



PETER HUSTINX  
EUROPÄISCHER DATENSCHUTZBEAUFTRAGTER

Herrn Bernd LANGEHEINE  
Direktor B-Leiter (m.d.W.d.G.b.) des  
Referats B.1  
GD INFSO  
Europäische Kommission  
B - 1049 Brüssel

Brüssel, den 6. Oktober 2010  
PH/RB/et/D(2010)1516 C 2010-0645

Sehr geehrter Herr Langeheine,

dieses Schreiben ist als mein Beitrag zur öffentlichen Konsultation der GD INFSO zum Thema „Offenes Internet und Netzneutralität in Europa“ gedacht. Ihre Dienststellen haben uns gegenüber angedeutet, dass dieser Beitrag noch Berücksichtigung finden wird, obwohl die Frist für die Einreichung von Beiträgen bereits in der vergangenen Woche abgelaufen ist.

Die Netzneutralität wirft Fragen des Datenschutzes und der Wahrung der Privatsphäre auf. Es dürfte Ihnen bekannt sein, dass nach der Verordnung (EG) Nr. 45/2001<sup>1</sup>, der Europäische Datenschutzbeauftragte (EDSB) die Aufgabe hat, die Organe und Einrichtungen der EU in einer Reihe von Politikbereichen zur Fragen des Datenschutzes/der Wahrung der Privatsphäre zu beraten. Die vorliegenden Kommentare deuten Sie bitte im Lichte dieser Rolle; sie betreffen im Wesentlichen die derzeitige öffentliche Konsultation der GD INFSO, aus der in Zukunft politische Maßnahmen im Bereich Netzneutralität hervorgehen könnten.

Sollte im Hinblick auf diese Kommentare weiterer Klärungsbedarf bestehen, stehen Ihnen die Dienststellen des EDSB selbstverständlich zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

**(unterzeichnet)**

Peter Hustinx

Cc: Herr Ivan Brincat, Frau Anna Buchta, Herr Achim Klabunde, Frau M.H. Boulanger,  
Herr P. Renaudière

Ansprechpartner: Frau Rosa Barcelo (02-2831927)

---

<sup>1</sup> Verordnung (EG) Nr. 45/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2001 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft und zum freien Datenverkehr

# **KOMMENTARE DES EDSB ZU NETZNEUTRALITÄT UND DATENVERKEHRSMANAGEMENT**

## **Beitrag zur öffentlichen Konsultation der GD INFSO zum Thema „Offenes Internet und Netzneutralität in Europa“**

### **I. Hintergrund**

1. Anbieter elektronischer Kommunikationsdienste wie ISP können sich unter Umständen zu ‚Datenverkehrsmanagement‘ veranlasst sehen. Mit den dabei eingesetzten Mechanismen können sie den Inhalt von Nachrichten einschließlich der aufgesuchten URL, heruntergeladene Daten (Filme, Musik), E-Mail-Inhalte usw. in der Absicht prüfen, die einzelnen Kommunikationsarten eventuell unterschiedlich zu behandeln, und zwar üblicherweise durch die Zuteilung unterschiedlicher Qualitäts- oder Geschwindigkeitsebenen.
2. Bei diesen Aktivitäten kommen Technologien zum Einsatz, die eine Prüfung der digitalen Pakete ermöglichen, aus denen eine Nachricht oder eine über ein Netz erfolgende Übermittlung besteht. Mit einer ersten Prüfung kann der Anbieter jeder Kategorie von digitalem Paket je nach Inhalt eine bestimmte Priorität einräumen oder sie einfach blockieren. Die digitalen Pakete, aus denen eine Nachricht oder Übermittlung besteht, können natürlich einem bestimmten Nutzer zugeordnet werden, denn jedes digitale Paket enthält die IP-Adresse des Absenders und des Empfängers.
3. Für ein Verkehrsmanagement, das die einzelnen Pakete unterschiedlich behandelt, kann es vielerlei Gründe geben. So kann es vorkommen, dass die Nachfrage nach der verfügbaren Bandbreite die Netzkapazität übersteigt. Dies kann zu einer Verschlechterung des Dienstes führen. Zur Lösung des Problems kann einem bestimmten Verkehr Vorrang eingeräumt oder anderer Verkehr verzögert werden; damit insbesondere bei zeitsensiblen Daten eine gewisse Qualität des Dienstes aufrechterhalten werden kann. Verkehrsmanagement kann auch dazu dienen, ein besonders hohes Maß an Qualität oder Zuverlässigkeit zu bieten, das bei bestimmten Diensten notwendig ist. Eine Differenzierung kann auch aus Sicherheitsgründen erfolgen, z. B. zum Aufspüren von Viren, bösartigen Codes oder Spam oder zum Filtern bestimmter illegaler Inhalte. Möglicherweise könnte das Verkehrsmanagement auch für eine Diskriminierung zugunsten der Inhaltsanbieter eingesetzt werden, die zur Zahlung höherer Gebühren bereit wären (um höhere Übertragungsgeschwindigkeiten zu behalten).
4. Der EDSB weist darauf hin, dass Maßnahmen des Verkehrsmanagements eventuell die Überwachung personenbezogener Daten der Nutzer und hier vor allem ihrer Verkehrs- und Inhaltsdaten erforderlich machen. Dies wirft erhebliche Probleme des Datenschutzes und des Schutzes der Privatsphäre auf. Bedauerlicherweise wird in dem Fragebogen, der die Grundlage der öffentlichen Konsultation zum Thema „Offenes Internet und Netzneutralität“ bildet, der Problembereich Datenschutz und Schutz der Privatsphäre nicht erwähnt, eine Thematik, die, wie im Folgenden näher ausgeführt, jedoch sorgfältig zu berücksichtigen wäre, sollte die Kommission neue Politiken zu diesen Bereichen ausarbeiten.

