

Patrick von Braunmühl über die Ko-Regulierung im Digitalen Binnenmarkt



Patrick von Braunmühl ist Rechtsanwalt, seit 2012 Geschäftsführer des gemeinnützigen Vereins Selbst-regulierung Informationswirtschaft (SRIW) zur Förderung von Datenschutz und Verbraucherschutz. Zuvor war von Braunmühl in Indien Leiter des Projekts „Nachhaltiger Konsum und Verbraucherschutz“ der Deutschen Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ).

„Was die digitale Revolution für unseren Gesellschaftsvertrag bedeutet, und ob soziale Normen teilweise neu definiert werden müssen, ist eine der spannendsten Fragen unserer Zeit“, hatte Patrick von Braunmühl einmal im Expertenkreis des Deutschen Institut für Vertrauen und Sicherheit im Internet zur Diskussion gestellt. Welche Folgen entstehen für die Wirtschaft? Wie kann sich der europäische Binnenmarkt fit für das digitale Zeitalter machen? Die EU-Kommission plant in den nächsten zwei Jahren fast den gesamten Rechtsrahmen für die digitale Wirtschaft zu überarbeiten und zu reformieren. Dies sind einmalige Chancen zur Entwicklung eines innovationsfreundlichen und vereinfachten Ordnungsrahmens und damit zur verbesserten Wettbewerbsfähigkeit Europas in globalen digitalen Märkten. Von Braunmühl diskutiert im folgenden Fachbeitrag zentrale Eckpunkte einer digitalen Ordnungspolitik und die Voraussetzungen für eine funktionierende Ko-Regulierung.

Die Selbst- und Ko-Regulierung hat sich von ihrem Stigma, eine zu milde Maßnahme ohne bestimmte rechtliche Wirkung zu sein, längst befreit. Mittlerweile erfüllt sie in einigen Branchen eine unbürokratische und zugleich wirksame gesamtgesellschaftlich wichtige Funktion. Vom Jugendmedienschutz bis hin zur Auskunfteienbranche lassen sich viele Beispiele aufzählen. So zeigt auch der vorliegende Bericht des SCHUFA Ombudsmannes, wie durch selbst auferlegte Mechanismen und eine enge Verzahnung von Verbrauchern und Unternehmen – trotz komplexer Materie und abstrakter gesetzlicher Regeln – eine einvernehmliche Konfliktbeilegung erreicht werden kann.

In diesem Geiste plant die EU-Kommission im Rahmen ihrer Strategie für einen digitalen Binnenmarkt Europa fit für das digitale Zeitalter zu machen, regulatorische Barrieren abzubauen und den grenzüberschreitenden Marktzugang für Verbraucher und Unternehmen in der EU zu verbessern. Das zusätzliche volkswirtschaftliche Potenzial eines digitalen Binnenmarkts schätzt sie auf 415 Milliarden Euro. Zur Umsetzung dieser ehrgeizigen Ziele soll in den nächsten zwei Jahren fast der gesamte Rechtsrahmen für die digitale Wirtschaft überarbeitet und reformiert werden. Diese Reformen bieten die einmalige Chance zur Entwicklung eines innovationsfreundlichen harmonisierten und vereinfachten Ordnungsrahmens und damit zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit Europas in globalen digitalen Märkten.

Vorschläge für eine moderne digitale Ordnungspolitik

Flankierend dazu hat der SRIW die Studie „Eckpunkte einer digitalen Ordnungspolitik“¹ bei Prof. Dr. Gerald Spindler (Universität Göttingen) und Prof. Dr. Christian Thorun (Quadriga Hochschule) in Auftrag gegeben. Ziel der Studie war es, die Auswirkungen der zunehmenden Digitalisierung aller Lebensbereiche auf klassische Regulierungsmodelle zu untersuchen und bei Bedarf Empfehlungen für eine moderne digitale Ordnungspolitik zu erarbeiten, die flexibler und schneller auf aktuelle Herausforderungen reagieren kann. Im Ergebnis haben die Professoren folgende Kernthesen aufgestellt:

- Die Informationsgesellschaft ist unter anderem geprägt durch disruptive Geschäftsmodelle und eine hohe Innovationsgeschwindigkeit, stark divergierende Nutzererwartungen sowie den grenzüberschreitenden Charakter zahlreicher Dienste.
- In der Regel erfordern diese Besonderheiten eine relativ abstrakte und technikneutrale staatliche Regulierung.
- Den damit einhergehenden rechtlichen Grauzonen und Rechtsunsicherheiten kann mit dem ergänzenden Instrument der Ko-Regulierung begegnet werden.

