets auf die Einbeziehung besonderer Kategorien personenbezogener Daten und diese ist auch nicht zwingend. Allerdings ist in sozialen Medien die Wahrscheinlichkeit hoch, dass etwa Informationen über die Herkunft, politische Meinungen oder auch religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen der Betroffenen zumindest faktisch mit in die Verarbeitung einbezogen werden. Daher ist zumindest vorsichtshalber davon auszugehen, dass Art. 9 DS-GVO einschlägig ist. Als Rechtsgrundlage der Verarbeitung kommt dann allein Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO in Verbindung mit § 27 Abs. 1 S. 1 BDSG-neu in Betracht.

Hierbei stellen sich an das Vorliegen und die Begründung der wissenschaftlichen Methodik sowie die Erforderlichkeit der Verarbeitung der konkret betroffenen Daten ähnliche Anforderungen wie bei der Verarbeitung von Daten aus offenen sozialen Netzwerken. Bei der Erforderlichkeit ist zusätzlich zu prüfen, ob das Forschungsziel auch durch die Verarbeitung von Daten aus offenen Quellen erreicht werden könnte. Unter grundlegend anderen Vorzeichen als bei offenen sozialen Medien steht bei geschlossenen sozialen Medien allerdings die vorzunehmende Abwägung zwischen den Interessen des/der Verarbeiter/s/in und des/der Betroffenen. Das Interesse der Betroffenen, die sich in einen geschlossenen Kommunikationsraum begeben, am Ausschluss der Verarbeitung ist hier merklich höher als bei offenen sozialen Medien. Im Folgenden soll untersucht werden, ob es dennoch Fälle gibt, in denen ein erheblich überwiegendes Interesse an der Datenverarbeitung zu Forschungszwecken anzunehmen ist und wie diese gelagert sind.

Um das schutzwürdige Vertrauen der Betroffenen und damit deren Interesse am Ausschluss der Datenverarbeitung zu bestimmen, kommen als Kriterien – unter anderem – in Betracht: Art und Inhalt der Kommunikation, die Voraussetzungen des Zugangs sowie die Größe und die Zwecke (bzw. Themen) jener Bereiche der sozialen Medien, in denen geforscht werden soll. Auch in geschlossenen sozialen Netzwerken ist das Interesse am Schutz statischer Nutzer/inneninhalte als geringer einzustufen als das Interesse am Schutz dynamischer Inhalte. Statische Inhalte haben auch hier primär den Zweck, von anderen Nutzer/n/innen identifiziert werden zu können, und unterliegen weitgehend der Kontrolle des/der betroffenen Nutzer/s/in. Für dynamische Inhalte ist die Abwägung der Interessen schwieriger. Dies gilt vor allem für personenbezogene Inhalte von »Gruppen«, also Unterplattformen von sozialen Netzwerken, welche einem themen- oder personenspezifischen Austausch von Kommunikationsinhalten dienen.

Prominentestes Beispiel hierfür sind die Gruppen bei Facebook. Ähnliche Kommunikationsräume existieren aber auch auf anderen Plattformen sowie in Chatrooms und Foren. Für die Gruppen gilt, dass das schutzwürdige Vertrauen desto geringer einzustufen ist, je leichter der Zugang zu den Bereichen sich faktisch gestaltet. So besteht in Gruppen, die zwar formal auf den Zugang durch

bestimmte Nutzer/innen beschränkt sind, zu denen aber faktisch doch allen der Zugang gewährt wird, wenig Grund, ein Vertrauen der Nutzer/innen auf einen effektiv geschützten Kommunikationsraum anzunehmen. Auf Facebook existieren beispielsweise geschlossene Gruppen, in denen sehr viele Nutzer/innen die Berechtigung haben, neue Nutzer/innen aufzunehmen, und faktisch auch sämtliche Nutzer/innen, die um einen Zugang zu der Gruppe bitten, aufgenommen werden. Zu einer privatheitsrelevanten Beschränkung des Kommunikationsraumes kommt es damit nicht. Freilich können auch wenige Berechtigte den Zugang erheblich erweitern, allerdings sinkt die Nutzer/innenerwartung in die Gewährleistung einer vertraulichen Gruppenkommunikation, wenn (nahezu) jede/r den Zugang hierzu eröffnen kann. Es ist auch zu beachten, dass Administrator/en/innen von Facebook-Gruppen mit weniger als 5.000 Mitgliedern geschlossene Gruppen jederzeit zu öffentlichen Gruppen umwandeln können, ohne hierfür die Zustimmung der Mitglieder einzuholen.⁹¹ Dass sich die Privatsphäre-Einstellungen von Gruppen durch Eingriff der Administrator/en/innen rasch verändern können, dürfte dabei dem Erwartungshorizont der Benutzer/innen sozialer Medien entsprechen.⁹²