## II. Mechanismen des Verkehrsmanagements: Konsequenzen für den Datenschutz/Schutz der Privatsphäre

5. Aus dem Blickwinkel des Datenschutzes/Schutzes der Privatsphäre kommt zwei Aspekten des Einsatzes von Mechanismen des Verkehrsmanagements besondere Bedeutung zu: **Erstens** der Fähigkeit der Anbieter, den Inhalt von Nachrichten oder Übermittlungen zu prüfen, und **zweitens** der Möglichkeit, diese Information einem bestimmten Nutzer zuzuordnen. Potenziell lassen sich mit Verkehrsmanagementmechanismen sowohl inhalts- als auch verkehrsbezogene Daten zu einzelnen Nutzern erfassen. Wie im Folgenden näher erläutert, kann eine solche Aktivität erhebliche Auswirkungen auf den Schutz personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre der betroffenen Personen haben.
6. Mit dem Abfangen von Verkehrsdaten können Verkehrsmanagementmechanismen die Vertraulichkeit der Kommunikation verletzen, ein Grundrecht, das in Artikel 8 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK<sup>2</sup>) sowie in Artikel 7 und 8 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Charta<sup>2</sup>) verankert ist. Die Vertraulichkeit wird ferner im Sekundärrecht der EU geschützt, insbesondere in Artikel 5 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation<sup>2</sup>. Dieser Artikel lautet: *„Die Mitgliedstaaten stellen die Vertraulichkeit der mit öffentlichen Kommunikationsnetzen und öffentlich zugänglichen Kommunikationsnetzen übertragenen Nachrichten durch innerstaatliche Vorschriften sicher. Insbesondere untersagen sie das Mithören, Abhören und Speichern sowie andere Arten des Abfangens oder Überwachens von Nachrichten und der damit verbundenen Verkehrsdaten durch andere Personen als die Nutzer, wenn keine Einwilligung der betroffenen Nutzer vorliegt, es sei denn, dass diese Personen gemäß Artikel 15 Absatz 1 gesetzlich dazu ermächtigt sind. Dieser Absatz steht – unbeschadet des Grundsatzes der Vertraulichkeit – der für die Weiterleitung einer Nachricht erforderlichen technischen Speicherung nicht entgegen.“*
7. Darüber hinaus werden die Anbieter mit derartigen Maßnahmen in die Lage versetzt, riesige Mengen personenbezogener Daten zu sammeln, die möglicherweise Millionen von Nutzern betreffen; des Weiteren berühren die Sammlung und Weiterverarbeitung dieser Daten die Privatsphäre insofern besonders stark, als dazu auch die Aufzeichnung der Internetaktivitäten (heruntergeladene Filme, E-Mail-Verkehr, Suchvorgänge usw.) der einzelnen Nutzer gehören könnte.
8. **In Anbetracht all dieser Elemente hält es der EDSB für dringend geboten, dass die Kommission bei der Planung von Maßnahmen im Bereich Netzneutralität und Verkehrsmanagement den Aspekten Datenschutz und Schutz der Privatsphäre besonders Rechnung trägt. Besonderes Augenmerk sollte dem im Folgenden dargestellten rechtlichen Rahmen gelten.**