- Für die Wirksamkeit solcher Maßnahmen bedarf es eines regulierten Rahmens. Dieser Rahmen muss Mindestanforderungen hinsichtlich des Prozesses der Entwicklung von Kodizes, die Einbeziehung wesentlicher (kritischer) Stakeholder, Beschwerde-, Kontroll- und Monitoringverfahren sowie Sanktionsmechanismen enthalten. Zudem müssen für einen effektiven Einsatz des Instruments der Ko-Regulierung strukturelle Hindernisse beseitigt sowie Anreize für Unternehmen geschaffen werden.
- Die Autoren empfehlen eine stärkere Berücksichtigung der Ko-Regulierung bei der Regelsetzung in der Informationsgesellschaft und die gesetzliche Verankerung von Mindestanforderungen und Anreizen.

Damit Ko-Regulierung in der Praxis wirklich funktionieren kann, müssen nach Ansicht der Professoren folgende Voraussetzungen erfüllt werden:

- Ein kultureller Wandel bei Behörden und Unternehmen und eine größere Offenheit für Kooperationsmodelle und alternative Regulierungsinstrumente.
- Die Schaffung ökonomischer und rechtlicher Anreize, um strukturellen Barrieren bei bestehenden Ansätzen von Selbst- und Ko-Regulierung entgegenzuwirken sowie ein stärkeres Engagement von Unternehmen in solchen Prozessen zu ermöglichen.

Als rechtlicher Anreiz wird in Anlehnung an das Produktsicherheitsrecht die Knüpfung rechtlicher Wirkungen an anerkannte Verhaltenskodizes vorgeschlagen.

Standardklausel zur Stärkung der Ko-Regulierung im digitalen Binnenmarkt

Die Studie wurde im Mai 2015 in Berlin² und im Juni 2015 in Brüssel³ vorgestellt. Die Generaldirektion Connect der EU-Kommission bat den SRIW daraufhin im Rahmen der „Community of Practice for Better Self- and Co-Regulation“ einen Formulierungsvorschlag zu erarbeiten, mit dem die Vorschläge der Studie im Rahmen der digitalen Binnenmarktstrategie gesetzgeberisch umgesetzt werden könnten (Standardklausel). Die Idee dabei ist, die angestrebte Verschlinkung gesetzlicher Vorgaben durch einen gesetzlichen Rahmen für Ko-Regulierungsmaßnahmen zu flankieren, der eine staatliche Anerkennung solcher Maßnahmen ermöglicht und diese mit bestimmten rechtlichen Wirkungen verknüpft. Dadurch soll eine bessere Verzahnung erreicht werden zwischen abstrakten gesetzlichen Regeln und untergesetzlichen Maßnahmen, die diese kontextspezifisch konkretisieren und damit schneller und flexibler auf aktuelle Herausforderungen und Verände-

rungen im Markt reagieren können. Das Ziel ist dabei weder eine Selbstbeschränkung des Gesetzgebers noch eine unnötige Formalisierung bestehender Selbstregulierungsansätze, sondern die Erweiterung des Instrumentenkastens durch Einführung einer zusätzlichen Ebene anerkannter Standards, die aufgrund ihrer rechtlichen Wirkung einen Beitrag für mehr Rechtssicherheit für alle Marktteilnehmer schaffen sollen. Das könnte in vielen Fällen die Beantwortung der Frage erleichtern, wie bestehende gesetzliche Regelungen auf neue Entwicklungen in der Technik und am Markt angewendet werden sollten ohne Jahrzehnte auf höchstrichterliche Entscheidungen zu warten oder ständig die Forderung nach neuen Gesetzen zu erheben. Die verfassungsrechtliche Voraussetzung für die Verleihung von Rechtswirkungen an private Standards ist die Einhaltung bestimmter Mindestanforderungen an deren Entwicklung und Durchsetzung.⁴ Die Mindestanforderungen aus Sicht der EU hat die Kommission in den „EU-Principles for Better Self- and Co-Regulation“ zusammengefasst.⁵ Das Bundesverfassungsgericht hat im Zusammenhang mit dem technischen Sicherheitsrecht ausdrücklich anerkannt, dass bei möglichst flexiblen und kontinuierlichen Anpassungen im Rahmen einer komplexen Materie der Gesetzgeber nicht alle Anforderungen selbst formulieren kann.⁶

