

Stellungnahme

**zu den Artikeln 6b und 6c des Vorschlags einer
Verordnung über Privatsphäre und elektronische
Kommunikation in der Fassung der
Ratspräsidentschaft der Europäischen Union
vom 26. Juli 2019**

ADM Arbeitskreis Deutscher Markt- und Sozialforschungsinstitute e.V.

Französische Straße 8, 10117 Berlin

Telefon: 030 2061638-21, E-Mail: bettina.klumpe@adm-ev.de

Arbeitsgemeinschaft ADM-Telefonstichproben

Neue Straße 14, 22965 Todendorf

Telefon: 04534 8078, E-Mail: hermann.hoffmann@hh-sample.de

Die vorliegende Stellungnahme ist fokussiert auf die Vorschriften der Artikel 6b und 6c des Vorschlags einer Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation in der Fassung der finnischen Ratspräsidentschaft der Europäischen Union vom 26. Juli 2019. Die Vorschriften der Artikel 6b und 6c sind für die wissenschaftliche Umfrageforschung in Deutschland – insbesondere für die Durchführung repräsentativer telefonischer Umfragen – von erheblicher Bedeutung.¹ Zuvor werden die gemeinsamen Verfasser der vorliegenden Stellungnahme, die von den anderen Branchenverbänden² in Deutschland unterstützt wird, jeweils kurz vorgestellt:

Der **ADM Arbeitskreis Deutscher Markt- und Sozialforschungsinstitute e.V.** vertritt die privatwirtschaftlich organisierten Markt- und Sozialforschungsinstitute in Deutschland. Er wurde im Jahr 1955 gegründet und ist der einzige Wirtschaftsverband dieser Art in Deutschland. Gegenwärtig gehören ihm 72 Forschungsinstitute an, die zusammen rund 83 Prozent des Umsatzes der deutschen Markt-, Meinungs- und Sozialforschung erzielen (2018: 2,360 Mrd. €). Zu den satzungsgemäßen Zielen und Aufgaben des ADM gehören die Wahrung und Förderung der Wissenschaftlichkeit der Markt- und Sozialforschung, die Gewährleistung der Anonymität der Teilnehmer wissenschaftlicher Untersuchungen und die Entwicklung von Berufsgrundsätzen und Standesregeln.

Die **Arbeitsgemeinschaft ADM-Telefonstichproben** besteht seit dem Jahr 1999 als rechtlich eigenständiger Zusammenschluss von aktuell 31 führenden privatwirtschaftlichen Markt- und Sozialforschungsinstituten in Deutschland in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Die Mitglieder der "Arge" sind zugleich Mitglieder im ADM Arbeitskreis Deutscher Markt- und Sozialforschungsinstitute e.V. Ziel und Aufgabe der "Arge" ist es, einen

¹ Zu den wissenschaftlich-methodischen Aspekten des Sachverhalts und insbesondere den Grundlagen der Stichprobenziehung für telefonische Umfragen siehe den Anhang zu dieser Stellungnahme.

² Arbeitsgemeinschaft Sozialwissenschaftlicher Institute e.V. (ASI); BVM Berufsverband Deutscher Markt- und Sozialforscher e.V.; Deutsche Gesellschaft für Online-Forschung – DGOF e.V.

Auswahlrahmen für telefonische Umfragen der Markt-, Meinungs- und Sozialforschung zur Verfügung zu stellen, der es erlaubt, repräsentative Stichproben der Bevölkerung in privaten Haushalten zu erstellen.

Erlaubnisnorm für die Verarbeitung elektronischer Kommunikationsmetadaten

Die Rechtsvorschrift des Artikel 6b lit. f) des Vorschlags für eine Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation in der Fassung der Ratspräsidentschaft der Europäischen Union vom 26. Juli 2019 erlaubt die Verarbeitung elektronischer Kommunikationsmetadaten, wenn:

it is necessary for statistical purposes, or for scientific research purposes, provided it is based on Union or Member State law which shall be proportionate to the aim pursued and provide for specific measures, including encryption and pseudonymization, to safeguard fundamental rights and the interest of the end-users. Processing of electronic communications metadata under this point shall be done in accordance with paragraph 6 of Article 21 and paragraphs 1, 2 and 4 of Article 89 of Regulation (EU) 2016/679.

