Stellungnahme des VATM
zur Konsultation des BfDI: Anonymisierung unter der DSGVO unter besonderer Berücksichtigung der TK-Branche

Wettbewerb verbindet

I. Grundsätzliches

1. Der VATM begrüßt grundsätzlich immer die Möglichkeit zur Stellungnahme. Der erstmals durch den BfDI beschrittene Weg des Konsultationsverfahrens stellt einen transparenten Modus dar, ein umstrittenes Thema für alle Beteiligten auszuloten und zu diskutieren. Für die Wirtschaft, die normalerweise im Rahmen einer Anhörung eingebunden wird, ist es allerdings mehr als ungewöhnlich, dass eine Behörde abstrakt für Fallkonstellationen das Vorliegen einer rechtlichen Zulässigkeit darlegt. Das Vorgehen ist insofern für uns mit rechtlichen Zweifelsfragen – insbesondere zu den Zielen, die der BfDI damit verfolgt – verbunden. Beispielsweise stellt sich die Frage, ob die Behörde so Verfahrensproblemen begegnen will.

   Fragt sie bei aufsichtlichen Kontrollen etwa nach Verarbeitungsvorgängen, wird das angesprochene Unternehmen Anonymisierungen bisher nicht nennen, weil es nach bisheriger Lesart keine Verarbeitung darstellt (siehe hierzu ausführlich unten). Fragt sie dagegen gezielt nach anonymisierten Daten, wird man diese wohl üblicherweise nennen (müssen).

   Wird die Frage nach der Wirksamkeit oder Rechtmäßigkeit der Anonymisierung zwischen Verantwortlichem und BfDI unterschiedlich bewertet, kann die Behörde nur mit einer konkreten Verfügung reagieren, deren Rechtmäßigkeit im verwaltungsgerichtlichen Verfahren überprüft werden könnte. Die Unternehmen sind nun sehr besorgt, dass der BfDI mit der Konsultation und der damit verbundenen „Bürgerbeteiligung“ auch das Ziel verfolgt, Unternehmen faktisch von der Beschreitung des Rechtsweges abzuhalten.

   Die im Konsultationsverfahren dargelegten Rechtsansichten werden sich naturgemäß nicht alle in dem vom BfDi vorgelegten Leitfaden wiederfinden. Es wäre daher aus Sicht der TK-Unternehmen wichtig, wenn das Verfahren in einer justiziablen Weise abgeschlossen würde, welches den Unternehmen bei anderer Sichtweise die Möglichkeit einer, ggf. auch (vor-)gerichtlichen Überprüfung, eröffnet. Auch sind inhaltliche Spielräume sowie Innovationsoffenheit im Hinblick auf die angewendeten Verfahren für die Unternehmen wichtig, um den technischen Entwicklungen folgen und unternehmensindividuelle Besonderheiten abbilden zu können.

2. Wir teilen die Einschätzung des BfDI nicht, dass die Anonymisierung einer Verarbeitung im Sinne des Art. 4 Abs. 2 DSGVO darstellt, die durch eine gesonderte Rechtsgrundlage zu rechtfertigen ist, da diese Annahme unseres Erachtens von falschen technischen Tatsachen ausgeht. Jedenfalls aber werden die in Frage kommenden Rechtsgrundlagen teils zu eng ausgelegt.

3. Die vom BfDI angeführten Beispiele für Anonymisierungen sollten nicht als Regelfälle dargestellt werden, da daneben tatsächlich weitere Anwendungsfälle für Anonymisierungen bestehen und die Aufzählung von Beispielen daher weder abschließend sein, noch einen Regelcharakter begründen kann.

VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e. V.
Frankenwerft 35 • 50667 Köln • Tel.: 0221 3767725 • Fax: 0221 3767726 • E-Mail: vatm@vatm.de

4. Zu begrüßen ist jedoch das im Ergebnis richtige Fazit, dass die Anonymisierung den Anspruch auf Löschung personenbezogener Daten erfüllen kann. Auch sehr in unserem Sinne ist, dass der BfDI vom *relativen* statt vom *absoluten* Anonymisierungsbegriff ausgeht und die Anonymisierung der Löschung von Daten (dem Grunde nach) gleichgestellt wird.

5. Die Auslegung der Normen des TKG sehen wir allerdings kritisch. Die lex specialis Regelungen sperren sich in besonderem Maße gegen den angestrebten Rechtfertigungszwang von Anonymisierung.