Die Größe einer Gruppe bzw. eines geschützten Bereiches ist aber allenfalls ein schwaches Indiz dafür, dass die Interessen der Gruppenmitglieder an der Nicht-Verarbeitung der dort von ihnen preisgegebenen Informationen geringer zu gewichten sind als Forschungsinteressen. Obwohl mit der Mitgliederzahl die Wahrscheinlichkeit steigt, dass Informationen nach außen dringen, können auch in größeren Gruppen geschützte Kommunikationsräume entstehen. Die erwähnten Privatsphäre-Einstellungen von Facebook erleichtern technisch sogar die Schaffung geschützter Kommunikationsräume bei größeren Mitgliederzahlen. Gruppen mit mindestens 5.000 Mitgliedern können in ihrer Zugänglichkeit demnach nur beschränkt, nicht aber geöffnet werden.

Schließlich sind der konkrete Zweck der Gruppe bzw. der Kommunikationsinhalt zu berücksichtigen. Dieser Zweck kann sich aus Name und Beschreibung sowie Beiträgen in der Gruppe feststellen lassen. Manche Zwecke dürften eher ein Vertrauen auf einen schutzwürdigen Kommunikationsraum und damit überwiegende Interessen gegen eine Verarbeitung begründen als andere. So sind beispielsweise kaum Szenarien denkbar, in denen ohne Einwilligung die Verarbeitung von Daten aus Gruppen, die sich der gesundheitlichen Aufklärung oder der Selbsthilfe bei Drogen- und Alkoholabhängigen oder Opfern von krimineller Gewalt gewidmet haben, aufgrund erheblich überwiegender Forschungsinteressen

91 Siehe Facebook 2019.

92 Aufsehen erregte zuletzt der Fall, in dem Unterstützer/innen der PARTEI mehr als 30 Facebook Gruppen, die die AfD unterstützten, von geschlossenen zu offenen Gruppen umwandelten, nachdem ihnen Administrator/en/innenrechte eingeräumt worden waren (vgl. Gensing 2017).

sen zu begründen ist. Hiervon wiederum abzugrenzen sind Gruppen, in denen öffentlichkeitswirksame politische Aktionen vorbereitet werden und wo das kollektive Ansinnen daraus besteht, interne Kommunikationsvorgänge nach außen zu tragen. Eine konkrete Vertraulichkeitserwartung der Kommunikation ist hier kaum zu attestieren. Ähnliches ist bei Gruppen anzunehmen, die als wahrnehmbare Plattformen eigenständig in den offenen Bereichen sozialer Netzwerke partizipieren (so zum Beispiel eine Gruppe für Hobbyfotograf/en/innen, die regelmäßig die besten Aufnahmen aus ihrer Community posten), oder bei jenen Gruppen, die den Anspruch haben, ganze Städte oder Regionen abzubilden, und in denen zu erwarten ist, dass auch Forscher/innen als Teil der Gesellschaft »mitlesen«.

Nicht zuletzt gilt es zu beachten, dass selbst in Gruppen, die nach den vorgenannten objektiven Kriterien die Annahme eines überwiegenden Forschungsinteresses nahelegen, sensible Kommunikationsinhalte ausgetauscht werden können, welche wiederum gegen das Überwiegen sprechen. Es ist daher ebenfalls eine subjektive Komponente in die Betrachtung einzubeziehen. Auch in einer großen Gruppe mit einem objektiv banalen, wenig schutzwürdigen Gruppenzweck können sich Nutzer/innen »unter sich wähnen« und abseits des Gruppenzwecks private Themen diskutieren. So etwa, wenn sich in der Fangruppe eines Fußballvereins Nutzer/innen über politische oder religiöse Inhalte austauschen. Eine gruppenkontextbezogene Prüfung der Kommunikation im Einzelfall ist angezeigt. Diese sollte nach Möglichkeit manuell erfolgen, ohne dass Forscher/innen hierbei bereits automatisiert Daten aus der Gruppe verarbeiten. Forscher/innen könnten etwa zunächst die offen sichtbare Darstellung der Gruppe betrachten und dieser gegebenenfalls beitreten, um die Inhalte kursorisch zu sichten, ohne diese selbst zu speichern oder automatisiert auszuwerten.