Für die Markt-, Meinungs- und Sozialforschung in Deutschland hat diese Rechtsvorschrift zur Folge, dass die wissenschaftliche Nutzung elektronischer Kommunikationsmetadaten für die Ziehung von Stichproben für telefonische Umfragen faktisch nur möglich ist, wenn nach dem Inkrafttreten der Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation im Rahmen der nationalen Gesetzgebung – d.h. in Deutschland im Telekommunikationsgesetz

(TKG)³ – eine entsprechende Rechtsgrundlage geschaffen wird. Zudem muss der Passus bezüglich geeigneter Maßnahmen zum Schutz der Rechte und Interessen der Endnutzer als allgemeiner Hinweis auf die Notwendigkeit solcher Maßnahmen interpretiert werden, zu denen unter anderem die Verschlüsselung und die Pseudonymisierung gehören können, aber nicht gehören müssen.

Zulässigkeit der Weiterverarbeitung elektronischer Kommunikationsmetadaten

Der Vorschlag für eine Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation in der aktuellen Fassung der Ratspräsidentschaft der Europäischen Union enthält – konvergent zu den Rechtsvorschriften der DSGVO – in Artikel 6c Absatz 1 eine Erlaubnisnorm, die in entsprechend modifizierter Form unter Beibehaltung eines hohen Schutzniveaus für die Rechte und Interessen der betroffenen Personen als zusätzliche Rechtsgrundlage für die Weiterverarbeitung elektronischer Kommunikationsmetadaten für wissenschaftliche Forschungszwecke herangezogen werden kann:

Where the processing for a purpose other than that for which the electronic communications metadata have been collected under Articles 6 and 6b is not based on the end-user's consent or on a Union or Member State law which constitutes a necessary and proportionate measure in a democratic society to safeguard the objectives referred to in Article 11, the provider of electronic communications networks and services shall, in order to ascertain whether processing for another

³ Ungeachtet der Notwendigkeit, den am 20. Dezember 2018 mit der Richtlinie (EU) 2018/1972 in Kraft getretenen europäischen Telekommunikationsrechtsrahmen bis zum 21. Dezember 2020 in das deutsche Telekommunikationsgesetz umzusetzen, sollte die notwendige Rechtsgrundlage der Nutzung elektronischer Kommunikationsmetadaten für wissenschaftliche Forschungszwecke – einschließlich der Ziehung von Stichproben für telefonische Umfragen der Markt-, Meinungs- und Sozialforschung – im Rahmen der den Umgang mit Standortdaten regelnden Rechtsvorschriften des TKG geschaffen werden.

purpose is compatible with the purpose for which the electronic communications metadata are initially collected, take into account, inter alia: [...]

Die Rechtsvorschrift des Art. 5 Abs. 1 lit. b) DSGVO enthält eine gesetzliche Erlaubnisnorm für die Weiterverarbeitung von ursprünglich für andere Zwecke erhobenen personenbezogenen Daten für unter anderem wissenschaftliche Forschungszwecke, indem letztere als mit den ursprünglichen Zwecken vereinbar normiert werden:

b) collected for specified, explicit and legitimate purposes and not further processed in a manner that is incompatible with those purposes; further processing for archiving purposes in the public interest, scientific or historical research purposes or statistical purposes shall, in accordance with Article 89(1), not be considered to be incompatible with the initial purposes;

Diese Regelung in der DSGVO wird durch Erwägungsgrund 17b des Vorschlags für eine Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation in der aktuellen Fassung der Präsidentschaft im Rat der Europäischen Union aufgegriffen:

Processing of electronic communication metadata for scientific research or statistical counting purposes should be considered to be permitted processing. This type of processing should be subject to safeguards to ensure privacy of the end-users by employing appropriate security measures such as encryption and pseudonymization. In addition, end-users who are natural persons should be given the right to object.