## III. Das derzeitige Regelwerk für Datenschutz / Schutz der Privatsphäre, das auf Verkehrsmanagement Anwendung findet

### a) In der EU bestehender rechtlicher Rahmen

9. Das EU-Recht sieht Maßnahmen zum Datenschutz und zum Schutz der Privatsphäre in Zusammenhang mit der Vertraulichkeit von Nachrichten vor. Bevor die EU politische Entwicklungen im Bereich Verkehrsmanagement in Erwägung zieht, soll dieser rechtliche Rahmen der EU noch einmal kurz dargestellt werden. Zu erwähnen ist insbesondere

---

<sup>2</sup> Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation.

Artikel 5 Absatz 1 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation, in dem es um die Vertraulichkeit der Kommunikation geht und in dem eine Einwilligung für das „...*Mithören, Abhören und Speichern sowie andere Arten des Abfangens oder Überwachens von Nachrichten und der damit verbundenen Verkehrsdaten durch andere Personen als die Nutzer ...*“ gefordert wird. Von Bedeutung ist ferner Artikel 6 Absatz 1, demzufolge Verkehrsdaten zu löschen sind, sobald sie für die Übertragung einer Nachricht (einschließlich der Gebührenabrechnung) nicht mehr benötigt werden.<sup>3</sup> Von diesen Bestimmungen kann nur unter strengen Bedingungen abgewichen werden.

10. In Zusammenhang mit dem Einsatz von Verkehrsmanagementmechanismen verweist Erwägungsgrund 28 der Richtlinie über den Universaldienst und Nutzerrechte<sup>4</sup> ausdrücklich auf diesen Rechtsrahmen, der auch auf Verkehrsmanagementmechanismen anzuwenden ist: *„Die Nutzer sollten auf jeden Fall vom Diensteanbieter und/oder Netzbetreiber vollständig über mögliche Einschränkungsbedingungen und Grenzen bei der Nutzung der elektronischen Kommunikationsdienste informiert werden. Im Rahmen dieser Informationen sollten nach Wahl des Anbieters entweder die Art der betreffenden Inhalte, Anwendungen oder Dienste oder die Einzelanwendungen oder -dienste oder beides bestimmt werden.“* Weiter heißt es dort: *Je nach verwendeter Technologie und der Art der Einschränkungen kann für diese Einschränkungen die Einwilligung der Nutzer gemäß der Richtlinie 2002/58/EG (Datenschutzrichtlinie für die elektronische Kommunikation) erforderlich sein.“<sup>5</sup>*

*b) Anwendung des Rahmens auf Verkehrsmanagementmechanismen*

11. Aus dem bisher Gesagten ergibt sich, dass auf Anbieter elektronischer Kommunikationsdienste, die Verkehrsmanagement in Form des Abfangens oder Überwachens von Nachrichten betreiben, Artikel 5 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation Anwendung findet und dass die vorherige Zustimmung der betroffenen Nutzer einzuholen ist, also aller an der Kommunikation Beteiligten. Transparenz (und die Information der betroffenen Personen) ist zwar ein Kernelement des Datenschutzes und des Schutzes der Privatsphäre der betroffenen Personen, doch reicht sie allein nicht aus. Wie im Folgenden noch näher ausgeführt, müssen die betroffenen Personen akzeptieren, dass ihre Inhalts- und Verkehrsdaten für die Zwecke verarbeitet werden, die der Betreiber mit seinen Verkehrsmanagementmaßnahmen anstrebt, und sie müssen in diese Verarbeitung einwilligen.