II. Zu den Positionen des BfDI im Einzelnen

1. Anonymisierung als Verarbeitung

In dem Papier wird die These vertreten, um den Personenbezug der Daten aufzuheben, müssten die Daten durch Entfernen einzelner Elemente verändert werden. Diese Annahme ist aus unserer Sicht zumindest zweifelhaft. Regelmäßig ergibt sich der Personenbezug einzelner Daten erst im Zusammenspiel mit anderen Daten (z. B. Vorname, Name). Kombiniert man beispielsweise die Information Geburtsdatum 01.01.1990 mit dem Namen Max Mustermann, ist das Geburtsdatum 01.01.1990 ein personenbezogenes Datum.

Löscht man die Information Vorname und Name, entfällt der Personenbezug des Datums, ohne es selbst in irgendeiner Art zu verarbeiten. Die Verarbeitung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 DSGVO bezieht sich hier ausschließlich auf die Daten Name, Vorname, welche gelöscht werden. Hinsichtlich der Information Geburtsdatum 01.01.1990, welche nun anonym ist, hat dabei jedoch keine Verarbeitung stattgefunden.

Tatsächlich finden die Verarbeitungsvorgänge also nicht an den anonymisierten Daten statt, sondern vielmehr finden Verarbeitungen im Wege der Löschung der „Identifier“ statt. Für die Löschung liegt regelmäßig Art. 17 DSGVO als Ermächtigungsgrundlage vor, sofern nicht Aufbewahrungsfristen der Löschung entgegenstehen.

Auch im Rahmen der Aggregation findet eine Verarbeitung regelmäßig nur hinsichtlich der Löschung von identifizierenden Daten statt, wobei die übrigen Daten unverändert bleiben, da die Daten gerade nicht zusammengefasst werden, sondern für aggregierte Auswertungen gerade relevant ist, dass X identische Datensätze parallel mit den für die Auswertung relevanten Merkmalen bestehen.

Auch die These, wenn schon das Löschen personenbezogener Daten eine Verarbeitung darstelle, müsse dies auch für die Anonymisierung gelten, ist so nicht schlüssig, da sich die Löschung jeweils auf ein konkretes Datum bezieht und die Anonymisierung regelmäßig dadurch entsteht, dass ein anderes Datum verarbeitet (gelöscht) wird. Dabei bleibt das eigentliche Datum unverändert, wird also gerade nicht verarbeitet.

VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e. V.
Frankenwerft 35 • 50667 Köln • Tel.: 0221 3767725 • Fax: 0221 3767726 • E-Mail: vatm@vatm.de

2. Rechtsgrundlagen für eine Anonymisierung

Die im Konsultationspapier getroffene Aussage „Die Anonymisierung bedarf immer einer gesonderten Rechtsgrundlage“ ist somit nicht schlüssig. Im Ergebnis bedarf eine Anonymisierung keiner Rechtsgrundlage. Das hat offenbar auch der europäische Gesetzgeber so gesehen, da die Anonymisierung nicht in Art. 4 DSGVO definiert ist.

Eine Lösung wäre es, die Anonymisierung als solche auf die Grundsätze aus Art. 5 DSGVO zu stützen, z. B. über eine Heranziehung des Grundsatzes von Art. 5 I e) DSGVO, der eine Speicherbegrenzung, als die die Anonymisierung anzusehen ist, vom Verantwortlichen fordert, sobald eine personenbezogene Verarbeitung von Daten nicht mehr erforderlich ist. Art. 5 I e) fordert vom Verantwortlichen als direkte gesetzliche Pflicht eine Begrenzung der personenbezogenen Speicherung; insbesondere vermeidet Art. 5 I e) DSGVO explizit die Nennung der Löschung der Daten und stellt stattdessen auf den diesen Daten inhärenten Personenbezug ab. Dies entspricht auch dem Schutzzweck der DSGVO, die Rechte und Freiheiten der Betroffenen zu schützen.

Eine anderweitige Interpretation kommt nicht nur in Argumentations- sondern auch in Aussagelogische Widersprüche. Es kann nicht richtig sein, dass der Verantwortliche das Gebot zu erfüllen hat, Daten nicht länger als nötig personenbezogen (weiter) zu speichern, andererseits aber bei einer negativ verlaufenden Subsumtion unter eine für die Verarbeitung personenbezogener Daten gedachten Rechtsgrundlage gezwungen sein soll, auf eine Anonymisierung zu verzichten.