Die gemäß Artikel 6c Absatz 1 erforderliche Kompatibilität der Weiterverarbeitung elektronischer Kommunikationsmetadaten für wissenschaftliche Forschungszwecke mit den ursprünglichen Erhebungszwecken dieser Daten ist im Fall der Markt-, Meinungs- und Sozialforschung gegeben:

Die Weiterverarbeitung elektronischer Kommunikationsmetadaten für Zwecke der Markt-, Meinungs- und Sozialforschung ist auf großräumige Standortdaten von Mobilfunkgeräten beschränkt, mit deren Hilfe die Wahrscheinlichkeit berechnet werden kann, ob die Inhaber der für eine telefonische Umfrage ausgewählten Mobilfunknummern in geografischer Hinsicht zur Zielgruppe der Untersuchung gehören. Lediglich die Information, ob sich ein Mobilfunkgerät zu einem definierten Zeitpunkt innerhalb oder außerhalb des Zielgebiets der Untersuchung befindet, wird für die Durchführung der Umfrage benötigt.

Besondere Kategorien personenbezogener Daten gemäß Artikel 9 DSGVO sowie personenbezogene Daten über strafrechtliche Verurteilungen und Straftaten gemäß Artikel 10 DSGVO werden nicht verarbeitet. Aufgrund des berufsständischen Anonymisierungsgebots der erhobenen Forschungsdaten hat die Weiterverarbeitung elektronischer Kommunikationsmetadaten für wissenschaftliche Zwecke der Markt-, Meinungs- und Sozialforschung keine Auswirkungen auf die Rechte und Interessen der betroffenen Personen. Geeignete technische und organisatorische Maßnahmen zum Schutz und zur Sicherheit der Forschungsdaten sind in allen Markt-, Meinungs- und Sozialforschungsinstituten als Umsetzung der in Artikel 5 DSGVO normierten Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten implementiert.

Einschränkungen der kompatiblen Weiterverarbeitung

Die Rechtsvorschriften des Artikel 6c Absatz 2 des aktuellen Vorschlags der Ratspräsidentschaft der Europäischen Union für eine Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation erlauben die Weiterverarbeitung elektronischer Kommunikationsmetadaten für mit den ursprünglichen Zwecken als kompatibel angesehenen Zwecken nur unter den folgenden Einschränkungen:

Such processing, if considered compatible, may only take place, provided that:

- a) electronic communications metadata is erased or made anonymous as soon as it is no longer needed to fulfil the purpose,
- b) the processing is limited to electronic communications metadata that is pseudonymized, and
- c) the electronic communications metadata is not used to determine the nature or characteristics of an end-user or to build a profile of an end-user.

Buchstabe a) stellt auf den datenschutzrechtlichen Grundsatz der Speicherbegrenzung ab, Buchstabe b) dagegen auf die technische und organisatorische Datensicherheit und Buchstabe c) auf den Grundsatz der Zweckbindung. Das erforderliche Schutzniveau für die Rechte und Interessen der betroffenen Personen bei der Weiterverarbeitung der sie betreffenden elektronischen Kommunikationsmetadaten entsteht durch das Zusammenwirken der in den Buchstaben a) bis c) normierten Rechtsvorschriften.

Die Vorschrift in Buchstabe b) hat in der jetzigen Fassung zur Folge, dass die in Artikel 6c Absatz 1 normierte Erlaubnisnorm für die kompatible Weiterverarbeitung elektronischer Kommunikationsmetadaten bei einer Reihe zulässiger Verarbeitungen juristisch ins Leere läuft, weil die Weiterverarbeitung aufgrund ihrer Art und Zielsetzung nur mit den elektronischen Kommunikationsmetadaten in personenbezogener Form sinnvoll ist, nicht aber in pseudonymisierter Form. Das gilt auch für ihre Verarbeitung im Rahmen der Markt-, Meinungs- und Sozialforschung für die Ziehung der Stichproben für telefonische Umfragen.