Somit ist festzuhalten: Wenn die vorliegenden Kriterien auf ein geringes Schutzinteresse der Betroffenen und darauf aufbauend auf ein erheblich überwiegendes Forschungsinteresse schließen lassen, dürfen Forscher/innen auch ohne die Einwilligung der Nutzer/innen personenbezogene Daten aus geschlossenen Bereichen sozialer Medien verarbeiten. Die Gründe, die zu der Annahme eines erheblich überwiegenden Forschungsinteresses geführt haben, sollten hierbei dokumentiert werden. Zu den zu dokumentierenden Umständen gehören etwa der (testweise) Beitritt in die Gruppe, die Beschreibung der Gruppe und ihre Mitgliederzahl. Im Zuge der Dokumentation sind auch etwaige Veränderungen der Gruppenzusammensetzung und des Kommunikationsverhaltens, insbesondere Anomalien, sorgfältig zu beobachten. Solche Veränderungen können eine Re-Evaluation der Situation notwendig machen. Sollten die Kriterien nicht auf ein erheblich überwiegendes Forschungsinteresse schließen lassen, verbleibt nur die Einwilligung als mögliche Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung.

5. Zusammenfassung

Die Regelungen der DS-GVO zur wissenschaftlichen Forschung lehnen sich weitgehend an jene der DS-RL an. Während es an einem spezifischen Erlaubnistatbestand fehlt, ergeben sich wichtige Privilegierungen vor allem im Zusammenhang mit den Betroffenenrechten. Fragwürdig ist der Mehrwert der Regelung zur Notwendigkeit geeigneter Garantien nach Art. 89 DS-GVO. Gegenüber dem bisher geltenden BDSG a.F. ergibt sich unter anderem durch den Wegfall der an Institutionen geknüpften Privilegierungen eine begrüßenswerte Neuerung. Gleichwohl stellen die neuen Regelungen Forscher/innen weiterhin vor eine ähnliche Rechtsunsicherheit wie die bisherigen. Dies gilt vor allem für die Rechtsgrundlagen der Datenverarbeitung in Bereichen, in denen die Einholung einer Einwilligung nicht praktikabel ist. Bei der sozialwissenschaftlichen Forschung in den sozialen Medien ist dies weitestgehend der Fall. Dies gilt besonders für die passive Beobachtung von Nutzer/n/innen in solchen Medien, im Zuge derer eine Verarbeitung personenbezogener Daten erfolgt. Davon ausgehend, dass hier oftmals auch besondere Kategorien von Daten nach Art. 9 Abs. 1 DS-GVO betroffen sein werden, lässt sich die Verarbeitung der Daten zu Forschungszwecken entweder auf Grundlage von Art. 9 Abs. 2 lit. e, Art. 6 Abs. 1 lit. e oder f DS-GVO oder auf Grundlage von Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO in Verbindung mit § 27 Abs. 1 S. 1 BDSG-neu rechtfertigen. Die Tabelle veranschaulicht je nach Art der betroffenen Medien und Inhalte schematisch die Möglichkeiten einer Datenverarbeitung (vgl. Abbildung 2).

Abbildung 2: Schematische Übersicht der Datenverarbeitungsmöglichkeiten je nach Art der betroffenen Medien und Inhalte

Medientypus	Offene soziale Medien	Geschlossene soziale Medien	Eigens für Forschungszwecke eingerichtete soziale Medien
Erlaubnistatbestand			
Einwilligung	Möglich, aber nicht praktikabel	Möglich, mit Einschränkungen praktikabel	Möglich und praktikabel
Art. 9 Abs. 2 lit. e, Art. 6 Abs. 1 lit. e oder f DS-GVO	(+) für offensichtlich von den Nutzer/n/innen selbst veröffentlichte Daten, wenn nicht die Interessen der Betroffenen überwiegen	(-)	(-)
Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO in Verbindung mit § 27 Abs. 1 S. 1 BDSG-neu	(+) für statische Inhalte (+/-) für dynamische Inhalte	(+), wenn Forschungsinteressen erheblich überwiegen Relevante Kriterien: Faktische Voraussetzungen des Zugangs, Zweck und Inhalte der Kommunikationsräume Ansonsten (-)	Vom Einzelfall abhängig

6. Best Practice-Empfehlungen

Für die Praxis der empirischen Sozialforschung ergeben sich auf Grundlage dieser Untersuchung zusammengefasst folgende konkreten Handlungsempfehlungen:

- Klare Darlegung der Forschungsfrage sowie der Methodik in einem Forschungsdesign, welches seinem Inhalt und seinem Vorgehen nach wissenschaftlichen Ansprüchen genügt. Hierin sollten insbesondere dargestellt werden, welche Art von personenbezogenen Daten in welchem Umfang und mittels welcher technischen Ansätze erhoben, verarbeitet und gespeichert werden.
- Frühzeitige Einbindung des betrieblichen bzw. institutionellen Datenschutzbeauftragten und regelmäßige Benachrichtigungen über etwaige Änderungen des Forschungsdesigns oder Ähnliches.
- Prüfung der Möglichkeit einer individuellen Einwilligung in die Datenverarbeitung vor flächendeckender Datenabschöpfung (falls dies praktikabel und mit dem Forschungsdesign in Einklang zu bringen ist).
- Regelmäßige Überprüfung des Datenmaterials.
- Implementierung von kohärenten und nachhaltigen Maßnahmen zum Datenschutz. Hierzu zählen – ohne einen Anspruch auf Vollständigkeit – technische Vorkehrungen zur Datenminimierung, die Nutzung von Anonymisierungs- bzw. Pseudonymisierungsmöglichkeiten, die Festlegung von Speicherfristen sowie deren Befolgung, die Löschung unbrauchbarer oder obsoletter Daten, die Implementierung von Rollenkonzepten sowie Secure-Access-Lösungen.
- Darüber hinaus die Installation technischer Sicherungsmechanismen, um die Abschöpfung oder Manipulation des Datenmaterials zu verhindern.
- Gewährleistung von Betroffenenrechten, insbesondere die Schaffung technischer Rahmenbedingungen zur Wahrnehmung von Auskunftsrechten.
- Datenschutzadäquate Sicherung der Forschungsergebnisse sowie der zugrundeliegenden Datenstämme, das heißt datenschutzfreundliche Archivierungen.
- Datenschutzfreundliche Kommunikation über Forschungsergebnisse.

Literatur

- Albrecht, Jan Philipp/Jotzo, Florian 2017: *Das neue Datenschutzrecht der EU. Grundlagen, Gesetzgebungsverfahren, Synopse*. Baden-Baden.
- Asur, Sitaram/Hubermann, Bernardo A. 2010: *Predicting the Future with Social Media*. In: 2010 IEEE/WIC/ACM International Conference on Web Intelligence and Intelligent Agent Technology. Toronto, S. 492-499.

- Auernhammer, Herbert/Eßer, Martin/Kramer, Philipp/Lewinski, Kai von 2018: DSGVO, BDSG. *Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz und Nebengesetze. Kommentar*. Köln 6. Aufl.
- Bermingham, Adam/Smeaton, Alan 2011: *On Using Twitter to Monitor Political Sentiment and Predict Election Results*. In: *Proceedings of the Workshop on Sentiment Analysis where AI meets Psychology (SAAIP), IJCNLP 2011*. Chiang Mai, Thailand, S. 2-10. URL: <https://www.aclweb.org/anthology/W/W11/W11-3702.pdf> (zuletzt abgerufen am: 15.03.2019).
- Beyvers, Eva Miriam Alexandra u.a. 2015: *Data Processing for Research Purposes/ Current Basics and Future Needs from a Legal Point of View*. In: *Privacy in Germany (PinG)*. 2015, S. 241-247.
- Bollen, Johan u.a. 2011: *Twitter mood predicts the stock market*. In: *Journal of Computational Science*. 2.1., 2011, S. 1-8.
- Cadwalladr, Carole/Graham-Harrison, Emma 2018: *Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach*. In: *The Guardian*. URL: <https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election> (zuletzt abgerufen am: 15.03.2019).
- Earle, Paul S. u.a. 2011: *Twitter earthquake detection: earthquake monitoring in a social world*. In: *Annals of Geophysics*. 54.6., 2011, S. 708-715.
- Ehmann, Eugen/Selmayr, Martin 2017: *Datenschutz-Grundverordnung. Kurz-Kommentar*. München.
- Facebook 2019: *Wie ändere ich die Privatsphäre-Einstellungen einer Gruppe, deren Administrator ich bin?* URL: <https://www.facebook.com/help/286027304749263> (zuletzt abgerufen am 07.07.2018)
- FAZ.net 2017: *Facebook hat mehr als zwei Milliarden aktive Nutzer*. URL: www.faz.net/aktuell/wirtschaft/netzwirtschaft/der-facebook-boersengang/facebook-hat-mehr-als-zwei-milliarden-aktive-nutzer-15080760.html (zuletzt abgerufen am: 15.03.2019).
- Gensing, Patrick 2017: *»PARTEI« kapert AfD-Gruppen – »Von nun an von echten Menschen verarscht«*. In: *tagesschau.de*. URL: <https://faktenfinder.tagesschau.de/inland/die-partei-afd-facebook-101.html> (zuletzt abgerufen am: 14.08.2018).
- Gerber, Matthew S. 2014: *Predicting crime using Twitter and kernel density estimation*. In: *Decision Support Systems*. 61.1., 2014, S. 115-125.
- Gola, Peter 2017: *DS-GVO. Datenschutz-Grundverordnung. VO (EU) 2016/679. Kommentar*. München.
- Härtling, Niko 2016: *Datenschutz-Grundverordnung. Das neue Datenschutzrecht in der betrieblichen Praxis*. Köln.
- Hornung, Gerrit/Hofmann, Kai 2017: *Die Auswirkungen der europäischen Datenschutzreform auf die Markt- und Meinungsforschung*. In: *Zeitschrift für Datenschutz (ZD)-Beilage*. 7.4., 2017, S. 1-16.