3. Interpretation der Normen des TKG

a) § 96 TKG

Der BfDI geht davon aus, dass Verkehrsdaten zu den in § 96 Abs. 3 TKG genannten Zwecken nur anonymisiert werden dürfen, wenn der Betroffene eingewilligt hat. Diese Ansicht geht fehl, da der nationale Gesetzgeber mit § 96 Abs. 3 TKG die Regelung des Art. 6 Abs. 3 ePrivacy-RL (Richtlinie 2002/58/EG nun in der Fassung der Richtlinie 2009/136/EG) umgesetzt hat. Art. 6 Abs. 3 regelt jedoch allein die Einwilligung in die Verwendung personenbezogener Verkehrsdaten, nicht die Einwilligung in die Anonymisierung von Verkehrsdaten (vgl. auch ErwG Nr. 26 ePrivacy-RL). Im Gegenteil benennen sowohl der europäische Richtlinien- als auch der nationale Gesetzgeber Anonymisierung von Verkehrsdaten als Verpflichtung des Verantwortlichen zum Schutz der Daten des Betroffenen, nicht als rechtfertigungspflichtige Datenverarbeitung. Die Auslegung des BfDI erscheint an dieser Stelle nicht richtlinienkonform. Sie ist im Übrigen mit dem Wortlaut der Norm nicht vereinbar.

Entgegen der Ausführungen des BfDI – und obgleich die Argumentation grundsätzlich begrüßt wird – bedarf es auch bei § 96 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 und § 96 Abs. 1 S. 3 TKG keines Rekurses auf Art. 6 Abs. 1 c) DSGVO. Die Regelungen des TKG setzen hier Art. 6 Abs. 1 ePrivacy-RL um, der anordnet, dass Verkehrsdaten „zu löschen oder zu anonymisieren“ sind. Gleichermaßen könnte über § 96 Abs. 1 S. 2 2. Alt. TKG auch Art. 6 I f) DS-GVO als Rechtsgrundlage zur Anonymisierung von Verkehrsdaten herangezogen werden.

VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e. V.
Frankenwerft 35 • 50667 Köln • Tel.: 0221 3767725 • Fax: 0221 3767726 • E-Mail: vatm@vatm.de

Der nationale Gesetzgeber hat in § 96 Abs. 1 a.E. TKG nur das Tatbestandsmerkmal des Löschens aufgenommen. Dies ist mit Blick auf die Regelung des § 3 Abs. 4 und 6 BDSG a.F. auch verständlich, da das Anonymisieren gerade keine Verarbeitung im Rechtssinn darstellte. Der nationale Gesetzgeber ist – wie der Richtliniengeber – davon ausgegangen, dass ein Anonymisieren dem Löschen gleichkommt.

b) § 98 Abs. 1 TKG

Lässt man den Einwilligungstatbestand außer Betracht, bedeutet die Position des BfDI, dass anonymisierte Standortdaten (diese sind zunächst Verkehrsdaten, vgl. Ew. 35 Satz 2 e-Privacy-RL sowie § 96 TKG 9, spezielle Standortdaten sind Gegenstand von § 98 TKG) ausschließlich zur Bereitstellung von Diensten mit Zusatznutzen verarbeitet werden dürften. Ein anderer Zweck der Verarbeitung anonymisierter Standortdaten wäre versperrt.

Der Umkehrschluss des BfDI ist nicht nur methodisch fragwürdig, er steht auch dem gesetzgeberischen Willen entgegen. Der Gesetzgeber hat die anonymisierte Verarbeitung von Standortdaten nicht auf den Zweck der Erbringung von Diensten mit Zusatznutzen beschränkt. Dies wäre auch vom Wortlaut der ePrivacy-RL, an der sich der nationale Gesetzgeber orientiert hat, nicht gedeckt gewesen. Danach dürfen auch spezielle Standortdaten in anonymisierter Form zu jedem anderen Zweck verarbeitet werden.

Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass der nationale Gesetzgeber mit § 98 Abs. 1 Alt. 1 TKG auch keine Rechtsgrundlage für eine Anonymisierung schaffen wollte. Wie bereits oben erwähnt, sieht die ePrivacy-RL die Anonymisierung als Substitut der Löschung an und das BDSG a.F. ging bei der Anonymisierung gar nicht von einem Verarbeitungstatbestand aus. Insofern dürften die Auslegungen des BfDI wohl auch dem rechtshistorischen Kontext entrissen sein.