Der Vorschlag des SRIW⁷ zur Einführung einer Standardklausel wurde am 22. Januar 2016 in Brüssel vorgestellt und diskutiert⁸. Die Reaktionen darauf waren überwiegend positiv. Der Vorschlag beruht zum einen auf dem Ergebnis des Trilogs zur Datenschutz-Grundverordnung zu den Artikeln 38 und 38a⁹, bezieht aber gleichzeitig bestehende Mechanismen beim Produktsicherheitsrecht und im Jugendmedienschutz ein.

Ko-Regulierung in der Datenschutz-Grundverordnung

In Artikel 38a sieht die Datenschutz-Grundverordnung ein Akkreditierungsverfahren für private Kontrolleinrichtungen vor, die die Einhaltung anerkannter Verhaltenskodizes gewährleisten sollen und damit die Rechtsdurchsetzung der Aufsichtsbehörden sinnvoll ergänzen. Voraussetzung für eine Akkreditierung durch die zuständige Aufsichtsbehörde ist der Nachweis ausreichender Expertise und Unabhängigkeit in Bezug auf einen bestimmten Verhaltenskodex, der Ausschluss möglicher Interessenkonflikte, die Existenz eines angemessenen Beschwerdeverfahrens sowie die Möglichkeit, Sanktionen bei Verstößen zu verhängen. Dadurch wird das beispielsweise im Jugendmedienschutz bewährte Modell der Freiwilligen Selbstkontrolle auch im Datenschutz etabliert und die Legitimation bereits bestehender Institutionen durch die Möglichkeit der Akkreditierung verbessert.

Die Datenschutz-Grundverordnung sieht in Artikel 38 zudem erstmalig die Möglichkeit vor, anerkannten Verhaltensregeln rechtliche Wirkungen zuzuerkennen. Das Verfahren hierfür ist allerdings kompliziert und geht im Ergebnis zu weit. Für die Anerkennung von Verhaltensregeln (Codes of Conduct) nach der Datenschutz-Grundverordnung sind die zuständigen nationalen Aufsichtsbehörden verantwortlich (Artikel 38 Abs. 2). Sollen die Regeln für Verarbeitungsvorgänge in mindestens zwei Mitgliedstaaten gelten, muss die Behörde ein Kohärenzverfahren beim Europäischen Datenschutzausschuss einleiten. Neben einer gewissen Selbstbindung der Verwaltung führt die Anerkennung von Verhaltensregeln in bestimmten Bereichen zu einer Nachweiserleichterung für Unternehmen, die sich zur Einhaltung dieser Regeln verpflichten. Die Aufsichtsbehörden *können* die Einhaltung genehmigter Verhaltensregeln bei der Beurteilung der Gesetzeskonformität von Unternehmen „als einen Faktor“ berücksichtigen. Darüber hinaus kann die EU-Kommission anerkannte Verhaltenskodizes für allgemeingültig erklären (Artikel 38 Abs. 4). Es spricht einiges dafür, dass die EU-Kommission diese Befugnis nutzen könnte, um Verhaltensregeln für allgemein verbindlich zu erklären. Das wäre insofern problematisch, als dass dadurch das Grundprinzip der Freiwilligkeit bei der Selbst- und Ko-Regulierung untergraben würde. Eine ähnliche Form der Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Tarifverträgen gibt es im deutschen Tarifrecht (§ 5 Abs. 1 TVG). Hieran knüpft das Bundesverfassungsgericht allerdings strenge Anforderungen. Eine Übertragung dieser Möglichkeit auf den Datenschutz ist daher kritisch zu sehen.¹¹