Damit die Rechtsvorschriften des Artikel 6c Absatz 2 des aktuellen Vorschlags der Ratspräsidentschaft der Europäischen Union für eine Verordnung über Privatsphäre und

elektronische Kommunikation nicht ins Leere laufen, sollten sie im Buchstabe b) wie folgt modifiziert werden:

- b) the processing is **carried out under specific measures, including encryption and pseudonymization, appropriate to safeguard fundamental rights and the interest of the end-users;***

Einschränkungen der Weiterverarbeitung durch Verpflichtungen der Anbieter

Die Rechtsvorschriften des Artikel 6c Absatz 3 des aktuellen Vorschlags der Ratspräsidentschaft der Europäischen Union für eine Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation verpflichten die Anbieter von Netzen und Diensten der elektronischen Kommunikation zu den folgenden einschränkenden Maßnahmen:

For the purposes of this Article, the providers of electronic communications networks and services shall:

- b) not share such data with third parties, unless it is made anonymous;
- c) prior to the processing carry out an assessment of the impact of the envisaged processing operations on the protection of electronic communications data in accordance with Article 35 of Regulation (EU) 2016/679, which may result in the prior consultation of the supervisory authority in accordance with Article 36 (1) to (3) of Regulation (EU) 2016/679, and
- d) inform the end-user of specific processing on the basis of this Article and of the right to object to such processing free of charge, at any time, and in an easy and effective manner. If the end-user objects, the electronic communications metadata shall no longer be processed for such purposes.

Die grundsätzlich zulässige Weiterverarbeitung elektronischer Kommunikationsmetadaten ist in vielen Fällen mit einer Übermittlung als personenbezogene Daten von einem Anbieter von Netzen und Diensten der elektronischen Kommunikation, bei dem die Verarbeitung zu dem ursprünglichen Zweck stattfindet, an einen Empfänger, der die elektronischen Kommunikationsmetadaten für einen mit dem ursprünglichen Zweck zu vereinbarenden Zweck weiterverarbeitet, verbunden. Das gilt auch für die Weiterverarbeitung elektronischer Kommunikationsmetadaten zwecks Stichprobenziehung für telefonische Umfragen der Markt-, Meinungs- und Sozialforschung. Die den Anbietern von Netzen und Diensten der elektronischen Kommunikation durch die Rechtsvorschriften des Artikel 6c Absatz 3 auferlegten Pflichten sollten deshalb – soweit anwendbar – auch für die berechtigten Empfänger elektronischer Kommunikationsmetadaten gelten.

Das in Buchstabe b) vorgesehene generelle Übermittlungsverbot elektronischer Kommunikationsmetadaten in personenbezogener Form steht im Widerspruch zu der in Artikel 6c Absatz 1 normierten Erlaubnisnorm für die Weiterverarbeitung elektronischer Kommunikationsmetadaten, wenn der Zweck der Weiterverarbeitung mit dem ursprünglichen Zweck der Verarbeitung vereinbar ist, was für wissenschaftliche Forschungszwecke gemäß Erwägungsgrund 17b der Fall ist. Die Legaldefinition des Begriffs „Verarbeitung“ in Art. 4 Nr. 2 DSGVO schließt die „Offenlegung durch Übermittlung“ ein. Artikel 6c Absatz 3 lit. b) sollte deshalb – wie unten vorgeschlagen – entsprechend modifiziert werden.

Das in Buchstabe c) vorgesehene Erfordernis der Durchführung einer Datenschutz-Folgenabschätzung gemäß Artikel 35 DSGVO ist zu begrüßen. Unbeschadet der entsprechenden Verpflichtung der Anbieter von Netzen und Diensten der elektronischen Kommunikation plant der ADM im Rahmen der Ausarbeitung von „Verhaltensregeln zur ordnungsgemäßen Anwendung der Datenschutz-Grundverordnung in der Markt-, Meinungs- und Sozialforschung“ gemäß Artikel 40 DSGVO die Forschungsinstitute zur Durchführung

einer Datenschutz-Folgenabschätzung zu verpflichten, wenn sie bei der Stichprobenziehung für telefonische Umfragen elektronische Kommunikationsmetadaten nutzen.