- Kühling, Jürgen/Buchner, Benedikt 2018: *DS-GVO, BDSG. Datenschutz-Grundverordnung. Bundesdatenschutzgesetz. Kommentar*. München 2. Aufl.
- Ordenes, Francisco Vollarroel u.a. 2017: *Unveiling What is Written in the Stars: Analyzing Explicit, Implicit, and Discourse Patterns of Sentiment in Social Media*. In: *Journal of Consumer Research*. 43.6., 2017, S. 875-894.
- Paal, Boris P./Pauly, Daniel A. 2018: *Datenschutz-Grundverordnung. Bundesdatenschutzgesetz. Kompakt-Kommentar*. München 2. Aufl.
- Piltz, Carlo 2016: *Die Datenschutz-Grundverordnung*. In: *Kommunikation & Recht (K&R)*. 2016, S. 557-567.
- Pinker, Susan 2017: *Does Facebook Make Us Unhappy and Unhealthy?* In: *The Wall Street Journal*. URL: <https://www.wsj.com/articles/does-facebook-make-us-unhappy-and-unhealthy-1495729227> (zuletzt abgerufen am: 15.03.2019).
- Ronson, Jon 2015: *How One Stupid Tweet Blew Up Justine Sacco's Life*. In: *The New York Times Magazine*. URL: <https://www.nytimes.com/2015/02/15/magazine/how-one-stupid-tweet-ruined-justine-saccos-life.html> (zuletzt abgerufen am: 15.03.2019).
- Roßnagel, Alexander 2017: *Europäische Datenschutz-Grundverordnung. Vorrang des Unionsrechts – Anwendbarkeit des nationalen Rechts*. Baden-Baden.
- Simitis, Spiros 2014: *Bundesdatenschutzgesetz. Kommentar*. Baden-Baden 8. Aufl.
- Spindler, Gerald 2016: *Die neue EU-Datenschutz-Grundverordnung*. In: *Der Betrieb (DB)*. 2016, S. 937-947.
- Sydow, Gernot 2017: *Europäische Datenschutzgrundverordnung. Handkommentar*. Baden-Baden.
- SZ.de 2018: *Cambridge Analytica meldet Insolvenz an*. URL: www.sueddeutsche.de/digital/eil-cambridge-analytica-reicht-insolvenz-ein-1.3965523 (zuletzt abgerufen am: 15.03.2019).
- Tiku, Nitasha 2017: *Facebook's new captcha test: »Upload a clear photo of your face«*. In: *WIRED*. URL: <https://www.wired.com/story/facebooks-new-captcha-test-upload-a-clear-photo-of-your-face/> (zuletzt abgerufen am: 15.03.2019).
- Verbände der Markt- und Sozialforschung 2014: *Richtlinie für Untersuchungen in den und mittels der Sozialen Medien*. URL: http://rat-marktforschung.de/fileadmin/user_upload/pdf/R11_RDMS_D.pdf (zuletzt abgerufen am: 15.03.2019).
- Wolff, Heinrich Amadeus/Brink, Stefan 24. Edition: *Online-Kommentar. Datenschutzrecht*. München.