4. Validität der Anonymisierung

Der BfDI geht nicht von einer absoluten Anonymisierung aus, das ist zu begrüßen. Er lastet jedoch die Bewertung der Validität der Anonymisierung als fortwährende Aufgabe dem Verantwortlichen auf. Ein Hinweis auf konkrete Kriterien für die Bewertung, ob (in einem bestimmten Zustand zu einem bestimmten Zeitpunkt) eine Anonymisierung vorliegt oder nicht, fehlt. Man mag auch dies begrüßen, etwa weil dies der Wirtschaft Spielräume für die Entwicklung eigener Standards belässt bzw. weil bereits die frühere Art. 29 Gruppe mit WP 216 eine Positionierung zu Anonymisierungsverfahren und zur Struktur anonymisierter Datensätze abgegeben hat. Insoweit bedarf es hier europarechtlich gesehen auch keiner Positionierung des BfDI, sondern allenfalls einer Abstimmung im EDPB.

Es fehlt daneben aber auch eine Positionierung des BfDI, wie Verantwortliche die Wirksamkeit einer Anonymisierung (über den weiteren Lebenszyklus anonymisierter Daten hinweg) überprüfen und sicherstellen sollen. Dies gilt sowohl im Kontext von „Big Data“ (Sicherstellung, dass die Daten auch noch anonym bleiben, wenn sie mit einer Vielzahl weiterer Daten zusammengeführt werden) als auch im Hinblick auf neue technische Möglichkeiten, mit denen der Personenbezug ggf. wiederhergestellt werden kann.

VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e. V.
Frankenwerft 35 • 50667 Köln • Tel.: 0221 3767725 • Fax: 0221 3767726 • E-Mail: vatm@vatm.de

Hier stellen sich nicht nur Fragen nach der Art, sondern auch der Häufigkeit sowie dem Maßstab der Überprüfung. Soll etwa der neueste Stand der Technik nur für zukünftige Anonymisierungen (ex nunc) oder auch für bereits in der Vergangenheit durchgeführte Anonymisierungen (ex tunc) beachtet werden?

Beispiel:

Ein Datum ist auf Grundlage eines technisch einstmals sicheren Verfahrens anonymisiert worden. Geht man hypothetisch davon aus, dass dieses Verfahren im Laufe der Entwicklung überholt worden ist, so könnte das Datum aufgrund neuerer Technik wieder auf eine identifizierbare Person zurückgeführt werden. Es wäre damit – im Rechtssinn – nicht mehr anonym.

Folgt man der Argumentation des BfDI, müsste jede weitere folgende Anonymisierung ebenfalls eine Rechtsgrundlage haben oder zumindest die Rechtsgrundlage der ersten Anonymisierung weiter fortwirken. Technisch betrachtet lässt sich ein – ehemals – anonymes Datum zudem nicht zuverlässig weiter anonymisieren. Vielmehr kann die Notwendigkeit bestehen, das Datum durch die fortentwickelte Technik zunächst wieder identifizierbar zu machen, um es dann nach dem jeweils neuesten Stand der Technik erneut zu anonymisieren.

Dann müsste das Unternehmen mindestens zwei Rechtsgrundlagen haben. Die erste für die Deanonymisierung und die zweite für die erneute Anonymisierung nach neuester Technik.

Diese technischen Fragen für einen einheitlichen, im Laufe der technischen Entwicklung fortzuführenden Standard für die Anonymisierung sind noch gänzlich ungeklärt.

III. Fazit

Die TK-Unternehmen begrüßen den Willen des BfDI, das komplexe und umstrittene Thema der Anonymisierung durch konkrete Vorgaben zu regeln. Das Konsultationsverfahren des BfDI mit dem Ziel, die Ergebnisse in einem einfachen Positionspapier zu veröffentlichen, wird der Komplexität der Anonymisierung allerdings nicht gerecht und beschneidet für die Unternehmen den Rechtsweg. Die Wirtschaft braucht ein Verfahren, das in justiziabler Weise abgeschlossen wird und den Unternehmen im Falle divergierender Rechtsansichten die Möglichkeit einer, ggf. auch (vor-)gerichtlichen Überprüfung, eröffnet.

Köln, 12.03.2020

VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e. V.
Frankenwerft 35 • 50667 Köln • Tel.: 0221 3767725 • Fax: 0221 3767726 • E-Mail: vatm@vatm.de