Die in Buchstabe d) vorgesehene Pflicht zur Information der Endnutzer einschließlich eines Hinweises auf ihr Widerspruchsrecht bezüglich der Weiterverarbeitung sie betreffender elektronischer Kommunikationsmetadaten gilt für zulässige Weiterverarbeitungen dieser Daten, die weder auf der Einwilligung der Endnutzer noch auf europäischer oder nationaler Gesetzgebung als Rechtsgrundlage beruhen und in vielen Fällen zudem eine Übermittlung beinhalten. Die Rechtmäßigkeit dieser Weiterverarbeitungen elektronischer Kommunikationsmetadaten ergibt sich aus der Kompatibilitätsprüfung der Zwecke der Weiterverarbeitung in Bezug auf die ursprünglichen Zwecke der Verarbeitung gemäß Artikel 6c Absatz 1 lit. a) bis e).

Die in Buchstabe d) normierten Kriterien für die Pflicht zur Information der Endnutzer einschließlich des Hinweises auf ihr Widerspruchsrecht hinsichtlich der Weiterverarbeitung sie betreffender Kommunikationsmetadaten sollte um eine Vorschrift ergänzt werden, die besagt, dass diese Information zum jeweils frühestmöglichen Zeitpunkt zu geben ist. Letztgenannter ist abhängig von der Art der Weiterverarbeitung der elektronischen Kommunikationsmetadaten und kann deshalb nicht konkret normiert werden. Im Fall der Weiterverarbeitung elektronischer Kommunikationsmetadaten für wissenschaftliche Zwecke der Markt-, Meinungs- und Sozialforschung ist der frühestmögliche Zeitpunkt der erste erfolgreiche Kontakt mit den für eine telefonische Umfrage ausgewählten Personen, wenn diese um die Teilnahme gebeten und ihnen dabei die gemäß Artikel 13 DSGVO erforderlichen Informationen gegeben werden.

Die Rechtsvorschriften des Artikel 6c Absatz 3 des aktuellen Vorschlags der Ratspräsidentschaft der Europäischen Union für eine Verordnung über Privatsphäre und

elektronische Kommunikation sollten auf der Grundlage der obigen Ausführungen wie folgt modifiziert bzw. ergänzt werden:

3. For the purposes of this Article, the providers of electronic communications networks and services shall:

b) only share such data with third parties, if further processing for another purpose is compatible with the purpose for which the electronic communications meta data are initially collected;

c) prior to the processing carry out an assessment of the impact of the envisaged processing operations on the protection of electronic communications data in accordance with Article 35 of Regulation (EU) 2016/679, which may result in the prior consultation of the supervisory authority in accordance with Article 36 (1) to (3) of Regulation (EU) 2016/679, and

*d) inform the end-user of specific processing on the basis of this Article **at the earliest possible time** and of the right to object to such processing free of charge, at any time, and in an easy and effective manner. If the end-user objects, the electronic communications metadata shall no longer be processed for such purposes.*

The provisions of lit. c) and d) also apply to the recipients as third parties to which electronic communications meta data for the purposes of paragraph 1 are disclosed.

Für Rückfragen und weitergehende Informationen sowie eine persönliche Präsentation des oben beschriebenen Sachverhalts stehen die Verfasser der vorliegenden Stellungnahme zur Verfügung.

Berlin, den 14. August 2019

Anhang:

Methodische Grundlagen der Stichprobenziehung für telefonische Umfragen

Eine methodisch-statistische Voraussetzung für die Repräsentativität von Umfragen ist die Tatsache, dass jedes Element der Grundgesamtheit eine mathematisch berechenbare und von Null verschiedene Chance hat, als Element der Stichprobe ausgewählt zu werden. Für telefonische Umfragen folgt daraus, dass die öffentlich zugänglichen Verzeichnisse von Telefonnummern – sowohl in gedruckter Form („Telefonbücher“) als auch in elektronischer Form – wegen der darin nicht eingetragenen Nummern keinen geeigneten Auswahlrahmen für repräsentative Stichproben mehr darstellen. Vielmehr muss der verwendete Auswahlrahmen auf den (im Internet) veröffentlichten Eckdaten des Nummernraums basieren, der den Telefonanbietern – in Deutschland durch die Bundesnetzagentur – zur Verfügung gestellt wird.