---

<sup>3</sup> Siehe auch den kürzlich vorgelegten Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Angriffe auf Informationssysteme und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2005/222/JI des Rates, KOM(2010) 517 endg. Artikel 6 des Vorschlags sieht vor, aus dem Abfangen von Datenübermittlungen einen Straftatbestand zu machen.

<sup>4</sup> Richtlinie 2009/136/EG vom 25. November 2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten.

<sup>5</sup> In einigen begrenzten Fällen kann eine Zustimmung nicht erforderlich sein. Dies ergibt sich aus Artikel 4 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation, der Folgendes besagt: *„Der Betreiber eines öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienstes muss geeignete technische und organisatorische Maßnahmen ergreifen, um die Sicherheit seiner Dienste zu gewährleisten; die Netzsicherheit ist hierbei gegebenenfalls zusammen mit dem Betreiber des öffentlichen Kommunikationsnetzes zu gewährleisten.“* In Auslegung dieser Bestimmung ist die Artikel 29-Datenschutzgruppe zu der Auffassung gelangt, dass die Einrichtung und Anwendung von Filtersystemen seitens der Anbieter von elektronischen Diensten zum Zwecke der Virenerkennung durch die in Artikel 4 der vorstehend genannten Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation festgelegte Verpflichtung der Betreiber, geeignete technische und organisatorische Maßnahmen zu ergreifen, um die Sicherheit ihrer Dienste zu gewährleisten, gerechtfertigt sein könnte. Siehe Stellungnahme 2/2006 der Artikel 29-Datenschutzgruppe zu Datenschutzfragen bei Filterdiensten für elektronische Post vom 21. Februar 2006.

<sup>6</sup> Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr

12. Die Einwilligung in das Abfangen von Nachrichten und damit in die Verarbeitung personenbezogener Daten ist im Lichte von Artikel 2 Buchstabe h der Datenschutzrichtlinie zu interpretieren<sup>6</sup>. Nach diesem Artikel muss die Einwilligung freiwillig, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgen; mit ihr akzeptiert die betroffene Person, dass personenbezogene Daten, die sie betreffen, verarbeitet werden. Bestätigt wird diese Aussage in Erwägungsgrund 17 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation: „(...) Die Einwilligung kann in jeder geeigneten Weise gegeben werden, wodurch der Wunsch des Nutzers in einer spezifischen Angabe zum Ausdruck kommt, die sachkundig und in freier Entscheidung erfolgt; hierzu zählt auch das Markieren eines Feldes auf einer Internet-Website.“
13. Eine Einwilligung, die im Rahmen der Zustimmung zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines eventuellen Hauptvertrags (z. B. eines Abonnementvertrags, in dem auch dem Verkehrsmanagement und damit einem Bruch der Vertraulichkeit der Kommunikation zugestimmt werden muss) erteilt wurde, unterliegt ebenfalls den Anforderungen der Datenschutzrichtlinie, d. h., sie muss in Kenntnis der Sachlage, für den konkreten Fall und freiwillig erteilt werden.
14. In der Praxis macht dies mindestens Folgendes erforderlich:
- a) die ausreichende Information der Nutzer;
  - b) angemessene Formulierungen, damit die Nutzer auch verstehen, wozu sie ihre Einwilligung geben und zu welchen Zwecken. Eine mit Rechtsterminologie oder hochkomplexen Fachausdrücken überfrachtete Ausdrucksweise entspräche nicht den gesetzlichen Anforderungen;
  - c) die Informationen für die Nutzer müssen klar und gut sichtbar angebracht sein, damit sie nicht übersehen werden. Das bedeutet, dass gezielte Mittel wie besondere Einwilligungsformulare eingesetzt werden müssen (und nicht die Informationen in die allgemeinen Vertragsbedingungen eingefügt werden und damit der Vertrag selber unterschrieben werden muss);
  - d) der Zweck der Verkehrsmanagementmaßnahmen / -mechanismen ist hinreichend zu erläutern. Wird der Zweck des Verkehrsmanagements nicht hinreichend erläutert, damit beispielsweise der Anbieter nach wie vor in der Lage ist, die Daten für andere Zwecke zu verwenden, entspräche dies ebenfalls nicht den gesetzlichen Vorgaben.
  - e) Schließlich ist es nach dem geltenden rechtlichen Rahmen erforderlich, dass der Nutzer aktiv seine Einwilligung gibt. Eine stillschweigende Einwilligung entspräche nicht den Vorschriften.
15. Nach den bisherigen Ausführungen sei noch nachdrücklich darauf hingewiesen, dass die Nutzer eine Wahlmöglichkeit haben müssen, ob sie ihre Einwilligung geben wollen oder nicht; ansonsten kann man nicht von einer freiwilligen Einwilligung sprechen. Bezüglich der den Nutzern gebotenen Wahlmöglichkeit könnte ein Problem auftreten, wenn *alle* Anbieter auf einem bestimmten Markt Verkehrsmanagement betreiben würden. Das würde nämlich bedeuten, dass Nutzer, die nicht bereit sind, einer Überwachung ihrer Daten zuzustimmen, auf dem betreffenden Markt keine Alternative / Wahlmöglichkeit bei dem Dienst hätten. Ihnen bliebe nur die Möglichkeit, überhaupt keinen Internetdienst zu abonnieren. Das Internet spielt aber im Leben der Menschen eine zunehmend zentrale Rolle. Nachdem sich das Internet zu einem wesentlichen Instrument für berufliche wie private Zwecke entwickelt hat, ist der Verzicht auf einen Vertrag mit einem Internetanbieter keine realistische Alternative. Die betroffenen Personen hätten folglich keine echte Wahl, sie könnten also nicht freiwillig ihre Einwilligung geben. Der EDSB fordert die Kommission nachdrücklich auf, diese Tatsachen zu berücksichtigen,
-