Die EU-Kommission sollte daher nur in absoluten Ausnahmefällen eine Allgemeinverbindlichkeit von Verhaltenskodizes anordnen, zum Beispiel wenn dies zur Eindämmung von Trittbrettfahrern im öffentlichen Interesse dringend geboten ist. Als milderer Mittel könnte die EU-Kommission Art. 38 Abs. 4 aber auch so auslegen, dass sie die Allgemeingültigkeit von Kodizes darauf beschränkt, dass eine freiwillige Selbstverpflichtung von Unternehmen eine Konformitätsvermutung mit den Artikeln der Verordnung begründet, die durch den jeweiligen Kodex umgesetzt werden. Diese dem Produktsicherheitsrecht entlehnte Variante (siehe unten) würde eine enorme Anreizwirkung für Unternehmen entfalten, sich an der Erarbeitung von Verhaltenskodizes zu beteiligen und diese umzusetzen.¹²

Rolle technischer Standards im Produktsicherheitsrecht

Im Rahmen des „New Regulatory Framework“ der EU kann die Kommission technische Standards zur Konkretisierung allgemeiner gesetzlicher Anforderungen anerkennen und einen Verweis auf die Norm im Amtsblatt der EU veröffentlichen.¹³

Unternehmen, die diese anerkannten Normen zur Gewährleistung der Sicherheit ihrer Produkte anwenden, können sich auf eine gesetzliche Vermutungswirkung berufen,

wonach ihre Produkte als sicher im Sinne der Produktsicherheitsrichtlinie der EU und der diese umsetzenden nationalen Gesetze gelten.¹⁴ Die Aufsichtsbehörden können nur dann eingreifen, wenn entgegen dieser Vermutung eindeutige Beweise für die Gefährlichkeit solcher Produkte vorliegen.

Neue Richtlinien der EU zur besseren Regulierung

Der Vorschlag des SRIW beruht nicht nur wie oben dargestellt auf bestehenden Ansätzen im Datenschutz und bei der Produktsicherheit, sondern könnte auch ein wichtiger Beitrag zur Umsetzung der im Mai 2015 veröffentlichten neuen „Better Regulation Guidelines“ der EU sein. Dort werden beide Aspekte hervorgehoben, die Auswirkungen der zunehmenden Digitalisierung auf die Regulierung und die zunehmende Bedeutung der Selbst- und Ko-Regulierung sowohl in der Planungsphase als auch bei der Umsetzung staatlicher Regulierung. Auf S. 164 der zugehörigen „Better Regulation Toolbox“ heißt es dazu: „In addition, in areas of fast technological change (such as in the field of digital policies), it is even more relevant to seek to avoid legislation where lighter means are available to reach a given objective, in particular by exploring any Self/Co-Regulation options or sub-options with stakeholders (based on SR/CR best practice) and limit legislation to the level of principles, leaving implementation issues to some later more detailed discussions with stakeholders or within a time-window in keeping with the observed speed of evolution of technologies, innovation and science.“¹⁵

1 Spindler /Thorun, abzurufen unter http://www.sriw.de/images/pdf/Spindler_Thorun-Eckpunkte_digitale_Ordnungspolitik_final.pdf

2 <http://www.sriw.de/index.php/home/organisation/unabhaengiger-beirat/9-aktuelles/139-runder-tisch-zur-digitalen-ordnungspolitik>

3 <https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/fifth-cop-meeting>

4 Spindler /Thorun, S. 42 (a.a.O.)

5 Abzurufen unter <https://ec.europa.eu/digital-agenda/sites/digital-agenda/files/CoP%20-%20Principles%20for%20better%20self-%20and%20co-regulation.pdf>

6 BVerfGE 49, 89 (S. 134ff) – Kalkar; Vgl. zur Wesentlichkeitslehre auch BVerfGE 40, 237 (S. 248 ff); BVerfGE 68, 1 (S. 108 ff)

7 Abzurufen unter https://ec.europa.eu/digital-agenda/sites/digital-agenda/files/discussions/standard_clause_cr_dsm_draft_v_0_4.pdf

8 <https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/sixth-community-practice-cop-meeting>

9 Ergebnis abrufbar z.B. unter https://www.lda.bayern.de/media/bay/da_synopse.pdf

10 Spindler /Thorun, S. 61

11 So im Ergebnis Spindler /Thorun, S. 54

12 Spindler /Thorun, S. 55

13 Artikel 10 Nr. 6 der VO (EU) 1025/2012 zur europäischen Standardisierung

14 Artikel 3 Nr. 2 der Richtlinie 2001/95/EC zur Produktsicherheit

15 Abzurufen unter: http://ec.europa.eu/smart-regulation/guidelines/docs/br_toolbox_en.pdf