Bis vor einigen Jahren waren repräsentative telefonische Umfragen allein auf der Basis von Festnetznummern noch methodisch vertretbar. Mit der zunehmenden Verbreitung der mobilen Telefonie kann der Auswahlrahmen für repräsentative telefonische Umfragen aber nicht mehr nur die Festnetznummern enthalten, sondern er muss auch die Mobilfunknummern einbeziehen, denn ein steigender Anteil der Bevölkerung ist telefonisch nur noch mobil zu erreichen. Durch die Einbeziehung der Mobilfunknummern entsteht bei der geografischen Verortung der Telefonnummern ein forschungspraktisches und forschungsethisches Problem, das bei Festnetznummern wegen der ortsabhängigen Vorwahlnummern in dieser Form nicht existiert, denn bei Mobilfunknummern ist die Vorwahl nicht ortsabhängig, sondern anbieterabhängig organisiert.

Deshalb kann bei regional begrenzten Umfragen – zum Beispiel in Deutschland auf der Grundlage eines einzelnen Bundeslandes – ohne vorherige Prüfung nicht verifiziert werden,

ob eine ausgewählte Mobilfunknummer in geografischer Hinsicht zur definierten Grundgesamtheit gehört. Weil die notwendigen Zusatzinformationen wegen des Fehlens der erforderlichen Rechtsgrundlage in der Gesetzgebung zur Telekommunikation zur Weitergabe von Standortdaten für die wissenschaftliche Forschung nicht zur Verfügung stehen, bedürfte es zur Lösung dieses wissenschaftlich-methodischen Problems vorheriger sogenannter Screening-Anrufe. Diese Vorgehensweise ist aber sowohl aus forschungsethischen Gründen wegen der zusätzlichen Belastung der Inhaber der ausgewählten Mobilfunknummern als auch aus forschungspraktischen Gründen wegen des damit verbundenen zusätzlichen Aufwands an Zeit und Kosten nicht praktikabel.

Ergänzend ist anzumerken, dass die fehlende Möglichkeit der großräumigen geografischen Verortung von Mobilfunknummern nicht nur bei regional begrenzten telefonischen Umfragen ein wissenschaftlich-methodisches Problem darstellt, sondern auch bei bevölkerungsrepräsentativen Umfragen auf der Basis einzelner oder mehrerer Mitgliedstaaten der europäischen Union. Als Beispiele davon betroffener europaweit durchgeführter Umfragen sei auf das „Flash Eurobarometer“ der Europäischen Kommission und das „Eurobarometer Special“ des Europäischen Parlaments hingewiesen. Durch die fehlende Möglichkeit einer geografischen Verortung von Mobilfunknummern wird die regionale Schichtung einer Stichprobe verhindert, einem mathematisch-statistischen Verfahren zur Verbesserung der wissenschaftlichen Qualität der erstellten Stichproben⁴, sowohl unter methodischen Aspekten – um den sogenannten statistischen Stichprobenfehler zu verringern – als auch unter inhaltlichen Gesichtspunkten – um die Möglichkeiten der mathematisch-statistischen Analysen von Teilgruppen der Grundgesamtheit zu erweitern.

⁴ Bei der regionalen Schichtung einer Stichprobe wird die intendierte Grundgesamtheit der Umfrage (z.B. die Bevölkerung in der Bundesrepublik Deutschland) in verschiedene geografisch abgegrenzte Teilgruppen (z.B. die in den einzelnen Bundesländern lebende Bevölkerung) untergliedert und proportional zur Gruppengröße aus jeder Teilgruppe unabhängig voneinander eine Zufallsauswahl der zu befragenden Personen vorgenommen.