insbesondere falls dieses Szenarium (alle Anbieter betreiben Verkehrsmanagement) wahrscheinlich ist. Eine denkbare Lösung für dieses Problem wäre die Forderung an die Anbieter, einen Alternativdienst anzubieten, beispielsweise ein Internetabonnement, das keinem Verkehrsmanagement unterliegt.<sup>7</sup>.

16. Nicht vergessen werden darf, dass personenbezogene Daten, die beim Einsatz von Verkehrsmanagementtechnologien gespeichert werden, auch den anderen Grundsätzen der Datenschutzrichtlinie und der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation unterliegen. Je nach den in Erwägung gezogenen politischen Maßnahmen kann diesen Grundsätzen große Bedeutung zukommen, doch sollen sie an dieser Stelle nicht diskutiert werden.
17. Alles in allem bieten die EU-Datenschutzrechtsvorschriften Bestimmungen über den Datenschutz und den Schutz der Privatsphäre in Zusammenhang mit der Vertraulichkeit der Kommunikation, die auch bei künftigen Weiterentwicklungen der Politik im Bereich Netzneutralität und Verkehrsmanagement beibehalten werden sollten.

#### IV. Empfehlungen

18. Im Lichte seiner bisherigen Ausführungen empfiehlt der EDSB der Kommission, bei der Vorlage neuer Maßnahmen in den Bereichen Netzneutralität und insbesondere Verkehrsmanagement Folgendes zu bedenken:
  - a) Berücksichtigung der Fragen des Datenschutzes und des Schutzes der Privatsphäre in Verbindung mit anderen Rechten und Werten;
  - b) Erhaltung des bestehenden rechtlichen Rahmens für den Datenschutz und den Schutz der Privatsphäre, nämlich der Forderung, dass Verkehrsmanagementmechanismen, mit denen Nachrichten (Inhalt und Verkehr) geprüft werden können, nur zulässig sind, wenn die betroffenen Nutzer hierzu in voller Sachkenntnis, für den konkreten Fall und freiwillig ihre Einwilligung erteilt haben.

Brüssel, 6. Oktober 2010

---

<sup>7</sup> An dieser Stelle nicht diskutiert wird ein weiteres Problem, nämlich die Frage, ob es überhaupt machbar ist, wie in Artikel 5 Absatz 1 gefordert, von **allen** an einer Kommunikation beteiligten Nutzern die Einwilligung zu erhalten. Um die Einwilligung aller Nutzer zu erhalten, muss nämlich nicht nur der Abonnent, sondern auch der Absender (der Abonnent sein kann oder auch nicht) zustimmen. Wie das in der Praxis bewerkstelligt werden könnte, steht noch nicht fest.